



UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, SCIENCE POLITIQUE, HISTOIRE
Centre d'Études Internationales et Européennes (CEIE)

THÈSE présentée par :
Usanee AIMSIRANUN

soutenue le : **23 mars 2013**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**
Discipline/ Spécialité : Droit de l'Union européenne

LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE
ET
L'ÉTAT PROVIDENCE

THÈSE dirigée par :

Monsieur Dominique RITLENG Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Monsieur Loïc AZOULAI Professeur, European University Institute
Madame Anastasia ILIOPOULOU Professeur, Université d'Orléans

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur Francesco MARTUCCI Professeur, Université de Strasbourg

REMERCIEMENTS

Mes profonds remerciements vont à Monsieur le Professeur Dominique RITLENG pour l'attention avec laquelle il a dirigé mes travaux. Il m'a permise, par ses conseils avisés et ses mots d'encouragement, de progresser dans l'élaboration de cette thèse. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus sincère reconnaissance.

Mes sincères remerciements s'adressent également à la Commission de la fonction publique de Thaïlande qui m'a accordé la bourse pour poursuivre mes études supérieures en France.

Je tiens à remercier très chaleureusement tous mes amis qui m'ont aidée, chacun à sa manière, tout au long de l'élaboration de cette thèse. Je tiens spécialement à remercier Kim et Binbin qui ont été toujours à mes côtés. Mes vifs remerciements également à Catherine, Caroline, Esther, Maria, Dorota et Franck, pour leur amitié et leur travail minutieux de relecture.

Mes remerciements s'adressent enfin à mes parents et à mon frère, pour leur amour, leur confiance, leur patience et leur soutien sans faille. Cette thèse leur est dédiée.

Usanee AIMSIRANUN

La citoyenneté européenne et l'État providence

Résumé

Conçu de prime abord pour organiser la redistribution sociale entre les membres sédentaires de la communauté de solidarité étatique, l'État providence est par essence fermé. Les frontières de l'État providence, déterminées en principe nationalement et territorialement, servent à empêcher l'entrée des non-membres et à rendre difficile la sortie des membres. La dynamique de l'intégration négative, associée à la citoyenneté de l'Union, aboutit à mettre en cause les critères de nationalité et de résidence comme conditions d'accès à l'État providence, entraînant par-là le double mouvement de « dénationalisation » et de « déterritorialisation » de l'État providence.

Les considérations solidaristiques et financières qui sous-tendent le fonctionnement de l'État providence exigent toutefois de reconnaître à ce dernier une certaine forme de fermeture essentielle à son maintien. Le critère de « liens réels » est érigé en un critère principal de régulation des rapports entre les citoyens migrants et les États membres à l'égard des droits aux prestations sociales. Ce nouveau critère de rattachement basé sur l'intégration témoigne de l'effort de conciliation entre la logique de fermeture et l'exigence de l'ouverture de l'État providence.

Mots-clés : État providence, Citoyenneté de l'Union, Protection sociale, Libre circulation, Égalité de traitement

Résumé en anglais

Designed to organize the social redistribution between sedentary members of solidaristic community of the Nation State, Welfare State is by nature closed. Its boundaries prevent entry of non-members and render difficult exit of members. The case law which associates European citizenship with principles of freedom of movement and equal treatment prohibits, without justifications, national and residential criteria as conditions of access to Welfare State's benefits, entailing then the denationalization and the deterritorialization of social systems of the Members States.

Nevertheless, some form of closure has to be granted to Welfare State to preserve its specific foundation and function. The “real links” became the main tool to regulate relations between migrants and the Member States as regards access to social benefits. Based on concept of integration, “real links” criterion demonstrates effort to reconcile the opposite interests in this field.

Keywords: Welfare State, European citizenship, Social protection, Freedom of movement, Equal treatment

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AAPSS	The American Academy of Political and Social Science
B.J.Pol.S	British Journal of Political Science
c/	contre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Concl.	Conclusions de l'avocat général
CJEL	Columbia Journal of European Law
CMLR	Common Market Law Review
Comm.	commentaire
Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
dir	sous la direction de
ECLR	European Constitutional Law Review
EJML	European Journal of Migration and Law
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EJSL	European Journal of Social Law
EJSS	European Journal of Social Security
EPL	European Public Law
ERPL	European Review of Public Law
Ibid.	Ibidem
IJCLL	International Journal of Comparative Labour Law
JCMS	Journal of Common Market Studies
JCP	Semaine juridique
IDI	Journal du Droit International
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSWFL	Journal of Social Welfare and Family Law
JDE	Journal de droit européen (ancien Journal des tribunaux Droit européen)
JTT	Journal des Tribunaux du Travail
LIEI	Legal Issue of Economic Integration

MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Op.cit.	opere citato
PA	Petites Affiches
pt(s).	point(s)
RAE	Revue des Affaires Européennes
Rec.	Recueil
RDSS	Revue de Droit Sanitaire et Social
RDUE	Revue du Droit de l'Union Européenne
RIDE	Revue Internationale de Droit Économique
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
spéc.	spécialement
s.	suivant
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée après le traité de Lisbonne)
TUE	Traité sur l'Union européenne (version consolidée après le traité de Lisbonne)
vol.	volume
YEL	Yearbook of European Law

SOMMAIRE

PARTIE I : L'OUVERTURE DES FRONTIÈRES DE L'ÉTAT PROVIDENCE, EXIGENCE DE LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE

TITRE I : LE DROIT À L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES CITOYENS ET LA DÉNATIONALISATION DE L'ÉTAT PROVIDENCE

CHAPITRE I : LA GÉNÉRALISATION DE L'ACCÈS AUX DROITS SOCIAUX

CHAPITRE II : L'EXTENSION DES DROITS SOCIAUX ALLOUÉS AUX CITOYENS

TITRE II : LA LIBRE CIRCULATION DES CITOYENS ET LA DÉTERRITORIALISATION DE L'ÉTAT PROVIDENCE

CHAPITRE I : L'INTERDICTION DES RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ DE CIRCULATION DES CITOYENS :
INSTRUMENT DE DÉTERRITORIALISATION DU DROIT AUX PRESTATIONS SOCIALES

CHAPITRE II : L'ARTICULATION DES INSTRUMENTS DE DÉTERRITORIALISATION
:
LA LIBERTÉ DE CIRCULATION ET LA COORDINATION DES SYSTÈMES NATIONAUX DE SÉCURITÉ SOCIALE

PARTIE II : LA CITOYENNETÉ SOCIALE EUROPÉENNE LIMITÉE PAR LA SAUVEGARDE DE L'ÉTAT PROVIDENCE

TITRE I : UNE OUVERTURE LIMITÉE DES FRONTIÈRES DE L'ÉTAT PROVIDENCE

CHAPITRE I : L'OUVERTURE CONDITIONNELLE DES FRONTIÈRES SOCIALES

CHAPITRE II : L'OUVERTURE SÉLECTIVE DES FRONTIÈRES SOCIALES

TITRE II : UNE OUVERTURE VARIABLE DES FRONTIÈRES DE L'ÉTAT PROVIDENCE

CHAPITRE I : L'OUVERTURE DÉTERMINÉE PAR LES LIENS ENTRE LES CITOYENS MIGRANTS ET L'ÉTAT ALLOCATAIRE

CHAPITRE II : L'OUVERTURE DÉTERMINÉE PAR LES LIENS ENTRE LES PRESTATIONS ET L'ÉTAT ALLOCATAIRE

INTRODUCTION

« L'appartenance est importante en raison de ce que les membres d'une communauté politique se doivent l'un à l'autre et à personne d'autre ou à personne d'autre au même degré. Et la première chose qu'ils se doivent est une certaine assistance communautaire en matière de sécurité et de bien-être. [Inversement], l'assistance communautaire est importante parce qu'elle nous apprend la valeur de l'appartenance. Si nous ne nous devions rien les uns aux autres, si nous ne reconnaissions pas de distinction entre membres et étrangers, nous n'aurions aucune raison de former et de maintenir les communautés politiques »¹.

1. « L'État providence est par essence protectionniste et nationaliste » a pu affirmer l'économiste suédois Gunnar Myrdal dès 1963². Par sa logique de fonctionnement, l'État providence est contraint à être un système fermé qui cherche à s'isoler des pressions extérieures et à limiter les droits sociaux à ses membres³. Comme l'a observé Monsieur Walzer, «l'idée de justice distributive [sur laquelle repose l'État providence] présuppose un monde limité à l'intérieur duquel les répartitions prennent place : un groupe de gens s'engagent à diviser, à échanger et à partager des biens avant tout entre eux »⁴.

Compte tenu des liens intrinsèques entre la mise en place de l'État providence et l'avènement de l'État moderne en Europe, le « monde limité » auquel Monsieur Walzer se réfère est effectivement l'État. La citoyenneté nationale, en marquant l'identité et l'appartenance des individus à la communauté politique étatique et en définissant les droits et les obligations des individus, joue naturellement un rôle de premier plan pour assurer la fermeture de l'État providence (Section I).

¹ M. Walzer, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité* (traduit de "Spheres of justice : a defence of pluralism and equality" de 1983 par Pascal Engel), Paris: Ed. du Seuil, 1997, spéc. p. 103.

² G. Myrdal, *Planifier pour développer : de l'Etat-providence au Monde-providence*, Paris: Ed. Ouvrieres, 1963, cité par H. Entzinger, «L'ouverture des frontières et l'État providence», in *Migrations sans frontières : essais sur la libre circulation des personnes*, A. Pécoud, P. de Guchteneire (dir.), Paris: UNESCO, 2009, p. 169-188, spéc. p. 169.

³ G.P. Freeman, «Migration and the Political Economy of the Welfare State», 1986, p. 51-63, spéc. p. 51.

⁴ M. Walzer, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité* (traduit de "Spheres of justice : a defence of pluralism and equality" de 1983 par Pascal Engel), op.cit., 1997, spéc. p. 61.

2. La consécration de la citoyenneté européenne⁵, citoyenneté supranationale de superposition qui crée un lien direct entre les ressortissants des États membres et l'Union européenne, vient remettre en cause le principe de clôture de l'État providence et le lien traditionnel entre la protection sociale et la citoyenneté nationale. Considérée au départ comme revêtant une valeur symbolique, la citoyenneté de l'Union acquiert progressivement de la substance concrète à travers la jurisprudence de la Cour de justice. La dynamique de l'intégration négative, qui résulte de l'association de la citoyenneté de l'Union avec les principes de libre circulation et de non-discrimination, crée une pression dans le sens de l'ouverture des frontières de l'État providence aux citoyens migrants, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence, et limite la faculté des États de se servir de la citoyenneté nationale comme instrument de fermeture sociale (Section II).

3. Ce travail de recherche vise à étudier comment le droit de l'Union concilie la logique de clôture qui caractérise le fonctionnement de l'État providence et la logique d'ouverture des frontières sociales nécessaire pour garantir des droits de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens dans un espace social européen naissant (Section III).

SECTION I LA LOGIQUE DE FERMETURE DE L'ÉTAT PROVIDENCE

4. L'expression « État providence »⁶ désigne l'État qui assure la prise en charge collective des fonctions de solidarité en vue d'assurer le bien-être social des citoyens⁷. L'État providence intervient dans la sphère économique et sociale pour corriger les inégalités sociales entre les membres d'une communauté politique organisée⁸, en particulier à travers la mise en place d'un système de protection sociale. La naissance de l'État providence à la fin du XIX^e siècle marque la fin de la période d'intervention étatique minimaliste. Les fonctions de l'État ne se

⁵ Précisons que les expressions « citoyenneté de l'Union européenne » « citoyenneté de l'Union » et « citoyenneté européenne » seront employées indistinctement dans la thèse.

⁶ L'expression « État providence » aurait été employée pour la première fois dans un sens négatif en France en 1864 par le député Émile Ollivier pour s'opposer à la montée de l'intervention étatique dans la sphère sociale. Le développement économique et le changement des rapports sociaux suite à la suppression des corps intermédiaires entre l'individu et l'État (les corporations, les syndicats) comme conséquences de la Révolution française conduisent l'État à intervenir comme régulateur social pour remédier à la défaillance des solidarités primaires (familles, communautés corporations...). Or, certains craignent que l'organisation de la solidarité nationale par l'État risque d'amoindrir les solidarités professionnelles traditionnelles.

⁷ F-X. Merrien, *L'État providence*, Paris: Presses Universitaires de France, 2007, spé. p.3.

⁸ S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, spé. p. 52.

limitent plus aux fonctions régaliennes⁹, mais s'étendent également à celles d'assurer le bien-être social des citoyens¹⁰. Ces fonctions de solidarité qu'assume l'État providence constituent, selon Pierre Rosanvallon, « une extension et un approfondissement » de l'État gendarme¹¹.

5. L'État providence garantit aux populations un revenu minimum, indépendamment de la valeur de marché de leur travail ou de leur propriété. Il minimise l'insécurité en assurant la couverture des risques de l'existence liés à la maladie, à la vieillesse ou au chômage. Il octroie aux populations un droit d'accès aux facilités essentielles, telles l'éducation, les soins et le logement, indépendamment de leur statut économique. Parmi les prestations sociales dispensées par l'État providence, il est possible de distinguer, d'une part, entre les « prestations en nature » et les « prestations en espèces » ; les premières concernent le droit d'accès aux facilités essentielles telles l'éducation, les soins de santé et le logement public, tandis que les secondes, qui prennent par exemple les formes de prestations d'assistance sociale ou d'allocations d'éducation, concernent le paiement permettant aux individus d'acheter les facilités offertes sur le marché. D'autre part, la distinction peut être faite en fonction du mode financement des prestations. Les « prestations de nature contributive » sont basées sur le système d'assurance qui oblige en général les assurés à s'acquitter de cotisations et leur accorde le droit aux prestations lorsque se matérialisent les risques assurés tels que chômage, maladie, incapacité ou retraite. Les « prestations non contributives » sont financées par l'impôt et leur octroi n'est pas conditionné par la contribution préalable de leurs bénéficiaires au financement des mécanismes sociaux¹².

⁹ Les fonctions liées à la sécurité extérieure (diplomatie et défense du territoire), à la sécurité intérieure et au maintien de l'ordre public, à la justice, à la gestion du budget de l'État, à l'émission de la monnaie.

¹⁰ Le développement de l'État providence a pour effet d'institutionnaliser et de formaliser les formes de solidarité plus primitives et informelles qui préexistent et qui se caractérisent par une forte conscience collective. La solidarité informelle est celle qui s'exprime en général entre les personnes qui ont des relations personnelles et concrètes, telles la solidarité entre les membres de la famille, les amis, les voisins etc. Elle peut également prendre la forme d'une activité bénévole en faveur des personnes démunies. Dans le cadre de l'État providence, la solidarité entre les personnes qui ne se connaissent pas nécessairement est véhiculée par l'intermédiaire des institutions telles les systèmes d'imposition et les systèmes de sécurité sociale. Voir H. Entzinger, «L'ouverture des frontières et l'État providence», in *Migrations sans frontières : essais sur la libre circulation des personnes*, *op.cit.*, p. 169-188, spéc. p. 171-175.

À la différence des anciens systèmes fondés sur l'assistance, l'État providence repose sur une objectivation de la solidarité ; il ne s'agit pas de protéger un individu particulier mais des droits ; dans ce sens, il faut et il suffit de rentrer dans des catégories reconnues par la loi pour bénéficier des prestations sociales. Voir F-X. Merrien, *L'État providence*, *op.cit.*, 2007, spéc. p. 6.

¹¹ Direction de l'Information Légale et Administrative, «L'État providence», *Vie publique* (en ligne), [réf. du 30 mai 2006], disponible sur : <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/approfondissements/etat-providence.html>

¹² A.P. van der Mei, *Free Movement Of Persons Within The European Community : Cross-Border Access To Public Benefits*, Oxford: Hart Publishing, 2003, spéc. p. 3.

6. Le « Sozialstaat » (l'État social) mis en place en Allemagne à l'époque du Chancelier Bismarck à la fin du XIX^e siècle constitue la première ébauche de l'État providence. Le souci de contrer l'influence grandissante des syndicats et du parti socialiste conduit l'État à dissoudre ces organisations et à prendre en contrepartie la responsabilité d'institutionnaliser la protection sociale. L'État met en place un système d'assurances sociales ouvrières obligatoires¹³ et délègue son autorité aux corps intermédiaires que sont les syndicats et les associations professionnelles et patronales. Les assurances sociales, qui sont au départ réservées aux ouvriers dont les revenus ne dépassent pas un certain seuil, sont progressivement étendues aux autres catégories professionnelles, tout en restant soumises à des conditions de ressources.

Un deuxième concept de l'État providence est celui de « Welfare State » (État du bien-être) qui repose sur le rapport proposé par Lord Beveridge en 1942¹⁴. Ce rapport rejette le système d'assurance sociale réservée aux seuls travailleurs ainsi que le principe d'une assistance limitée aux plus démunis, et plaide pour un système de sécurité sociale universel, centralisé, financé par l'impôt, qui assure la protection sociale de tous les citoyens. L'État prend en charge les besoins sociaux fondamentaux tels que la santé, l'éducation, et les pensions de base. Le système de protection sociale est financé principalement par les impôts et géré par l'État. Les prestations de base sont uniformes et fondées davantage sur les besoins que sur les revenus.

7. Tout en se singularisant par leur philosophie sociale, leur mode de prise en charge des risques sociaux et les prestations qu'ils mettent à la disposition des individus, les systèmes de protection sociale des États membres de l'Union s'inspirent de ces deux grandes conceptions de l'État providence. Le modèle *bismarckien* inspire les régimes de protection sociale en Allemagne, en France, en Belgique, et au Luxembourg. Il a pour pilier principal l'assurance sociale obligatoire fondée sur les activités professionnelles et financée par les cotisations sociales. La protection sociale est accordée en contrepartie d'une activité professionnelle et de ce fait limitée à ceux qui peuvent s'ouvrir des droits aux prestations sociales par leur travail. Les cotisations sont indépendantes des risques. Elles sont calculées en fonction des revenus. La couverture des risques est en partie déconnectée du revenu (prestations maladie) et dépend

¹³ Sont ainsi mises en place l'assurance maladie (1883), l'assurance contre les accidents du travail (1884), et l'assurance invalidité et vieillesse (1889).

¹⁴ Le rapport Beveridge estime que le régime britannique d'assurance maladie obligatoire était « trop limité avec le système du plafond d'affiliation, trop complexe avec la multitude des caisses et mal coordonné ». Voir Service des affaires européennes, Sénat français, «La protection sociale»(en ligne), [réf. du décembre 1995], disponible sur: <http://www.senat.fr/lc/lc10/lc10.html>.

en partie du revenu (pensions de retraites, allocation de chômage). Le système bismarckien se caractérise essentiellement par une solidarité professionnelle. Néanmoins, dans tous les États membres qui ont adopté le modèle bismarckien, la protection s'est progressivement généralisée pour s'étendre à des catégories de population initialement non protégées et à des risques qui n'ont pas été pris en compte à l'origine. Par ailleurs, au-delà de l'assurance obligatoire, les États providence d'inspiration bismarckienne mettent également en place les systèmes d'aide sociale au profit de ceux dans le besoin qui sont incapables de travailler ou n'auraient pas gagné par leur travail le droit à la protection sociale¹⁵.

Quant au modèle *beveridgien* de sécurité sociale, il est adopté par la Grande Bretagne, l'Irlande et les pays scandinaves. Il se caractérise par la protection sociale généralisée couvrant toute la population indépendamment de toute activité professionnelle. Il est fondé sur la solidarité nationale générale, financé principalement par les impôts et géré par l'État. Parmi les systèmes d'inspiration beveridgienne, il est possible de distinguer le *modèle universaliste libéral*, qu'adoptent l'Angleterre et l'Irlande, et le *modèle universaliste fort*, qu'adoptent les pays scandinaves. En Angleterre et en Irlande, la protection sociale est fondée sur la notion de besoins et donc le niveau minima à satisfaire. Les pays scandinaves privilégiennent la régulation sociale par l'État plutôt que de laisser agir le marché. La redistribution passe par la fiscalité directe très élevée et à taux progressif et par la mise en place des services de santé et sociaux gratuits ou à faible coût au profit de tous¹⁶.

Force est de constater que l'État providence moderne d'après la Seconde Guerre mondiale se caractérise par l'intervention croissante de l'État dans l'économie et la société. On assiste à la généralisation des systèmes de sécurité sociale et à la mise en place des politiques de redistribution des revenus dans tous les États occidentaux. Cet élargissement de la protection sociale se traduit par la mutualisation des risques et notamment par une hausse importante des prélèvements obligatoires¹⁷.

¹⁵ F-X. Merrien, *L'État providence*, op.cit., 2007, spéc. p. 59-64.

¹⁶ Ibid., spéc. p. 64-66.

Le système français de sécurité sociale mis en place après la Libération est à mi-chemin entre les deux modèles. Il conserve la logique d'un système assurantiel et est au départ réservé aux seuls salariés. Il est financé par les cotisations des travailleurs et géré par les partenaires sociaux sous contrôle de l'État. Progressivement la protection sociale est généralisée à l'ensemble de la population, tout en maintenant les régimes professionnels multiples. Le système est également financé par l'impôt et couvre aussi les droits sociaux minimaux, tel que le Revenu Minimal d'Insertion (RMI), remplacé depuis le 1er juin 2009 par le Revenu de Solidarité Active (RSA).

¹⁷ Le taux passe de 10 % du PIB, au début du XX^e siècle, à plus de 50 % du PIB dans certains pays européens. Le ralentissement de la croissance au milieu des années 1970 et la modification du contexte économique suscitent cependant de fortes pressions économiques, politiques, et sociales sur l'État providence. Voir Direction de l'Information Légale et Administrative, «L'État providence», *Vie publique* (en ligne), article précité.

8. Quel que soit le modèle social adopté, les États providence partagent tous le trait commun de fonctionner selon la logique de clôture. L'État providence repose fondamentalement sur le principe de la « justice sociale »¹⁸ ou la « justice distributive »¹⁹ qui vise à garantir que les membres de la société disposent de moyens minimaux pour couvrir les besoins élémentaires de la vie (la nourriture, les vêtements, l'hébergement) et soient protégés contre les réductions de revenus en dehors de leur contrôle. Ce principe de la justice sociale ou de la justice distributive conduit l'État à remplacer partiellement les règles normales du marché relatives à la distribution des ressources en fonction de la performance économique des individus par une certaine forme de redistribution sur la base des besoins humains²⁰, en octroyant à chacun, non pas « selon son dû », mais « selon ses besoins »²¹.

9. Les mécanismes de redistribution ne peuvent toutefois fonctionner convenablement qu'au sein d'espaces fermés et lorsque sont clairement déterminées les personnes qui sont incluses et exclues de ces espaces. Tout d'abord, la redistribution selon le principe de justice distributive presuppose l'existence d'un sentiment de solidarité suffisamment fort entre les individus pour justifier qu'ils acceptent de couvrir mutuellement leurs risques et de partager les biens sociaux pour le bien-être de l'ensemble des membres de la communauté. Les droits sociaux qui sont reconnus aux uns impliquent effectivement parallèlement les obligations à la charge des autres. L'on n'accepte logiquement les transferts de revenus qu'au profit des individus à l'égard desquels on éprouve un sentiment de solidarité ou de fraternité. À défaut de sentiment de solidarité et d'obligation réciproque, l'appartenance à la communauté politique va se baser sur l'intérêt individuel rationnel et une relation de réciprocité stricte. Les citoyens vont espérer obtenir les prestations sociales proportionnellement à leurs contributions, refusant par conséquent la distribution sur la base des besoins. La délimitation précise de la communauté de solidarité permet de forger le lien de solidarité et la perception de « nous » entre les membres, en créant la cohésion civique et politique ainsi qu'en assurant une certaine

¹⁸ A.P. van der Mei, *Free Movement Of Persons Within The European Community : Cross-Border Access To Public Benefits*, *op.cit.*, 2003, spéc. p. 4-5.

¹⁹ M. Borgetto, L. Lafore, «L'État-providence, le droit social et la responsabilité», *CNRS INFO* (en ligne), juillet 2002, [réf. du 27 juillet 2012], disponible sur: <http://www.cnrs.fr/Cnrspresso/n403/pdf/n403rd03.pdf>.

²⁰ A.P. van der Mei, *Free Movement Of Persons Within The European Community : Cross-Border Access To Public Benefits*, *op.cit.*, 2003, spéc. p. 4-5.

²¹ M. Borgetto, L. Lafore, «L'État-providence, le droit social et la responsabilité», *CNRS INFO* (en ligne), article précité.

pérennité et stabilité de la communauté nécessaire pour permettre aux membres de s'identifier au groupe et de ressentir qu'ils en font partie²².

10. Ensuite, si tous les droits octroyés aux individus ont en effet des coûts, que ce soit des coûts de facilitation de leur exercice effectif ou des coûts d'application, les droits sociaux ont en supplément des coûts « de contenu de prestations »²³, dès lors qu'ils reposent directement sur des transferts de ressources ou sur la fourniture de services matériels. La viabilité des mécanismes de solidarité dépend en fait de l'équilibre entre ceux qui contribuent à leur financement et ceux qui en bénéficient. Vu que les ressources qui sous-tendent les systèmes communs d'imposition et de redistribution des richesses de l'État providence sont limitées alors que l'octroi des droits sociaux représente un coût important, il n'est pas possible d'offrir la protection sociale à tout le monde. L'État providence est obligé de prévoir et de contrôler les dépenses, en assurant que ses ressources sont suffisantes pour couvrir les coûts générés par les mécanismes de protection sociale. La détermination précise de ceux qui ont droit et ceux qui n'ont pas droit aux prestations, et par-là, la détermination du champ de la responsabilité sociale de l'État providence, est dès lors cruciale.

11. Eu égard à ces impératifs de fonctionnement, il n'est guère surprenant que les États providence s'appuient tous sur certains critères d'inclusion et d'exclusion pour circonscrire leurs frontières sociales et écarter ceux qui ne font pas partie de la communauté du droit au bénéfice de la protection sociale. Compte tenu d'un lien consubstantiel entre le développement de l'État providence et l'institution de l'État-Nation en Europe à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle²⁴, la citoyenneté nationale sert naturellement de critère prépondérant de détermination des bénéficiaires de l'État providence et, par-là, d'instrument privilégié de fermeture des frontières sociales. La citoyenneté nationale est avant tout le lien juridique qui unit un individu à un État déterminé. Elle marque l'appartenance des individus à la communauté politique étatique et justifie qu'ils bénéficient des droits et sont assujettis aux obligations de la part de leur État d'allégeance. D'ailleurs, la mise en œuvre des mécanismes de redistribution dans le cadre de l'État providence s'appuie largement sur le processus consistant à définir la citoyenneté nationale et sur la structure de l'État-Nation. Comme nous

²² S. Barbou des places, «Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : des affinités sélectives?», in *La solidarité dans l'Union européenne: éléments constitutionnels et matériels*, C. Boutayeb (dir.), Paris: Dalloz, 2011, p. 217-244, spé. p. 224-226.

²³ M. Ferrera, *Les nouvelles frontières du social. L'intégration européenne et les transformations de l'espace politique de la protection sociale*, Paris: Presses de Sciences Po, 2009, spé. p. 80-81.

²⁴ La mise en place de l'État providence, qui se traduit par la reconnaissance et la garantie des droits sociaux aux citoyens, s'opère dans le cadre de l'État-Nation.

l'avons vu, l'État providence ne peut fonctionner sans le sens de la solidarité, qui est le plus souvent engendré par le partage de l'identité et par le sentiment d'appartenance des membres à une communauté. À cet égard, la propriété unificatrice et la capacité de créer l'identité de la citoyenneté nationale, en combinaison avec la fermeture permise par les frontières de l'État-Nation, jouent un rôle crucial dans la création de la cohésion civique et sociale nécessaire pour forger les liens de solidarité et susciter la prédisposition des individus au partage. L'État-Nation et la citoyenneté nationale assurent ainsi une fermeture nécessaire pour permettre aux sentiments et pratiques de solidarité de se développer²⁵. En même temps, l'établissement de l'État providence contribue également à la consolidation de l'État-Nation, en renforçant précisément l'identité et l'unité nationale. D'après Monsieur Ferrera, « les droits sociaux sont « des stabilisateurs institutionnels » qui relient individus et groupes à la fois les uns avec les autres et avec l'entité distincte qu'est l'État »²⁶. En garantissant un degré de protection sociale élevé à ses citoyens, l'État providence a une fonction de légitimation des pouvoirs politiques vis-à-vis des citoyens et renforce leur sentiment de loyauté envers l'État.

12. La citoyenneté nationale peut être considérée comme constituant à la fois l'objet et l'instrument de fermeture de l'État providence²⁷. En tant qu'objet, la possession de la citoyenneté justifie le bénéfice des droits et l'assujettissement à des obligations conséquents en matière sociale. En tant qu'instrument, la citoyenneté nationale constitue le filtre vis-à-vis de l'extérieur et empêche ou rend difficile la sortie des membres par risque de perte de la protection sociale. La possession de la nationalité et la résidence sur le territoire national constituent les deux critères prédominants pour déterminer l'appartenance à l'État providence. Les États limitent en général l'accès des non-nationaux aux prestations sociales fournies sur leur territoire par le biais de la politique d'immigration. La législation nationale peut exiger la nationalité comme condition du bénéfice des prestations ou imposer des conditions additionnelles aux non-nationaux²⁸. Les autorités nationales prennent en compte l'éventualité

²⁵ F. De Witte, «The end of EU citizenship and the means of non discrimination», *MJECL*, 2011, p. 86-108, spéc. p. 89 ; M. Dougan, E. Spaventa, «New model of social solidarity in the EU», in *Social welfare and EU law*, M. Dougan, E. Spaventa (dir.), Oregon: Hart publishing, 2005, p. 181-218, spéc. p. 185 ; T. Faist, «Social citizenship in the European Union: Nested membership?», *JCMS*, 2001, p. 37-58, spéc. p. 37 ; M. Ferrera, *Les nouvelles frontières du social. L'intégration européenne et les transformations de l'espace politique de la protection sociale*, op.cit., 2009, spéc. p. 69 et s.

²⁶ M. Ferrera, *Les nouvelles frontières du social. L'intégration européenne et les transformations de l'espace politique de la protection sociale*, op.cit., 2009, spéc. p. 41.

²⁷ Ibid., spéc. p. 270 ; R. Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne*, Paris: Belin, 1997, spéc. p. 48 et s.

²⁸ La possession du statut de travailleur étant souvent érigée en condition supplémentaire à laquelle les non-nationaux doivent satisfaire pour pouvoir prétendre au bénéfice de la protection sociale notamment durant la première moitié du XX^e siècle.

et l'étendue des besoins sociaux des non-nationaux pour déterminer leur admissibilité sur le territoire, les conditions, et la durée de leur séjour²⁹. Elles peuvent également subordonner l'autorisation de l'entrée dans le pays à la condition que la personne renonce à réclamer certaines prestations proposées par l'État³⁰.

13. Par ailleurs, plus particulièrement à l'égard des non-nationaux, les États utilisent également les critères territoriaux afin de définir l'appartenance au système étatique de protection sociale. Le principe de territorialité se traduit par la subordination de la protection sociale offerte par l'État à l'accomplissement d'une activité professionnelle (modèle bismarckien) ou à la résidence, souvent d'une certaine durée, sur le territoire (modèle beveridgien). Il implique également que seuls les faits ou les évènements survenus sur le territoire national sont pris en considération aux fins de l'octroi ou du maintien des droits aux prestations sociales. En d'autres termes, pour être pris en compte, les risques couverts par la sécurité sociale doivent être réalisés sur le territoire national, les cotisations doivent être versées aux organismes sociaux nationaux, et les périodes d'emploi, d'activité, de résidence, de cotisation ou de couverture nécessaires à l'ouverture du droit au bénéfice de certaines prestations doivent être accomplies à l'intérieur du territoire de l'État allocataire.

14. Force est cependant de constater que toutes prestations dispensées par l'État à la providence ne sont pas concernées de la même manière par les principes de nationalité et territorialité. En ce qui concerne les prestations qui relèvent des droits sociaux fondamentaux (tels le droit au logement, le droit d'accès à l'éducation primaire obligatoire ou le droit aux soins urgents), leur octroi est en principe indépendant de la nationalité, de la réciprocité financière, culturelle ou sociale des bénéficiaires. Les États sont tenus d'une obligation sociale minimale de s'occuper des personnes se trouvant sur leur territoire, en leur assurant un standard de vie minimal. Quant aux prestations liées aux biens publics indivisibles, tels l'accès à l'enseignement supérieur ou aux soins de santé au-delà des soins urgents, leur accès peut être étendu à ceux qui ne sont pas membres de la communauté nationale de solidarité sans que le système soit gravement affecté. Par contre, est en principe limité aux membres de la

Après la Seconde guerre mondiale, le bénéfice de la protection sociale a été étendu également au profit des résidents non-nationaux, qui ont résidé sur le territoire national depuis une certaine période.

Voir F. pennings, «EU Citizenship : Access to Social Benefits in Other EU Member States», *IJCLL*, 2012, p. 307-334, spéc. p. 309.

²⁹ A.P. van der Mei, *Free Movement Of Persons Within The European Community : Cross-Border Access To Public Benefits*, *op.cit.*, 2003, spéc. p.7.

³⁰ S. Roberts, «Bref historique de la coordination de la sécurité sociale», in *50 ans de la coordination de la sécurité sociale*, Y. Jorens (dir.), Espagne: OPUE, 2010, p. 8-29, spéc. p.11.

communauté de solidarité, l'accès aux prestations de solidarité de nature non contributive, telles les prestations d'assistance sociale, les prestations de nature financière qui visent à mettre à l'abri certains groupes de personnes³¹ de la difficulté économique et à leur permettre de vivre une vie plus digne, en leur garantissant un revenu de base. Il s'agit à titre d'exemple de l'allocation de recherche d'emploi, de l'allocation de chômage, des aides aux études sous forme de bourses ou de prêts. Ces prestations sociales non contributives ne reposent pas sur le principe de réciprocité, dans ce sens que les intéressés ne sont pas tenus de contribuer en fonction des risques qu'ils encourrent et des bénéfices qu'ils peuvent escompter. Leur octroi trouve une justification dans l'existence des sentiments de solidarité et de réciprocité étroits entre les membres de la communauté. C'est pour cette raison que sont exclues du bénéfice de ces prestations les personnes qui ne sont pas considérées comme « membres », faute de posséder la nationalité ou la résidence sur le territoire de l'État allocataire.

15. Il ressort que, s'agissant particulièrement des prestations de nature non contributive, les mécanismes de redistribution organisés par l'État providence s'opèrent traditionnellement dans la limite des frontières de la communauté des nationaux et des résidents. Le droit à la solidarité sociale est réservé aux personnes qui partagent l'espace social et territorial, qui prennent part à la communauté de solidarité et en sont considérées comme membres. Le choix de quitter le territoire national pour séjourner sur le territoire d'un autre État membre est généralement considéré comme une renonciation tacite à l'appartenance à la communauté nationale de solidarité. La circulation entre les États membres s'accompagne dès lors du risque de rupture de la protection sociale au détriment du migrant ; ce dernier peut se voir refuser le maintien du droit aux prestations sociales de la part de l'État sous la législation duquel il a acquis le droit à de telles prestations suite au détachement territorial avec cet État, sans pour autant avoir la garantie du droit d'accès aux prestations sociales dans un autre État membre. Le principe de clôture de l'État providence est ainsi susceptible de constituer un obstacle à la circulation interétatique au sein de l'Union.

16. L'impact du principe de clôture de l'État providence sur le processus d'intégration européenne ainsi que sur l'exercice des droits consacrés aux citoyens de l'Union amène le droit de l'Union à s'intéresser aux critères de détermination de l'appartenance à l'État providence et à remettre en question le lien traditionnel entre la protection sociale et la citoyenneté nationale.

³¹ Les pauvres, les vieux, les jeunes, les handicapés, les chômeurs...

SECTION II

LA DYNAMIQUE DE LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE ET L'OUVERTURE DE L'ÉTAT PROVIDENCE

17. La consécration de la citoyenneté européenne par le traité de Maastricht³² constitue incontestablement un point tournant dans l'histoire de l'intégration européenne. D'une organisation internationale chargée d'une mission d'intégration sectorielle des systèmes économiques des États membres, l'Union européenne a atteint le stade d'un marché unique, d'une union monétaire, et aspire dorénavant à s'affranchir de sa dimension exclusivement économique afin de devenir une Union politique, une « Union sans cesse plus étroite entre les peuples »³³. D'après le Professeur Gautron, la consécration de la citoyenneté de l'Union « vise à donner à la nouvelle Union européenne une assise politique et démocratique plus marquée et à orienter l'Union vers une communauté politique plus approfondie entre les États, les peuples et les individus qui la composent »³⁴.

18. À l'instar des citoyennetés dans le cadre d'ensembles pluri-étatiques tels que l'État fédéral, la citoyenneté européenne est une citoyenneté de superposition qui s'ajoute à la citoyenneté des États membres. Elle est de nature dérivée et dépend de la citoyenneté étatique, dans ce sens qu'elle est attribuée par la possession de la nationalité d'un État membre³⁵. Sa consécration entraîne par conséquent l'avènement des citoyennetés multi-niveaux au sein de l'ordre juridique de l'Union ; la citoyenneté supranationale coexiste avec les citoyennetés étatiques ou encore sous-étatiques.

³² Par l'article 8 TUE (1992) devenu 17 TCE et ensuite 20 TFUE.

³³ Préambule du traité CEE.

³⁴ J.-C. Gautron, «La citoyenneté européenne. Essai de démythification», in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, G. Wicker (dir.), Paris: LexisNexis, 2012, p. 149-162, spé. p. 151.

³⁵ Il en résulte que les conditions régissant l'acquisition et la perte de la citoyenneté européenne relèvent en principe de la compétence des États membres. Toutefois l'arrêt *Rottmann* rendu en 2010 (CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann c/ Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, Rec. p. I-1449) permet d'atténuer dans une certaine mesure cette affirmation. Cette affaire concerne un ressortissant autrichien, qui a été poursuivi en Autriche et qui a usé de sa liberté de circulation pour demander une naturalisation en Allemagne en dissimulant le fait qu'il faisait l'objet de poursuites pénales en Autriche. Constatant que l'intéressé a obtenu frauduleusement la naturalisation, l'autorité allemande a décidé de retirer rétroactivement la naturalisation. Or, étant donné que l'intéressé a déjà perdu la nationalité autrichienne, un tel retrait entraîne alors la situation d'apatriodie d'un ancien ressortissant d'un État membre et par conséquent le prive de la citoyenneté de l'Union. La Cour justifie l'applicabilité du droit de l'Union dans le cas d'espèce selon une approche qui met l'accent sur le statut de citoyen et les droits qui y sont attachés, indépendamment de l'élément d'extranéité traditionnellement requis. Il en résulte une limitation de l'exercice par les États membres de leur compétence retenue dans le domaine de la nationalité. Voir *infra*, première Partie, Titre I, Chapitre I, Section II.

19. La citoyenneté instituée par le traité de Maastricht officialise les liens entre les ressortissants des États membres et l'Union européenne. Elle définit le statut personnel des ressortissants des États membres vis-à-vis de l'ordre juridique de l'Union et constitue un corpus de droits subjectifs³⁶. Elle désigne surtout la capacité à posséder des droits et à les invoquer devant les juridictions en vue de les faire appliquer au sein d'un ordre juridique. L'octroi de droits subjectifs au profit des ressortissants des États membres ne débute pas avec la consécration de la citoyenneté de l'Union par le traité de Maastricht. Dès les premières années de la construction européenne, les ressortissants des États membres se voyaient d'ores et déjà reconnaître à côté de leurs États la qualité de sujet de droit à part entière de l'ordre juridique de l'Union³⁷. Par ailleurs, les ressortissants des États membres qui exerçaient des activités économiques transfrontalières se voyaient attribuer *de facto* en vertu des règles du traité et du droit dérivé une « citoyenneté de marché » ; un statut leur conférant les droits subjectifs liés à l'exercice de telles activités, notamment le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres et le droit de ne pas subir des discriminations en raison de la nationalité. Force est cependant de remarquer que l'apport de la citoyenneté de l'Union consiste précisément dans l'établissement d'un *statut juridique détaché de la logique économique* au profit des ressortissants des États membres. Si la citoyenneté européenne est censée contribuer à émanciper la construction européenne de l'emprise économique et à renforcer l'intégration politique et sociale de l'Union européenne, son véritable enjeu consiste dès lors dans l'enrichissement du statut de citoyen de l'Union des droits subjectifs d'une dimension plus politique et sociale.

20. Cependant, le premier constat de l'apport de la citoyenneté de l'Union tel qu'il ressort des traités sur le plan des droits politiques et sociaux des citoyens paraît loin d'être à la hauteur de l'espérance. L'attachement des droits politiques à la citoyenneté de l'Union fonde effectivement une « citoyenneté politique européenne » ; les citoyens se voient attribuer en

³⁶ En l'absence des obligations à charge des citoyens à présent.

³⁷ En 1963, la Cour pose dans son arrêt *Van Gend en Loos* que le traité CEE est plus qu'un accord qui créerait seulement des obligations mutuelles entre États et que l'action des organes qu'il a mis en place affecte les États membres et leurs citoyens, pour en conclure que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique « dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants » (CJCE, 5 février 1963, *van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26-62, Rec. p. 3). Elle souligne encore dans son arrêt *Costa c/ ENEL* que les États membres ont créé « un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes » (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6-64, Rec. p. 1141). Elle complète cette construction en consacrant par la suite l'applicabilité directe des règles communautaires qui sont « une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des États membres ou de particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire » (CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal*, Rec. p. 629).

vertu du droit de l'Union le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et aux élections au Parlement européen dans l'État membre de résidence dont ils ne sont pas ressortissants³⁸, le droit de pétition devant le Parlement européen³⁹, le droit de s'adresser au médiateur européen⁴⁰, ou encore le bénéfice de la protection diplomatique et consulaire de la part des autorités de tout État membre dans les États tiers dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État⁴¹. Cependant, les droits politiques reconnus aux citoyens restent faibles et ne concernent la plupart du temps que les citoyens qui exercent le droit de libre circulation entre les États⁴². Quant aux droits sociaux des citoyens, ils sont tout simplement absents. La fonction de redistribution sociale étant la source principale de légitimité de l'État de nos jours, il n'est guère surprenant que les États se montrent soucieux de maintenir l'ancrage de la protection sociale au niveau étatique et de maintenir le lien entre la protection sociale et la citoyenneté nationale. Les États cherchent à sauvegarder la sphère de la protection sociale de l'influence et de l'intervention du droit et des institutions européennes. L'Union n'a de compétence en principe que pour soutenir et compléter l'action des États membres. Les droits sociaux des citoyens de l'Union paraissent extrêmement clairsemés.

21. La force de la citoyenneté européenne réside en réalité dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. À proprement parler, la consécration de la citoyenneté de l'Union elle-même n'est pas envisageable sans l'engagement de la jurisprudence dans le processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union, et notamment par l'affirmation de l'applicabilité directe et de la primauté du droit communautaire⁴³. Une fois la

³⁸ Article 22, paragraphe 1 et 2, TFUE.

³⁹ Article 24, al. 2, TFUE.

⁴⁰ Article 24, al. 3, TFUE.

⁴¹ Article 23, al. 1, TFUE.

⁴² La faiblesse de la dimension politique de la citoyenneté fait l'objet d'une constante critique. Il est reproché à la citoyenneté son inefficacité en vue de remédier au déficit démocratique dont souffre l'Union européenne. Le problème tient au fait que la démocratie comme système de gouvernance politique implique le respect des principes et valeurs fondamentales, des droits de l'homme ainsi que l'existence des institutions publiques qui sont le produit du processus délibératif d'autodétermination des citoyens. Toutefois au niveau européen, les décisions fondamentales qui ont des implications économiques, politiques, sociales ou culturelles, sont prises, non sans référence, mais en l'absence de la participation et la possibilité de contrôle réel par les citoyens. La faiblesse de la participation aux élections du Parlement européen ainsi que le désintérêt général au sujet de l'Union témoignent du faible enthousiasme des citoyens pour participer à la vie politique européenne.

À cet égard, paraît témoigner le souci de permettre une participation plus active des citoyens au processus décisionnel au sein de l'Union, l'instauration par le traité de Lisbonne d'un « droit d'initiative citoyenne » qui permet à un million de citoyens de l'Union provenant d'au moins sept États membres de participer directement à l'élaboration des politiques européennes, en invitant la Commission européenne à présenter une proposition législative. Reste à observer son impact à l'égard du problème du déficit démocratique de l'Union.

⁴³ Ces bases sont nécessaires pour l'émergence de la citoyenneté européenne en faisant des ressortissants des États membres « les sujets de droit » de l'Union qui se voient reconnaître des droits subjectifs et la capacité à les

citoyenneté de l'Union instaurée, c'est encore la Cour de justice qui affirme la vocation de cette citoyenneté à devenir un statut fondamental des ressortissants des États membres de l'Union⁴⁴ et qui contribue à rendre ce statut *réellement* fondamental, en le dotant d'un contenu concret en particulier dans le domaine social⁴⁵. La jurisprudence dynamique et audacieuse de la Cour contribue à enrichir la citoyenneté européenne de la dimension sociale qui lui faisait défaut et la rapprocher de la « citoyenneté sociale » telle que définie le Professeur Marshall⁴⁶. La citoyenneté sociale repose en effet fondamentalement sur l'extension et l'enrichissement de l'égalité par la reconnaissance des droits sociaux aux citoyens⁴⁷. Elle consiste à octroyer aux citoyens « l'ensemble des droits allant de celui à un minimum de bien-être économique et de sécurité jusqu'au droit de partager l'héritage commun et de vivre la vie d'un être civilisé selon les standards établis par la société »⁴⁸, formant un statut social, de nature à « permettre la participation du citoyen à la vie sociale de la communauté »⁴⁹.

22. Compte tenu de la faiblesse de la compétence de l'Union et de l'absence de volonté politique des États membres, le développement de la dimension sociale de la citoyenneté de l'Union ne passe pas principalement par la voie de l'intégration positive (Paragraphe I). La dimension sociale de la citoyenneté de l'Union se bâtit fondamentalement sur la dynamique de l'intégration négative et s'appuie sur les deux droits fondamentaux de libre circulation et de non-discrimination en raison de la nationalité. Cette dynamique de l'intégration négative

invoquer devant les juridictions. CJCE, 5 février 1963, *van Gend & Loos*, aff. 26-62, précité, CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c./Enel*, aff. 6-64, précité, CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal*, précité.

⁴⁴ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, Rec. p. I-6193.

⁴⁵ Se montrant au départ réservée dans les premières années suivant la consécration de la citoyenneté, la Cour a ensuite franchi le pas avec la jurisprudence *Sala* de 1998 et notamment avec la jurisprudence *Baumbast* de 2002.

⁴⁶ T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992. Suivant le Professeur Marshall, le développement de l'État providence correspond à l'avènement de la « citoyenneté sociale » qui se traduit par l'attachement des droits sociaux au statut de citoyen. La citoyenneté sociale succède à la « citoyenneté civile » qui correspond à l'obtention des droits relatifs à la liberté individuelle au cours du XVIII^e siècle, et à la « citoyenneté politique » correspondant à l'obtention des droits liés à la participation au pouvoir comme membres de la communauté politique au XIX^e siècle.

⁴⁷ Sans aller jusqu'à assurer une égalité absolue entre les citoyens, la citoyenneté sociale vise l'enrichissement général de la substance concrète de la vie civilisée, la réduction générale des risques et de l'insécurité et une certaine égalisation entre les membres les plus et les moins fortunés. Même parmi les citoyens leur droit aux prestations sociales est différencié en fonction de leur statut ; i.e. selon qu'ils sont travailleurs ou non.

Voir D.S. King, J. Waldron, «Citizenship, Social Citizenship and the Defence of Welfare Provision», *B.J.Pol.S.*, 1988, p. 415-443, spéc. p. 422 et s.

⁴⁸ T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class and other essays*, op.cit., 1992, p. 8, traduction proposée par C. Marzo, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Aix en Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, spéc. p. 68.

⁴⁹ S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, op.cit., 2008, p. 54.

lancée au départ par l'intégration des marchés et relancée par la citoyenneté de l'Union conduit à décloisonner les espaces nationaux de protection sociale (Paragraphe II).

Paragraphe I : La faiblesse de l'intégration positive

23. Le développement de la dimension sociale de la citoyenneté européenne peut s'appuyer en premier lieu sur la voie de l'intégration positive. Cette dernière repose sur l'adoption des règles communes en matière sociale au niveau de l'Union. Trois conditions sont requises, à savoir qu'il y ait un transfert de compétences en la matière aux institutions de l'Union, que les États membres dégagent une volonté politique suffisante pour l'adoption des normes communes et que ces normes soient d'applicabilité directe ou fassent l'objet d'une transposition dans l'ordre juridique national⁵⁰.

24. Eu égard à ces conditions, le constat que la voie de l'intégration positive n'a pas donné lieu à une construction normative importante en matière sociale n'étonne pas. La protection sociale constitue un des domaines dans lesquels les États membres souhaitent conserver leur pleine compétence. À travers les traités constitutifs et les modifications qui ont été apportées, les États membres ne cessent de réitérer le principe de la compétence nationale en matière sociale et s'efforcent de restreindre l'intervention du droit et des institutions supranationaux. Les compétences de l'Union dans ce domaine sont à la fois limitées, quant aux moyens qui sont à disposition des institutions européennes, et finalisées, étant donné que ces compétences ne sont reconnues qu'en vue d'assurer la réalisation du marché intérieur.

25. Dès l'origine de la construction communautaire, l'idée qui animait le partage des compétences entre les Communautés et les États membres était celle selon laquelle les Communautés qui se voyaient confier les missions fondamentalement économiques de l'intégration des marchés n'auraient pas à intervenir dans le domaine social qui devrait rester du ressort des États membres⁵¹. Ce partage de compétences ne signifie pas pour autant que la dimension sociale était totalement absente dans le projet de l'unification du marché⁵².

⁵⁰ P. Magnette, *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, Bruxelles: Ed. de l'Université de Bruxelles, 1999, spéc. p. 18-19.

⁵¹ Or, ce partage va à l'encontre des principes des politiques économiques selon lesquels l'action économique est ancrée dans le réseau dense des institutions politiques et sociales. Voir S. Leibfried, P. Pierson, «États providence semi-souverains: Elaborer des politiques sociales dans une Europe multi-niveaux», in *Politiques sociales européennes : entre intégration et fragmentation*, S. Leibfried, P. Pierson (dir.), Paris: L'Harmattan, 1998, p. 47-87, spéc. p. 49.

⁵² L'article 119 TCEE pose le principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins. L'article 127 TCEE concernant le Fonds social européen prévoit pour sa part la possibilité pour le Conseil

L'article 117 du TCEE reconnaissait la nécessité d'améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs migrants « permettant leur égalisation dans le progrès » et estimait qu'une telle évolution résulterait tant du fonctionnement du marché commun que des procédures prévues pour le rapprochement des législations nationales. Toutefois, la voie du rapprochement des législations sociales nationales autour de standards européens communs n'était envisagée par le traité que de manière subsidiaire. L'harmonisation des systèmes nationaux de protection sociale était censée résulter principalement d'un processus de convergence spontanée dans le cadre du marché. Le traité ne prévoyait pas de procédure normative en vue de la réalisation des objectifs sociaux mentionnés. L'article 118 du traité CEE n'accordait à la Commission qu'une mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social⁵³. Le Professeur Magnette a pu ainsi affirmer que la faiblesse de l'engagement des États membres vis-à-vis du développement du droit social au niveau européen, se traduisant par « l'exiguïté des bases juridiques et des processus décisionnels, explique que la politique sociale ait longtemps été anémique»⁵⁴.

26. Les traités successifs affirment que la protection sociale relève de la compétence des États membres et cantonnent l'action de l'Union à celle d'appui. Le principe de subsidiarité s'applique fortement à l'égard de l'intervention des institutions supranationales et a toujours constitué une limite sérieuse au développement d'un droit social européen. Même après le traité de Nice, la Communauté n'a de compétence que pour soutenir et compléter l'action des États membres⁵⁵. Le Conseil peut adopter des directives dans le domaine de la sécurité sociale et de la protection sociale des travailleurs migrants, mais l'unanimité reste la règle et les dispositions prises ne pourront contenir que « des prescriptions minimales applicables progressivement »⁵⁶. Il est par ailleurs précisé que ces mesures d'harmonisation minimales ne devront pas porter atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes

d'adopter à la majorité qualifiée les dispositions visant à réaliser les objectifs du fonds social européen, à savoir de favoriser les possibilités d'emploi des travailleurs dans le marché commun ainsi que le relèvement du niveau de vie (article 123 TCEE) ou encore le reclassement (article 125 TCEE) et l'amélioration de la formation des travailleurs (article 128 TCEE).

Par ailleurs, d'après le considérant 3 du règlement n°1612/68 (considérant 4 du règlement n°492/2011), « la mobilité de la main-d'œuvre dans la Communauté doit être pour le travailleur un des moyens qui lui garantissent la possibilité d'améliorer ses conditions de vie et de travail et de faciliter sa promotion sociale, tout en contribuant à la satisfaction des besoins de l'économie des États membres ».

⁵³ Les autres bases juridiques à disposition des institutions sont les articles 100 (devenu 94 TCE et 115 TFUE) concernant le rapprochement des législations nationales) et 235 TCEE (devenu 308 TCE et 352 TFUE) concernant l'adoption des normes communes, à condition de démontrer des liens avec le marché commun et d'obtenir l'unanimité au Conseil.

⁵⁴ P. Magnette, *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions, op.cit.*, 1999, spéc. p. 81.

⁵⁵ L'article 137, paragraphe 1 TCE.

⁵⁶ L'article 153, paragraphe 2, TFUE.

fondamentaux de leur système de sécurité sociale, ni en affecter sensiblement l'équilibre financier⁵⁷.

27. L'impact du traité de Lisbonne sur la question de la protection sociale et sur les dispositions existantes relatives à la citoyenneté de l'Union est plutôt marginal. En effet, l'article 2, paragraphe 3, TUE dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne précise que l'Union « œuvre pour le développement durable de l'Europe » fondé sur « une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social », elle « combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations ». De plus, l'article 21, paragraphe 3, TFUE confère désormais au Conseil le pouvoir de légiférer, conformément à une procédure législative spéciale et statuant à l'unanimité, sur la sécurité sociale et la protection sociale des citoyens aux fins d'assurer le droit de libre circulation et de séjour sur le territoire des États membres. Or, le traité de Lisbonne insiste également sur le partage des compétences entre les États membres et l'Union et notamment sur le fait que l'Union doit exercer les compétences attribuées dans le respect du principe de subsidiarité⁵⁸. Il affirme que la compétence en matière d'éducation, de santé et de sécurité sociale appartient aux États membres⁵⁹. Par ailleurs, si la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « reconnaît » le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux « selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales », ce sont plutôt ces dernières qui jouent un rôle prépondérant.

28. Force est de remarquer que la volonté des États membres de rester maîtres dans le domaine de la protection sociale explique que la répartition des compétences dans ce domaine a peu changé depuis le traité initial de la Communauté économique européenne en 1957. Les tentatives de la Commission pour construire une dimension sociale de l'Union, pour élaborer des champs de compétence de l'Union en matière sociale ne débouchent en général que sur des résultats modestes. Au-delà de la réticence des États membres à céder leur contrôle en

⁵⁷ Voir l'article 153, paragraphe 4, TFUE (ex-article 137, paragraphe 4 TCE).

⁵⁸ Article 4, paragraphe 2, et article 5, paragraphe 3, TUE.

⁵⁹ Sur l'éducation, article 165-166 TFUE. Sur la santé, article 168 TFUE. Sur la sécurité sociale, article 153 TFUE.

Une déclaration interprétative de l'article 156 TFUE sur la coopération des États membres dans les domaines de la politique sociale (emploi, droit au travail et conditions de travail, formation professionnelle, sécurité sociale, droit syndical) précise en outre que ces domaines « relèvent essentiellement de la compétence des États membres. Les mesures d'encouragement et de coordination revêtent un caractère complémentaire. Elles servent à renforcer la coopération (...) et non pas à harmoniser des systèmes nationaux ».

matière sociale, il existe également d'autres obstacles tenant à la faible légitimité de l'Union, à l'absence de moyens financiers ou encore à la difficulté d'harmoniser les politiques sociales très divergentes des États membres⁶⁰.

29. Dans ce contexte, le développement de la dimension sociale de la citoyenneté de l'Union ne peut que s'appuyer sur la voie de l'intégration négative sous l'impulsion de la Cour de justice.

Paragraphe II : L'intégration négative prépondérante

30. L'intégration négative repose essentiellement sur les principes de libre circulation et d'égalité de traitement⁶¹. Indépendamment de l'existence de compétence de l'Union en matière sociale, la garantie des droits de libre circulation et de séjour et de ne pas subir les discriminations en raison de la nationalité au profit des citoyens entraîne, par l'effet de « spill-over », le mouvement de dénationalisation des droits sociaux et de déclosionnement des espaces sociaux nationaux.

31. Cette dynamique de l'intégration négative est guidée au départ par la mise en place du marché unique et la formation avant la lettre de la « citoyenneté de marché » (A). Elle se poursuit avec l'instauration de la citoyenneté européenne sous un objectif renouvelé de l'intégration sociale des citoyens (B).

A.) La « citoyenneté de marché » et l'ouverture de l'État providence

32. Nonobstant l'absence d'une attribution matérielle de compétence en matière de protection sociale par le traité, les dynamiques d'intégration du marché lancées par le projet d'établissement du marché unique entraînent l'empiètement du droit de l'Union dans la sphère sociale par l'effet de « spill-over ». L'impératif d'assurer la liberté de circulation des facteurs de production au sein d'un marché unifié exige de garantir aux acteurs économiques

⁶⁰ S. Leibfried, P. Pierson, «États providence semi-souverains: Elaborer des politiques sociales dans une Europe multi-niveaux», in *Politiques sociales européennes : entre intégration et fragmentation*, op.cit., p. 47-87, spéc. p. 50 et s.

⁶¹ Elle rappelle la forme de regroupement en « isopolitie » des cités grecques antiques. Les citoyens de chaque cité ont le droit de circuler entre les cités alliées et chaque cité est tenue de traiter les citoyens des autres cités qui résident sur son territoire de la même manière que ses propres citoyens et de leur octroyer les mêmes droits. L'isopolitie repose en somme sur « une sorte d'échange de la citoyenneté » ; les membres de chaque cité conservent leur statut propre mais peuvent bénéficier, lorsqu'ils résident dans une autre cité alliée, des droits liés à la citoyenneté de cette cité. P. Magnette, *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, op.cit., 1999, spéc. p. ; B. Patrice, *Le monde grec à l'époque classique (500-323 avant J.-C.)*, Paris: Armand Collin, 2003, spéc. p. 101-102.

qu'ils ne perdent pas la protection sociale lorsqu'ils usent de leur droit de libre circulation aux fins d'exercer des activités économiques transfrontalières. Les conditions de la nationalité ou de la résidence sur le territoire imposées aux travailleurs migrants pour l'accès aux prestations sociales des États membres sont susceptibles en effet de faire obstacle à leur liberté de circulation. Plusieurs règles du traité et du droit dérivé visent alors à abolir de tels obstacles tenant à la nature fermée de l'État providence.

33. Outre la prohibition par l'article 48 TCEE (devenu 39 TCE et ensuite 45 TFUE) des différences de traitement concernant l'accès à l'emploi, les conditions de travail, et les rémunérations, l'article 7, paragraphe 2 du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011)⁶² affirme le droit à l'égalité de traitement des travailleurs migrants en matière d'avantages sociaux et fiscaux dans l'État membre d'accueil. Limité en principe aux travailleurs migrants, le champ d'application de cette disposition a été ensuite étendu par la jurisprudence au profit des membres de la famille des travailleurs⁶³. La Cour interprète également très largement la notion d'avantages sociaux, de sorte à couvrir non seulement les réductions des prix de transport accordées aux familles nombreuses⁶⁴, les prêts à la naissance d'enfants⁶⁵, l'assistance publique⁶⁶, ou encore les bourses d'études⁶⁷.

34. Par surcroît, le législateur européen a mis en place, sur le fondement de l'article 51 TCEE, un mécanisme de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale⁶⁸ qui permet de lever les règles de nationalité et de territorialité de l'État providence à l'égard des travailleurs migrants. Sans aller jusqu'à harmoniser les législations nationales en matière de sécurité sociale, les règlements coordonnent les législations sociales nationales en vue d'éliminer les

⁶² Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JO* n° L 257 du 19.10.1968, p. 2-12, Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, *JO* L 141 du 27.5.2011, p. 1-12.

⁶³ CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini c/ SNCF*, aff. 32-75, Rec. p. 1085.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ CJCE, 14 janvier 1982, *Reina c/ Landeskreditbank Baden-Württemberg*, aff. 65/81, Rec. p. 33.

⁶⁶ CJCE, 7 mars 1985, *Hoeckx c/ Centre public d'aide sociale de Kalmthout*, aff. 249/83, Rec. p. 973.

⁶⁷ CJCE, 8 juin 1999, *Meeusen c/ Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, aff. C-337/97, Rec. p. I-3289.

⁶⁸ Le système de coordination a été mis en place tout d'abord par le règlement n°3, remplacé ensuite par le règlement n°1408/71 et le règlement n°883/2004.

Règlement n° 3 du Conseil du 25 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, *JO* n° 30 du 16.12.1958, p. 561 ; Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO* L 149 du 5.7.1971, p. 2-50 ; Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO* L 314 du 7.6.2004, p. 1-123.

obstacles qui peuvent résulter du principe de clôture de l'État providence et des différences entre les systèmes de protection sociale nationaux. À cet égard, sont posés notamment le principe d'égalité de traitement, le principe de totalisation des périodes ou encore celui de maintien des droits acquis. Ces principes contribuent de manière concertée à surmonter les principes de nationalité et territorialité de l'État providence qui conditionnent l'octroi, le calcul ou le maintien des prestations à la possession de la nationalité de l'État membre allocataire ou à la résidence du bénéficiaire sur le territoire⁶⁹.

35. Conformément à leur obligation d'observer les règles du traité et du droit dérivé relative à la liberté de circulation et à l'interdiction des discriminations à l'égard des travailleurs migrants, les États membres sont contraints à modifier certaines caractéristiques de leur État providence, notamment la limitation du droit aux prestations sociales aux nationaux et l'exigence de la consommation des prestations sociales sur le territoire national. Ils sont tenus de supprimer les critères d'éligibilité aux prestations sociales discriminatoires ou entravant la liberté de circulation des travailleurs. Il en résulte une obligation à la charge des États membres de conférer aux travailleurs migrants ressortissants d'autres États membres l'accès aux droits sociaux dans les mêmes conditions qu'aux nationaux et de permettre dans une certaine mesure l'exportabilité de ces droits sur le territoire d'un autre État membre.

36. Même préalablement à la consécration de la citoyenneté de l'Union, les ressortissants des États membres se voient d'ores et déjà attribuer, au titre d'une citoyenneté de marché⁷⁰, les droits subjectifs liés à leur rôle d'acteurs économiques, actifs ou passifs⁷¹, notamment le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres et le droit de ne pas subir des discriminations en raison de la nationalité, y compris en matière sociale. Les travailleurs migrants, salariés et indépendants, et les membres de leur famille se voient reconnaître un statut social qu'ils peuvent invoquer à l'encontre des États membres d'origine ou d'accueil en vue de bénéficier des prestations sociales dispensées par l'État providence

⁶⁹ Toutefois, le champ d'application matériel des règles de coordination des systèmes de sécurité sociale est limité. Elles ne s'appliquent qu'aux seules branches de sécurité sociale énumérées par les règlements, à l'exclusion par ailleurs des prestations d'assistance sociale. Dans ce contexte, l'interdiction des discriminations en matière d'avantages sociaux et fiscaux à l'égard des travailleurs migrants prévue par le règlement n°492/2011 permet de remédier à l'inapplicabilité *ratione materiae* du principe de non-discrimination des règlements de coordination.

⁷⁰ Contrairement à ce qui se passe pour la citoyenneté étatique où les droits politiques sont les premiers droits, du point de vue à la fois chronologique et de l'importance, par rapport aux droits économiques et sociaux, la citoyenneté supranationale avant la lettre est avant tout une citoyenneté économique.

⁷¹ CJCE, 2 février 1989, *Cowan c/ Trésor public*, aff. 186/87, Rec. p. 195. La Cour étend dans cette affaire l'application du droit de libre prestation de services et d'égalité de traitement au profit des acteurs économiques passifs, c'est-à-dire les bénéficiaires de services. Voir *infra*, première Partie, Titre I, Chapitre I, Section I.

dans des conditions non discriminatoires, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence. Ces droits qui sont reconnus aux acteurs économiques migrants constituent en effet la « traduction subjective de l'ordre économique » organisé par les traités⁷². Même s'il n'est pas exclu qu'ils poursuivent également une finalité sociale⁷³, ils sont intrinsèquement liés à la mission de l'intégration des marchés confiée à la Communauté et à leur qualité de citoyens de marché.

37. La consécration de la citoyenneté de l'Union et du droit de libre circulation et de séjour indépendamment de l'exercice d'une activité économique transfrontalière va changer la donne et amène le droit de l'Union à poursuivre le processus d'ouverture de l'État providence sous l'angle d'un objectif renouvelé, détaché de la considération économique.

B.) La « citoyenneté sociale » et l'ouverture de l'État providence

38. Suite à la consécration de la citoyenneté européenne par le traité de Maastricht, les ressortissants des États membres deviennent, en vertu de leur statut de citoyen, sujets autonomes du droit de l'Union, quel que soit leur statut professionnel. Ils jouissent à cet égard du droit de circuler et de séjournier librement sur le territoire des États membres, indépendamment de l'exercice d'une activité économique transfrontalière. Cette évolution du droit de l'Union amène à réfléchir s'il y a lieu d'assurer également la protection sociale aux citoyens qui usent de leur droit de circulation et de séjour au sein de l'Union. En effet, ce droit perdrait son effet utile si les citoyens qui choisissent de l'exercer risquent de se voir priver des droits aux prestations sociales qu'ils ont acquis en vertu de la législation d'un État membre, sans pouvoir bénéficier de la protection sociale dans un nouvel État membre.

39. Vu que la liberté de circulation et de séjour n'est reconnue aux citoyens que sous réserve du respect des conditions de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète⁷⁴ et eu égard à l'absence d'une disposition spécifique du traité prohibant les discriminations en

⁷² P. Magnette, *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions, op.cit.*, 1999, spéc. p. 79.

⁷³ Le Professeur Magnette souligne que l'affirmation de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité au profit des travailleurs migrants comme corollaire de la liberté de circulation des travailleurs ne va pas de soi. En effet, le recours à la main d'œuvre étrangère dans la période d'après-guerre était précisément motivé par la volonté de réduire les coûts de production, en octroyant aux travailleurs étrangers des salaires et des avantages sociaux moindres. La consécration du principe de l'égalité de traitement au profit des travailleurs migrants en matière de conditions de travail, de rémunération ou encore d'avantages sociaux, malgré son impact économique négatif, témoigne alors des considérations également politique et sociale. Voir *ibid.*, spéc. p. 38-39.

⁷⁴ Par renvoi par le traité aux règles du droit dérivé régissant le droit de libre circulation et de séjour des citoyens inactifs.

raison de la nationalité à l'égard des citoyens migrants à l'instar de ce qui se passe pour les acteurs économiques migrants, il semble que les auteurs du traité n'envisagent probablement pas de doter la citoyenneté qu'ils consacrent d'une dimension sociale. Il apparaît que c'est la crainte du phénomène du « tourisme social », où la circulation interétatique des citoyens n'est entreprise que dans le seul but de bénéficier d'un niveau de protection sociale plus élevé dans un autre État membre, qui préoccupe les États membres.

40. La Cour de justice de l'Union européenne est néanmoins d'avis opposé. Nonobstant le faible engagement des États membres se traduisant par la parcimonie voire l'absence des dispositions protectrices des droits qu'ils consacrent aux citoyens, la jurisprudence tâche de rendre effectif le statut de citoyen de l'Union en le dotant précisément d'une dimension sociale. À l'image de ce qui se passe pour la citoyenneté de marché, la Cour se sert de la dynamique de l'intégration négative, en associant les dispositions du traité consacrant la liberté de circulation des citoyens et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, pour fonder un régime de protection sociale transnationale au profit des citoyens de l'Union. La méthode employée par la Cour consiste essentiellement à découpler les droits qui ont déjà été consacrés au profit des travailleurs migrants de la logique économique, tout en allant plus loin sous certains aspects. En conférant à ses titulaires une habilitation à avoir une vie sociale, indépendamment de leur situation économique, la citoyenneté de l'Union se rapproche d'une citoyenneté véritablement sociale.

41. L'ouverture de l'État providence sous la dynamique de la citoyenneté européenne repose néanmoins sur une logique fondamentalement différente par rapport à ce qui se passe pour les acteurs économiques. Elle ne s'inscrit plus dans la logique de l'intégration des marchés qui exige l'intégration des acteurs économiques dans la société d'un autre État membre. L'instauration de la citoyenneté européenne qui accompagne la création de l'Union européenne témoigne en effet de la volonté du changement d'orientation de l'intégration européenne vers une Union politique et sociale. Comme l'a remarqué le Professeur Azoulai, l'affirmation par le traité de Lisbonne de la volonté de l'Union d'« offrir » à ses citoyens un « espace commun » de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes⁷⁵, est significative du changement « dans la stratégie d'identification de l'Union »⁷⁶; l'objectif poursuivi par l'intégration européenne

⁷⁵ L'article 3, paragraphe 2 TUE.

⁷⁶ L. Azoulai, «Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne», *RIDE*, 2011, p. 543-557, spéc. p. 546.

sera dorénavant aussi d'ordres politique, civil, et social. Force est cependant de constater qu'en vue de faire de cet espace commun, assigné aux citoyens, une réalité concrète, encore faut-il conférer aux citoyens « des droits en vue de l'occuper librement »⁷⁷.

42. Dans le contexte où l'Union ne dispose ni de compétence pour la collecte et la redistribution des ressources, ni de budget social, la protection sociale que le droit de l'Union confère aux citoyens qui se placent dans son champ de protection, comme conséquence du processus de l'intégration négative, repose en réalité sur les systèmes sociaux nationaux. La question cruciale consiste dès lors à savoir comment concilier l'exigence de la protection sociale des citoyens migrants avec la logique de clôture de l'État providence.

SECTION III

LA CITOYENNETÉ ET L'ÉTAT PROVIDENCE : ENTRE OUVERTURE ET FERMETURE

43. En vue d'assurer la protection sociale de ses citoyens migrants en l'absence de compétence de redistribution de même que de budget social au niveau supranational, le droit de l'Union recourt à « la méthode d'une responsabilité indirecte »⁷⁸, en imposant aux États membres d'abolir les législations sociales nationales qui sont discriminatoires ou restrictives de la liberté de circulation des citoyens. Cette obligation de compatibilité est susceptible d'enjoindre aux États providence d'étendre le droit d'accès aux droits sociaux nationaux aux citoyens migrants, sans égard à leur nationalité et, dans une certaine mesure, de leur lieu de résidence.

44. À l'égard des travailleurs migrants, l'obligation faite aux États membres d'étendre les droits sociaux nationaux à leur profit malgré le fait qu'ils ne possèdent pas la nationalité ou la résidence sur le territoire national est acceptable, compte tenu de leurs contributions à l'économie de l'État membre allocataire ou, tout au moins, à la prospérité de l'Union dans son ensemble. S'agissant des citoyens inactifs, la tension est inévitable étant donné que l'extension de la solidarité nationale à leur profit ne s'accompagne pas d'une réciprocité financière de la part des bénéficiaires. Un décalage semble exister entre l'ancre moral et

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ S. Barbou des places, «Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : des affinités sélectives?», in *La solidarité dans l'Union européenne: éléments constitutionnels et matériels*, op.cit., p. 217-244, spéc. p. 229.

financier de la solidarité sociale au niveau étatique et la redistribution de cette solidarité au niveau supranational en vertu du droit de l'Union. La tension qui résulte de l'exigence de l'ouverture des frontières de l'État providence au profit des citoyens migrants non-actifs paraît d'ailleurs se renforcer dans le contexte actuel de crise « qui met à l'épreuve la capacité de l'État de maintenir la cohésion sociale par le fonctionnement satisfaisant d'un certain nombre de services publics »⁷⁹. L'affaiblissement de la croissance rend le financement du système de la protection sociale plus difficile alors que le coût de l'État providence présente une charge importante et ne cesse d'augmenter⁸⁰.

45. La question principale est de savoir comment garantir aux citoyens qui se placent dans le champ de protection de l'Union une protection sociale⁸¹ dans le respect des éléments qui sous-tendent les mécanismes sociaux de l'État providence et sans les mettre en péril.

À cet égard, cette recherche examine l'impact de la construction du régime de protection sociale des citoyens sur l'État providence, conçu comme un espace fermé de la solidarité sociale entre les nationaux et les résidents sur lequel l'État est libre d'exercer sa souveraineté en matière sociale et d'organiser son système de protection sociale comme il l'entend. Elle vise à étudier plus particulièrement de quelle manière le droit de la citoyenneté remet en question le principe de clôture de l'État providence et influe sur sa faculté de définir l'appartenance à la communauté de solidarité. Elle discerne également comment la reconnaissance du statut social de citoyen transforme les rapports en matière de protection sociale entre les citoyens, les États et les institutions de l'Union au sein de l'espace social européen en formation.

En même temps, la reconfiguration ou l'abolition des frontières sociales est susceptible d'avoir un impact considérable sur le fonctionnement et la viabilité de l'État providence.

⁷⁹ A. Iliopoulou, «Entrave et citoyenneté de l'Union», in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. Azoulay (dir.), Bruxelles: Bruylants, 2011, p. 191-223, spéci. p. 211.

⁸⁰ Les dépenses sociales représentent, en 2011, 43,4 % des dépenses totales des administrations publiques de l'Union de 27 (46,8 % dans la zone euro).

Voir Statistiques sur les finances publiques d'Eurostat, Données d'avril 2012 et août 2011, [réf. du novembre 2012], disponible sur:

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Government_finance_statistics/fr

⁸¹ La protection sociale comprend deux volets : d'une part, le droit du travail qui concerne les règles visant à assurer la protection des travailleurs salariés dans les relations de travail, d'autre part, le droit de la sécurité sociale et de l'assistance sociale qui assurent aux bénéficiaires la protection contre certains risques sociaux, tels la maladie, la vieillesse, le chômage, la maternité ou les accidents du travail. La thèse s'intéressera essentiellement au deuxième volet de la protection sociale, et plus précisément à la question de l'accès aux prestations sociales des citoyens dans leur qualité de citoyen de l'Union indépendamment de l'exercice d'une activité économique.

Cette étude examine de quelle manière les spécificités des droits sociaux influent sur le droit à la protection sociale des citoyens. Il s'agit concrètement de savoir comment ces considérations liées au domaine social ont un impact sur les conditions et l'étendue de la solidarité transnationale à laquelle les citoyens peuvent prétendre en vertu du traité.

46. Force est de constater que, sous l'impulsion de la jurisprudence, les principes de libre circulation et de non-discrimination, associés à la citoyenneté de l'Union, deviennent les instruments principaux au service de la construction du régime de la protection sociale des citoyens. S'inscrivant dans la continuité du processus lancé en vue de la réalisation du marché intérieur, la dynamique du processus de l'intégration négative aboutit à démanteler les frontières de l'État providence au profit des citoyens de l'Union. Le principe de non-discrimination crée l'obligation pour chaque État d'assurer aux ressortissants d'autres États membres qui résident sur son territoire un traitement égal par rapport à ses propres nationaux, notamment en leur ouvrant l'accès aux droits sociaux nationaux en vigueur dans les mêmes conditions que les nationaux. Il a pour effet d'engendrer au profit des citoyens migrants un mouvement de dénationalisation des droits sociaux. Le principe de libre circulation, pour sa part, repose sur l'idée que les territoires des États membres forment un espace social européen en formation au sein duquel doit être garanti dans la mesure du possible aux citoyens un droit au maintien ou à l'acquisition des prestations sociales, indépendamment de leur lieu de résidence. Son application conduit à déterritorialiser les droits sociaux, en permettant l'exportabilité des prestations en principe régies par le principe de territorialité (**Première Partie**).

47. La dénationalisation ou la déterritorialisation complète des systèmes nationaux de protection sociale est toutefois irréaliste. La Cour de justice est bien consciente de l'impératif de permettre aux États providence de maintenir leur capacité de fonctionner convenablement à travers la possibilité de limiter et de contrôler l'accès à leur système de protection sociale national. Il est dès lors admis une nouvelle forme de frontières de l'État providence qui prend la forme d'une exigence de liens réels entre les demandeurs de prestations et l'État allocataire. Cette nouvelle forme de frontières de l'État providence a pour ambition de concilier les exigences liées à la mobilité des citoyens au sein de l'Union et la nécessité de clôture de l'État providence pour permettre le fonctionnement des mécanismes de solidarité. La possession du statut de citoyen de l'Union et la circulation interétatique ne suffisent pas à justifier en tant que telle une extension de la solidarité sociale étatique au profit des citoyens migrants au-delà

du cadre national et territorial. L'accès des citoyens migrants à l'État providence dépend au final des liens dont ils peuvent faire preuve avec l'État allocataire (**Seconde Partie**).

Première Partie : L'ouverture des frontières de l'État providence, exigence de la citoyenneté européenne

Seconde Partie : La citoyenneté sociale européenne limitée par la sauvegarde de l'État providence

PREMIÈRE PARTIE

**L'OUVERTURE DES
FRONTIÈRES DE L'ÉTAT
PROVIDENCE,**

**EXIGENCE DE LA CITOYENNETÉ
EUROPÉENNE**

The importance of the rather minimalist citizenship provisions lay not in their content but rather in the promise they held out for the future; the concept of Union citizenship being ‘a dynamic one, capable of being added to or strengthened, but not diminished’⁸²

48. L’intégration européenne et la protection sociale étaient censées rester sur des trajectoires séparées. La question de solidarité est d’affaire étatique et les États providence nationaux sont le cadre de référence au sujet de redistribution.

Force est toutefois de constater que, par effet « spill-over », le droit de l’Union est amené à s’intéresser aux conditions auxquelles les États membres subordonnent l’accès aux prestations de l’État providence au moment où elles font obstacle au droit de libre circulation ou d’égalité de traitement des personnes relevant de son champ d’application. Dans la perspective de création du Marché unique, l’obligation faite aux États membres de respecter le droit de libre circulation et de non-discrimination en raison de la nationalité à l’égard des travailleurs migrants débouche sur une exigence de démantèlement des critères de nationalité et de territorialité de l’État providence à leur profit. Les autorités nationales sont tenues d’intégrer les travailleurs migrants ressortissants d’autres États membres dans le cercle des bénéficiaires de l’État providence, ainsi que, dans une certaine mesure, de leur octroyer des prestations, notamment celles liées à leur emploi, au-delà des frontières nationales lors de leur changement de résidence.

49. La consécration de la citoyenneté européenne amène le droit de l’Union à poursuivre le processus de démantèlement des frontières de l’État providence au-delà du cadre d’intégration économique du marché. La Cour de justice de l’Union joue indéniablement le rôle moteur dans ce processus, qui repose essentiellement, à l’instar de ce qui se passe pour les travailleurs migrants, sur la dynamique de l’intégration négative. La jurisprudence s’appuie sur des interprétations dynamiques des dispositions relatives à la citoyenneté en combinaison avec les deux principes fondateurs de l’ordre juridique de l’Union, à savoir les principes de non-

⁸² D. O’Keeffe, «Union Citizenship», in *Legal issues of the Maastricht treaty*, D. O’Keeffe, P. M. Twomey (dir.), London ; New York ; Singapore: Wiley Chancery Law, 1994, spéc. p. 106.

discrimination et de libre circulation pour élaborer un régime de protection sociale transnationale au profit des citoyens. Ce régime repose sur la généralisation des principes, des techniques développées dans le cadre du droit du marché intérieur et leur adaptation aux spécificités du domaine social.

50. Les principes de non-discrimination et de libre circulation associés avec la citoyenneté constituent des instruments complémentaires au service de la protection sociale des citoyens. L'association entre le principe de non-discrimination et le statut de citoyen permet d'une part de dénationaliser l'État providence, en étendant en principe le droit d'accès aux prestations sociales dispensées dans l'État membre d'accueil aux citoyens migrants non-nationaux (Titre I). L'appui sur le droit de libre circulation et de séjour reconnu par l'article 21 TFUE aux citoyens permet, d'autre part, de remettre en cause, dans une certaine mesure, les restrictions territoriales au bénéfice des prestations sociales (Titre II).

TITRE I

LE DROIT À L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES CITOYENS ET LA DÉNATIONALISATION DE L'ÉTAT PROVIDENCE

51. L'introduction de la citoyenneté a une incidence sur le champ d'application du traité. *Ratione personae*, elle crée une nouvelle catégorie de sujets du droit de l'Union en conférant aux ressortissants des États membres la qualité subjective de citoyen européen. *Ratione materiae*, elle élargit le champ d'application du traité en y incluant les droits attachés au statut de citoyen et notamment le droit de libre circulation et de séjour indépendamment de l'exercice d'une activité économique. Cependant, de la même manière que les trois directives de 1990⁸³, le traité se limite à affirmer le droit général de libre circulation sans prévoir au profit des citoyens qui usent de ce droit une protection contre les traitements discriminatoires une fois ils se trouvent dans l'État membre d'accueil. Force est toutefois d'admettre que la liberté de circulation attachée au statut de citoyen serait dans la pratique vidée de son effet utile, si, en raison de l'exercice du droit de circuler et de séjournier dans l'Union qui lui est reconnu, le citoyen risque de se trouver privé de toute protection sociale, du fait de l'impossibilité de bénéficier d'une protection dans son nouvel État de résidence après avoir perdu la protection sociale de la part de son État d'origine. Il revient alors à la Cour de justice d'y apporter le remède.

52. S'appuyant sur l'association des dispositions relatives à la citoyenneté avec le principe général de non-discrimination, la jurisprudence généralise au profit des citoyens migrants inactifs la protection contre les discriminations en raison de la nationalité en matière sociale (Chapitre I). La consécration de la citoyenneté a un effet attractif et crée un nouveau contexte

⁸³ Directive 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, *JO L* 180 du 13.7.1990, p. 26 - 27, 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 du 13.7.1990, p. 28-29, Directive 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, *JO L* 317 du 18.12.1993, p. 59-60.

qui invite la jurisprudence à réinterpréter et élargir le champ d'application matériel du principe de non-discrimination (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA GÉNÉRALISATION DE L'ACCÈS AUX DROITS SOCIAUX

53. Intimement liée à l'objectif de réalisation d'un marché commun et au caractère économique du traité, la liberté de circuler et de séjourner au sein de la Communauté n'était reconnue qu'aux ressortissants des États membres qui s'engagent dans des activités économiques dans d'autres États membres. Comme corollaire de leur liberté de circulation, les travailleurs migrants, salariés ou indépendants, bénéficient d'un droit à l'égalité de traitement relativement complet en matière sociale par rapport aux nationaux de l'État membre d'accueil. Ils peuvent s'appuyer sur le règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011)⁸⁴, et plus spécifiquement sur son article 7, paragraphe 2, pour prétendre au bénéfice des avantages sociaux et fiscaux dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État. Les migrants économiquement non-actifs étaient, par contre, méconnus du droit communautaire jusqu'aux années 90.

54. Par les trois directives de 1990⁸⁵, le législateur a pris l'initiative d'étendre le droit de libre circulation et de séjour sur le territoire des États membres aux étudiants, retraités, inactifs et aux membres de la famille, à condition qu'ils disposent des ressources suffisantes pour eux et leur famille et d'une assurance maladie couvrant les risques dans l'État membre d'accueil. L'extension du droit de libre circulation et de séjour à des ressortissants communautaires non-actifs ne s'est pas cependant accompagnée de l'extension du principe de non-discrimination en raison de la nationalité à leur profit. Les directives étaient silencieuses sur le droit à l'égalité de traitement des bénéficiaires du droit de séjour une fois qu'ils se trouvaient dans l'État membre d'accueil. Le droit aux prestations sociales transfrontalières restait en conséquence étroitement lié à l'exercice d'une activité économique malgré le détachement du droit de libre circulation d'un tel exercice.

⁸⁴ Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, précité. Il remplace désormais le Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968, précité.

⁸⁵ Directive 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990, précité, Directive 90/365/CEE du Conseil du 28 juin 1990, précité, Directive 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993, précité.

55. L'introduction de la citoyenneté de l'Union et la consécration du droit de libre circulation au profit de tous citoyens indépendamment de l'exercice des activités économiques par le traité de Maastricht rend peu acceptable cet état du droit. Il est devenu nécessaire de revoir la liaison traditionnelle du droit à l'égalité de traitement aux libertés économiques de circulation. En l'absence de disposition interdisant spécifiquement les discriminations en raison de la nationalité à l'encontre des citoyens migrants, comme c'est le cas pour les libertés économiques, la Cour s'appuie sur le principe général de non-discrimination et les dispositions relatives à la citoyenneté en vue d'assurer aux citoyens migrants, sous réserve de certaines conditions et limitations⁸⁶, le droit d'accès aux prestations sociales fournies par l'État membre d'accueil dans les conditions non discriminatoires. Le démantèlement du critère de la nationalité de l'État providence au profit des citoyens passe par une « autonomisation » du principe de non-discrimination, non seulement à l'égard de l'exercice de la liberté de circulation aux fins d'exercer une activité économique transfrontalière (Section I) mais encore par rapport à la circulation en vertu du traité (Section II).

SECTION I

L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DÉTACHÉE DE L'EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

56. L'utilisation prétorienne du principe général de non-discrimination afin de combler la lacune de protection des inactifs contre les traitements discriminatoires en matière sociale précédait la consécration de la citoyenneté. Cependant, les migrants non-actifs ne bénéficiaient du principe de non-discrimination que de manière « indirecte » ou « ricochet », soit en raison des liens qu'ils entretenaient avec les libertés économiques de circulation, soit parce qu'était impliqué un domaine de compétences de l'Union (Paragraphe I). L'institution de la citoyenneté européenne permet de reconnaître un droit de non-discrimination aux citoyens migrants en raison de leur statut de citoyen, indépendamment de lien avec l'exercice, ou la personne exerçant, des activités économiques transfrontalières (Paragraphe II).

⁸⁶ Voir *infra*, seconde Partie.

Paragraphe I : Le découplage implicite dans le cadre de la citoyenneté embryonnaire

57. Le principe de non-discrimination visé à l'article 18 TFUE ne prohibe les discriminations fondées sur la nationalité que dans le domaine d'application du traité. La possibilité pour un individu d'invoquer le bénéfice de la protection contre les discriminations en vertu du traité suppose au préalable qu'il se trouve dans « une situation régie par le droit de l'Union ».

58. Sous l'empire du traité de Rome de 1957, une telle situation se définissait essentiellement par référence à la nature économique de la Communauté. Étant donné que l'objectif principal qui lui était assigné concernait l'établissement et le fonctionnement du marché commun, le traité ne reconnaissait le droit de libre circulation et les droits y afférant que dans le but de permettre l'exercice des activités économiques transfrontalières. C'était une participation à des activités économiques transfrontalières qui permettait, de manière exclusive, de placer un individu dans une situation régie par le traité. Les ressortissants des États membres qui circulaient à des fins étrangères au domaine économique ne pouvaient en conséquence invoquer la protection en vertu du traité.

59. Cependant, par une interprétation extensive du champ d'application du traité, la jurisprudence a généralisé des droits et des protections au profit de certains migrants inactifs. S'appuyant sur le principe général d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité en combinaison avec les dispositions relatives à la liberté de circulation économique, la Cour a étendu le droit à l'égalité de traitement aux destinataires de services transfrontaliers (A) et aux étudiants migrants (B). Ces jurisprudences qui éloignent le droit à l'égalité de traitement de la logique économique de la liberté de circulation peuvent être considérées comme consacrant en germe la citoyenneté européenne.

A.) L'application du principe de non-discrimination aux destinataires de services transfrontaliers

60. Les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services ne visent expressément que la liberté des prestataires de services, établis dans un État membre, de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'un autre État membre aux fins d'y prêter les services. C'est par une interprétation large de la notion de participation à l'activité économique que la jurisprudence de la Cour construit progressivement le statut de destinataires de services transfrontaliers au regard du droit communautaire. La Cour commence par reconnaître que les

dispositions du traité relatives à la libre prestation de services, et notamment l'actuel article 56 TFUE qui exige l'abolition des restrictions à la liberté de préster les services à l'intérieur de l'Union, couvrent également la liberté de recevoir les services transfrontaliers. Elle le fait tout d'abord de manière peu explicite à l'occasion de l'arrêt *Watson et Belmann*⁸⁷. Dans cette affaire, interprétant le préambule de la directive 73/148/CEE du 21 mai 1973 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la communauté en matière d'établissement et de prestation de services, la Cour affirme que « la libre prestation de services implique que le prestataire et *le destinataire* soient assurés d'un droit de séjour correspondant à la durée de la prestation »⁸⁸.

61. L'affaire *Luisi et Carbone*⁸⁹ offre par la suite à la Cour l'occasion de confirmer clairement que les destinataires de services sont bénéficiaires des droits attachés à la libre prestation de services. Cette affaire se situe dans le contexte des poursuites pénales engagées contre deux ressortissants italiens pour avoir acquis des devises étrangères d'un montant dépassant le maximum autorisé par la législation italienne, alors que ces acquisitions visaient à financer leur séjour en France et en Allemagne pour activités de tourisme et pour recevoir des soins médicaux. L'avocat général Mancini soutient que l'article 56 TFUE concerne autant les destinataires de services que les prestataires de services. En appui de son argumentation, il invoque, entre autres, la directive 64/221/CEE dont l'article premier se réfère à la liberté de circulation des ressortissants d'un État membre qui séjournent ou se rendent dans un autre État membre de la Communauté en qualité de destinataires de services et l'article 1, b, de la directive 73/148/CEE qui exige l'abolition des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres désireux de se rendre dans un autre État membre en qualité de destinataires d'une prestation de services⁹⁰.

62. Suivant son avocat général, la Cour affirme que la liberté de prestation de services comprenait « la liberté des destinataires de services de se rendre dans un autre État membre pour y bénéficier d'un service, sans être gênés par des restrictions »⁹¹. Les prestations de

⁸⁷ CJCE, 7 juillet 1976, *Watson et Belmann*, aff. 118/75, Rec. p. 1185. La Commission soutenait que la liberté de recevoir des services était corollaire nécessaire de la liberté de préster des services. Mais cette vue a été rejetée par l'avocat général Tabucchi et ignorée par la Cour. Voir J. Steiner, «Recipients of Services - Some More Equal than Others», *ELR*, 1985, p. 348-352.

⁸⁸ Pt. 16 de l'arrêt.

⁸⁹ CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone c/ Ministero del Tesoro*, aff. jointes 286/82 et 26/83, Rec. p. 377.

⁹⁰ Concl. de l'avocat général Mancini du 15 novembre 1983 sous 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. jointes 286/82 et 26/83, Rec. p. 377.

⁹¹ Pt. 16 de l'arrêt.

services transfrontalières ne se limitent pas à la seule hypothèse du déplacement des prestataires mais englobent également celle du déplacement des destinataires de prestations. La suppression des restrictions à la liberté de prestation de services, expressément visées par l'article 56 TFUE, ne serait pas effective si les restrictions à son corollaire, à savoir la liberté des destinataires de se déplacer et de séjourner dans un autre État membre aux fins de recevoir des services, subsistaient. À cet égard, la Cour reconnaît que les touristes, les bénéficiaires de soins médicaux ainsi que ceux qui effectuent des voyages d'études ou des voyages d'affaires, sont à considérer comme des destinataires potentiels de services. Ils bénéficient à ce titre de l'ensemble des droits qui sont attachés par le traité à la libre prestation de services.

63. L'affaire *Cowan*⁹² de 1989 vient ajouter la pièce manquante à l'édifice jurisprudentiel, en confirmant le droit des bénéficiaires de services transfrontaliers d'invoquer le principe de non-discrimination à l'encontre de l'État membre d'accueil. Un ressortissant britannique était victime d'une agression violente lors de son séjour touristique à Paris. Il a sollicité de la part de l'État français l'indemnisation prévue par la législation nationale pour les victimes d'une agression ayant entraîné un dommage corporel et dont l'auteur était insolvable ou inconnu. Sa demande a été rejetée au motif qu'il ne possédait pas la nationalité française, ni, à défaut de celle-ci, une carte de résident, la condition à laquelle la législation nationale subordonnait le droit à l'indemnité s'agissant des non-nationaux ressortissants d'un pays n'ayant pas conclu un accord de réciprocité avec la France. Monsieur Cowan a fait valoir le caractère discriminatoire de la législation française contraire au principe de non-discrimination visé à l'article 7 TCEE (devenu 18 TFUE). Il soutenait que les conditions de l'indemnisation empêchaient les touristes de se rendre librement dans un autre État membre pour y recevoir des prestations de services. La Cour est alors invitée à trancher la question de savoir si un ressortissant d'un État membre qui se déplace dans un autre État membre en tant que touriste est en droit d'invoquer le droit à l'égalité de traitement pour prétendre à l'indemnisation litigieuse. En d'autres termes, il s'agit de savoir si le ressortissant d'un État membre qui circule et séjourne dans un État membre autre que le sien aux fins touristiques relève du champ d'application personnel du traité aux fins de l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité (et si l'indemnisation en question rentre dans le champ d'application matériel du traité).

⁹² CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité.

64. Sans surprise, la Cour confirme dans cet arrêt que les destinataires de services relèvent du champ d'application personnel du traité et peuvent, à ce titre, invoquer le principe de non-discrimination prévu à l'article 7 TCEE (devenu 18 TFUE) à l'encontre de l'État membre d'accueil pour s'opposer au traitement discriminatoire par rapport aux nationaux de cet État dans les domaines d'application matériel du traité. C'est à travers une interprétation large de la notion de participation à l'exercice d'une activité économique que la Cour réussit à amener, en vertu des dispositions relative à la liberté de circulation des acteurs économiques, les ressortissants des États membres qui ne sont pas *a priori* visés par le traité dans le champ d'application de celui-ci, et, par conséquent, à leur permettre d'invoquer le principe général de non-discrimination à raison de la nationalité visé à l'article 18 TFUE.

65. Notons que si la Cour s'appuyait sur les dispositions relatives à la libre prestation de services pour inclure l'intéressé dans le champ d'application personnel du traité, elle sanctionne la discrimination dont il fait l'objet dans l'État membre d'accueil en se fondant sur le principe général de non-discrimination visé à l'article 7 TCEE (devenu 18 TFUE). Cette préférence prétorienne pour le principe général de non-discrimination à la prohibition spécifique des discriminations en vertu de la liberté de prestation de services peut s'expliquer par le fait que la discrimination subie par Monsieur Cowan n'était pas directement liée aux prestations qu'il a reçues en qualité de touriste. Il n'en reste pas moins qu'une telle discrimination peut cependant être sanctionnée sur la base du principe général de non-discrimination dès lors qu'elle constitue une différence de traitement à l'égard d'une personne protégée par le droit communautaire.

66. Quoiqu'il en soit la jurisprudence *Cowan* se dote du potentiel remarquable en ce qui concerne l'élargissement des bénéficiaires du principe de non-discrimination en vertu du traité. Tout ressortissant d'un État membre qui se déplace dans un autre État membre en vue d'y recevoir des services⁹³ peut être considéré comme participant à une activité économique et à ce titre invoquer le principe de non-discrimination dans le champ d'application du traité. En effet, pour se voir reconnaître la qualité de destinataire de services au sens du traité, il paraît suffire d'être destinataire « potentiel ou futur » de services dans l'État membre d'accueil ; il ne s'agit pas de vérifier des services qui ont été utilisés dans l'État membre d'accueil mais

⁹³ Encore faut-il qu'il s'agit des services au sens de l'article 57 du traité FUE, à savoir les prestations fournies normalement contre rémunération.

d'envisager les services auxquels les touristes peuvent recourir pendant leur séjour⁹⁴. Dans ces conditions, la qualification touriste-destinataire de services paraît englober tout ressortissant d'un État membre qui se déplace ou séjourne sur le territoire d'un autre État membre et qui ne rentre pas dans d'autres catégories des bénéficiaires du droit de l'Union⁹⁵. Il est en effet difficile d'envisager un migrant qui ne pourrait pas être reconnu comme tel parce que tout migrant est destinataire potentiel de services dans l'État membre d'accueil.

67. Par ailleurs, l'association entre le principe général de non-discrimination et une disposition conférant la compétence dans le domaine impliqué aux institutions communautaires a permis d'étendre la protection contre les discriminations au profit des étudiants migrants inactifs.

B.) L'application du principe de non-discrimination aux étudiants migrants

68. Sous l'égide du traité de Rome, les étudiants migrants ne pouvaient prétendre au droit de libre circulation et de non-discrimination en vertu du droit communautaire qu'en raison de leur lien familial avec les acteurs économiques migrants. Conformément à l'article 12 du règlement n°1612/68 (devenu article 10 du règlement n°492/2011), les enfants d'un travailleur communautaire qui est ou a été employé sur le territoire de l'État membre d'accueil ont un droit d'accès à l'enseignement dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État. Ils sont considérés comme relevant de cette disposition même s'ils ont plus de 21 ans et ne sont plus à la charge de leurs parents⁹⁶ ou alors même que leurs parents sont décédés⁹⁷ ou repartis dans leur État membre d'origine⁹⁸. Le droit à l'égalité de traitement qui leur est reconnu couvre tout niveau et toute forme d'enseignement et vise non seulement l'admission proprement dite mais encore des avantages prévus par la législation du

⁹⁴ Concl. de l'avocat général Lenz du 6 décembre 1988 sous CJCE 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, Rec. p. 195. Pour sa part, la Cour n'a pas à préciser la notion de touriste-destinataire de services étant donné que le juge de renvoi a reconnu la qualité de touriste des intéressés.

⁹⁵ J. Mertens de Wilmars, «Commentaire de l'arrêt Cowan», *CDE*, 1990, p. 393-402. L'auteur considère qu'il s'agit d'une qualification secondaire qui englobe les ressortissants communautaires migrants qui ne sont ni travailleurs, ni chercheurs d'emploi, ni personnes établies, ni prestataires de services.

⁹⁶ CJCE, 4 mai 1995, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen c/ Gaal*, aff. C-7/94, Rec. p. I-1031.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ CJCE, 15 mars 1989, *Echternach et Moritz c/ Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, aff. jointes 389/87 et 390/87, Rec. p. 723.

pays d'accueil en vue d'encourager la formation⁹⁹. Au titre d'enfants de travailleur, ils bénéficient d'une assimilation complète aux nationaux de l'État membre de résidence en matière d'enseignement. En revanche, les ressortissants des États membres qui se déplaçaient dans d'autres États membres aux fins des études, sans lien familial avec les acteurs économiques migrants, étaient étrangers au domaine d'application du droit communautaire.

69. Avec la directive 93/96, le droit de libre circulation est reconnu aux étudiants migrants. Toutefois préalablement à la reconnaissance par le législateur du statut d'étudiant, la jurisprudence a déjà affirmé qu'un étudiant migrant pouvait invoquer le principe de non-discrimination parce que sa situation se rattachait au domaine d'application du droit communautaire¹⁰⁰. L'affaire *Gravier*¹⁰¹ en constitue l'illustration. Elle concerne une ressortissante française qui s'est rendue en Belgique afin d'étudier l'art des bandes dessinées dans le cadre d'un cycle d'études supérieures artistiques à l'académie royale des beaux-arts de Liège. En tant qu'étudiante étrangère, elle s'est vue exiger le paiement d'un droit d'inscription complémentaire, dit minerval. Ce droit n'était pas par contre imposé aux étudiants belges, qu'ils résident ou paient les impôts ou non en Belgique, ni aux ressortissants communautaires travaillant en Belgique et aux membres de leur famille. Bien entendu pour pouvoir contester le traitement discriminatoire qu'elle a subi au regard du traité, il faut que sa situation puisse être considérée comme relevant de son champ d'application.

70. L'intéressée se plaçait premièrement sur le terrain de la libre prestation de services, en se prévalant de sa qualité de destinataire de services transfrontaliers. Selon elle, l'exigence des frais d'inscription supplémentaires aux ressortissants d'autres États membres restreignait leur liberté de circuler et de séjourner dans d'autres États membres aux fins de recevoir des services. Dans le précédent arrêt *Luisi et Carbone*, la Cour a déjà reconnu la qualité de destinataire potentiel de services transfrontaliers aux ressortissants communautaires qui se déplaçaient dans un État membre aux fins de recevoir une formation. On aurait pu s'attendre à ce que la Cour étende le droit à l'égalité de traitement au profit des étudiants migrants comme la suite logique de sa jurisprudence. Or, la qualification de l'intéressée comme destinataire de services exigerait que la formation qu'elle recevait constitue un service au sens de l'article 60 TCEE (devenu 57 TFUE), à savoir une prestation fournie contre rémunération. Tel ne

⁹⁹ CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande c/ Landeshauptstadt München*, aff. 9-74, Rec. p. 773, à propos du bénéfice d'une « mesure d'encouragement à la formation » s'élevant à 70 dm par mois.

¹⁰⁰ F. Zampini, «La jurisprudence de la Cour de justice et les étudiants», *RAE*, 2005, p. 63-82.

¹⁰¹ CJCE, 13 février 1985, *Gravier c/ Ville de Liège*, aff. 293/83, Rec. p. 593.

paraissait pas le cas en l'espèce étant donné que la formation poursuivie par Mlle. Gravier était de nature publique. L'avocat général Sir Gordon Lynn a distingué entre, d'un côté, l'éducation fournie par une institution privée, qui pouvait constituer un service, et, de l'autre côté, l'éducation en tant que service public financé par l'État conformément à la politique sociale, qui était exclue du champ d'application des dispositions relatives à la libre prestation de services¹⁰². La Cour n'a pas statué sur ce point et a préféré se placer sur le terrain de l'article 7 TCEE (devenu 18 TFUE).

71. Par ailleurs, la requérante soutenait que les études de l'art des bandes dessinées qu'elle poursuivait constituaient une formation professionnelle. Elle invoquait alors la jurisprudence *Forcheri*¹⁰³ dans laquelle la Cour a reconnu à une épouse italienne d'un fonctionnaire communautaire, lui-même de nationalité italienne en poste et résidant en Belgique, le droit d'invoquer l'article 7 TCEE (devenu 18 TFUE) pour contester l'exigence du minerval des étudiants étrangers, non imposé aux ressortissants nationaux, pour la formation de sciences humaines appliquées préparant à la profession d'assistant social. Dans cet arrêt, sans assimiler explicitement les fonctionnaires communautaires aux travailleurs migrants, la Cour considère que leur situation juridique dans l'État membre de leur affectation « relève du domaine d'application du traité à un double titre, en raison de leur lien d'emploi avec la communauté et en tant qu'ils doivent jouir de l'ensemble des avantages qui découlent du droit communautaire pour les ressortissants des États membres en matière de libre circulation des personnes, en matière d'établissement et en matière de protection sociale »¹⁰⁴. Partant de l'affirmation que l'accès à la formation professionnelle tombe dans le domaine d'application du traité en vertu de l'article 128 TCEE (devenu 166 TFUE)¹⁰⁵, la Cour décide que « lorsqu'un État membre met en œuvre des cours d'enseignement concernant notamment la formation professionnelle, le fait d'exiger du ressortissant d'un autre État membre licitement installé dans le premier État membre un droit d'inscription, qui n'est pas exigé de ses propres ressortissants, pour pouvoir participer à ces cours, constitue une discrimination en raison de la nationalité, interdite par l'article 7 TCEE (devenu 18 TFUE)»¹⁰⁶.

¹⁰² Concl. de l'avocat général Sir Gordon Lynn du 16 janvier 1985 sous CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, Rec. p. 593.

¹⁰³ CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri c/ État belge et et Asbl Institut supérieur de sciences humaines appliquées*, aff. 152/82, Rec. p. 2323.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pt. 9.

¹⁰⁵ L'ex-article 128 TCEE donne au Conseil le pouvoir d'établir les principes généraux pour la mise en œuvre d'une politique commune de formation professionnelle

¹⁰⁶ CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82, précité, pts. 17 et 18.

72. Au regard du champ d'application du principe de non-discrimination, la portée de la jurisprudence *Forcheri* n'est cependant pas exempte d'ambiguïté. Il existe une incertitude sur le point de savoir si l'intéressée pouvait invoquer le principe de non-discrimination en sa qualité d'épouse d'un fonctionnaire communautaire, la qualité à laquelle la Cour faisait référence de manière constante dans le corps de l'arrêt, ou, au titre d'un ressortissant d'un État membre « licitement établie » dans l'État membre d'accueil, ainsi que laisse penser le dispositif de l'arrêt¹⁰⁷. Dans la première hypothèse, il s'agirait d'une assimilation des fonctionnaires de la Communauté aux travailleurs migrants ainsi que d'une extension « implicite » du droit d'accès dans des conditions non-discriminatoires à l'enseignement dans l'État membre d'accueil que l'article 12 du règlement n°1612/68 (devenu article 10 du règlement n°492/2011) reconnaît aux enfants des travailleurs migrants au profit des époux/épouses de ces travailleurs¹⁰⁸. Il est possible de considérer que c'est au titre de bénéficiaire indirect de la liberté de circulation des travailleurs que l'intéressée relevait du champ d'application du traité et du principe général de non-discrimination. Dans la deuxième hypothèse, ce serait l'installation légale d'un ressortissant d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre qui justifierait l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité à la situation de l'intéressée¹⁰⁹. Ainsi tout ressortissant d'un État membre licitement installé sur le territoire d'un autre État membre, même à des fins autres que professionnelles et même en vertu du droit national ou international, relèverait du champ d'application personnel du traité aux fins de l'interdiction des discriminations. Interprétée

¹⁰⁷ Voir G. Starkle, «Extension du principe de non-discrimination en droit communautaire au ressortissant d'un Etat membre licitement installé dans un autre Etat membre», *CDE*, 1984, p. 672-695.

¹⁰⁸ Notons que la Cour n'a pas fait une référence expresse à l'article 12 du règlement n°1612/68. La Cour se contentait d'affirmer le caractère fondamental du droit de libre circulation en général et de faire référence au Préambule du règlement lequel affirmait la nécessité d'intégration des membres de la famille des travailleurs dans l'État membre d'accueil.

¹⁰⁹ G. Starkle, «Extension du principe de non-discrimination en droit communautaire au ressortissant d'un Etat membre licitement installé dans un autre Etat membre», article précité. L'auteur soutient que le droit à l'égalité de traitement reconnu à tout ressortissant communautaire licitement installé dans un autre État membre est un « droit propre » et non lié à la qualité de fonctionnaire communautaire ou précisément d'épouse de fonctionnaire communautaire. Par ailleurs le principe de non-discrimination s'applique dans tout le champ d'application matériel du traité.

D'après lui, les personnes qui ne circulent pas aux fins d'exercice des activités économiques (et ne relèvent pas du champ de protection des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement ou la libre prestation des services) n'ont pas le droit de libre circulation et de séjour sur le territoire des autres États membres en vertu du traité. Ils ne bénéficient pas de la protection du droit communautaire en ce qui concerne le stade de l'accès et du séjour dans un autre État membre. Leur droit de se déplacer et de s'installer sur le territoire d'un État membre dépend d'une décision discrétionnaire de l'autorité de cet État.

Au contraire, une fois les ressortissants communautaires ont été admis à s'installer, en vertu du droit d'un État membre, sur le territoire de cet État, «dans l'exercice de leur droit de séjour, ils devront pouvoir bénéficier des mêmes droits et avantages que les autres ressortissants communautaires (...) pour les matières relevant du domaine d'application du traité».

dans ce sens, la jurisprudence *Forcheri* aurait une implication « révolutionnaire » au-delà d'un simple remède à l'absence de protection à l'égard des fonctionnaires communautaires. Il s'agirait dès lors de découpler le principe de non-discrimination et l'exercice d'une liberté de circulation aux fins d'exercice d'une activité économique en vertu du traité. D'après nous, c'est le lien familial entre l'intéressée et le fonctionnaire communautaire qui permet d'amener sa situation sous l'égide du traité¹¹⁰. Mais au-delà, il nous semble que c'est surtout le fait que la formation à laquelle elle s'inscrivait était de nature professionnelle qui fonde son droit de se prévaloir du principe de non-discrimination dès lors que la formation professionnelle relève du droit communautaire en vertu de l'article 128 TCEE (devenu 166 TFUE)¹¹¹.

73. Dans l'arrêt *Gravier*, la Cour a fait droit à la demande de la requérante en suivant la même approche. D'après elle, « si l'organisation de l'éducation et la politique de l'enseignement ne font pas partie en tant que telles des domaines que le traité a soumis à la compétence des institutions communautaires, l'accès et la participation aux cours d'enseignement et d'apprentissage, en particulier lorsqu'il s'agit de formation professionnelle, ne sont pas étrangers au droit communautaire »¹¹². Dans ces conditions, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité visé à l'article 18 TFUE s'oppose à ce que les États membres prévoient l'imposition d'un droit d'inscription ou d'un minerval, comme condition d'accès aux cours d'enseignement professionnel aux étudiants ressortissants des autres États membres, alors qu'une même charge n'est pas imposée aux étudiants nationaux.

74. L'arrêt *Gravier* confirme l'arrêt *Forcheri* en ce qui concerne l'applicabilité du principe de non-discrimination en raison de la nationalité aux mesures nationales régissant l'accès à l'enseignement sur le fondement de l'appartenance de la formation professionnelle au

¹¹⁰ La non référence à la qualité d'épouse de travailleur dans le dispositif crée cependant une incertitude au regard de la possibilité de qualifier les fonctionnaires communautaires comme travailleurs au sens des articles 45 et suivants du traité. Soulignant la particularité du statut des fonctionnaires des institutions de l'Union, M. Starkle soutient que d'après la jurisprudence *Forcheri* ceux derniers ne sont pas considérés, à strictement parler, comme travailleurs au sens du traité. Dans ces conditions, ils sont privés, de même que les membres de leur famille, du bénéfice des droits qui sont reconnus en vertu de ces dispositions aux travailleurs migrants et aux membres de la famille (Voir *ibid.*, spéc. p. 685 et s.).

¹¹¹ Cette disposition confère au Conseil la compétence pour établir des principes généraux pour la mise en œuvre d'une politique commune de formation professionnelle.

¹¹² CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, précité, pt. 19. Pour justifier que les conditions d'accès à la formation professionnelle relèvent du domaine d'application du traité, la Cour s'appuyait sur des différents actes et programmes que le conseil a arrêtés dans ce domaine en vue d'un établissement progressif de la politique commune de formation professionnelle évoquée par l'article 128 TCEE (devenu 166 TFUE) ainsi que le fait que la formation professionnelle favorise la liberté de circulation des travailleurs.

domaine de compétences communautaires¹¹³. L'application combinée de l'interdiction générale des discriminations en raison de la nationalité et une disposition du traité conférant la compétence dans le domaine aux institutions de la Communauté permet de faire relever la situation d'une personne, non expressément visée par le traité, du champ d'application de celui-ci et d'y appliquer le principe de non-discrimination. Les étudiants ressortissants d'un État membre qui se rendent dans un autre État membre aux fins d'études se voient reconnaître le droit de non-discrimination à l'égard de l'accès à l'enseignement professionnel, indépendamment de la qualité de travailleur ou d'enfant de travailleur.

75. Notons que la Cour affirme au profit des étudiants migrants le droit de ne pas subir des discriminations concernant l'accès à l'enseignement professionnel sans examiner si les étudiants relevaient en tant que tels du champ d'application personnel du traité, ni préciser la qualité en vertu de laquelle ils peuvent bénéficier de la protection du traité¹¹⁴. Elle s'est contentée de constater que les conditions d'accès à la formation professionnelle relevaient du champ d'application matériel du traité et en a déduit l'applicabilité du principe de non-discrimination à la situation de l'intéressée. L'approche de la Cour laisse penser que le fait que la situation relève du champ d'application matériel du traité suffirait pour justifier l'applicabilité du droit de l'Union. Dans ce sens, « la thèse de la compétence communautaire justifiant l'application du principe de non-discrimination permet de connaître d'une hypothèse où la compétence *ratione personae* fait alors défaut »¹¹⁵. Dans la jurisprudence antérieure, la Cour œuvrait cependant à circonscrire l'impact de sa jurisprudence, dans le domaine où la

¹¹³ Les termes employés par la Cour dans l'affaire *Forcheri* pourraient suggérer que le principe de non-discrimination englobe non seulement le domaine de la formation professionnelle, mais aussi l'enseignement en général. D'après cet arrêt, lorsqu'un État membre met en œuvre des cours d'enseignement concernant *notamment* la formation professionnelle, le fait d'exiger du ressortissant d'un autre État membre licitement installé dans le premier État membre un droit d'inscription, qui n'est pas exigé de ses propres ressortissants, pour pouvoir participer à ces cours, constitue une discrimination en raison de la nationalité, interdite par l'article 18 TFUE (pt.18 de l'arrêt).

Notons que l'arrêt *Gravier* n'apporte pas de précision complémentaire en ce qui concerne le champ d'application personnel du principe de non-discrimination. La Cour ne mentionne, ni examine si l'intéressée était licitement installée dans l'État membre d'accueil. Il paraît que le droit préexistant de résidence sur le territoire de l'État membre d'accueil ne constitue pas une condition préalable du droit d'accès à la formation professionnel dans les conditions non discriminatoires. Mlle. Gravier ne pouvait pas en effet être considérée comme licitement installée en Belgique étant donné que l'autorité belge a refusé de renouveler son permis de résidence parce qu'elle refusait de payer le minerval et n'était pas inscrite.

¹¹⁴ Faute de référence dans l'arrêt *Gravier* au caractère licite ou non de l'installation de l'intéressée dans l'État membre d'accueil, le rôle du séjour légal d'un ressortissant d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre, à laquelle la Cour avait fait référence dans l'arrêt *Forcheri*, dans l'appréciation de l'applicabilité du principe de non-discrimination de l'article 18 TFUE reste à confirmer.

Serait-il possible d'appréhender les étudiants qui s'installent dans un autre État membre afin de suivre les enseignements professionnels en tant que futurs travailleurs et relevant du champ d'application du traité par le biais des dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs ?

¹¹⁵ F. Zampini, «La jurisprudence de la Cour de justice et les étudiants», article précité, spé. p. 67.

compétence appartenait en principe aux États membres. L’obligation pour les États membres de respecter l’interdiction des discriminations en raison de la nationalité dans l’exercice de leurs compétences détenues dans le domaine de l’éducation se limite aux conditions d’accès et droits d’inscription à l’enseignement professionnel¹¹⁶.

76. Par l’application combinée du principe de non-discrimination avec les dispositions relatives à la liberté de circulation ou d’autres dispositions conférant la compétence dans tel ou tel domaine à la Communauté, le droit de non-discrimination en raison de la nationalité a été étendu à certains ressortissants des en matière de statut des bénéficiaires des services, qui circulaient aux fins autres que économiques. Fondamentalement, en relativisant la condition de participation à une activité économique transfrontalière dans l’appréciation de l’applicabilité de l’interdiction de discriminations et en érodant, par-là, la dichotomie entre les acteurs économiques et les inactifs, la jurisprudence contribue à fonder d’ores et déjà une « citoyenneté *de facto* »¹¹⁷.

77. La consécration de la citoyenneté de l’Union vient légitimer en aval l’extension *de facto* du principe de non-discrimination au profit des citoyens inactifs, en émancipant le droit à l’égalité de traitement de l’exigence de l’exercice des activités économiques.

Paragraphe II : Le découplage consacré par l’institution de la citoyenneté

78. L’un des apports majeurs de l’institution de la citoyenneté européenne consiste dans la rupture du lien entre le droit de libre circulation et séjour en vertu du traité et l’exercice d’une activité économique. L’article 21 TFUE attache désormais au statut de citoyen de l’Union un droit de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres indépendamment de l’exercice d’une activité économique transfrontalière. Les citoyens disposent du droit de libre circulation et de séjour sur le territoire des États membres en vertu de leur statut de citoyen et

¹¹⁶ La jurisprudence interprète néanmoins largement la notion de la formation professionnelle entendue comme toute forme d’enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou qui confère l’aptitude particulière à leur exercice. La Cour décide que relèvent de l’enseignement professionnel les études universitaires de médecine vétérinaire comprenant le premier cycle consacré aux généralités et le second cycle consacré à la spécialisation qui doivent être regardées comme un ensemble. Dans ces conditions, la majorité des études universitaires doivent être considérées comme une formation professionnelle, à l’exception de « certaines études particuliers qui, du fait de leurs caractéristiques propres, s’adressent à des personnes désireuses d’approfondir leurs connaissances générales plutôt que d’accéder à la vie professionnelle ». CJCE, 2 février 1988, *Blaizot c/ Université de Liège*, aff. 24/86, Rec. p. 379, pts. 19-21.

¹¹⁷ S. Weatherill, «Commentaire de l’arrêt Cowan», *CMLR*, 1989, p. 563-581, spéc. p. 575.

non plus exclusivement en raison de l'exercice d'une activité économique transfrontalière¹¹⁸. Cependant la consécration d'un droit général de libre circulation et de séjour ne s'accompagne pas de la reconnaissance de l'interdiction des discriminations à l'égard des citoyens qui usent de ce droit.

79. Prenant acte de la consécration par le traité de la citoyenneté de l'Union, la Cour procède à une réinterprétation du champ d'application du traité aux fins de l'interdiction des discriminations, de sorte à couvrir tous citoyens qui font usage du droit de libre circulation et de séjour en vertu du traité, même ceux précédemment exclus du champ de protection du traité du fait qu'ils ne circulaient pas pour motif économique. Cette extension du champ d'application *ratione personae* du traité concerne à la fois les résidents légaux (A) et les simples visiteurs temporaires (B).

A.) *L'invocabilité de l'article 18 TFUE par un résident légal*

80. À l'occasion de l'affaire *Sala*¹¹⁹ de 1998, la Cour est amenée à statuer pour la première fois sur le droit des citoyens migrants d'invoquer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité à l'encontre de l'État membre d'accueil. Il est précisément question dans cette affaire du droit d'accès des citoyens migrants aux prestations sociales attribuées par l'État membre de résidence dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État. Alors qu'aucune des quatre questions préjudiciales ne porte sur les dispositions relatives à la citoyenneté mais sur celles relatives à la libre circulation des travailleurs, la Cour choisit de se fonder sur le terrain de citoyenneté pour reconnaître un droit à l'égalité de traitement au profit des citoyens migrants inactifs, en rompant le lien entre le droit à l'égalité de traitement et l'exercice d'une liberté de circulation aux fins économiques.

81. Une ressortissante espagnole résidait en Allemagne depuis longue date (1968) et avait exercé de manière discontinue quelques activités salariées jusqu'en 1986. Elle était par la suite sans emploi et recevait une aide sociale allemande. Elle a demandé de bénéficier d'une allocation d'éducation pour son enfant en 1992, mais a vu sa demande rejetée au motif qu'elle n'était pas en possession d'un permis de séjour sur le territoire national. La législation allemande pertinente subordonnait en effet l'octroi de cette allocation à la possession par les

¹¹⁸ Concl. de l'avocat général Cosmas du 16 mars 1999 sous CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, aff. C-378/97, Rec. p. I-6207, pts. 81 et s., A. Whelan, «Commentaire de l'arrêt Martinez Sala», *RAE*, 1999, p. 228-238. L'exercice du droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre est néanmoins subordonné à la satisfaction des conditions de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète couvrant les risques dans cet État.

¹¹⁹ CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala c/ Freistaat Bayern*, aff. C-85/96, Rec. p. I-2691.

non-nationaux d'une autorisation ou d'un permis de séjour. La Cour de justice est amenée à statuer si le droit de l'Union, et notamment les dispositions relatives à la citoyenneté, interdit aux États membres d'exiger des ressortissants d'autre État membre le titre de séjour comme condition du bénéfice de l'allocation d'éducation, alors que cette condition de forme ne s'applique pas aux ressortissants nationaux souhaitant obtenir la même allocation.

82. Vu que la législation allemande subordonne le bénéfice de l'allocation d'éducation litigieuse, entre autres, à la condition que le demandeur ait son domicile ou son lieu de résidence ordinaire sur le territoire allemand, la Cour considère que le ressortissant d'un autre État membre qui est autorisé à résider sur le territoire allemand et qui y réside se trouve dans la même situation que celle d'un ressortissant allemand résidant sur le territoire allemand¹²⁰. Or, pour bénéficier de l'allocation d'éducation, les ressortissants d'autres États membres doivent procurer le document attestant leur droit de résidence, document qui est constitutif du droit aux prestations¹²¹, alors que les nationaux n'ont pas besoin de présenter un document quelconque. Conformément à la jurisprudence *Commission c/ Belgique* de 1989, un État membre est en droit d'imposer aux ressortissants des autres États membres d'être en possession d'un document attestant leur droit de séjour, dans la mesure où une obligation identique est imposée aux ressortissants nationaux en ce qui concerne leur carte d'identité¹²². Toutefois, le fait d'exiger des ressortissants des autres États membres qu'ils soient obligatoirement en possession d'un titre de séjour pour bénéficier d'une allocation d'éducation alors qu'aucun document de ce type n'est demandé aux nationaux, aboutit à une discrimination en raison de la nationalité prohibée par l'article 18 TFUE¹²³.

83. L'applicabilité du principe de non-discrimination à la situation de Madame Sala dépend toutefois de la question de savoir si sa situation relève du champ d'application du traité aux fins de l'application de l'article 18 TFUE. Le gouvernement allemand argumente que l'article 12 TCE (devenu 18 TFUE) ne trouve pas à s'appliquer étant donné que la situation de Madame Sala ne rentre pas dans le champ d'application du traité. L'avocat général La

¹²⁰ Pts. 48 et 49 de l'arrêt.

¹²¹ La Cour a pris soin de distinguer cet arrêt de l'arrêt *Commission c/ Belgique* (CJCE, 27 avril 1989, aff. 321/87, Rec. 997, pt. 12). Dans ce dernier la Cour a admis que les États membres puissent exiger des ressortissants d'autres États membres qui résidaient légalement sur leur territoire de porter le document attestant leur droit de résidence, si l'obligation identique était imposée aux nationaux concernant la carte d'identité. La jurisprudence *Sala* peut être rapprochée avec la jurisprudence *Royer* (CJCE, 8 avril 1976, aff. 48/75, Rec. 497) en ce qui concerne l'affirmation que le permis de résidence n'est pas constitutif du droit de résidence. Il a seulement une valeur simplement déclarative et probatoire.

¹²² CJCE, 27 avril 1989, *Commission c/ Belgique*, aff. 321/87, Rec. p. 997, pt. 12.

¹²³ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pts. 54 et 55.

Pergola, envisageant l'hypothèse où l'intéressée n'a pas la qualité de travailleur, propose de fonder le droit de l'intéressée de ne pas être discriminée par rapport aux ressortissants de l'État membre d'accueil sur sa qualité de citoyen. Même si l'intéressée ne remplit pas les conditions auxquelles la directive 90/364/CEE subordonne la jouissance du droit de séjour sur le territoire de l'État membre et est autorisée à résider sur le territoire en vertu du droit national, l'avocat général considère qu'elle bénéficie, en sa qualité de citoyen de l'Union, de la garantie offerte par ce statut dont celle de ne pas être discriminée en raison de la nationalité dans le champ d'application du traité¹²⁴. Par ailleurs, il avance en appui de son argumentation que la généralisation du droit à l'égalité de traitement au profit de tous citoyens qui usent du droit de libre circulation et de séjour constitue une continuité logique de l'approche large du champ d'application personnel de l'interdiction des discriminations adoptée par la Cour dans l'affaire *Cowan*. Il propose à la Cour, « dans un esprit de cohérence », de considérer que le destinataire potentiel de services, au profit duquel la Cour a reconnu le droit à l'égalité de traitement dans le champ d'application du traité, « peut désormais aussi s'appuyer sur sa situation de ressortissant de l'Union pour pouvoir invoquer l'interdiction de discrimination, dans toute la sphère dans laquelle la jurisprudence l'applique »¹²⁵.

84. Suivant l'invitation de son avocat général et appliquant conjointement pour la première fois les articles 18 et 20 TFUE (ex 12 et 17 TCE), la Cour reconnaît aux citoyens qui résident légalement sur le territoire d'un État membre autre que le leur le droit de ne pas subir des discriminations en raison de la nationalité, indépendamment de leur qualité d'acteur économique. Selon la Cour, un ressortissant d'un État membre qui réside légalement sur le territoire d'un autre État membre relève du domaine d'application personnel des dispositions relatives à la citoyenneté. Or, l'article 17, paragraphe 2, TCE (devenu 20 TFUE) précise que les citoyens jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le traité, y compris le droit de ne pas subir les discriminations en raison de la nationalité posé par l'article 12 TCE (devenu 18 TFUE). En conséquence, un ressortissant d'un État membre résidant légalement¹²⁶ sur le territoire d'un autre État membre peut invoquer l'article 12 TCE (devenu 18 TFUE)

¹²⁴ Concl. de l'avocat général La Pergola du 1 juillet 1997 sous CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, Rec. p. I-2691, pts. 19 et s.

¹²⁵ *Ibid.*, pt. 23.

¹²⁶ Notons que la jurisprudence adopte une approche large de notion de résidence légale. Ici les concepts de « résidence » et de « séjour » doivent être considérés comme des notions identiques. Ayant à interpréter le règlement n°1408/711 dans la jurisprudence di Paolo (CJCE, 17 février 1977, *di Paolo c/ Office national de l'emploi*, aff. 76/76, Rec. p. 315), la Cour a, au contraire, distingué entre la notion de résidence et séjour pour déterminer le droit aux prestations de chômage.

dans toutes les situations qui relèvent du champ d'application matériel du traité¹²⁷. Constatant que l'allocation d'éducation litigieuse entre dans le domaine de l'application *ratione materiae* du droit de l'Union, soit en tant qu'avantage social au sens du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011), soit en tant que prestation familiale au sens du règlement n°1408/71 (devenu règlement n°883/2004), elle conclut que l'intéressée, nationale d'un État membre qui était autorisée à résider sur le territoire allemand au moment de la demande, peut tirer de l'article 12 TCE (devenu 18 TFUE) le droit de ne pas subir une discrimination en raison de la nationalité à l'égard de l'accès à une telle prestation. Partant du fait qu'elle se trouvait dans une situation similaire à un national y résidant, qui a droit à une allocation d'éducation du simple fait d'avoir le domicile ou le lieu de résidence ordinaire sur le territoire allemand, elle a subi une discrimination en raison de sa nationalité en se voyant imposer une obligation de présenter le titre de séjour pour pouvoir bénéficier d'une telle allocation.

85. De la même manière que l'association du principe général de non-discrimination avec les dispositions relatives à la libre circulation des acteurs économiques permet de pallier l'absence de protection au profit de destinataires de services transfrontaliers¹²⁸, l'invocation de l'interdiction des discriminations prévue à l'article 18 TFUE avec les dispositions relatives à la citoyenneté permet à la Cour de reconnaître aux citoyens inactifs migrants le droit d'être traités de manière non discriminatoire par rapport aux nationaux de l'État membre d'accueil, à défaut d'une disposition spécifique du traité prohibant les discriminations à l'égard de ces derniers. Par ce biais, la Cour bâtit un régime du droit à l'égalité de traitement au profit des citoyens inactifs qui circulent au sein de l'Union, y compris au regard des mesures régissant l'accès aux prestations sociales. Même dans l'impossibilité d'être reconnu comme travailleurs, salariés ou indépendants, les ressortissants des États membres peuvent invoquer leur statut de citoyen de l'Union et le principe général de non-discrimination pour prétendre à la protection du droit de l'Union dans l'État membre d'accueil.

86. L'applicabilité du principe général de non-discrimination aux situations des citoyens inactifs ayant une résidence légale dans un autre État membre a été confirmée trois ans après par la jurisprudence *Grzelczyk*¹²⁹. Est en cause dans cette affaire le refus par l'autorité belge d'accorder une assistance sociale visant à assurer un minimum de moyens d'existence au

¹²⁷ Pt. 63 de l'arrêt : « un citoyen de l'Union européenne qui (...) réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil peut se prévaloir de l'article [18 TFUE] (6 TCEE) dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire ».

¹²⁸ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité.

¹²⁹ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

bénéficiaire (minimex) à un étudiant ressortissant français qui poursuit ses études universitaires en Belgique au motif qu'il n'a pas la nationalité belge, ni à défaut de celle-ci, la qualité de travailleur migrant au sens du règlement n°1612/68. Affirmant la vocation de la citoyenneté à devenir le statut fondamental des citoyens « permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »¹³⁰, la Cour en déduit que les citoyens qui résident légalement sur le territoire d'un État membre sont en droit d'invoquer l'article 12 TCE (devenu 18 TFUE) dans toutes les situations qui relèvent du champ d'application matériel du droit de l'Union. Un ressortissant d'un État membre qui est réputé disposer d'un séjour légal dans un autre État membre peut dès lors, en principe, invoquer le droit de ne pas subir les discriminations en raison de sa nationalité à l'égard de l'accès aux droits ou aux prestations fournies par un État membre à partir du moment où lesdits droits ou prestations relèvent du champ *ratione materiae* du traité.

87. Les arrêts *Sala* et *Grzelczyk* marquent ainsi le passage de l'égalité des individus dans leurs opérations économiques à l'égalité des individus en tant que citoyens de l'Union¹³¹. La possession de la citoyenneté de l'Union combinée avec une résidence légale dans l'État membre d'accueil permet de faire relever le citoyen migrant du champ d'application personnel du traité. Il peut à cet égard invoquer le principe de non-discrimination s'agissant de l'accès aux prestations sociales qui relèvent du champ d'application matériel du traité. L'invocabilité du principe de non-discrimination est d'ailleurs favorisée par la conception large de la légalité de la résidence retenue par la Cour. Le fait que l'intéressée bénéficiait de la protection contre l'expulsion en vertu d'un traité international auquel l'Allemagne était partie¹³², bien que la délivrance d'une carte de séjour lui ait été refusée, suffisait pour permettre à la Cour d'affirmer que le séjour de l'intéressée sur le territoire allemand était légal. Une autorisation à résider délivrée par l'autorité nationale suffit pour considérer que la résidence de l'intéressée est légale au regard du droit national¹³³. Un citoyen migrant

¹³⁰ *Ibid.*, pt. 31.

¹³¹ S. Fries, J. Shaw, «Citizenship of the Union: First steps in the European Court of Justice», *EPL*, 1998, p. 533-559, spéc. p. 536.

¹³² Il s'agit de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale adoptée par le Conseil de l'Europe le 11 décembre 1953 à laquelle l'Allemagne et l'Espagne sont parties. L'article 6 de la Convention interdit qu'une Partie Contractante rapatrie un ressortissant d'une autre Partie Contractante, résidant en séjour régulier sur son territoire, pour le seul motif que l'intéressé a besoin d'assistance.

¹³³ Selon le droit allemand d'immigration, tout citoyen qui fait la demande en vue d'obtention du titre de séjour est autorisé à résider. S. Fries, J. Shaw, «Citizenship of the Union: First steps in the European Court of Justice», article précité, spéc. p. 547.

ressortissant d'un État membre est en droit d'invoquer le droit à l'égalité de traitement en matière de prestation sociale avec les nationaux de l'État membre d'accueil dès lors qu'il est « autorisé à résider » dans cet État.

B.) L'invocabilité de l'article 18 TFUE par un visiteur temporaire

88. L'arrêt *Bickel et Franz*¹³⁴, rendu par la formation plénière quelque mois après l'arrêt *Sala*, est intéressant au regard de la place que la Cour entend attribuer à la citoyenneté. Cette affaire concerne les poursuites pénales contre un camionneur autrichien et un touriste allemand pour conduite en état d'ébriété et pour possession illégale d'armes dans la province italienne de Bolzano. En vertu d'un décret présidentiel, les citoyens germanophones de cette province disposent d'un droit d'utiliser leur propre langue dans leurs rapports avec les autorités publiques situées dans cette province. Or, les intéressés voient leurs demandes à bénéficier de la procédure en langue allemande de la même manière que les résidents germanophones refusée. La question préjudicielle porte sur la conformité de la non-application de ces règles de procédure à des ressortissants d'autres États membres visiteurs de la province avec le traité.

89. Afin de reconnaître la possibilité pour les requérants d'invoquer le principe de non-discrimination en vertu du traité, il aurait suffi pour la Cour de s'appuyer sur les dispositions relatives à la libre prestation de services compte tenu de la qualité de prestataire d'un service de transport de l'un et la qualité de touriste-destinataire de services de l'autre. En effet, conformément à la jurisprudence *Cowan*, le destinataire de services transfrontaliers relève également du champ d'application des dispositions concernant la liberté de prestation des services et peut à ce titre invoquer le principe général de non-discrimination dans le champ d'application matériel du traité¹³⁵. Cependant, la Cour prend la peine d'invoquer en plus la qualité de citoyen de l'Union des intéressés. Elle affirme ainsi qu'« au demeurant, en vertu de l'article [21 TFUE], « 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 le présent traité et par les dispositions prises pour son application »¹³⁶. La référence prétorienne à la citoyenneté et les droits qui s'attachent à ce statut alors même que cela n'est pas nécessaire semble témoigner de la volonté de la Cour de renforcer la place de la citoyenneté

¹³⁴ CJCE, 24 novembre 1998, *Procédure pénale c/ Bickel et Franz*, aff. C-274/96, Rec. p. I-7637.

¹³⁵ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité.

¹³⁶ Pt. 15 de l'arrêt.

comme instrument de protection des droits des citoyens de l’Union. Dès lors que la libre prestation de services aurait suffi à rattacher la situation des intéressés au champ d’application du traité, la mention de la liberté de circulation des citoyens paraît « superfétatoire » et s’apparente à « un pur *obiter dictum* »¹³⁷. Monsieur Wathelet a pu se demander « si, après avoir raisonné sur l’article [56 TFUE], la Cour n’a pas voulu dire que, de toute façon, l’article [21 TFUE] aurait suffi à déclencher l’application tant ratione materiae que ratione personae du traité »¹³⁸. La Cour paraît accepter en effet de faire sienne la proposition de l’avocat général La Pergola à l’occasion de l’affaire *Sala* d’étendre l’approche de la jurisprudence *Cowan* à l’égard des destinataires de services au profit de tous les citoyens¹³⁹. Dans ce sens, la qualité de citoyen de l’Union et l’exercice de la liberté de circulation en vertu de l’article 21 TFUE sur le territoire d’un autre État membre, même de manière temporaire et sans l’intention de s’y établir, permettraient de placer les citoyens dans le champ d’application du droit de l’Union et justifier leur protection à l’encontre des discriminations en raison de la nationalité.

90. S’il est au départ associé avec le droit de libre circulation que le traité reconnaît aux citoyens en vertu de son article 21 TFUE, le droit à l’égalité de traitement, qui se voit désormais ériger en un élément à part du statut de citoyen de l’Union, acquiert au fil des jurisprudences une autonomie par rapport au premier.

SECTION II

L’ÉGALITÉ DE TRAITEMENT INDÉPENDANTE DE LA CIRCULATION TRANSNATIONALE

91. La volonté de conférer un statut social à un nombre plus large des citoyens conduit la jurisprudence à admettre une autonomisation du droit à l’égalité de traitement par rapport à au droit de séjour en vertu du traité (Paragraphe I). La question se pose désormais quant à la perspective de son invocabilité par les citoyens sédentaires, indépendamment de la circulation entre les États membres (Paragraphe II).

¹³⁷ M. Wathelet, «Citoyenneté européenne et libre circulation dans la jurisprudence», in *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, J.-Y. Carlier, M. Verwilghen (dir.), Luxembourg: OPOCE, 2000, p. 277-285.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Concl. de l’avocat général La Pergola du 1 juillet 1997 sous CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pt. 23.

Paragraphe I : L'égalité de traitement détachée du droit de séjour en vertu du traité

92. Dans l'affaire *Martinez Sala*, la Commission a proposé à la Cour de se fonder sur l'article 21 TFUE afin d'attacher la situation de l'intéressée au champ d'application *ratione personae* du traité et d'appliquer le principe de non-discrimination à sa situation. À cet égard, la Commission a invoqué le fait que l'intéressée était titulaire du droit de séjour en vertu du traité, lequel était maintenu tant que l'État membre d'accueil n'a pas usé de la faculté d'appliquer les limites à la jouissance de ce droit. Pour sa part, l'avocat général La Pergola a considéré que le fait que Madame Sala était autorisée à résider en Allemagne en dehors, et au-delà, des conditions fixées par la directive 90/364/CEE « ne signifie toutefois pas que la situation subjective, invoquée par la demanderesse pour revendiquer le même traitement que les citoyens allemands, relève du droit interne et, pour cette seule raison, s'avère privée d'appui en droit communautaire »¹⁴⁰. L'avocat général semble considérer que le fait de posséder le statut de citoyen de l'Union suffit pour amener son titulaire dans le champ d'application du traité aux fins de l'interdiction des discriminations. Selon lui, ce qui importe pour l'appréciation du droit à l'égalité de traitement n'est pas l'exercice de la liberté de séjour en vertu du traité, mais c'est « la situation juridique de base de citoyen de l'Union »¹⁴¹.

93. La Cour n'a pas estimé nécessaire d'examiner si l'intéressée disposait du droit de séjour sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de l'article 21 TFUE pour décider si elle relevait du champ d'application du traité et pouvait par conséquent se prévaloir du principe de non-discrimination dans le champ d'application de ce dernier, dès lors que, selon elle, l'intéressée a été déjà « autorisée d'y résider » en vertu du droit national. Ce constat suffisait pour que la Cour affirme que la requérante au principal relevait du domaine d'application *ratione personae* du traité en tant que « ressortissante d'un État membre résidant légalement sur le territoire d'un autre État membre » et pouvait invoquer à ce titre le droit de ne pas subir les discriminations à raison de nationalité en vertu de l'article 18 TFUE dans les domaines d'application matériel du traité. Ainsi contrairement à la proposition de la Commission de lier le droit à l'égalité de traitement des citoyens migrants à leur droit de séjour en vertu du traité, la Cour paraît s'aligner sur la proposition de son avocat général de fonder le droit de l'intéressée de ne pas subir une discrimination sur son statut de citoyen.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pt. 19.

¹⁴¹ *Ibid.*

94. Cette approche a été confirmée par la suite à l'occasion de la jurisprudence *Trojani*¹⁴². Monsieur Trojani, un ressortissant français, était sans ressources et logé dans un foyer de l'Armée du Salut en Belgique. Il effectuait, en échange de son hébergement et d'un peu d'argent de poche, diverses prestations d'environ 30 heures par semaine dans le cadre d'un projet individuel d'insertion socioprofessionnelle. Sa demande en vue de bénéficier du minimex de l'État belge a été rejetée au motif qu'il n'avait pas la qualité de travailleur au sens du règlement n°492/2011. En effet, s'agissant des ressortissants d'autres États membres, la réglementation nationale compétente accordait le minimex seulement à ceux ayant la qualité de travailleur migrant. Pour les nationaux, le bénéfice n'était soumis qu'à la condition que le demandeur ait une résidence effective en Belgique et ne dispose pas de ressources suffisantes. La question se pose de savoir si l'intéressé est en droit d'invoquer le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil à l'égard de l'accès au minimex, alors qu'il ne semble pas disposer d'un droit de séjour en vertu du traité sur le territoire de cet État.

95. La Cour reconnaît qu'un citoyen de l'Union se trouvant dans une situation telle que celle du requérant ne tire pas de l'article 21 TFUE le droit de séjourner sur le territoire d'un État membre dont il n'est pas ressortissant, faute de disposer de ressources suffisantes au sens de la directive 90/364/CEE. Un défaut de reconnaissance de ce droit ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par cette directive. Néanmoins, elle observe que « si les États membres peuvent conditionner le séjour d'un citoyen de l'Union économiquement non actif à la disponibilité de ressources suffisantes, il n'en découle pas pour autant qu'une telle personne ne peut pas bénéficier, pendant son séjour légal dans l'État membre d'accueil, du principe fondamental relatif à l'égalité de traitement tel que consacré par l'article [18 TFUE] »¹⁴³. En effet, « un citoyen de l'Union économiquement non actif peut invoquer l'article [18 TFUE] dès lors qu'il a séjourné légalement dans l'État membre d'accueil pendant une certaine période ou qu'il dispose d'une carte de séjour »¹⁴⁴. À cet égard, étant donné que l'intéressé séjournait légalement en Belgique, ce qui était attesté par une carte de séjour qui lui avait été délivrée par l'autorité belge, la Cour décide qu'il peut se prévaloir de l'article 18 TFUE pour se voir accorder la prestation qui relève du champ d'application matériel du traité dans les conditions analogues à un ressortissant national. Ce qui est le cas,

¹⁴² CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani c/ Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, aff. C-456/02, Rec. p. I-7573.

¹⁴³ *Ibid.*, pt. 40.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pts. 42-44.

conformément à la jurisprudence *Grzelczyk*, de la prestation d'assistance sociale telle que le minimex¹⁴⁵.

96. Des arrêts examinés, il ressort que si la résidence légale des citoyens migrants sur le territoire de l'État membre d'accueil est nécessaire pour attacher la situation des citoyens au champ d'application du traité, le fondement de cette résidence est sans incidence sur le droit à l'égalité de traitement qu'ils peuvent opposer à cet État. Même si les citoyens migrants inactifs ne tirent pas de l'article 21 TFUE leur droit de séjournier sur le territoire d'un autre État membre, faute de pouvoir satisfaire aux conditions posées par les directives sur la liberté de circulation des inactifs auxquelles cet article renvoie¹⁴⁶, ils peuvent néanmoins invoquer le principe de l'égalité de traitement de l'article 18 TFUE dès lors qu'ils sont réputés disposer d'une résidence légale dans l'État membre d'accueil. Dans cette optique, le découplage entre l'exercice du droit de séjour en vertu de l'article 21 TFUE et le droit à l'égalité de traitement que le citoyen peut opposer aux États membres en vertu de l'article 18 TFUE permet d'atténuer l'impact des conditions restrictives du droit de libre circulation et de séjour des citoyens prévues par le droit dérivé. Nonobstant l'impossibilité de supprimer les conditions auxquelles les directives subordonnent le droit de séjour des citoyens inactifs, leur reconnaître le droit d'invoquer le principe de non-discrimination indépendamment du fondement de leur résidence dans l'État membre d'accueil permet d'assurer une protection contre les discriminations à un nombre plus grand des citoyens inactifs.

97. Une telle autonomisation du principe de non-discrimination peut en effet surprendre compte tenu du lien traditionnel entre l'exercice du droit de libre circulation et le droit d'égalité de traitement. Le droit au traitement non discriminatoire dans l'État membre d'accueil est généralement considéré comme découlant, en tant que son corollaire indispensable, de la liberté de circulation qui risque d'être vidée de son sens dans la pratique si ses titulaires risquent de subir les discriminations en raison de cet exercice¹⁴⁷. Dans ces conditions, il est avancé que la reconnaissance du droit à l'égalité de traitement en faveur des

¹⁴⁵ La Cour ajoute cependant qu'il reste loisible à l'État membre d'accueil de constater que le recours à l'assistance sociale montre que l'intéressé ne remplit plus les conditions de ressources suffisantes auxquelles est soumis son droit de séjour. Les autorités nationales peuvent alors prendre, dans le respect des limites imposées par le droit de l'Union, une mesure d'éloignement, à condition que ce constat n'entraîne pas automatiquement une telle mesure.

¹⁴⁶ Voir les directives 90/364, 90/365 et 93/96 qui sont reprises par la directive 2004/38.

¹⁴⁷ Selon les termes de l'article 45, paragraphe 2, TFUE, la libre circulation des travailleurs « implique » l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

citoyens se trouvant sur le territoire d'un autre État membre dépend de leur droit préexistant d'y être. Le champ de l'interdiction des discriminations devrait être limité aux seules hypothèses où les citoyens migrants tiennent leur droit de séjour en vertu du traité. Lorsque les États membres octroient le droit de séjour aux ressortissants d'autres États membres au-delà de leur obligation en vertu du droit communautaire, ils ne devraient pas être soumis au principe général d'interdiction des discriminations en vertu du traité.

98. Or, l'acceptation que l'égalité de traitement constitue un corollaire indispensable de la liberté circulation ne fait pas obstacle à ce que l'égalité de traitement soit érigée comme un élément autonome du statut de citoyen de l'Union à côté de la liberté de circulation. D'ailleurs, la relation inverse entre l'égalité de traitement et la liberté de circulation est déjà reconnue par la jurisprudence en ce qui concerne le droit des étudiants migrants. Dans l'affaire *Raulin*¹⁴⁸, la Cour dégage le droit des étudiants migrants de séjournier sur le territoire de l'État membre d'accueil aux fins d'études à partir du droit de non-discrimination en matière d'accès à la formation professionnelle qui leur est préalablement reconnu¹⁴⁹. C'est l'effectivité du principe de non-discrimination qui justifie l'octroi aux étudiants migrants du droit de séjour dans l'État membre où ils poursuivent leurs études et non l'inverse. Par ailleurs, les États membres sont en principe libres au regard du droit communautaire d'octroyer ou non le droit de séjour sur leur territoire aux citoyens ressortissants d'autres États membres qui ne répondent pas aux conditions d'obtention du droit de séjour posées par le traité et le droit dérivé¹⁵⁰. Cependant, à partir du moment où ils octroient aux citoyens migrants un droit de séjour sur leur territoire, que ce soit sur le fondement de leur droit interne ou de leur engagement international, ces citoyens migrants sont réputés relever du champ de protection du traité et les États sont tenus de les traiter de manière non discriminatoire par rapport à leurs nationaux.

99. L'autonomisation du droit à l'égalité de traitement du citoyen par rapport à son droit de séjour sur le territoire d'un État membre signifie que l'objectif recherché par le droit de la citoyenneté ne se limite plus seulement à assurer, en tant que telle, l'effectivité du droit de libre circulation reconnu aux citoyens par le traité. Le droit de l'Union œuvre aussi à garantir

¹⁴⁸ CJCE, 26 février 1992, *Raulin c/ Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, aff. C-357/89, Rec. p. I-1027 (droit de séjour aux fins d'études sur le territoire de l'État membre d'accueil comme corollaire du droit à l'égalité de traitement).

¹⁴⁹ CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, précité (droit à l'égalité de traitement en matière d'accès à la formation professionnelle).

¹⁵⁰ Sous réserve du respect du principe de proportionnalité. Voir *infra*, seconde Partie.

l'égalité de traitement au profit de ses citoyens dans les situations transnationales, indépendamment du fondement de leur droit de séjour dans un autre État membre. Ainsi, c'est le statut fondamental de citoyen de l'Union qui confère aux citoyens dont la situation revêt une dimension interétatique le droit à l'égalité de traitement par rapport aux nationaux de l'État d'accueil dans le champ d'application matériel du traité. C'est ce statut qui relie son titulaire au champ d'application du droit de l'Union dès lors qu'il réside légalement dans un État membre autre que le sien. Dans ce sens, il est observé que l'article 21 TFUE « n'est plus la voie unique de l'extension du droit à l'égalité de traitement au profit des citoyens inactifs »¹⁵¹.

100. La généralisation du droit à l'égalité de traitement au profit des citoyens indépendamment de leur activité économique étant réalisée, se pose inévitablement la question de sa généralisation au profit des citoyens indépendamment de l'exercice de la liberté de circulation.

Paragraphe II : L'égalité de traitement indépendante du franchissement des frontières

101. Un des principes orthodoxes régissant le champ d'application du droit de l'Union est la non-applicabilité de ce droit, en l'absence d'harmonisation, à des situations internes, c'est-à-dire celles « qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit [de l'Union] et dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre »¹⁵². S'agissant de la liberté de circulation et du principe de non-discrimination, leur invocabilité est conditionnée par la présence de l'élément d'extranéité, normalement sous forme du franchissement des frontières étatiques. Si conformément à l'article 20 TFUE « est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre », afin de se prévaloir des droits qui sont attachés à son statut de citoyen, ce dernier doit encore se placer dans une situation contenant des éléments transnationaux. En d'autres termes, les ressortissants des États membres ne deviennent effectivement citoyens de l'Union que lorsqu'ils quittent leur pays d'origine et se rendent dans un autre État membre¹⁵³. La

¹⁵¹ S. Fries, J. Shaw, «Citizenship of the Union: First steps in the European Court of Justice», article précité, spcc. p. 546.

¹⁵² CJCE, 5 juin 1997, *Land Nordrhein-Westfalen c/ Uecker et Jacquet c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. jointes C-64/96 et C-65/96, Rec. p. I-3171.

¹⁵³ Les exceptions concernent le droit de pétition devant le Parlement européen, le droit de s'adresser au médiateur européen (article 24 TFUE), le droit à l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins (article 157 TFUE).

citoyenneté de l'Union rime alors avec la circulation étant donné que la majorité des droits conférés aux citoyens ne peuvent s'exercer qu'en dehors de l'État membre dont le citoyen a la nationalité ou lorsque l'élément transnational est présent.

102. Les relations entre un État membre et ses ressortissants relèvent *a priori* du droit interne. Les éventuelles discriminations dont les ressortissants d'un État membre peuvent faire l'objet en vertu du droit de cet État relèvent du champ d'application de celui-ci, de sorte qu'elles doivent être résolues dans le cadre du système juridique interne dudit État. Il n'en reste toutefois pas moins que l'exigence de l'extranéité pour l'application du droit de l'Union est susceptible d'entraîner une situation qualifiée de « discrimination à rebours », dans laquelle le traitement réservé aux ressortissants nationaux est moins favorable que celui dont bénéficient les ressortissants d'autres États membres en application des règles du traité. Or, faute de se trouver dans des situations contenant des éléments transnationaux, ces nationaux ne peuvent pas prétendre à l'application du droit de l'Union. Il s'agit en effet d'une différence de traitement qui résulte de l'application des deux régimes parallèles distincts.

103. À croire l'affirmation de la Cour selon laquelle « la citoyenneté de l'Union n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire »¹⁵⁴, la consécration de la citoyenneté de l'Union n'affecterait pas l'exigence d'élément d'extranéité comme condition d'intervention du droit de l'Union. La citoyenneté de l'Union serait celle qui n'a de contenu que si ses titulaires utilisent la liberté de circulation et de séjour au sein de l'Union. Or, en réalité, il serait réductif et inexact d'envisager les droits des citoyens exclusivement dans l'optique de la libre circulation. À partir du moment où l'égalité de traitement est érigée comme un élément central du statut de citoyen de l'Union, la non-applicabilité du droit de l'Union dans une situation purement interne, qui implique l'admission des discriminations à rebours envers les citoyens sédentaires, paraît de moins en moins tenable. Au fil des jurisprudences, la citoyenneté transforme la manière dont la Cour délimite le champ d'application du droit de l'Union lorsqu'est impliqué le droit des citoyens. L'exigence de l'élément d'extranéité est appréhendée de façon assouplie (A). Elle est même supprimée dans le but de sauvegarder l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen (B).

¹⁵⁴ CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet* aff. jointes C-64/96 et C-65/96, précité, pt. 23.

A.) *L'assouplissement progressif de l'exigence de l'élément transnational*

104. Eu égard au droit de libre circulation, l'élément d'extranéité exigée comme condition de rattachement au droit de l'Union se traduit en général par le franchissement (physique) de frontières étatiques. L'invocabilité du droit de séjour et du droit à l'égalité de traitement en vertu du traité n'est envisageable qu'une fois que le citoyen se rend dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité. Cependant, l'exercice préalable du droit de libre circulation et de séjour dans un autre État permet également à un national d'opposer à son État membre d'origine les dispositions du traité prohibant les discriminations. Le rapport d'un national qui a exercé (ou souhaite exercer) le droit de libre circulation avec l'État membre dont il a nationalité peut être rattaché au champ d'application du droit de l'Union, à partir du moment où l'usage du droit de libre circulation a (ou aura) une incidence sur sa situation au regard du droit national¹⁵⁵.

105. Abstraction faite de cette hypothèse, la volonté de sauvegarder les droits des citoyens, y compris dans le domaine social, amène la Cour à assouplir davantage l'exigence de l'extranéité. Afin de justifier l'applicabilité du droit de l'Union aux situations qui peuvent *a priori* être considérées comme de nature purement interne, la jurisprudence a tendance à admettre de manière très large l'existence de l'élément d'extranéité (1) de sorte à englober également les situations n'impliquant aucun franchissement des frontières (2).

1.) La conception large du franchissement des frontières

106. L'application des règles de libre circulation et d'égalité de traitement suppose en règle générale trois éléments, à savoir l'exercice de la liberté de circulation aux fins économiques dans un autre État membre, l'existence d'une discrimination en raison de la nationalité ou une entrave à la liberté de circulation envers les migrants, et le lien de causalité entre les deux. Toutefois, la Cour admet que l'exercice du droit de circuler et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre même pour une courte durée suffit pour créer un lien de rattachement de la situation des citoyens avec le droit de l'Union, sans exiger par ailleurs que les droits à l'égard desquels les citoyens migrants réclament l'égalité aient un rapport direct avec l'objet de leur séjour sur le territoire de l'État membre d'accueil. Dans l'affaire *Cowan*, la Cour admet qu'un touriste qui se rend dans un autre État membre de manière temporaire relève du champ d'application du traité en tant que destinataire de services transfrontaliers et peut

¹⁵⁵ À titre d'exemple CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop c/ Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, Rec. p. I-6191.

invoquer à ce titre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en matière pénale qui n'a pas de lien avec les services reçus dans l'État membre d'accueil¹⁵⁶. Cette approche est ensuite confirmée par la jurisprudence *Bickel et Franz* qui reconnaît aux touristes le bénéfice de l'égalité de traitement en matière de procédure juridictionnelle avec les résidents minoritaires de l'État membre d'accueil sur les fondements combinés des dispositions relatives à la libre prestation de services et la libre circulation des citoyens.

107. De plus, la Cour accepte que la personne qui n'a pas fait elle-même usage de son droit de libre circulation puisse tout de même invoquer les dispositions du traité prohibant des discriminations en raison de la nationalité du simple fait que sa situation au regard du droit national présente un lien avec l'exercice de la liberté de circulation d'une autre personne. L'arrêt *Schempp* concerne un ressortissant allemand qui verse une pension alimentaire à son ex-épouse domiciliée en Autriche. Il se voit refuser par son administration fiscale le droit de déduire cette pension de ses impôts au motif qu'il n'aurait pas fourni l'attestation de l'administration autrichienne prouvant que son ex-épouse aurait été imposée en Autriche. Or, il ne peut fournir une telle attestation dès lors que le système fiscal autrichien n'impose pas les pensions alimentaires. Si son ex-épouse avait résidé en Allemagne, Monsieur Schempp aurait cependant bénéficié d'une déduction fiscale. Interrogée sur la conformité de la réglementation allemande avec les articles 18 et 21 TFUE, la Cour doit trancher au préalable la question de l'applicabilité du droit de l'Union. En effet, l'affaire au principal concerne les modalités d'imposition de Monsieur Schempp mais c'est son ex-épouse qui a exercé le droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre. Toutefois, la Cour considère que le fait que Monsieur Schempp n'a pas fait usage de son droit à la libre circulation n'implique pas nécessairement qu'on se trouve dans une situation purement interne. En effet la situation de Monsieur Schempp peut être considérée comme relevant du champ d'application du traité dès lors que l'exercice par son ex-épouse de son droit de circuler et de séjourner librement dans un autre État membre en vertu de l'article 21 TFUE a été de nature à influer sur la possibilité pour son ex-époux de déduire de son revenu imposable en Allemagne la pension alimentaire qu'il lui verse¹⁵⁷.

¹⁵⁶ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité.

¹⁵⁷ CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp c/ Finanzamt München V*, aff. C-403/03, Rec. p. I-6421, pt. 24.

108. Par la suite, la Cour a franchi une étape en plus en reconnaissant que la possession de la nationalité d'un État membre dans un autre État membre suffit pour faire relever la situation des citoyens du champ d'application du traité.

2.) Du franchissement des frontières étatiques à la présence d'un élément d'extranéité

109. Dans l'affaire *Zhu et Chen*¹⁵⁸ de 2004, la Cour reconnaît que le fait pour un national d'un État membre d'être né et de séjourner légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil, alors même qu'il n'a jamais franchi la frontière entre ces deux États, crée un rattachement suffisant pour justifier l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes. Dans cette affaire, un couple chinois décide de faire naître leur deuxième enfant à Belfast, territoire de l'Irlande du Nord mais qui relève de la frontière politique du Royaume-Uni. Ceci a permis à l'enfant d'obtenir, en vertu des règles du *jus soli*, la nationalité irlandaise et la citoyenneté européenne. La mère et l'enfant se sont rendues ensuite à Cardiff et ont demandé à l'autorité britannique de bénéficier du permis de résidence permanente au Royaume-Uni. La Cour admet la possibilité pour le citoyen en bas âge d'invoquer son statut de citoyen à l'encontre de l'État membre d'accueil pour obtenir le droit d'y séjourner, même s'il n'a jamais quitté ce dernier État. Ainsi, le simple fait de disposer d'une nationalité d'un État membre dans un autre État membre de l'Union suffit à faire relever la situation dudit citoyen européen du champ d'application du traité alors même qu'il n'a jamais exercé sa liberté de circulation.

110. Il arrive aussi que la Cour privilégie la protection du droit de libre circulation des citoyens mineurs dans le futur, sans exiger l'exercice passé de la liberté de circulation. Dans l'affaire *Garcia Avello*¹⁵⁹, la Cour admet le rattachement au champ d'application du traité, sur le fondement combiné des articles 18 et 20 TFUE, de la situation des enfants de double nationalité belge-espagnole qui résident depuis leur naissance en Belgique et qui n'ont jamais exercé le droit de libre circulation dans d'autres États membres. Elle invoque à ce titre le fait que les intéressés qui sont ressortissants d'un État membre (Espagne) séjournent légalement sur le territoire d'un autre État membre (Belgique)¹⁶⁰. L'élément d'extranéité qui est susceptible de déclencher l'application du droit de l'Union consiste en effet en la possession

¹⁵⁸ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, Rec. p. I-9925.

¹⁵⁹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello c/ État belge*, aff. C-148/02, Rec. p. I-11613.

¹⁶⁰ Pt. 27 de l'arrêt.

de la double nationalité des citoyens. L'exercice de la liberté de circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre n'est à présent que futur et hypothétique.

111. L'acceptation large de l'élément d'extranéité transforme l'obligation pour les citoyens de circuler afin de pouvoir prétendre au bénéfice du droit de l'Union en une exigence plutôt « formelle ». Que l'acceptation extensive du facteur de rattachement au droit de l'Union permette d'assurer une application plus étendue du droit de l'Union est sans conteste. Il n'en demeure pas moins que cette approche pourrait paradoxalement conduire à des différences de traitement peu satisfaisantes entre citoyens d'un même État puisque seuls ceux qui disposent d'une double nationalité ou qui ont effectué un séjour, même bref, dans un autre État membre peuvent invoquer leur qualité de citoyen pour contester la réglementation de leur État d'origine. À la différence de ces catégories privilégiées de citoyens, les sédentaires qui se trouvent pourtant dans une situation comparable ne peuvent pas bénéficier de la protection en vertu du droit de l'Union lorsque ce dernier leur est plus favorable par rapport à leur droit national, par exemple en ce qui concerne les droits de membres de la famille ressortissants d'États tiers.

112. Une telle différence de traitement entre les citoyens paraît peu compatible avec l'affirmation de l'égalité de traitement comme élément de base du statut de citoyen. D'après la formule devenue de principe posée dans l'arrêt *Grzelczyk*, ce statut fondamental de citoyen de l'Union permet à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique. La consécration jurisprudentielle est ensuite sanctionnée par le traité. Suite à la modification apportée par le traité de Lisbonne, l'article 9 TUE fait désormais obligation à l'Union de respecter le principe d'égalité de ses citoyens dans toutes ses activités. L'article 2 TUE garantit également aux citoyens de l'Union un espace de liberté, de sécurité et de justice *sans frontières intérieures*. Ces affirmations textuelle et jurisprudentielle du lien entre le statut de citoyen et le principe de l'égalité de traitement rendent difficilement tenable la distinction des citoyens et des droits qu'ils peuvent tirer de l'ordre juridique de l'Union en fonction du franchissement de frontière ou de l'établissement de certains éléments transnationaux.

113. L'assouplissement au fil de la jurisprudence et au gré des affaires portées à sa connaissance de l'exigence de l'élément d'extranéité lorsque sont en jeu les droits des citoyens témoigne de la volonté de la Cour de protéger non seulement la liberté de circulation

des citoyens, mais leur droit à l'égalité de traitement en tant que tel. Dans cette optique, serait-il possible de mettre l'accent sur le seul champ d'application personnel du traité pour conférer le droit à l'égalité de traitement au profit de citoyens?¹⁶¹ En effet, il est avancé qu'en vertu de l'article 20 TFUE, un ressortissant d'un État membre relève du champ d'application des dispositions relatives à la citoyenneté du seul fait de la possession de la nationalité d'un État membre de l'Union et le droit à l'égalité de traitement peut être considéré comme un droit reconnu aux citoyens en tant que tel. Il serait dès lors possible de reconnaître aux citoyens sédentaires le droit d'invoquer l'article 18 TFUE à l'encontre de leur État membre d'origine lorsqu'ils se trouvent dans une situation comparable à ceux qui ont migré ou migrant, mais subissent une discrimination du fait de non usage de la liberté de circulation et de séjour¹⁶². La reconnaissance de l'invocabilité du principe général de non-discrimination au profit des nationaux sédentaires dans une telle circonstance permettrait d'étendre à leur profit les droits reconnus par l'État membre dont ils ont la nationalité aux ressortissants d'autres États membres ou nationaux qui ont usé ou usent du droit de circulation. Il ne s'agirait pas cependant de permettre une intervention sans limite du droit de l'Union ; l'application du droit de l'Union serait circonscrite à l'hypothèse où les nationaux sédentaires peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation similaire aux citoyens migrants et les droits à l'égard desquels l'État membre d'origine est tenu d'observer l'égalité de traitement entre les sédentaires et les migrants ne sont autres que les droits qui sont déjà reconnus aux migrants¹⁶³.

114. Si la consécration de la citoyenneté de l'Union a sans conteste un impact sur la délimitation du champ d'application « fonctionnel » du traité, la question la plus cruciale consiste à savoir l'étendue dans laquelle la citoyenneté crée un lien (direct) entre les citoyens et l'Union de manière à fonder les droits que les citoyens peuvent invoquer à l'encontre de l'État membre dont ils ont la nationalité, indépendamment du franchissement des frontières ou de la présence d'un élément d'extranéité.

115. Sans aller jusqu'à supprimer l'exigence d'extranéité pour justifier l'application du droit de l'Union aux fins de garantir l'égalité de traitement entre les citoyens migrants et

¹⁶¹ E. Spaventa, «Seeing the wood despite the trees? On the scope of union citizenship and its constitutional effects», *CMLR*, 2008, p. 13-45.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Il est noté qu'un tel changement de l'approche du droit de l'Union concernant les situations internes n'aurait pas un impact démesuré étant donné qu'en principe les États traitent rarement les citoyens migrants de manière plus favorable que les nationaux. S. Currie, «The transformation of Union citizenship», in *50 years of the European treaties : looking back and thinking forward*, M. Dougan, S. Currie (dir.), Oxford; Portland, Oregon: Hart publishing, 2009, p. 365-391.

sédentaires, la Cour s'appuie sur une approche innovante consistant à prendre en compte l'effet que la législation nationale peut avoir sur le statut de citoyen et sur l'exercice des droits attachés à ce statut afin d'étendre le champ d'application du traité au profit des citoyens sédentaires. Cette approche, qui animait de manière plus ou moins implicite l'arrêt *Garcia Avello*¹⁶⁴, va être mise en évidence dans les récents arrêts qui neutralisent dans des cas précis l'exigence de l'extranéité comme condition d'invocabilité des droits des citoyens.

B.) La neutralisation conditionnelle de l'exigence de l'extranéité

116. Dans les arrêts tels *Garcia Avello* et *Zhu et Chen*, la volonté de sauvegarder les droits de citoyen amène la Cour à admettre les éléments d'extranéité sous d'autres formes que le franchissement physique des frontières comme facteurs de rattachement au droit de l'Union. À travers une suite des arrêts récents dont l'apport est primordial quant à la détermination du champ d'application du droit de l'Union, la Cour « franchit une étape nouvelle dans l'édification d'une citoyenneté européenne dégagée de tout élément d'extranéité »¹⁶⁵. La citoyenneté de l'Union constitue, sous certaines conditions, un facteur de rattachement même au droit de l'Union indépendamment de l'élément d'extranéité (1). Il est intéressant de s'interroger sur l'éventuelle possibilité de dépasser l'exigence d'extranéité lorsque sont en jeu les droits fondamentaux des citoyens, y compris en matière de protection sociale (2).

1.) L'invocabilité du droit de l'Union en cas de remise en question du statut et des droits des citoyens

117. L'impact d'une mesure d'un État membre à ses nationaux sur leur statut de citoyen de l'Union, que cet impact soit de fait (a) ou de droit (b), est susceptible de justifier l'intervention du droit de l'Union dans une situation interne, sous réserve toutefois d'une « privation de l'essentiel des droits » qui sont reconnus au citoyens (c).

a.) La perte de jure du statut de citoyen : arrêt Rottmann

118. L'affaire *Rottmann*¹⁶⁶ concerne un autrichien qui a été poursuivi en Autriche pour fraude. Il s'est rendu en Allemagne avant que la condamnation ne soit prononcée. Il a obtenu par naturalisation la nationalité allemande en février 1999, en dissimulant le fait qu'il faisait

¹⁶⁴ S. O'Leary, «The past, present and future of the purely internal rule in EU law», *Irist jurist*, 2009, p. 13-46.

¹⁶⁵ J. Cavallini, «Portée de la citoyenneté européenne», *JCP Soc*, 2011, p. 1195.

¹⁶⁶ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, précité.

l'objet d'une information judiciaire en Autriche. Conformément au droit applicable en Autriche, l'acquisition de la nationalité allemande lui fait perdre la nationalité autrichienne. Constatant que l'intéressé a obtenu frauduleusement la naturalisation, l'autorité allemande a décidé de retirer rétroactivement la naturalisation. Un tel retrait entraîne alors la situation d'apatriodie d'un ancien ressortissant d'un État membre et par conséquent le prive de la citoyenneté de l'Union. La Cour est interrogée sur la conformité avec le droit de l'Union (article 17 TCE devenu 20 TFUE) d'un tel retrait par un État membre de la nationalité acquise de manière frauduleuse qui conduit à priver l'intéressé de son statut de citoyen de l'Union et du bénéfice des droits liés à cette citoyenneté.

119. Les États membres contestent l'applicabilité du traité dans le cas d'espèce, en rappelant l'appartenance de la question de l'acquisition et la perte de la nationalité au domaine de compétence des États membres. Ils soulignent également la nature purement interne de la situation de l'intéressé qui est de nationalité allemande, résidant en Allemagne et à qui était adressée une décision des autorités allemandes. L'avocat général Poaires Maduro justifie l'applicabilité du droit de l'Union dans le cas d'espèce en mettant en avant le fait que l'intéressé ait fait usage de son droit à la libre circulation avant sa naturalisation et que la perte de la nationalité allemande de l'intéressé peut être considérée comme une conséquence indirecte de l'exercice de la liberté de circulation qui lui a permis d'obtenir la naturalisation. Cependant, il paraît que le lien de causalité entre l'exercice de la liberté de circulation par l'intéressé et le désavantage prétendu est trop tenu. En effet, traditionnellement, la jurisprudence de la Cour applique trois critères pour déterminer l'applicabilité de dispositions relatives à la libre circulation des acteurs économiques, à savoir la présence d'un franchissement des frontières, dans le but de poursuivre une activité économique, et l'effet restrictif de la mesure nationale contestée sur la liberté de circulation. Puisque la liberté de circulation reconnue par l'article 21 TFUE aux citoyens n'est plus subordonnée à l'exercice d'une activité économique transfrontalière, il n'est plus nécessaire d'examiner le but de la circulation en vue de déterminer le champ d'application des droits des citoyens¹⁶⁷. Il reste toutefois nécessaire d'assurer le lien de causalité entre l'exercice de la liberté de circulation en vertu du traité et le désavantage subi par le citoyen migrant, notamment dans le contexte où la

¹⁶⁷ Voir cependant la tendance jurisprudentielle à considérer les travailleurs qui transfèrent leur résidence dans un autre État membre dans un but étranger à leur activité économique comme travailleurs migrants au sens des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs. CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann c/ Freistaat Bayern*, aff. C-212/05, Rec. p. I-6303.

question relève du domaine de compétence réservée des États membres, telle que l'acquisition ou la perte de la nationalité.

120. La Cour de justice choisit de justifier l'applicabilité du droit de l'Union dans le cas d'espèce selon une approche qui met l'accent sur le statut de citoyen et les droits qui y sont attachés, indépendamment de l'élément d'extranéité traditionnellement requis. Réitérant l'affirmation devenue constante selon laquelle, à l'égard des situations relevant du champ d'application du traité, les États membres doivent exercer leurs compétences réservées dans le respect de ce dernier, elle affirme que tel est également le cas s'agissant de la situation de l'intéressé du fait qu'est en jeu la perte de la nationalité d'un État membre et donc de la citoyenneté européenne. D'après elle, « la situation d'un citoyen de l'Union qui est confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d'un État membre le plaçant, après qu'il a perdu la nationalité d'un autre État membre qu'il possédait à l'origine, dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article [20 TFUE] et des droits y attachés relève, *par sa nature et ses conséquences*, du droit de l'Union »¹⁶⁸. Selon la Cour, l'obligation pour les États membres d'exercer leur compétence retenue, y compris dans le domaine de la nationalité, dans le respect du droit de l'Union implique que « *lorsqu'il s'agit de citoyens de l'Union, l'exercice de cette compétence, dans la mesure où il affecte les droits conférés et protégés par l'ordre juridique de l'Union, comme c'est notamment le cas pour une décision de retrait de la naturalisation telle que celle en cause au principal, est susceptible d'un contrôle juridictionnel opéré au regard du droit de l'Union* »¹⁶⁹.

121. Il n'est pas en fait totalement exclu que la nationalité d'origine de l'intéressé, son exercice préalable de la liberté de circulation, voire le fait que soient impliquées les législations sur l'acquisition et la perte de la nationalité de deux États membres aient été pris en compte et influent implicitement sur l'applicabilité du droit de l'Union en l'espèce. Toutefois, il n'apparaît pas que l'établissement de la dimension transnationale de l'affaire soit la principale préoccupation de la Cour. Pour justifier le droit de regard de l'Union sur la situation en cause au principal, la Cour insiste au contraire sur la citoyenneté et l'effet de la mesure nationale sur la qualité de citoyen de l'intéressé et sur les droits qu'il tient en vertu de cette qualité. Étant donné que la citoyenneté de l'Union s'acquiert et se perd avec la nationalité d'un État membre, la perte de la nationalité d'un État membre peut affecter *par sa*

¹⁶⁸ Pt. 42 de l'arrêt. C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁹ Pt. 48 de l'arrêt. C'est nous qui soulignons.

nature et ses conséquences le statut de citoyen et les droits qui sont attachés à cette citoyenneté. Dans ces conditions, la mesure nationale ordonnant le retrait de la nationalité d'un citoyen ne peut échapper au droit de l'Union. Ainsi ce sont, d'une part, le lien voulu par les auteurs du traité entre la citoyenneté de l'Union et la nationalité d'un État membre, et, d'autre part, la gravité des conséquences de la perte de la nationalité en application de la mesure nationale sur le statut de citoyen et les droits qui sont attachés à ce statut (tels le droit de circulation et de séjour et le droit à l'égalité de traitement) qui forgent le facteur de rattachement de la situation en l'espèce avec le droit de l'Union. Ce facteur est considéré comme suffisant, indépendamment de l'élément d'extranéité. La Cour en conclut donc qu'il lui appartient de se prononcer sur des questions préjudiciales qui concernent les conditions dans lesquelles un citoyen de l'Union peut, du fait de la perte de sa nationalité, perdre cette qualité de citoyen de l'Union et être privé en conséquence des droits qui y sont attachés.

b.) La perte *de facto* du statut de citoyen : arrêt Zambrano

122. La jurisprudence *Zambrano*¹⁷⁰ rendue en formation Grande Chambre en mars 2011 vient dissiper le doute qui pourrait résulter du précédent arrêt *Rottmann* quant à l'applicabilité du droit de la citoyenneté dans une situation interne à l'État membre dès lors que le statut de citoyen est en jeu. Est en cause ici le litige opposant un ressortissant d'un État tiers, père des ressortissants belges et résidant en Belgique, à l'Office national de l'emploi en Belgique à propos du refus de ce dernier de l'admettre au bénéfice des allocations de chômage. En effet Monsieur Zambrano, de nationalité colombienne s'est installé avec son épouse colombienne en Belgique depuis 1999 en tant que demandeurs d'asile. Ils avaient trois enfants ; le premier était de nationalité colombienne et les deux autres sont nés en Belgique et avaient la nationalité belge conformément à la législation de cet État. Leurs demandes d'asile ont été rejetées et Monsieur Zambrano a tenté à plusieurs reprises de régulariser le droit de séjour de sa famille en Belgique sans succès. Il a occupé, sans l'autorisation de travailler sur place, un emploi auquel il a été par la suite mis fin. Il a demandé à bénéficier des allocations de chômage mais s'est vu refuser un tel bénéfice au motif que les journées de travail invoquées pour l'ouverture du droit aux allocations de chômage n'ont pas été accomplies en conformité avec les législations relatives au séjour des étrangers et à l'occupation de la main-d'œuvre étrangère. L'intéressé a réfuté cette argumentation en faisant valoir notamment qu'il bénéficiait du droit de séjour dérivé reconnu aux descendants d'un enfant en bas âge

¹⁷⁰ CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano c/ Office national de l'emploi* aff. C-34/09, I-1177.

ressortissant d'un État membre, conformément à la jurisprudence *Zhu et Chen*¹⁷¹, et que, partant, il était dispensé de l'obligation de posséder un permis de travail. En d'autres termes, le fait que ses enfants étaient des citoyens européens devait lui conférer, par ricochet, un droit de séjour et un permis de travail.

123. Le sort du litige relatif au droit aux prestations sociales d'un ressortissant d'État tiers membre de la famille des citoyens de l'Union dépend en réalité de la possibilité pour celui-ci de prétendre au droit de séjour sur le territoire belge et au permis de travail. Le problème de fond concerne alors le droit de séjour de citoyens de l'Union et de leurs descendants ressortissants d'États tiers dans l'État membre dont les citoyens ont la nationalité.

124. Dans ses remarquables conclusions¹⁷², l'avocat général Sharpston invite la Cour à franchir un pas décisif après avoir admis une conception très souple de l'exigence d'extranéité pour l'application des dispositions du traité. Elle propose à la Cour de tirer du statut fondamental de citoyen un droit au séjour au profit de l'ascendant d'un citoyen de l'Union indépendamment de l'exercice par ce dernier de sa liberté de circulation en vertu du traité¹⁷³. Elle propose à la Cour de se baser sur la jurisprudence *Garcia Avello et Rottmann*¹⁷⁴ pour affirmer que le fait de priver Monsieur Zambrano de droit de séjour et de permis de travail en Belgique constitue une restriction au droit de libre circulation et de séjour que le traité attache au statut de citoyen, le droit que ses enfants citoyens de l'Union peuvent souhaiter exercer dans le futur. La difficulté concerne le caractère encore plus ténu du lien avec l'exercice « futur ou hypothétique » de la liberté de circulation par les citoyens par rapport aux arrêts mentionnés. Dans l'affaire *Zhu et Chen*¹⁷⁵, la Cour a déjà décidé qu'un citoyen de l'Union en bas âge de nationalité irlandaise disposait au Royaume-Uni d'un droit de séjour en raison de sa citoyenneté européenne dès lors qu'il répondait aux conditions de ressources suffisantes que posait le droit dérivé grâce au soutien de sa mère. La directive 90/364, et plus précisément son article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), n'accordait le droit de séjour qu'aux descendants qui sont « à charge » du citoyen européen, alors que la situation inverse était en jeu en l'espèce.

¹⁷¹ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, précité.

¹⁷² Concl. de l'avocat général Sharpston du 30 septembre 2010 sous CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, I-1177.

¹⁷³ Elle propose trois alternatives de solutions à l'affaire. La seconde proposition consiste à reconnaître la protection du droit de l'Union contre les discriminations à rebours dès lors que certaines conditions explicites sont remplies. La dernière considération porte sur la protection des droits fondamentaux de tous les citoyens de l'Union en ciblant sur le respect de la vie familiale.

¹⁷⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, précité, CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, précité.

¹⁷⁵ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, précité.

Cependant, la nécessité de préserver l'effet utile du droit de séjour que l'enfant-citoyen tire de l'article 21 TFUE et la directive 90/364 justifie qu'un droit de séjour par ricochet soit reconnu également, en vertu de ces dispositions, au parent qui a effectivement la garde d'un enfant.

125. La Cour décide de suivre son avocat général. Elle affirme que la directive 2004/38 ne s'applique qu'au citoyen de l'Union qui se *rend* ou séjourne dans un État membre *autre* que celui dont il a la nationalité. Par conséquent, elle ne peut pas être invoquée par les citoyens enfants de Monsieur Zambrano qui n'ont jamais exercé leur droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre. Or, l'article 20 TFUE, qui confère à toute personne ayant la nationalité d'un État membre le statut de citoyen de l'Union, « s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »¹⁷⁶, sans que l'exercice du droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'autres États membres par lesdits citoyens soit requis. La Cour relève que le refus de séjour et d'autorisation de travail opposé au parent, ressortissant d'un État tiers, dans l'État membre où résident ses enfants en bas âge, ressortissants de cet État membre, auront un tel effet parce que lesdits enfants se verront obligés de quitter le territoire de l'Union pour accompagner leurs parents qui assurent leur charge et « seront, de fait, dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union ». Dans ces conditions, l'article 20 TFUE « s'oppose à ce qu'un État membre, d'une part, refuse à un ressortissant d'un État tiers, qui assume la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union, le séjour dans l'État membre de résidence de ces derniers et dont ils ont la nationalité et, d'autre part, refuse audit ressortissant d'un État tiers un permis de travail, dans la mesure où de telles décisions priveraient lesdits enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union ».

126. Dans l'affaire *Rottmann*¹⁷⁷, il s'agit d'une perte *de jure* du statut de citoyen de l'Union suite à la perte de la nationalité d'un État membre. Ici dans l'affaire *Zambrano*, il s'agit d'une perte *de facto* dudit statut parce que les citoyens, enfants en bas âge pris en charge par les parents ressortissants d'États tiers, seraient obligés de suivre leurs parents, et, de ce fait, se trouveraient empêcher dans la pratique d'exercer les droits que l'ordre juridique de l'Union attache à leur statut de citoyen de l'Union. Plutôt que de s'attacher à l'absence de l'élément d'extranéité, la Cour insiste, à l'instar de son arrêt *Rottmann*, sur les *effets* de la mesure

¹⁷⁶ Pt. 42 de l'arrêt.

¹⁷⁷ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, précité.

nationale d'expulsion des parents sur le statut de citoyen des enfants et les droits dont ils peuvent bénéficier. La Cour se réfère à l'impossibilité des citoyens d'exercer « l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union ». Au-delà du droit de libre circulation ou du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen, est en jeu même le droit d'un citoyen mineur de rester dans son État membre d'origine.

127. Il est à noter que la Cour n'a pas envisagé l'hypothèse du départ des parents dans un autre État membre qui pourrait éventuellement régler le problème. En effet en cas de l'exercice du droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre, tant les enfants-citoyens que leurs parents, par ricochet, bénéficieraient d'un droit de séjour dans cet État sous réserve de possession des ressources suffisantes et d'une assurance maladie couvrant les risques dans cet État comme l'exige la directive 2004/38. La Cour se contente d'affirmer que le statut de citoyen de l'Union confère à ses titulaires le droit de résider dans l'État dont ils ont la nationalité avec leurs parents ressortissants d'États tiers sans pour autant avoir exercé préalablement leur liberté de circulation en vertu du traité.

128. En tout état de cause, à travers ces arrêts capitaux, la Cour s'appuie sur le statut fondamental de la citoyenneté comme instrument d'extension du champ d'application du droit de l'Union afin de garantir l'effectivité des droits que l'ordre juridique de l'Union reconnaît à ses citoyens. Il est désormais possible d'affirmer que la protection offerte par la citoyenneté ne se limite plus aux situations transnationales. Une situation interne à un État membre ne peut plus être écartée telle quelle du champ d'application du droit de l'Union. La conséquence d'une mesure nationale, même appliquée par un État membre à ses ressortissants n'ayant jamais circulé, sur les droits conférés et protégés par l'Union peut justifier le droit de regard de l'Union. L'obligation pour les États membres d'exercer leurs compétences dans le respect du droit de l'Union implique que dès lors que l'application du droit national à ses ressortissants peut résulter en une privation *de facto* ou *de jure* de la jouissance de l'essentiel des droits qui sont attachés au statut fondamental de citoyen, les autorités nationales sont amenées à prendre en considération la citoyenneté européenne de ses ressortissants même dans une situation *a priori* interne. Il s'agit de donner aux citoyens de l'Union les moyens de s'assurer que les mesures étatiques ne portent pas atteinte à leur statut, qu'ils aient ou non circulé. L'enjeu d'un tel affranchissement de l'exigence de la circulation, c'est de protéger le contenu juridique du statut de citoyen de l'Union. Indépendamment de la présence d'un élément d'extranéité ou de l'appartenance de la question au domaine de compétence étatique, à partir du moment où une mesure nationale menace le statut même de citoyen ou

rend impossible ou excessivement difficile l'exercice de l'essentiel des droits que l'ordre juridique de l'Union confère aux citoyens, elle est susceptible d'être soumise au contrôle juridictionnel de la Cour.

129. La jurisprudence *Zambrano* suscite de nombreuses questions concernant l'applicabilité du droit de l'Union dans des situations internes. La question se pose tout d'abord en ce qui concerne l'interprétation des termes « l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen » dont la privation de la jouissance effective est susceptible de justifier l'application du droit de l'Union, indépendamment du franchissement des frontières étatiques ou de la présence d'un élément d'extranéité. Que faut-il entendre par l'essentiel des droits ? Étant donné que dans l'arrêt examiné il est surtout question du droit de séjour des citoyens au sein de l'Union, est-ce que tous les droits que le traité confère aux citoyens seront pris en compte de la même manière ? La question se pose ensuite concernant la quantification de l'atteinte aux droits des citoyens.

130. Les jurisprudences antérieures viennent apporter quelques clarifications, tout en circonscrivant la portée de cette jurisprudence fondamentale.

c.) La privation de l'essentiel des droits de citoyens comme condition de l'invocabilité du droit de l'Union : arrêts *McCarthy* et *Dereci*

131. L'arrêt *McCarthy*¹⁷⁸ vient récemment préciser et encadrer la portée de ses prédecesseurs en ce qui concerne l'invocabilité du droit de l'Union dans des situations internes lorsque le statut de citoyen est impliqué. Madame McCarthy a une double-nationalité anglo-irlandaise mais a toujours résidé au Royaume-Uni. Elle a épousé un ressortissant d'État tiers et a invoqué, au Royaume-Uni, sa nationalité irlandaise pour obtenir le droit au regroupement familial de son conjoint sur la base de la directive 2004/38. Mais les autorités britanniques ont refusé à ce dernier un droit de séjour au Royaume-Uni, au motif qu'il ne remplissait pas les conditions prévues par le droit britannique de l'immigration pour bénéficier d'une autorisation de séjour en tant que conjoint. La question posée à la Cour est de savoir si un citoyen ressortissant d'un État membre, peut invoquer la nationalité d'un autre État membre à l'encontre de l'État membre dont il a la nationalité et sur le territoire duquel il réside et qu'il

¹⁷⁸ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/09, non encore publié.

n'a jamais quitté, pour faire bénéficier par ricochet du droit de séjour son époux ressortissant d'un État tiers.

132. Se référant à l'interprétation littérale, téléologique et systématique de la directive 2004/38, la Cour affirme que son article 3, paragraphe 1, « n'est pas applicable à un citoyen de l'Union qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation, qui a toujours séjourné dans un État membre dont il possède la nationalité et qui jouit, par ailleurs, de la nationalité d'un autre État membre ». D'ailleurs, étant donné le caractère « dérivé » des droits conférés par la directive aux membres de la famille, dans la mesure où Madame McCarthy citoyenne de l'Union ne relève pas de la notion de « bénéficiaire » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38, son conjoint ne relève pas non plus de cette notion. La Cour statue ensuite sur l'applicabilité de l'article 21 TFUE. Conformément aux arrêts *Rottmann* et *Zambrano*, l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union, même dans une situation *a priori* interne. Afin de déterminer l'applicabilité du droit de l'Union au cas d'espèce, la Cour examine alors s'il existe un effet privatif du refus par l'autorité nationale d'accorder le droit de séjour à son conjoint ressortissant d'État tiers sur les droits reconnus à l'intéressée en qualité de citoyen de l'Union. Cependant, la Cour relève qu'il n'apparaît pas que « la mesure nationale en cause au principal aurait pour effet de priver [l'intéressée] de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, conformément à l'article 21 TFUE ». Le fait que l'intéressée dispose d'une double nationalité des États membres ne permet pas non plus de venir en aide de sa situation. En effet, selon la Cour, « la non-prise en compte par les autorités du Royaume-Uni de la nationalité irlandaise de Madame McCarthy aux fins de lui reconnaître un droit de séjour au Royaume-Uni n'affecte aucunement cette dernière dans son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, ni d'ailleurs dans aucun autre droit qui lui est conféré par son statut de citoyenne de l'Union »¹⁷⁹. Tirant la conséquence d'une telle constatation, la Cour conclut à l'inapplicabilité de l'article 21 TFUE à la situation de Madame McCarthy qui « ne présente aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union et que

¹⁷⁹ Pt. 49.

l'ensemble des éléments pertinents de cette situation se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre »¹⁸⁰.

133. Il ressort de larrêt que dès lors que la mesure nationale contestée n'a pas pour effet de priver un citoyen de l'Union de la jouissance effective des droits attachés à son statut de citoyen (contrairement à ce qui se passe dans les arrêts *Rottmann* et *Zambrano*), et, que la non-prise en compte par l'autorité nationale de la nationalité d'un autre État membre dont le citoyen est également ressortissant n'affecte pas son droit d'exercer la libre circulation dans d'autres États membres (contrairement à ce qui se passe dans l'affaire *Garcia Avello*), la relation entre le citoyen qui n'a jamais exercé la liberté de circulation et son État membre doit être régie par le droit national. Dans ce cas de figure, la possession de la double nationalité des États membres de l'Union ne saurait suffire, à elle seule, pour créer un facteur de rattachement de sa situation avec le droit de l'Union (article 21 TFUE) indépendamment du franchissement des frontières étatiques. Le privilège reconnu aux citoyens qui disposent d'une double nationalité d'invoquer la nationalité d'un autre État membre à l'encontre de l'État dont il est aussi ressortissant est conditionné par le fait que sa liberté de circulation soit affectée par la non-prise en considération de l'autre nationalité.

134. Il s'ensuit de la jurisprudence *McCarthy* que l'absence de l'élément d'extranéité n'exclut l'application des dispositions du traité relatives à la citoyenneté que « si, et seulement si, dans les faits en cause, le refus de la prise en compte du statut de citoyen du ressortissant de l'État membre concerné le prive de l'essentiel des droits qu'il tire de ce statut »¹⁸¹. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce du fait que l'intéressée conserverait tout de même son droit de séjourner au Royaume-Uni et la possibilité d'exercer les droits qui lui sont reconnus en tant que citoyen de l'Union, y compris la liberté de circulation sur le territoire d'un autre État membre, même si son conjoint était expulsé du territoire. C'est l'effet de la mesure nationale sur les droits des citoyens qui selon la Cour, détermine l'applicabilité ou non du droit de l'Union même dans une situation *a priori* interne.

135. Dans le récent arrêt *Dereci*¹⁸² qui concerne les ressortissants d'États tiers qui demandent un droit de séjour dans un État membre afin de résider avec des membres de leur famille,

¹⁸⁰ Pt. 55.

¹⁸¹ Institut d'Études Juridiques Européennes, «Situation purement interne: sur quel pied danser?», *Journal du marché intérieur* (en ligne), 2011, [réf. du 5 mai 2011], disponible sur:
<http://jmieurope.typepad.com/jmi/2011/05/situation-purement-interne-sur-quel-pied-danser.html>.

¹⁸² CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci c/ Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, non encore publié.

citoyens de l’Union qui n’ont pas fait usage de leur droit de libre circulation sur le territoire des États membres¹⁸³, la Cour de justice a eu l’occasion de préciser ce qu’il faut entendre du critère de « privation de l’essentiel des droits » comme justification de l’application du droit de l’Union à des situations a priori internes. En effet, la Cour précise que le critère relatif à la privation de l’essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l’Union se réfère à « des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l’Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l’État membre dont il est ressortissant, mais également de l’Union pris dans son ensemble »¹⁸⁴. Ce critère vise « des situations dans lesquelles, en dépit du fait que le droit secondaire relatif au droit de séjour des ressortissants d’États tiers n’est pas applicable, un droit de séjour ne saurait, exceptionnellement, être refusé à un ressortissant d’un État tiers, membre de la famille d’un ressortissant d’un État membre, sous peine de méconnaître l’effet utile de la citoyenneté de l’Union dont jouit ce dernier ressortissant »¹⁸⁵. Or, « le seul fait qu’il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d’un État membre, pour des raisons d’ordre économique ou afin de maintenir l’unité familiale sur le territoire de l’Union, que des membres de sa famille, qui ne disposent pas de la nationalité d’un État membre, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l’Union, ne suffit pas en soi pour considérer que le citoyen de l’Union serait contraint de quitter le territoire de l’Union si un tel droit n’est pas accordé »¹⁸⁶.

136. Il ressort de cet arrêt qu’il ne suffit pas que la non-application du droit de l’Union (et par-là le refus du droit de séjour aux ressortissants d’États tiers parents des citoyens) crée quelques inconvénients pour les citoyens. Il faut que les citoyens soient privés de la possibilité même de jouir des droits qu’ils tirent de leur statut, telle la contrainte de quitter non seulement le territoire de l’État membre dont ils ont la nationalité, mais aussi le territoire de l’Union, pour que le droit de l’Union s’applique à leur situation indépendamment de l’élément d’extranéité. Ainsi, si l’assouplissement ainsi que l’abandon « conditionnel » de l’exigence de l’extranéité permet de conférer une protection du droit de l’Union aux citoyens sédentaires dans certaines circonstances, il ne s’agit pas d’étendre le droit à l’égalité de traitement en vertu du droit de l’Union au profit des citoyens sédentaires en tant que tel. Il reste des étapes à

¹⁸³ Cependant, contrairement à l’affaire ayant donné lieu à l’arrêt *Ruiz Zambrano*, les citoyens de l’Union concernés ne sont pas soumis au risque de se voir privés des moyens de subsistance.

¹⁸⁴ Pt. 66.

¹⁸⁵ Pt. 67.

¹⁸⁶ Pt. 68.

franchir pour que soit assurée une égalité de traitement complète entre les citoyens migrants et sédentaires.

137. Dans ce contexte, il est intéressant de s'interroger s'il est envisageable de surmonter la condition de situation purement interne sur le fondement de protection des droits fondamentaux des citoyens.

2.) Vers l'invocabilité du statut de citoyen en cas de violation des droits fondamentaux indépendamment de l'élément d'extranéité ?

138. Mis à part l'arrêt *Rottmann* en raison du particularisme de ses faits, les arrêts dans lesquels l'exigence d'extranéité comme déclencheur de l'application du droit de l'Union est « neutralisée » concernent tous l'invocation par les nationaux de leur citoyenneté de l'Union à l'encontre de l'État membre dont ils sont ressortissants afin de faire naître le droit de séjour sur le territoire de cet État au profit des membres de leur famille ressortissants d'États tiers. Ce qui est en jeu dans les arrêts *Zambrano* et *McCarthy*, c'est précisément l'étendue du droit que la citoyenneté européenne confère au citoyen de vivre avec les membres de sa famille ressortissants d'États tiers dans l'État membre dont il a la nationalité, sans qu'il soit nécessaire de créer au préalable un facteur de rattachement avec un autre État membre. En effet, les discriminations à rebours sont souvent produites en cas de l'application du droit national en matière de droit à la réunification familiale, dès lors que le droit national subordonne en général le droit de séjour des membres de la famille non-nationaux à la satisfaction de certaines conditions tandis que le droit de l'Union confère automatiquement le droit de séjour aux membres de la famille des ressortissants d'autres États membres lorsque leur situation présente un lien de rattachement avec la liberté de circulation aux fins économiques.

139. Dans l'arrêt *Zambrano*, l'éventuel droit des parents ressortissants d'un État tiers des citoyens mineurs de bénéficier des prestations sociales (en l'occurrence les allocations de chômage) dans l'État membre d'origine et de résidence des citoyens n'est pas directement traité. Ce droit sera toutefois reconnu en pratique aux parents comme conséquence de l'octroi du droit de séjour et du permis de travail, dès lors qu'il ne pourra plus être refusé aux parents au motif de l'illégalité de leur séjour ou de l'absence de permis de travail. Dans la perspective de notre recherche, il est intéressant de s'interroger si, à l'instar de la reconnaissance de la possibilité pour un national d'invoquer son statut de citoyen à l'encontre de son État membre d'origine, indépendamment de l'exercice préalable de la liberté de circulation, pour se voir

reconnaître le droit de vivre avec les membres de sa famille ressortissants d’États tiers sur le territoire de cet État, il est envisageable de reconnaître au citoyen le droit d’invoquer sa citoyenneté européenne pour contester le refus de son État membre d’origine de lui octroyer des prestations sociales au titre de violation à ses droits fondamentaux. En d’autres termes, il s’agit d’envisager si un national peut invoquer sa qualité de citoyen de l’Union pour réclamer le respect de ses droits fondamentaux de la part de son État membre d’origine indépendamment de l’élément d’extranéité. Imaginons un cas où, en l’absence d’une règle de droit dérivé applicable en la matière, la législation d’un État membre prive les parents homosexuels du droit aux allocations familiales. Serait-il possible pour un ressortissant national de cet État, victime de la discrimination, d’invoquer sa citoyenneté européenne pour contester la législation nationale comme contraire au principe de non-discrimination en raison de l’orientation sexuelle visé à l’article 19 TFUE, même s’il s’agit d’une relation interne à un État membre ?

140. L’on sait qu’en l’absence de mention relative aux droits fondamentaux et à la nécessité de les protéger dans les traités communautaires d’origine, c’est la Cour de justice qui, dès 1969, fait figurer les droits fondamentaux de la personne parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect en vertu de l’article 19 TUE (164 TCEE, devenu 220 TCE)¹⁸⁷. Elle a identifié ces droits en s’inspirant des traditions constitutionnelles communes des États membres et des instruments internationaux aux droits de l’homme auxquels les États membres avaient adhéré notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme du Conseil de l’Europe. Toutefois, le respect des droits fondamentaux tels que protégés par le droit de l’Union ne concerne en premier lieu que les institutions de l’Union et il ne s’impose aux États membres que dans le champ d’application du droit de l’Union. Concrètement la Cour de justice n’est pas en principe compétente pour contrôler les mesures nationales au regard du respect des droits fondamentaux, sauf dans deux hypothèses ; lorsque la mesure nationale met en œuvre le droit de l’Union et lorsqu’une disposition du traité dérogeant au principe de la libre circulation est invoquée pour justifier une restriction à la libre circulation¹⁸⁸. En cas d’inapplicabilité du droit de l’Union, la Cour

¹⁸⁷ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder c/ Ville d’Ulm - Sozialamt*, aff. 29-69, Rec. p. 419. La protection des droits fondamentaux dans l’Union est le résultat, d’une part, du développement de la doctrine de primauté et d’effet direct qui presuppose la protection des droits fondamentaux et le rôle central d’individu pour revendiquer ces droits et, d’autre part, de la nécessité de faire accepter les Cours constitutionnelles des États membres la primauté et l’effet direct du droit de l’Union par la garantie des droits fondamentaux.

¹⁸⁸ Voir respectivement CJCE, 3 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, Rec. p. 2609, pt. 19, et, CJCE ,18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT)*, aff. C-260/89, Rec. p. I-2925, pt. 43.

considère qu'il appartient aux juges nationaux d'examiner la question au regard de la Convention EDH à laquelle tous les États membres sont parties¹⁸⁹.

141. Force est toutefois de constater des appels constants de la part des avocats généraux et de la doctrine pour que le droit de l'Union, par le biais entre autres du contrôle juridictionnel de la Cour, assure une protection des droits fondamentaux des citoyens. L'avocat général Jacobs est à cet égard pionnier à défendre une thèse qui associe les droits fondamentaux et la citoyenneté de l'Union dans ses conclusions notables sur l'affaire *Konstantinidis*¹⁹⁰. Cette affaire concerne la contestation par un ressortissant grec, s'installant et exerçant une profession libérale en Allemagne, des règles de translittération d'un nom étranger imposée par la législation allemande en vue de son inscription dans les registres de l'état civil du fait qu'elles déforment grossièrement la prononciation de son nom. Selon l'avocat général, Monsieur Konstantinidis, en sa qualité de citoyen de l'Union, doit pouvoir invoquer les droits fondamentaux à l'encontre de l'État membre où il s'établit.

142. Il soutient qu'à partir du moment où un citoyen de l'Union fait usage de la liberté qui lui est reconnue par le traité de circuler librement aux fins d'exercer une activité économique, le non-respect par l'État membre sur le territoire duquel il se trouve de ses droits fondamentaux constitue la violation du traité, même si la mesure nationale ne constitue pas une discrimination en raison de la nationalité. Selon lui, ce dernier « a droit, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la convention européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, il a le droit d'affirmer « *civis europeus sum* » et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux »¹⁹¹. En d'autres termes, le citoyen qui se place dans une situation régie par le droit de l'Union est en droit, en vertu de sa qualité de citoyen, de bénéficier de la protection de l'ordre juridique de l'Union contre la violation de leurs droits fondamentaux par l'État membre d'accueil¹⁹². La proposition de

¹⁸⁹ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, précité, pts. 72-73.

¹⁹⁰ Concl. de l'avocat général Jacobs du 9 décembre 1992 sous CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig*, aff. C-168/91, Rec. p. I-1191.

¹⁹¹ *Ibid.*, pt. 46.

¹⁹² L'avocat général Poiares Maduro dans ses conclusions sur l'arrêt *Centro Europa 7 Srl* (CJCE, 31 janv. 2008, aff. C-380/05, Rec. p. I-349, pt. 22) considère en revanche que « seules des violations graves et persistantes qui soulignent un problème de nature systémique dans la protection des droits fondamentaux de l'État membre en cause constitueraient des violations des règles sur la libre circulation, en raison de la menace qu'elles feraient directement peser sur la dimension transnationale de la citoyenneté européenne et sur l'intégrité de l'ordre juridique communautaire ». Dans le cas contraire, il soutient que « la Cour ne devrait vérifier la conformité des

l'avocat général repose sur une conception large du champ d'application du droit de l'Union lorsque sont impliqués les droits fondamentaux des ressortissants (migrants) des États membres¹⁹³. Toute violation des droits fondamentaux à l'égard des citoyens qui usent de leur liberté de circulation au sein de l'Union relèverait du champ d'application du traité, indépendamment du fait qu'est concerné un domaine de compétence étatique. Elle est susceptible d'être considérée comme une violation du droit de l'Union et d'être soumise à l'examen des justifications étatiques.

143. Le raisonnement développé par l'avocat général Jacobs dans le contexte des libertés de circulation aux fins d'exercice des activités économiques pourrait être transféré dans le contexte de la protection des droits fondamentaux des citoyens. D'ailleurs, compte tenu de l'importance de ces droits, on pourrait envisager l'extension de ce raisonnement à l'hypothèse de l'invocation par un national, en vertu de sa qualité de citoyen de l'Union, de ses droits fondamentaux à l'encontre de son État membre d'origine, indépendamment du franchissement des frontières nationales. En effet, le concept de protection des citoyens selon un code commun de valeurs fondamentales quel que soit l'État où ils se rendent paraît peu compatible avec l'acceptation des éventuelles discriminations à rebours à l'encontre des nationaux, si l'on veut que de tel concept soit d'une application réellement générale¹⁹⁴. Ultérieurement, l'avocat général Jacobs avance dans ses conclusions sur l'affaire *Bickel et Franz*¹⁹⁵ que la création de la citoyenneté donne aux citoyens de l'Union un droit général à l'égalité de traitement même dans l'hypothèse où ils n'ont pas exercé le droit de libre circulation et de séjour¹⁹⁶. Il se fonde à cet égard sur la citoyenneté comme instrument de rapprochement de l'Union avec ses citoyens et le signe de l'évolution de l'Union vers une Union plus politique. Selon lui, le droit à l'égalité de traitement est « le droit le plus fondamental conféré par le traité et doit être

mesures nationales aux droits fondamentaux que lorsque ces mesures relèvent du champ d'application de la compétence de la Cour, tel qu'il est défini par sa jurisprudence actuelle ».

¹⁹³ La Cour se limite dans l'affaire *Konstantinidis* à statuer sur le terrain de la liberté d'établissement en considérant que si la translittération du nom de Monsieur Konstantinidis change la prononciation de son nom sur la base duquel il a constitué sa clientèle, le risque de confusion porte atteinte à sa liberté d'établissement. Il est néanmoins avancé que le silence de la Cour sur la proposition de l'avocat général Jacobs dans cet arrêt n'empêche pas qu'elle la fait sienne dans le futur.

¹⁹⁴ D.S. Binder, «The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action»(en ligne), 1995, [réf. du 7 octobre 2011], disponible sur:
<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/95/9504ind.html>.

¹⁹⁵ Concl. de l'avocat général Jacobs du 19 mars 1998 sous CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, Rec. p. I-7637.

¹⁹⁶ Il donne à cet égard un exemple d'un national de l'État membre A qui est poursuivi dans son État membre pour des remarques publiées dans le journal de l'État membre B.

tenue pour un facteur de base de la citoyenneté de l'Union »¹⁹⁷. En effet, l'instauration de la citoyenneté européenne transforme la nature du droit de libre circulation et de non-discrimination ; des droits fonctionnels au service de la construction du marché commun en « droits subjectifs » qui sont des attributs principaux de la citoyenneté, des droits fondamentaux attachés au statut de citoyen¹⁹⁸.

144. Au fil de ses jurisprudences relatives à la citoyenneté, la volonté de protéger les droits fondamentaux, même dans une relation entre les nationaux et leur État membre d'origine amène la Cour à « forcer » ou à découvrir de manière un peu créative les liens entre la situation de citoyen et la liberté de circulation protégée par le droit de l'Union (aux fins économiques). L'arrêt *Carpenter*¹⁹⁹ constitue un exemple de la volonté jurisprudentielle de protéger le droit à la réunification familiale du citoyen indépendamment du lien direct entre le droit de séjour de membre de la famille ressortissant d'État tiers et l'exercice de la liberté de circulation aux fins économiques par le citoyen. Afin d'éviter l'expulsion d'une ressortissante d'État tiers épouse d'un ressortissant britannique du Royaume-Uni, la Cour reconnaît que le fait que le mari, résidant au Royaume-Uni, fournit des services dans d'autres États membres constitue un facteur de rattachement suffisant avec le droit de l'Union. Même si le mari n'a pas besoin d'être accompagné par son épouse pour aller prêter les services dans un autre État membre pendant un bref délai et malgré le fait qu'il cherche la reconnaissance du droit de séjour de son épouse dans son État membre d'origine, la Cour considère la perturbation de la vie familiale comme un obstacle à l'exercice de la liberté de prestation des services dans un autre État membre. Il est évident que ce que la Cour entend protéger dans cette affaire c'est plus le droit fondamental à la vie familiale que la liberté de prestation de service. La Cour s'efforce de trouver un facteur de rattachement avec la liberté de circulation à des fins économiques pour pouvoir statuer sur l'affaire et protéger les droits fondamentaux des citoyens et des membres de leur famille. Or, le lien que la Cour œuvre à établir avec la liberté de circulation peut être considéré comme artificiel au point qu'on peut s'interroger s'il est encore nécessaire de conditionner l'applicabilité du droit à l'égalité de traitement au profit des citoyens à la circulation entre les États. Plutôt que créer une incertitude au regard du champ

¹⁹⁷ Pt. 24 de la conclusion.

¹⁹⁸ A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne. Thèses, Bruxelles: Bruylants, 2007, spéc. p. 406 et s.

¹⁹⁹ CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, Rec. p. I-6279.

d'application du droit de l'Union, ne vaudrait-il pas mieux consacrer un lien explicite entre la citoyenneté et la protection des droits fondamentaux ?²⁰⁰

145. La citoyenneté et les droits fondamentaux partagent l'objectif commun d'accorder aux citoyens les moyens de sauvegarder leurs droits et de se protéger contre l'abus de leurs droits par l'ordre juridique et politique dont ils sont membres²⁰¹. Toutefois les différences de nature et d'orientation de protection des droits des individus engagés par les deux instruments qui sont la citoyenneté et les droits fondamentaux sont invoquées pour expliquer l'absence de leur rapprochement ; alors que la citoyenneté confère les droits aux seules personnes qui font partie d'un groupe privilégié sur la base de conditions définies et notamment la nationalité, les droits fondamentaux ont vocation plus universelle et s'adressent aux personnes en tant que telles indépendamment de leur appartenance. Or, sous le droit de l'Union, la protection des droits fondamentaux a un champ limité ; elle ne concerne que ceux qui relèvent du champ d'application du traité, tels les ressortissants des États membres et les membres de leur famille.

146. Par ailleurs, le fait de lier explicitement la citoyenneté et la protection des droits fondamentaux contribuera à réaliser l'objectif de l'Union de renforcer les droits et les intérêts des ressortissants des États membres à travers l'introduction de la citoyenneté européenne²⁰². Il est en effet observé qu'en omettant d'associer la citoyenneté et les droits fondamentaux, l'Union a raté l'occasion de permettre à la citoyenneté d'évoluer comme un standard plus élevé de protection des droits individuels²⁰³. Les droits que la citoyenneté de l'Union confère ne se limitent pas aux droits mentionnés à l'article 20 TFUE, ce dernier affirme en effet que

²⁰⁰ Le Professeur Sudre avance que la question de savoir si une réglementation nationale portant atteinte aux droits fondamentaux se situe, ou non, *dans le cadre du droit de l'Union* paraît privée de sens puisque depuis le traité d'Amsterdam le droit de l'Union a désormais pour objet la protection des droits de l'homme. F. Sudre, «La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam», *JCP, ed. gén.*, 1998, I 100.

L'article 6, paragraphe 2, du traité d'Amsterdam (actuel 6, paragraphe 3, TUE) affirme que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Article 46, alinéa d), du traité d'Amsterdam reconnaît la compétence de la Cour de pour connaître l'article 6, paragraphe 2, en ce qui concerne l'action des institutions, dans la mesure où la Cour est compétente en vertu des traités instituant les Communautés européennes et du présent traité.

²⁰¹ S. O'Leary, «The relationship between community citizenship and the protection of fundamental rights in community law», *CMLR*, 1995, p. 519-554, p.520. Un des principaux objectifs de la création du statut de citoyen consiste dans la protection ou l'énumération des droits des individus vis-à-vis des autorités. La citoyenneté confère à cet égard à ses titulaires les instruments pour protéger leurs droits de l'ingérence des autorités et pour participer dans l'ordre juridique et politique dont ils sont membres.

²⁰² Article B, paragraphe 3, TUE (1992).

²⁰³ K. Lenaerts, «Fundamental rights to be included in a Community catalogue», *ELR*, 1991, p. 367-390, p. 376.

les citoyens de l'Union jouissent « des droits prévus par les traités ». Malgré l'existence de la protection des droits fondamentaux au niveau national, le rapprochement entre citoyenneté et droits fondamentaux peut permettre de renforcer les droits subjectifs des citoyens au regard du droit de l'Union. La protection des droits fondamentaux des citoyens au niveau de l'Union permet de garantir une protection juridictionnelle de ces droits dans le champ plus large et de contribuer à préserver la cohérence et l'intégrité du concept de la citoyenneté de l'Union comme un instrument de protection des droits individuels.

147. D'ailleurs, son association avec la protection des droits fondamentaux peut permettre à la citoyenneté de l'Union d'atteindre l'objectif qui lui est assigné de remédier au déficit démocratique de l'Union et de développer le consensus politique et social en vue de justifier et légitimer le renforcement des intégrations européennes. Lier la citoyenneté et la protection des droits fondamentaux des citoyens peut renforcer la « légitimité sociale » ou l'acceptation sociétale du système de l'Union. D'après le Professeur Weiler, cette légitimité se produit lorsque « le gouvernement affiche son engagement à défendre activement les valeurs, telles que la justice, la société et la protection sociale»²⁰⁴.

148. Les traités successifs se gardent néanmoins de faire un lien direct entre la citoyenneté et la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union. Malgré la proposition de la Commission, du Parlement européen et de certains États membres (Espagne) lors des négociations intergouvernementales en vue de l'adoption du traité de Maastricht d'inclure dans les dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union la référence à la protection des droits fondamentaux, les auteurs du traité ont préféré l'insérer dans les dispositions communes du Titre 1 du TUE (exclues du champ de compétences de la Cour en vertu de l'article L). L'engagement de respecter la Convention européenne des droits de l'homme et les traditions constitutionnelles des États membres est affirmé dans le cadre de l'article F(2), sans que cela soit mis en lien avec la consécration de la citoyenneté de l'Union. Le projet du traité constitutionnel, s'il avait été adopté, aurait consacré une association entre la citoyenneté et les droits fondamentaux. En effet, y était inséré, un titre II qui s'intitulait « les droits fondamentaux et la citoyenneté de l'Union ». Même si l'ordre des articles a été organisé de sorte à ne pas donner à penser que les droits de l'homme découlent de la citoyenneté, il est noté que « la citoyenneté de l'Union se trouve élargie (...) par sa nouvelle position aux côtés

²⁰⁴ J.H.H., Weiler, «Problems of Legitimacy in Post 1992 Europe», *Aussenwirtschaft*, 1991, p. 411-437, spéc. p. 415 et s.

des droits fondamentaux »²⁰⁵. Cette association souligne que la citoyenneté est un statut qui donne accès aux citoyens non seulement aux droits énoncés dans le chapitre relatif à la citoyenneté mais également à tous les droits fondamentaux. On peut regretter qu'une telle association n'ait pas été reprise par le traité de Lisbonne.

149. Il n'en reste cependant pas moins que le traité de Lisbonne donne désormais une valeur juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui s'impose dorénavant aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Si la Cour précise dans l'affaire *Dereci* de 2011 que « la Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union et ne modifie pas les compétences et les tâches définies dans les traités »²⁰⁶, elle confirme que les États membres sont tenus d'appliquer les dispositions de la Charte lorsque le droit de l'Union trouve à s'appliquer. Dans cette affaire, la Cour refuse de tirer du statut de citoyen de l'Union le droit de séjour des ressortissants des États tiers membres de la famille dans l'État dont les citoyens ont la nationalité, sans qu'ils aient exercé au préalable la liberté de circulation, étant donné qu'un tel refus ne prive pas les citoyens de l'essentiel des droits qui leur sont reconnus. Cependant, elle précise que la non-applicabilité des dispositions relatives à la citoyenneté n'empêche pas l'examen de la conformité du refus du droit de séjour avec la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, si le droit de l'Union trouve à s'appliquer. La Cour confère au juge national la tâche d'examiner, dans l'hypothèse où il considère que la situation des requérants au principal relève du droit de l'Union, « si le refus du droit de séjour de ces derniers porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »²⁰⁷.

150. En combinant l'apport de récents arrêts de la Cour qui reconnaissent au citoyen la possibilité d'invoquer sa citoyenneté de l'Union à l'encontre de son État membre d'origine pour s'opposer à la mesure nationale qui le prive de l'essentiel des droits qui lui sont reconnus en vertu de ce statut et l'approche proposée par l'avocat général qui consiste à lier le statut de citoyen de l'Union et la protection des droits fondamentaux par l'ordre juridique de l'Union, il

²⁰⁵ C. Marzo, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, op.cit., 2011, spéc. p. 148.

²⁰⁶ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, précité, pt. 71.

²⁰⁷ *Ibid.*, pt. 72. Elle précise que cet article contient des droits correspondant à ceux garantis par l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH et qu'il convient de donner à l'article 7 de la charte le même sens et la même portée que ceux conférés à l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

serait possible d'envisager de reconnaître au citoyen l'invocation de son statut pour s'opposer cette fois à la violation de ses droits fondamentaux par son État membre dans une situation a priori interne. Cette construction reposeraient en effet sur une extrapolation de la jurisprudence relative à l'invocabilité du droit de la citoyenneté dans une situation interne et une relecture de l'obligation des États membres d'observer le respect des droits fondamentaux à la lumière de la citoyenneté. De la même manière que l'atteinte à l'essentiel des droits qui sont attachés au statut de citoyen justifie le droit de regard de l'Union même dans une situation interne, la violation des droits fondamentaux des citoyens justifierait la soumission de la mesure nationale, même celle opposée par l'État membre à ses ressortissants sédentaires, au contrôle de la Cour de justice. À cet égard, puisque le refus d'octroi de prestations sociales aux parents homosexuels est en réalité une traduction d'une pratique discriminatoire en violation des droits fondamentaux des citoyens, tout citoyen y compris un national qui n'a jamais quitté son État membre d'origine devrait pouvoir invoquer son statut de citoyen de l'Union pour contester la violation de son droit de ne pas subir une discrimination en raison de son orientation sexuelle même à l'encontre de son État membre d'origine. Le droit de regard de l'Union dans une situation interne n'implique pas nécessairement l'octroi des droits sociaux aux citoyens sédentaires. Il permettrait plutôt de conférer aux citoyens le droit d'être pris en considération, la possibilité de demander l'examen de leurs circonstances personnelles conformément au principe général du droit de l'Union et notamment le principe de proportionnalité. Monsieur D'Oliveira considère que l'applicabilité ou non du droit de l'Union à une situation donnée « ne peut pas dépendre, au moins pas exclusivement, d'une sorte de catalogue des points de contact ou de référence factuelle. Elle dépend partiellement, même de manière prédominante, de la téléologie et des dynamiques du système juridique communautaire »²⁰⁸.

151. La protection des droits fondamentaux des citoyens peu importe là où ils se trouvent au sein de l'Union implique que la citoyenneté de l'Union ait une signification pour ses titulaires non seulement lorsqu'ils circulent entre les États membres, mais encore à l'intérieur de l'État membre d'origine. Réserver la possibilité d'invoquer la protection du droit de l'Union aux seuls qui circulent paraît peu compatible avec la vocation de la citoyenneté de l'Union à constituer un statut fondamental des ressortissants des États membres et à renforcer le

²⁰⁸ H.U.J. D'Oliveira, «Is reverse discrimination still permissible under the Single European Act», in *Forty years on, the evolution of postwar private international law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en International Privaatrecht (dir.), Deventer: Kluwer, 1990, p. 71-86, p. 75.

sentiment d'appartenance de ceux-ci à l'Union²⁰⁹. Le sentiment d'attachement des citoyens à l'Union a peur de chance de se développer si les droits que cet ordre juridique de l'Union octroie à ses citoyens n'ont que peu, voire même pas du tout, de valeur pour ceux qui résident dans l'État membre dont ils ont la nationalité. Permettre aux nationaux d'invoquer leur qualité de citoyen de l'Union à l'encontre de l'État membre, indépendamment du franchissement des frontières, afin de faire respecter les droits qui sont attachés à leur statut de citoyen ainsi que leurs droits fondamentaux, implique que la citoyenneté européenne contribue non seulement à créer une solidarité « transnationale » au profit des citoyens qui circulent, mais encore au renforcement de la solidarité « nationale » entre les nationaux sédentaires et leur État membre d'origine.

²⁰⁹ Voir notamment S. O'Leary, *The evolving concept of community citizenship : from the free movement of persons to union citizenship*, The Hague : London : Boston: Kluwer Law international, 1996, H. Toner, «Judicial interpretation of European Union citizenship - transformation or consolidation?», *MJECL*, 2000, p. 158-182.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

152. Au fil de ses jurisprudences, la Cour contribue à « *mettre de la chair sur les os de la citoyenneté européenne* »²¹⁰. En associant les dispositions relatives à la citoyenneté de l’Union et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, la jurisprudence transforme l’article 18 TFUE en un instrument de dénationalisation de l’État providence au profit des citoyens migrants, indépendamment de l’exercice d’une activité économique transfrontalière. Tout citoyen qui use du droit de libre circulation et de séjour en vertu de l’article 21 TFUE est désormais en droit d’invoquer l’article 18 TFUE afin de prétendre à l’égalité de traitement en matière d’accès aux prestations sociales avec les nationaux de l’État membre d’accueil. Sous peine de violer les articles 18 et 21 TFUE, les États membres ne peuvent pas, dans l’exercice de leur compétence dans le domaine social, traiter de manière moins favorable les citoyens inactifs ressortissants d’autres États membres par rapport aux ressortissants nationaux se trouvant dans la situation similaire.

153. L’effectivité du principe de non-discrimination dans la dénationalisation des frontières sociales est d’ailleurs renforcée suite à son découplage avec l’exercice de la liberté de circulation en vertu du traité. Se pose en effet légitimement la question de son éventuelle autonomisation à l’égard de tout élément d’extranéité. La consécration de la citoyenneté européenne invite en effet à redéfinir la limite du domaine d’application du droit de l’Union à la lumière des droits fondamentaux des citoyens. Au-delà de la garantie du droit de libre circulation et d’égalité de traitement au profit des citoyens se trouvant dans une situation transnationale, c’est aussi en garantissant les droits fondamentaux à tout citoyen indépendamment de l’exercice de la liberté de circulation que l’ordre juridique de l’Union concrétiserait réellement l’affirmation du caractère fondamental de la citoyenneté de l’Union.

154. Quoi qu’il en soit, outre l’extension du champ d’application personnel du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, la citoyenneté de l’Union contribue encore à une extension de son champ d’application matériel. Il en résulte un élargissement des droits et des prestations sociales à l’égard desquels les citoyens migrants peuvent réclamer le traitement non discriminatoire par rapport aux nationaux.

²¹⁰ S. O’Leary, «Putting flesh on the bones of European Union citizenship», *ELR*, 1999, p. 68-79.

CHAPITRE II

L'EXTENSION DES DROITS SOCIAUX ALLOUÉS AUX CITOYENS

155. L'introduction de la citoyenneté de l'Union crée un nouveau contexte de droit qui permet à la Cour de donner une portée nouvelle au principe de non-discrimination. Elle permet de rompre le lien entre l'exercice d'une activité économique et le droit à l'égalité de traitement en vertu du droit de l'Union. Tout citoyen qui réside légalement sur le territoire d'un État membre autre que le sien est en droit d'invoquer l'article 18 TFUE pour prétendre au traitement non discriminatoire par rapport aux nationaux de l'État d'accueil dans tout le champ d'application *ratione materiae* du traité²¹¹. La question se pose dès lors de savoir comment délimiter le champ d'application matériel du traité à l'égard de la nouvelle catégorie de bénéficiaires du droit de l'Union.

156. Une relecture du champ d'application matériel du droit à l'égalité de traitement visé à l'article 18 TFUE à la lumière de ce nouveau statut fondamental des citoyens résulte en une extension des droits et des prestations sociales à l'égard desquels les citoyens migrants peuvent réclamer le traitement non discriminatoire par rapport aux nationaux (Section I). Par ailleurs, étant donné que la jurisprudence s'appuie sur les dispositions relatives à la liberté de circulation des acteurs économiques pour fonder le droit à l'égalité de traitement de certains inactifs, la citoyenneté sert également comme un principe interprétatif du champ d'application du principe de non-discrimination prévu par lesdites dispositions (Section II).

SECTION I

UNE RELECTURE DU CHAMP *RATIONE MATERIAE* DE L'ARTICLE 18 TFUE À LA LUMIÈRE DE LA CITOYENNETÉ

157. La consécration de la citoyenneté européenne ne s'accompagne malheureusement pas de la suppression des catégories des bénéficiaires du droit de l'Union. Le traité continue à distinguer les individus en fonction des activités qu'ils exercent. Le statut de citoyen ne se

²¹¹ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pt. 63.

substitue pas aux statuts existants, mais s'ajoute à ceux-ci en tant que statut commun aux ressortissants des États membres. À cet égard, les droits auxquels les citoyens peuvent prétendre en vertu du traité, de même que les conditions d'obtention de ces droits restent déterminés par et varient en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent. Ainsi, subsiste la dichotomie entre les citoyens économiquement actifs et les membres de leur famille (travailleur salarié, personne établie ou prestataire de services) et les citoyens inactifs (étudiant, chômeur, ou retraité). Seulement il ne s'agit plus d'une distinction entre ceux auxquels le traité s'applique et ceux qui sont exclus du champ d'application du traité, dès lors que les ressortissants migrants non actifs sont désormais bénéficiaires du traité en vertu de leur statut de citoyen. La distinction réside dans les droits dont les actifs et inactifs peuvent se prévaloir en vertu du traité, les droits reconnus aux premiers sont en effet plus importants.

158. Souhaitant combler la faiblesse, voire la lacune des droits à l'égard desquels les citoyens migrants inactifs peuvent invoquer le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil, la Cour fait entrer désormais les prestations réservées jusqu'à lors aux migrants économiquement actifs dans le champ d'application matériel de l'article 18 TFUE (Paragraphe I). Par ailleurs, indépendamment du fait qu'ils relèvent ou non des domaines de compétences de l'Union, la Cour accepte de rattacher des « corollaires » de la liberté de circulation des citoyens au champ d'application du traité aux fins de l'application de l'article 18 TFUE (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'inclusion des prestations allouées aux travailleurs dans le champ d'application de l'article 18 TFUE

159. Interprétant le principe de non-discrimination à la lumière de la citoyenneté, la Cour inclut les prestations réservées jusqu'alors aux migrants économiquement actifs dans le champ d'application matériel de l'article 18 TFUE, que ce soient les avantages sociaux (A) ou les aides aux études (B).

A.) La généralisation des avantages sociaux : arrêts Sala et Grzelczyk

160. Sous l'égide du traité de Rome, nous avons vu que la Cour s'est appuyée sur le principe général de non-discrimination en combinaison avec d'autres dispositions du traité afin d'étendre la protection contre les discriminations en raison de la nationalité au profit de

certains inactifs²¹². Cependant les droits auxquels ces derniers pouvaient prétendre en vertu du principe général de non-discrimination visé à l'actuel article 18 TFUE étaient restreints par rapport aux droits reconnus aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille. À titre d'exemple, la possibilité pour les étudiants migrants de s'appuyer sur l'article 18 TFUE pour s'opposer au traitement discriminatoire de l'État membre d'accueil en vertu de la jurisprudence *Gravier* était limitée à ce qui concernait les conditions d'accès à une formation professionnelle²¹³, lesquelles relevaient du champ d'application matériel du traité en vertu de l'ex-article 128 TCEE (devenu 166 TFUE). Ils ne pouvaient pas par exemple l'invoquer pour prétendre au bénéfice des aides aux frais d'entretien d'études dans les mêmes conditions que les nationaux de l'État membre d'accueil parce que ces prestations ne relevaient pas à l'époque du champ d'application du traité aux fins de l'interdiction des discriminations²¹⁴. Au contraire, les étudiants migrants qui avaient la qualité de travailleur ou d'enfant de travailleur disposaient d'un droit à l'accès non-discriminatoire aux aides d'entretien et à toutes mesures générales tendant à faciliter la fréquentation d'enseignement sur le fondement des articles 7, paragraphe 2, et 12 du règlement n°1612/68 (devenus articles 7 et 10 du règlement n°492/2011) respectivement²¹⁵. Dans le système où le bénéfice d'un droit dépend encore de la catégorie à laquelle le prétendant à ce droit appartient, une question telle que l'organisation de l'éducation peut être considérée, d'un côté, comme relevant de la compétence des États membres et comme exclue du principe général de non-discrimination de l'article 18 TFUE à l'égard des non-actifs, et, de l'autre côté, comme relevant du champ d'application du traité en vertu des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs et soumise à la prohibition des discriminations à l'égard des travailleurs.

161. La consécration de la citoyenneté et le droit général de libre circulation justifie la généralisation du droit à l'égalité de traitement au profit des citoyens migrants inactifs, ce qui a été fait sur le fondement combiné des articles 18 et 21 TFUE. Cependant, le maintien de la distinction des bénéficiaires et des droits qu'ils peuvent tirer du traité en fonction des catégories auxquelles ils appartiennent fait obstacle à la protection effective des citoyens. L'institution de la citoyenneté invite à une certaine « harmonisation » des droits auxquels les

²¹² CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, précité, CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité.

²¹³ La jurisprudence interprète néanmoins largement la notion de la formation professionnelle, en y incluant par exemple les études universitaires de médecine vétérinaire. CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86, précité, pt. 19-21.

²¹⁴ CJCE, 21 juin 1988, *Brown c/ The Secretary of State for Scotland*, aff. 197/86, Rec. p. 3205, CJCE, 21 juin 1988, *Lair c/ Universität Hannover*, aff. 39/86, Rec. p. 3161, pt. 18.

²¹⁵ CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9-74, précité.

individus peuvent prétendre en vertu du droit de l'Union, en vue d'une protection plus importante des citoyens inactifs.

162. La jurisprudence *Martínez Sala*, arrêt pionnier en matière de droits sociaux des citoyens, atteste de l'influence de la citoyenneté sur la détermination du champ d'application matériel de l'article 18 TFUE, en y incluant les prestations auparavant réservées aux seuls migrants économiquement actifs. Il est question dans cette affaire du droit d'une ressortissante espagnole, résidant légalement en Allemagne en vertu d'un traité bilatéral entre l'Allemagne et l'Espagne, de percevoir une allocation familiale dans cet État. La Cour considère que la prestation en question relève du champ d'application matériel du traité aux fins de l'application de l'article 12 TCE (devenu 18 TFUE) parce qu'elle relève, soit du champ d'application du règlement n°1612/68 (devenu le règlement n°492/2011) au titre d'avantage social, soit du champ du règlement n°1408/71 (devenu le règlement n°883/2004) en tant que prestation familiale. À partir du moment où l'intéressée, ressortissante d'un État membre, est réputée avoir une résidence légale sur le territoire d'un autre État membre, elle peut invoquer l'article 18 TFUE pour prétendre au droit de ne pas subir une discrimination en raison de sa nationalité à l'égard de ladite allocation.

163. La Cour affirme ainsi le droit de l'intéressée de ne pas subir une discrimination en raison de la nationalité à l'égard de l'allocation d'éducation en partant du fait que cette dernière relève du champ d'application du droit de l'Union en vertu des législations secondaires mettant en œuvre la liberté de circulation des travailleurs, à savoir soit le règlement n°1612/68, soit le règlement n°1408/71. Or, traditionnellement, seules les personnes qui relèvent du champ d'application personnel de ces règlements peuvent prétendre au droit à l'égalité de traitement à l'égard des prestations sociales visées par ceux-ci. Pour que Madame Martínez Sala puisse invoquer le droit à l'égalité de traitement à l'égard de l'allocation litigieuse qui relève du champ d'application du traité en vertu des règlements n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) ou n°1408/71 (devenu règlement n°883/2004), l'intéressée devrait relever aussi du champ d'application personnel de ces textes, ce qui implique la possibilité de la qualifier comme travailleur. Dans l'incertitude sur la qualité de travailleur de l'intéressée²¹⁶, le fait de lui reconnaître un droit à l'égalité de traitement pour l'allocation en question peut surprendre. Il paraît témoigner le détachement jurisprudentiel de l'approche jusqu'alors prédominante qui consiste à déterminer les droits auxquels un individu peut

²¹⁶ La tâche de qualification est confiée au juge national de renvoi.

prétendre en vertu du droit de l’Union en fonction de la catégorie à laquelle il appartient et donc du motif de sa circulation.

164. L’arrêt *Grzelczyk*²¹⁷ rendu trois ans après vient cependant confirmer l’arrêt *Martinez Sala* s’agissant de la généralisation des prestations réservées aux travailleurs migrants aux inactifs. Dans cette affaire, la Cour admet qu’un étudiant migrant économiquement inactif qui dispose d’une résidence légale dans l’État membre d’accueil peut invoquer, sur le fondement des articles 12 et 17 TCE (devenus 18 et 20 TFUE), le principe général de non-discrimination pour prétendre au bénéfice du minimex, préalablement qualifié d’avantage social au sens du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011), dans des conditions similaires à celles des nationaux de cet État. Indépendamment de la qualité de travailleur communautaire ou de membre de la famille de celui-ci, tout ressortissant d’un État membre qui se rend sur le territoire d’un autre État aux fins des études et qui y dispose d’une résidence légale est en droit d’invoquer le droit à l’égal accès dans l’État membre d’accueil aux prestations sociales non-contributives qui constituent des avantages sociaux au sens de l’article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) relatif à la libre circulation des travailleurs.

165. Il ressort de ces arrêts que du moment qu’une prestation relève du champ d’application matériel de l’un de ces deux règlements, elle relève aussi du champ d’application matériel du traité et sera soumise à l’interdiction des discriminations en raison de la nationalité en vertu de l’article 18 TFUE, y compris à l’égard des citoyens inactifs migrants résidents légaux, en dépit du fait que ces derniers n’ont pas été expressément visés par lesdits règlements. Le champ d’application matériel de l’article 18 TFUE à l’égard des citoyens migrants inactifs paraît ainsi calqué sur le champ d’application matériel des règlements n°492/2011 et n°883/2004. Les citoyens migrants inactifs peuvent désormais réclamer sur le fondement de l’article 18 TFUE l’égalité de traitement par rapport aux nationaux de l’État membre d’accueil pour le bénéfice des prestations prévues au profit des travailleurs migrants par les règlements n°492/2011 et n°883/2004, plus précisément en matière d’avantages sociaux et fiscaux et de sécurité sociale.

166. La doctrine ne manque pas de critiquer l’absence de lien entre la situation personnelle du demandeur et le bénéfice réclamé : le droit à l’égalité de traitement en matière d’avantages sociaux prévu par les règlements relatifs à la libre circulation des travailleurs n’est pas lié au

²¹⁷ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

droit de l'Union de manière générale, indépendamment de la situation particulière de bénéficiaires, mais vise à favoriser la libre circulation d'une catégorie précise de personnes à savoir les travailleurs migrants²¹⁸. Le rattachement de la situation d'un citoyen inactif au champ du droit de l'Union en vertu des règlements relatifs au droit de libre circulation des travailleurs paraît incohérent ; le fait qu'une prestation sociale est couverte par les règlements n°1612/68 ou n°1408/71 ne permet pas de répondre si cette prestation relève du champ du droit de l'Union dès lors que ces règlements ne sont pas applicables²¹⁹.

167. Force est de constater que la méthode employée par la Cour dans ces arrêts repose sur la dissociation de l'examen des champs d'application personnel et matériel du traité ; plutôt que de devoir rentrer à la fois dans le champ d'application personnel et matériel d'une même législation, ces deux champs sont examinés de manière séparée. Cette méthode qui repose sur un « processus de déconstruction et de reconstruction du champ d'application du traité »²²⁰ consiste à détacher les droits reconnus par le droit dérivé à une catégorie des bénéficiaires donnée de la catégorie initiale et à les rattacher de manière généralisée au champ d'application du traité, en vue de permettre à toute personne relevant du champ d'application du traité d'invoquer le principe de non-discrimination à l'égard desdits droits. Cette méthode de détermination du champ d'application du traité permet en pratique d'étendre les droits prévus au profit d'une catégorie de bénéficiaires du droit de l'Union à d'autres catégories et conduit à remettre en question la classification des bénéficiaires et des droits auxquels ils peuvent prétendre en vertu du droit de l'Union.

168. En généralisant cette méthode, le champ d'application matériel de l'article 18 TFUE à l'égard des citoyens migrants ne se limitera pas aux droits et prestations sociales prévues par les règlements n°492/2011 et n°883/2004. Toute prestation qui relève du champ d'application matériel d'une disposition quelconque du droit de l'Union, même celle relative à la liberté de circulation des acteurs économiques, relève aussi du champ d'application matériel du traité aux fins de l'interdiction générale des discriminations en raison de la nationalité visée à l'article 18 TFUE. À ce titre, elle doit être soumise au principe de non-discrimination à

²¹⁸ C. Tomuschat, «Radical equality under article 12 EC ? The case of Martínez Sala», *CMLR*, 2000, p. 449-457, spéc. p. 452.

²¹⁹ C. Timmermans, «Lifting the veil of Union citizens' rights», in *Une communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, N. Colneric, D. Edward, J.-P. Puissochet (dir.), Berlin: BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, p. 195-206, spéc. p. 198.

²²⁰ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, J. Yves (dir.), Luxembourg Office des publications de l'Union européenne, 2010, p. 119-136, spéc. p.122.

l’égard de toute personne qui rentre dans le champ de protection du traité, y compris les citoyens inactifs résidant légalement sur le territoire d’un État membre autre que le leur.

169. Malgré les critiques qui peuvent lui être adressées, cette méthode d’interprétation jurisprudentielle du champ d’application du traité est nécessaire afin de donner une substance au droit à l’égalité de traitement qui est attaché dorénavant au statut de citoyen. À partir du moment où les ressortissants des États membres deviennent sujets du droit de l’Union et se voient accorder le droit de libre circulation en vertu de leur statut de citoyen indépendamment de leur statut économique, la réservation des priviléges aux seuls agents économiques migrants ne paraît plus justifiée. L’institution de la citoyenneté de l’Union vise précisément à « renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de ses États membres »²²¹. Elle témoigne de la volonté des auteurs du traité de dépasser la vocation économique initiale assignée aux Communautés et de faire de l’Union « l’Europe des citoyens ». En effet, la Cour a déjà affirmé que le règlement n°1408/71, adopté sur le fondement des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, contribuait également à garantir la liberté de circulation des citoyens de l’Union à l’intérieur de la Communauté²²². À cet égard, l’ensemble du droit de l’Union devrait contribuer à la réalisation de ses objectifs, dont la garantie à ses citoyens d’« un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes »²²³.

170. À défaut des dispositions du droit dérivé qui garantissent aux citoyens inactifs l’égalité de traitement en matière sociale dans l’exercice de leur liberté de circulation, la Cour est amenée à généraliser les dispositions adoptées dans le cadre du droit de libre circulation des acteurs économiques au profit des citoyens inactifs. La Cour exploite en effet tout lien utile entre les prestations litigieuses et le droit de l’Union afin de garantir la protection étendue aux citoyens, même lorsque cela implique d’ignorer les catégorisations formelles des bénéficiaires du traité et des droits auxquels ils peuvent prétendre. Il est à cet égard avancé que l’approche audacieuse adoptée par la jurisprudence, qui débouche sur une remise en question *de facto* de la distinction des catégories, peut être considérée comme un appel de la jurisprudence au

²²¹ Article B, paragraphe 3, TUE (1992).

²²² CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, aff. C-135/99, Rec. p. I-10409, pt. 35.

²²³ Article 2, paragraphe 2 du TUE (issu du traité de Lisbonne).

législateur pour que celui-ci prenne acte en vue d'assurer une plus grande égalité de traitement au profit des citoyens inactifs²²⁴.

171. Au-delà des avantages sociaux, l'interprétation du principe de non-discrimination en raison de la nationalité contribue également à généraliser le droit d'accès aux aides aux études aux citoyens migrants inactifs.

B.) La généralisation des aides aux études : arrêt Bidar

172. L'affaire *Bidar*²²⁵ de 2005 témoigne de l'actualité et du potentiel de la méthode « de déconstruction et de reconstruction » comme moyen de renforcer les droits des citoyens migrants. Il est question dans cette affaire du droit d'un étudiant ressortissant d'un État membre d'invoquer le principe de non-discrimination pour l'accès à des prêts d'études dans l'État membre d'accueil. En accompagnant sa mère, un ressortissant français, s'est rendu sur le territoire du Royaume-Uni en 1998. Depuis son entrée, il a bénéficié d'un séjour régulier et a effectué toutes ses études secondaires sans demander aucune aide à l'État. Sa demande d'un prêt destiné à couvrir les frais d'entretien des études universitaires a été refusé par l'autorité britannique au motif qu'il n'était pas « établi » au Royaume-Uni au sens de la réglementation nationale en vigueur²²⁶ et que les aides d'entretien accordées aux étudiants ne relevaient pas du champ d'application du traité aux fins de l'application du principe de non-discrimination conformément à la jurisprudence *Lair et Brown* de 1988²²⁷, laquelle a été ensuite codifiée à l'article 3 de la directive 93/96 relative au droit de séjour des étudiants. Dans ces arrêts, la Cour a en effet statué que les aides destinées à couvrir les frais d'entretien des étudiants n'entraient pas dans le champ d'application *ratione materiae* du traité pour les personnes

²²⁴ Madame Maillard a remarqué que les actes adoptés par la suite par le législateur semblent aller dans le sens souhaité par la jurisprudence. Sont cités, d'une part, la reconnaissance par la directive 2004/38, du droit de non-discrimination de principe à l'ensemble des citoyens dans l'exercice de la libre circulation, ainsi que d'autre part, la reconnaissance par le règlement n°883/2004 portant modifications du règlement n°1408/71 du droit de non-discrimination en matière de sécurité sociale à tout citoyen de l'Union se déplaçant dans l'Union et bénéficiant d'un régime de sécurité sociale. Voir S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, op.cit., 2008, spéci. p. 192.

²²⁵ CJCE, 15 mars 2005, *Dany Bidar c/ London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills*, aff. C-209/03, Rec. p. I-2119.

²²⁶ Selon les Student Support Regulations, pour être considéré comme établi sur le territoire britannique et être éligible à l'octroi des prêts d'études, l'intéressé doit satisfaire, parmi d'autres, à la condition d'une résidence minimale de trois ans sur le territoire et sans que cette période n'ait destinée à une éducation à plein temps.

²²⁷ CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff. 39/86, précité, pt. 16 et CJCE, 21 juin 1988, *Brown*, aff. 197/86, précité, pt.18. « Au stade de l'évolution du droit communautaire, une aide accordée aux étudiants pour l'entretien ou pour la formation échappe, en principe, au domaine d'application du Traité CEE au sens de son article 7 (article 18 TFUE)».

dépourvues de la qualité de travailleur au sens de l'actuel article 45 TFUE, dont les étudiants migrants.

173. Prenant acte de l'évolution du droit de l'Union depuis le prononcé de ces arrêts, la Cour affirme qu'il convient désormais de déterminer le champ d'application de l'article 18 TFUE en tenant compte des dispositions du traité sur la citoyenneté de l'Union²²⁸. À l'occasion de l'arrêt *Bidar*, la Cour procède au revirement de sa jurisprudence *Lair et Brown*, dans ce sens que les bourses ou les prêts octroyés par les autorités nationales pour couvrir les frais d'entretien des étudiants ne peuvent plus dorénavant être considérés comme échappant au domaine d'application *ratione materiae* du traité aux fins de l'interdiction des discriminations exercées en raison de la nationalité. Parmi les arguments invoqués par la Cour afin de justifier le revirement de sa jurisprudence, la Cour cite en premier lieu l'introduction de la citoyenneté européenne et l'ajout dans le traité d'un nouveau chapitre consacré à l'éducation et à la formation professionnelle, dont l'article 149 TCE (devenu 165 TFUE) qui assigne à la Communauté une mission de contribuer au développement d'une éducation de qualité.

174. Plus remarquable, ensuite, est la référence au fait que les aides d'entretien d'études relèvent désormais du champ d'application du traité à la suite de l'adoption de la directive 2004/38²²⁹. Selon la Cour, l'article 24, paragraphe 1, de la directive affirme le droit à l'égalité de traitement au profit de tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la directive *dans le domaine d'application du traité*. Le fait que l'article 24, paragraphe 2, de la directive prévoit la possibilité pour les États membres de limiter l'octroi des aides d'entretien, sous la forme de bourses ou de prêts, à l'égard des étudiants n'ayant pas acquis un droit de séjour permanent, implique que l'octroi de telles aides est une matière qui, selon l'article 24, paragraphe 1, relève désormais du domaine d'application du traité²³⁰. En d'autres termes, la *dérogation* expresse prévue à l'article 24, paragraphe 2, au principe d'égalité de traitement à l'égard des prestations d'assistance sociale et d'aides d'entretien accordées aux étudiants signifie que le législateur reconnaît que ces prestations relèvent *en principe* du champ d'application du traité aux fins de l'application du principe de non-discrimination. Ainsi malgré l'exclusion expresse du droit à l'égalité de traitement en matière d'aides d'entretien d'études pour les citoyens inactifs avant qu'ils n'obtiennent le droit de séjour permanent, le fait que la directive envisage le droit à l'égalité

²²⁸ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 31.

²²⁹ Notons que la directive 2004/38 n'était toutefois pas encore en vigueur au moment du jugement.

²³⁰ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 43.

de traitement concernant ces prestations en faveur des travailleurs et les membres de leur famille implique que ces prestations entrent désormais dans le champ d'application du traité. Par conséquent, tout citoyen européen résidant légalement sur le territoire d'un autre État membre, y compris aux fins d'études, est en droit d'invoquer le principe de non-discrimination prévu à l'article 18 TFUE pour bénéficier dans les mêmes conditions que les nationaux de ces bourses et prêts d'études dans l'État membre d'accueil.

175. Avec cette approche, toute personne qui relève du champ d'application du traité est en droit de revendiquer un traitement égal concernant toutes les prestations envisagées par une disposition quelconque du droit de l'Union, « même si l'objectif manifeste [d'une telle disposition] est de limiter le nombre de demandeurs susceptibles de percevoir une prestation donnée et donc d'exclure tous les autres demandeurs de la possibilité d'invoquer l'égalité de traitement »²³¹. Il en résulte que le soin que prend le législateur « de limiter les catégories de personnes autorisées à solliciter des prestations sociales n'a que peu de conséquence, voire est totalement contre-productif, au regard des droits que les citoyens déduisent du droit communautaire »²³².

176. Par ailleurs, la Cour est amenée à neutraliser l'obstacle de l'article 3 de la directive 93/96 qui prévoit expressément que la directive ne fonde aucun droit au paiement par l'État membre d'accueil de bourses d'entretien aux étudiants bénéficiant du droit de séjour. Suivant la proposition de son avocat général, la Cour fait une distinction entre les citoyens qui se rendent dans un autre État membre dans le but principal d'y poursuivre les études et ceux qui s'installent dans un État membre pour des raisons différentes et qui décident ultérieurement d'y entamer des études. Alors que les premiers tirent leur droit de séjour de la directive 93/96 et n'ont pas, par conséquent, droit à l'égalité de traitement au regard de l'accès aux aides d'entretien en vertu de l'article 3 de la même directive, les seconds relèvent de la directive 90/364 qui ne prévoit pas de règle équivalente. Puisque Monsieur Bidar avait résidé au Royaume-Uni avant d'entamer ses études universitaires, la Cour considère que son droit de séjour ne relève pas de la directive 93/96 mais de la directive 90/364. L'article 3 de la directive 93/96 ne fait pas obstacle à ce qu'*« un ressortissant d'un État membre qui séjourne légalement sur le territoire d'un autre État membre et qui envisage de poursuivre des études supérieures, invoque, pendant son séjour, le principe fondamental d'égalité de traitement*

²³¹ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136, p. 123.

²³² *Ibid.*, p.126.

consacré à l'article [18], 1^{er}alinéa [TFUE] »²³³.

177. Autrement dit, si la directive ne constitue pas le fondement d'un droit aux bourses d'entretien au profit des étudiants migrants, elle n'empêche pas que les étudiants puissent bénéficier de telles bourses sur la base d'une autre disposition du droit de l'Union tel que l'article 18 TFUE. Sur le plan de la hiérarchie des normes, le fait qu'un acte de droit dérivé exclue une catégorie de citoyens (les inactifs) du droit à l'égalité de traitement concernant une prestation donnée n'empêche pas que ces derniers invoquent leur droit de ne pas subir une discrimination à l'égard d'une telle prestation en se fondant sur une disposition du traité ; le droit dérivé devrait en effet se conformer au droit primaire. Il en résulte en pratique une neutralisation des limitations prévues par la directive sur le droit à l'égalité de traitement des étudiants. Cette approche permet à la Cour d'étendre le champ d'application matériel du droit à l'égalité de traitement au profit des étudiants migrants sans invalider les dispositions du droit dérivé, ni remettre en cause le choix politique du législateur européen²³⁴.

178. Il est important de noter que, par la suite, la Cour est amenée à statuer sur la validité de la jurisprudence *Bidar* concernant l'effet de l'article 3 de la directive 93/96 à l'occasion de l'affaire *Förster*²³⁵. Malgré la référence à la jurisprudence *Bidar*, la Cour procède discrètement à un revirement partiel de celle-ci. En fait, le demandeur d'aides d'entretien dans cette affaire se rend dans l'État membre d'accueil, non pas en tant que « citoyen inactif », mais en tant qu'« étudiant ». La Cour renonce toutefois à distinguer entre les étudiants migrants, au regard du bénéfice des aides visant à couvrir les frais d'entretien aux études, selon qu'ils tirent leur droit de séjour dans l'État membre d'accueil de la directive 93/96 ou des deux autres directives sur la libre circulation des inactifs, sans pour autant donner une justification d'un tel revirement. Elle se contente d'affirmer que l'article 3 de la directive 93/96 ne fait pas obstacle à ce qu'un ressortissant d'un État membre « qui, en vertu de l'article [21 TFUE] et des dispositions adoptées pour mettre en œuvre cet article, séjourne légalement sur le territoire d'un autre État membre où il envisage d'entamer ou de poursuivre ses études invoque, pendant ce séjour, le principe fondamental d'égalité de traitement »

²³³ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 46. On peut considérer qu'il doit en être de même s'agissant d'un citoyen de l'Union économiquement inactif qui dispose d'un permis de séjour en vertu du droit national.

²³⁴ M. Dougan, «The constitutional dimension to the case law on Union citizenship», *ELR*, 2006, p. 613-641, E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136.

²³⁵ CJCE, 18 novembre 2008, *Förster c/ Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, aff. C-158/07, Rec. p. I-8507.

consacré à l'article 18 TFUE et que « la circonstance que Madame Förster soit venue aux Pays-Bas principalement pour y accomplir ses études est sans incidence »²³⁶. Il ressort de l'arrêt qu'un citoyen de l'Union économiquement non-actif qui tient son droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre de sa qualité d'étudiant peut en principe invoquer l'article 18 TFUE pour réclamer l'égalité de traitement, s'agissant des aides d'entretien aux études, si celui-ci séjourne légalement dans l'État membre d'accueil *pendant une certaine période*. Ce revirement partiel de la jurisprudence *Bidar* est bienvenu, vu le caractère superficiel de la distinction entre les étudiants en fonction du fondement de leur séjour²³⁷.

179. L'interprétation restrictive du champ d'application matériel du principe de non-discrimination à l'égard des aides aux études lors des affaires *Lair et Brown* implique que le droit à l'égalité de traitement en matière d'accès à l'éducation dans un autre État membre était en pratique réservé aux seuls étudiants qui disposent de suffisamment de moyens pour assurer leur subsistance pendant le séjour d'étude, à l'exclusion de ceux provenant d'un milieu modeste. La réticence que la Cour pouvait éprouver, préalablement à l'introduction de la citoyenneté, à reconnaître un droit à l'égalité de traitement large au profit des étudiants migrants peut s'expliquer par l'absence de fondement textuel du droit de libre circulation de ces derniers. Tandis que les droits de libre circulation et d'égalité de traitement des acteurs économiques sont consacrés par le traité, ceux qui sont reconnus aux étudiants migrants en matière d'accès à la formation professionnelle est une création jurisprudentielle. L'autolimitation paraissait, à ce stade du développement du droit communautaire, justifiée vu que la reconnaissance du droit à l'égalité de traitement en matière d'aides aux études aurait une conséquence non négligeable sur les finances publiques de l'État membre d'accueil. Toutefois, à partir du moment où le droit de libre circulation au profit de tout citoyen de l'Union trouve son fondement dans le traité lui-même, une telle retenue qui implique les différences d'approches entre les citoyens en fonction de leur statut économique ne paraît plus fondée.

180. Outre la généralisation des prestations auparavant réservées aux seuls migrants économiquement actifs, l'extension du champ d'application matériel de l'article 18 TFUE

²³⁶ *Ibid.*, pts. 42-44.

²³⁷ L'entrée en vigueur de la directive 2004/38/CE procède au final à la suppression d'une telle distinction, malheureusement avec l'exclusion générale des citoyens inactifs du droit à l'égalité de traitement en matière d'aides aux études avant l'acquisition du droit de séjour permanent.

sous l'influence de la citoyenneté passe par le rattachement des domaines qui sont susceptibles de faciliter ou d'entraver l'exercice de la liberté de circulation des personnes.

Paragraphe II : L'inclusion des « corollaires » de la liberté de circulation dans le champ d'application de l'article 18 TFUE

181. La consécration de la citoyenneté a pour conséquence de faire entrer dans le champ d'application matériel du traité des droits qui sont attachés à ce statut. Parmi les droits que le traité confère aux citoyens, celui de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres en vertu de l'article 21 TFUE est d'une importance primordiale. Afin de rendre effectif ce droit, de même que de préserver son effet utile, la Cour est amenée à étendre le champ d'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité au-delà des domaines où les compétences ont été attribuées à l'Union, du moment que la liberté de circulation des citoyens est affectée. Indépendamment du fait qu'un droit ou une prestation relève ou non des domaines de compétences de l'Union, la Cour accepte de le/la rattacher au champ d'application du traité aux fins de l'application de l'article 18 TFUE, s'il/elle constitue un « corollaire » de la liberté de circulation (B). Cette approche extensive du champ d'application matériel du principe de non-discrimination précède cependant la consécration de la citoyenneté. Elle trouvait à s'appliquer déjà dans la jurisprudence consacrant « une citoyenneté embryonnaire » qui cherchait à étendre le droit à l'égalité de traitement au profit des non actifs migrants (A). Paradoxalement, la Cour paraît éprouver une certaine réticence dans ses arrêts ultérieurs de recourir à cette approche de « corollaire » comme moyen d'extension du champ d'application matériel du traité au profit des citoyens. La raison tient probablement au fait qu'elle est porteuse d'un potentiel d'élargissement sans limite du champ d'application du traité (C).

A.) *Les corollaires de la liberté de circulation économique : arrêts Cowan et Gravier*

182. D'après les termes de l'article 18 TFUE, le champ d'application de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité se limite au « domaine d'application des traités ». La délimitation de ce qu'il faut entendre par le domaine d'application du traité est alors cruciale; de celle-ci dépendra la délimitation du champ dans lequel les mesures nationales sont susceptibles d'être contrôlées au regard du principe de non-discrimination visé à l'article 18 TFUE et, par-là, la délimitation de la marge laissée aux législateurs nationaux dans

differents domaines. Le paradoxe est qu'aussi importante soit-elle, la délimitation du champ d'application matériel du traité est loin d'être claire.

183. Par le *domaine d'application*, on entend celui dans lequel les traités ont vocation à s'appliquer²³⁸, et, par le *domaine de compétences*, les matières dans lesquelles les traités autorisent l'Union à intervenir quelle que soit la portée des pouvoirs qui lui sont attribués²³⁹. En général, le champ d'application du traité reflète les domaines dont les compétences ont été attribuées à l'Union, et permet ainsi d'établir une ligne de partage des compétences entre l'Union et les États membres²⁴⁰. À cet égard le champ d'application matériel du principe de non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 18 TFUE est censé être calqué sur le champ de compétences des institutions européennes. Chaque domaine *ratione materiae* dont la compétence a été attribuée à l'Union élargit le champ d'action du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, et ce même si les institutions de l'Union n'ont pas encore fait usage de cette compétence normative²⁴¹. À l'inverse, le fait qu'un droit ou une prestation sociale donnée relève des compétences nationales permet de le soustraire à l'application du principe d'égalité de traitement.

184. La pratique témoigne cependant que le champ d'application des traités aux fins de

²³⁸ H. Gaudin, «Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire», *RAE*, 2003/2004, p. 7-21.

²³⁹ J-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e ed, Paris: Dalloz, 2010, p. 134. L'identification des domaines de compétences de l'Union se fait moins par référence à une énumération des compétences, qui est d'ailleurs loin d'être exhaustive, que par celle aux objectifs qui lui ont été assignés et aux règles dispersées dans les traités. Cette opération nécessite souvent l'œuvre d'interprétation des dispositions des traités, et selon que cette dernière soit restrictive ou extensive, une matière peut être considérée comme rester dans le domaine de compétence des États membres ou relever plutôt du champ de compétences de l'Union.

Le traité de Lisbonne témoigne cependant de l'effort de clarifier la répartition des compétences entre l'Union et les États membres en énumérant les domaines dans lesquels l'Union dispose d'une compétence exclusive (article 3 TFUE), d'une compétence partagée avec les États (article 4 TFUE) ainsi que d'une compétence complémentaire, d'appui (article 6 TFUE).

²⁴⁰ Voir F. Fines, «Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires?», *RAE*, 2003/2004, p. 37-46.

²⁴¹ Sur la nécessité, au-delà du transfert de compétence au profit des institutions européennes, que ces dernières adoptent des mesures d'harmonisations positives dans le domaine en question pour que l'article 18 FUE s'applique, certains auteurs considèrent que les mesures d'harmonisation préalables sont requises et le législateur européen est le plus à même de décider l'étendue de l'obligation financière des États membres.

Cependant dans l'affaire *Gravier*, la Cour a reconnu le droit à l'égalité de traitement en matière d'accès à la formation professionnelle aux ressortissants communautaires migrants alors même que l'établissement de la politique commune en la matière n'était pas encore complète mais seulement en train de s'établir. Voir K. Lenaerts, «L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples», *CDE*, 1991, p. 3-41, spé. p. 29.

D'ailleurs, si l'application de l'article 18 TFUE est conditionnée par l'existence des dispositions du droit dérivé en la matière, le champ d'application du droit primaire est ainsi déterminé par le droit dérivé, et des modifications y apportées, contrairement au principe de hiérarchie des normes. Voir A. Epiney, «The scope of article 12 EC: some remarks on the influence of European citizenship», *ELJ*, 2007, p. 611-622, spé. p. 615 et s.

l’interdiction des discriminations en raison de la nationalité ne correspond pas nécessairement aux domaines de compétences de l’Union. En effet, si l’ordre juridique de l’Union est régi par le principe de spécialité ou d’attribution de compétence²⁴², cet ordre juridique est aussi finalisé ; les compétences sont conférées à l’Union dans le but de permettre la réalisation des objectifs et des missions qui lui ont été assignés par les traités. Du moment où une question qui relève des compétences des États membres (telle la protection sociale) affecte l’exercice de la compétence des institutions de l’Union en vue de réaliser lesdits objectifs et missions (tels la création et le maintien du bon fonctionnement du marché intérieur), cette question peut être amenée dans le champ d’application du traité. Cette extension du champ d’application du traité ne signifie pas que l’Union devienne en tant que telle compétente dans ces domaines. Les États membres conservent leur pouvoir de légiférer dans la matière mais ils sont tenus de respecter les règles des traités lorsque, et dans la limite où, les questions traitées affectent les domaines où les compétences ont été attribuées à l’Union.

185. Les exemples des droits pour lesquels le traité garantit l’égalité de traitement aux travailleurs migrants en dépit du fait qu’ils relèvent des domaines de compétences nationales sont nombreux. La réduction des prix de transport accordée aux familles nombreuses²⁴³ ainsi que les prêts à la naissance d’enfants²⁴⁴ peuvent être considérés comme relevant de la politique démographique des États membres qui vise à contrecarrer le recul des naissances. Toutefois dès lors qu’ils sont à considérer comme des avantages sociaux au sens de l’article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011, ils doivent être accordés aux travailleurs migrants ressortissants d’autres États membres ainsi qu’aux membres de leur famille dans les conditions non discriminatoires par rapport aux nationaux de l’État membre d’accueil²⁴⁵.

²⁴² Conformément à l’article 5, paragraphe 2, TUE, « l’Union n’agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l’Union dans les traités appartient aux États membres ».

²⁴³ CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini*, aff. 32-75, précité.

²⁴⁴ CJCE, 14 janvier 1982, *Reina*, aff. 65/81, précité.

²⁴⁵ Notons que la Cour interprète les dispositions du droit dérivé interdisant la discrimination en raison de la nationalité en matière d’avantages sociaux envers les travailleurs migrants de manière très souple. Ainsi le principe d’égalité de traitement s’applique au-delà des domaines prévus à l’actuel article 45, paragraphe 2 TFUE, à savoir l’emploi, la rémunération et les autres conditions de travail, pour couvrir également les domaines qui ne concernent que subsidiairement les conditions de travail.

CJCE, 7 mars 1985, *Hoeckx c/ Centre public d'aide sociale de Kalmthout*, aff. 249/83, Rec. p. 973, pt. 20 : sont considérés comme avantages sociaux que l’État membre d’accueil est tenu d’accorder aux travailleurs migrants dans les mêmes conditions que les travailleurs nationaux en vertu de l’article 7, paragraphe 2 du règlement n°492/2011, tous les avantages qui, « liés ou non à un contrat d’emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison, principalement, de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l’extension aux travailleurs ressortissants d’autres États membres apparaît, dès lors, comme de nature à faciliter leur mobilité à l’intérieur de la communauté ».

Affirmant que la politique démographique reste du ressort des États et qu'il est loisible aux États membres de poursuivre la réalisation des objectifs d'une telle politique au moyen de mesures sociales, la Cour considère néanmoins qu'il ne s'ensuit pas que « la Communauté excède les limites de sa compétence pour la seule raison que l'exercice de celle-ci affecterait les mesures prises en exécution de cette politique ». Une prestation ne saurait être soustraite à l'application des règles relatives à la libre circulation des personnes du seul fait qu'elle est accordée en application d'une politique qui relève de la compétence nationale²⁴⁶.

186. Cette approche qui vise à déterminer le champ d'application du traité en fonction de « l'impact » de la mesure contestée sur l'exercice des compétences de l'Union a été également appliquée à l'égard des ressortissants migrants semi ou non-actifs, préalablement même à l'introduction de la citoyenneté. À cet égard, la jurisprudence inclut dans le champ d'application de l'article 18 TFUE une matière qui constitue un « corollaire » de la liberté de circulation économique ou qui est « susceptible » de favoriser une telle liberté. Afin d'affirmer dans l'affaire *Gravier* que les conditions d'accès à la formation professionnelle entrent dans le champ d'application matériel du traité et sont soumises de ce fait à la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité²⁴⁷, la Cour s'appuie non seulement sur une interprétation finaliste de l'ex-article 128 TCEE (166 TFUE) qui confère une compétence normative aux institutions communautaires pour mettre en œuvre la politique commune de formation professionnelle. Mais « en particulier », la Cour estime qu'un tel accès est « susceptible de favoriser la libre circulation des personnes²⁴⁸ dans la Communauté », en leur permettant d'obtenir une qualification dans l'État membre où ils se

²⁴⁶ CJCE, 14 janvier 1982, *Reina*, aff. 65/81, précité, pt. 15. Voir dans le même sens CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9-74, précité, pt. 6 « si la politique de l'enseignement et de la formation ne fait pas partie en tant que telle des domaines que le traité a soumis à la compétence des institutions communautaires, il ne s'ensuit pas que l'exercice des compétences transférées à la communauté serait, de quelque façon, limité s'il était de nature à affecter les mesures prises en exécution d'une politique telle que celle de l'enseignement et de la formation ».

²⁴⁷ Elle opère ainsi une distinction délicate entre l'organisation de l'éducation et la politique de l'enseignement, qui restent du ressort des États, et les conditions d'accès à la formation professionnelle, qui rentrent par contre dans le champ des compétences communautaires.

Par la suite, la Cour précise que l'accès à l'enseignement ne couvre pas le financement de l'éducation. Le fait qu'à l'époque où la Cour statuait, une aide accordée aux étudiants pour les frais d'entretien d'études relevait « d'une part, de la politique de l'enseignement, laquelle n'[avait] pas été soumise en tant que telle à la compétence des institutions communautaires et, d'autre part, de la politique sociale, qui [appartenait] au domaine de la compétence des États membres dans la mesure où elle ne [faisait] pas l'objet de dispositions particulières du traité CEE », a amené la Cour à l'exclure, s'agissant des ressortissants communautaires dépourvus de qualité de ou de lien avec les travailleurs, du champ d'application matériel du traité et donc du principe d'égalité de traitement. CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff. 39/86, précité, pt. 18.

²⁴⁸ L'utilisation de termes « personnes » au lieu de « travailleurs salariés et indépendant » s'explique probablement par l'impossibilité de qualifier les étudiants comme tels.

proposent d'exercer leurs activités professionnelles et en leur procurant l'occasion de parfaire leur formation et de développer leurs talents particuliers dans l'État membre dont l'enseignement professionnel comporte la spécialisation appropriée²⁴⁹. De la même manière, la Cour qualifie, à l'occasion de l'affaire *Cowan*²⁵⁰, de corollaire de la liberté de recevoir des prestations de services transfrontaliers, la protection de l'intégrité du bénéficiaire de services dans l'État membre où il se rend, au même titre que celle des nationaux et des personnes y résidant. À ce titre, la compensation pécuniaire prévue par le droit national pour les victimes d'agression doit être soumise à la prohibition de la discrimination en raison de la nationalité, indépendamment du fait qu'elle relève du droit de la procédure pénale et par conséquent des compétences nationales.

187. En effet, le droit de l'Union impose des limites à la compétence des États dans ce sens que les dispositions législatives adoptées dans les domaines de compétences nationales « ne peuvent, en effet, opérer une discrimination à l'égard de personnes auxquelles le droit communautaire confère le droit à l'égalité de traitement, ni restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire »²⁵¹. Même dans un domaine qui ne relève pas en tant que tel de la compétence de l'Union, les États membres doivent néanmoins exercer leur compétence retenue dans le respect des traités²⁵². Si en exerçant leur compétence, les États membres étaient libres de discriminer les ressortissants d'autres États membres par rapport aux nationaux, l'objectif du traité d'assurer la libre circulation, à l'époque limitée aux opérateurs économiques, serait mis en péril. Ce sont à la fois les impacts négatifs et positifs des législations nationales sur la liberté de circulation des travailleurs ou des prestataires ou destinataires de services qui justifient l'application du principe d'égalité de traitement dans les domaines qui ne relèvent pas en tant que tels du domaine de compétence de l'Union.

188. La consécration de la citoyenneté de l'Union et le droit de libre circulation des citoyens

²⁴⁹ CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, précité, pt. 24.

²⁵⁰ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité.

²⁵¹ Par la suite la Cour décide dans l'affaire *Commission c/ France* que l'accès aux activités de loisirs offertes dans l'État membre d'accueil constitue le *corollaire* de la liberté de circulation et de séjour aux fins d'exercice des activités salariées ou indépendantes et doit être soumis au respect de principe de non-discrimination en raison de la nationalité visé aux articles [18, 45,49 TFUE]. Cette affaire concerne la législation française qui soumet le droit d'enregistrer un navire dans le registre français et de battre le pavillon français aux seuls navires appartenant pour plus de la moitié à des personnes physiques ayant la nationalité française ou aux personnes morales ayant leur siège sur le territoire français. (CJCE, 7 mars 1996, *Commission c/ France*, aff. C-334/94, Rec. p. 1307).

²⁵² CJCE, 14 février 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt c/ Schumacker*, aff. C-279/93, Rec. p. I-225, pt. 21. Cet arrêt concerne une législation nationale en matière de fiscalité directe qui discrimine les travailleurs migrants ressortissants d'autres États membres par rapport aux nationaux.

va généraliser cette approche de délimitation du champ d'application matériel du traité en rompant son lien avec l'exercice d'une activité économique.

*B.) Les corollaires de la liberté de circulation citoyenne : arrêt *Bickel et Franz**

189. L'arrêt *Bickel et Franz*²⁵³ rendu quelque mois après l'arrêt *Sala* est significatif au regard du potentiel de la citoyenneté dans l'extension du champ *ratione materiae* de la protection du traité en faveur des citoyens. Compte tenu du caractère fondamental de la liberté de circulation et de séjour sur le territoire des États membres que l'article 21 TFUE reconnaît désormais à tout citoyen de l'Union, la Cour accepte de faire entrer dans le champ d'application du traité aux fins de l'interdiction des discriminations une réglementation nationale qui relève *a priori* de la compétence étatique, cela du fait de son effet éventuel sur la liberté de circulation et de séjour conférée, entre autres, par l'article 21 TFUE aux citoyens.

190. Dans cette affaire, un camionneur autrichien et un touriste allemand ont été poursuivis dans la province italienne de Bolzano. Les citoyens germanophones de cette province disposaient d'un droit d'utiliser leur propre langue dans leurs rapports avec les autorités publiques situées dans cette province. Or, les demandes des intéressés à bénéficier de la procédure en langue allemande de la même manière que les résidents germanophones ont été refusées. Afin d'éclairer la juridiction nationale de renvoi sur la conformité de la non-application de ces règles de procédure à des ressortissants d'autres États membres visiteurs de la province avec le traité et notamment avec l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, la Cour est amenée à statuer au préalable sur la question de savoir si l'utilisation d'une langue donnée dans une procédure pénale engagée contre un citoyen de l'Union relève du champ d'application du droit de l'Union.

191. Dans l'affaire *Mutsch*²⁵⁴, la Cour a déjà affirmé le droit pour un travailleur migrant ressortissant luxembourgeois d'utiliser l'allemand dans une procédure pénale engagée dans une commune germanophone de Belgique dès lors que le droit belge accordait ce droit aux ressortissants belges résidant dans cette commune. La Cour reconnaissait que la faculté pour le travailleur migrant de demander qu'une procédure judiciaire se déroule dans une langue déterminée, aux mêmes conditions que les travailleurs nationaux, constituait un avantage

²⁵³ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, précité.

²⁵⁴ CJCE, 11 juillet 1985, *Ministère public c/ Mutsch*, aff. 137/84, Rec. p. 2681.

social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011), du fait qu'elle « contribue de manière importante à l'intégration du travailleur migrant et de sa famille dans le milieu du pays d'accueil et donc à la réalisation de l'objectif de la libre circulation des travailleurs ». À ce titre, elle devait être étendue au profit des travailleurs migrants dans les mêmes conditions que pour les nationaux.

192. L'avocat général Jacobs estime que la jurisprudence *Mutsch* est inapplicable à l'affaire *Bickel et Franz* étant donné l'impossibilité de qualifier les intéressés de travailleurs au sens du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011). Cette affirmation semble témoigner le désaccord de l'avocat général à l'égard de l'approche prétorienne dans la jurisprudence *Sala* consistant à étendre le principe de non-discrimination à l'égard des prestations sociales reconnues aux travailleurs au profit des citoyens migrants inactifs²⁵⁵. Pour déterminer l'applicabilité du principe de non-discrimination aux situations des intéressés, il se tourne vers la jurisprudence *Cowan*. Interprétant cette jurisprudence à la lumière de l'introduction de la citoyenneté et du droit général de libre circulation et de séjour, il avance que le citoyen qui exerce le droit de libre circulation et de séjour en vertu de l'article 18 du traité CE (devenu 21 TFUE) relève du champ d'application du traité aux fins de l'interdiction des discriminations (de la même manière que l'exercice de la liberté de circulation et de séjour aux fins de recevoir des services permet de faire relever les touristes-destinataires de services de la protection du traité). L'avocat général Jacobs considère également que le droit des personnes faisant l'objet de poursuites pénales d'utiliser une langue donnée dans une procédure judiciaire n'est pas moins fondamental que le droit à l'indemnisation pour les victimes de violence et devrait être, de la même manière, considéré comme corollaire du droit de libre circulation.

193. Ainsi, selon l'avocat général, le critère décisif qui permet de rattacher la situation des intéressés au champ d'application du traité est leur exercice de la liberté de circulation en vertu du traité (et moins le fait que l'emploi des langues constitue le corollaire de leur droit de libre circulation). En effet, ses conclusions dans l'affaire *Bickel et Franz* paraissent s'inscrire dans la ligne de ses conclusions précédentes dans l'affaire *Konstantinidis*²⁵⁶. Cette affaire concerne le droit d'un ressortissant hellénique, qui s'installe et exerce une profession libérale

²⁵⁵ A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, *op.cit.*, 2007, spéc. p. 89.

²⁵⁶ Concl. de l'avocat général Jacobs du 9 décembre 1992 sous CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig*, aff. C-168/91, précité. Voir A. Whelan, «Commentaire de l'arrêt Martinez Sala», article précité pour l'analyse des conclusions de l'avocat général Jacobs dans les affaires *Konstantinidis* et *Bickel*.

en Allemagne, d'invoquer le principe de non-discrimination visé aux articles 7 et 52 TCEE (devenus 18 et 49 TFUE) pour s'opposer à une transcription de son nom avec l'alphabet latin en vue de son inscription dans les registres de l'état civil, du fait qu'elle déforme grossièrement la prononciation. Citant la jurisprudence *Cowan*, l'avocat général Jacobs avance qu'une personne qui se rend dans un autre État membre en exerçant les droits qui lui sont conférés par les dispositions relatives à la libre circulation du traité « se trouve dans une situation régie par le droit communautaire et doit, en tant que telle, bénéficier d'une parfaite égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre »²⁵⁷. Il argue ainsi l'applicabilité du principe de non-discrimination en vertu des articles 7 et 52 TCEE (devenus 18 et 49 TFUE) à la situation de l'intéressé, sans se préoccuper d'établir le lien spécifique entre les règles qui régissent la transcription du nom et l'exercice précis d'une des libertés de circulation. Ce qui laisse penser que l'exercice de la liberté de circulation en vertu du traité serait, selon lui, un critère de rattachement suffisant de la situation des intéressés au champ d'application du traité aux fins de l'application de l'article 18 TFUE²⁵⁸.

194. La Cour opte pour une approche différente de son avocat général. Elle commence par affirmer que les situations régies par le droit communautaire, et par conséquent soumises au respect du principe de non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 12 TCE (devenu 18 TFUE), comprennent notamment celles relevant de l'exercice de la liberté de circulation reconnue aux destinataires de services par l'article 49 TCE (devenu 56 TFUE)²⁵⁹ et à tout citoyen de l'Union en vertu de l'article 18 TCE (devenu 21 TFUE). Elle justifie ensuite le rattachement de la question de l'utilisation des langues en matière judiciaire au champ d'application du traité en soulignant le lien que cette question entretient avec le droit de libre circulation des citoyens. À cet égard, elle affirme que dans la perspective d'une Communauté fondée sur le principe de la libre circulation des personnes et de la liberté d'établissement, une importance particulière revient à la protection des droits et facilités des

²⁵⁷ Concl. de l'avocat général Jacobs du 9 décembre 1992 sous CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig*, aff. C-168/91, précité, pt. 21.

²⁵⁸ A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, op.cit., 2007, spéc. p. 92.

La Cour préfère au contraire insister sur le lien spécifique de la situation de l'intéressé avec la liberté d'établissement, en affirmant que ces règles « ne doivent être considérées comme incompatibles avec l'article 52 TCEE (devenu 49 TFUE) que dans la mesure où leur application crée pour un ressortissant hellénique une gêne telle qu'elle porte, en fait, atteinte au libre exercice du droit d'établissement que cet article lui garantit ». CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig*, aff. C-168/91, Rec. p. 1191, pt. 15.

²⁵⁹ La jurisprudence Cowan reconnaît la liberté pour les destinataires de services de se rendre dans un autre État membre pour y bénéficier d'un service comme le corollaire nécessaire de la liberté de prestation des services reconnue expressément par le traité (CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité, pt. 10).

individus en matière linguistique²⁶⁰. Constatant que « la possibilité pour les citoyens de l'Union de communiquer dans une langue donnée avec les autorités administratives et judiciaires d'un État, au même titre que les nationaux, est *de nature à faciliter l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre* », et peut affecter, dans ces conditions, le droit à l'égalité de traitement des ressortissants des États membres qui exercent leur droit de libre circulation et de séjour dans un autre État membre, la Cour relève que les règles nationales régissant l'emploi des langues en matière judiciaires relèvent du champ d'application du traité et doivent respecter l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité²⁶¹.

195. En d'autres termes, dès lors que la situation des citoyens qui usent de leur droit de circuler et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre, que ce soit aux fins de recevoir des services transfrontaliers ou aux fins non-économiques, relève du champ d'application du traité, le droit des intéressés de communiquer avec les autorités de l'État membre d'accueil dans leur langue maternelle, parce qu'il est de nature à faciliter l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner qui leur est reconnue en vertu des articles 56 et 21 TFUE, relève également du champ d'application matériel du traité aux fins d'application de l'article 18 TFUE. Le fait que la mesure litigieuse concerne la matière pénale et les règles de procédures pénales, et relève en conséquence de la compétence des États membres, ne permet pas de la soustraire au respect du principe de non-discrimination de l'article 18 TFUE. Indépendamment de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, du moment où une mesure nationale est susceptible d'affecter l'exercice de la compétence de l'Union et d'entraver la réalisation d'un objectif du traité, elle doit respecter les règles du traité et notamment l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité²⁶². C'est l'impact d'une législation nationale sur les domaines de compétences de l'Union, plus que l'existence d'une disposition attribuant expressément la compétence à l'Union, qui justifie le contrôle du juge du respect par cette législation des exigences du droit de l'Union. La méthode d'inclusion du « corollaire » de la liberté de circulation dans le champ d'application du traité dispense par conséquent la Cour de justice d'examiner si l'objet du litige relève en

²⁶⁰ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, précité, pt. 13.

²⁶¹ *Ibid.*, pt. 18.

²⁶² Une exception peut consister en l'hypothèse où le traité prévoit lui-même une exclusion expresse des domaines en question du champ d'application du droit à l'égalité de traitement. On peut citer le cas du droit de vote au parlement national.

soi du domaine où la compétence a été transférée aux institutions de l'Union²⁶³.

196. L'implication de la jurisprudence *Bickel et Franz* au regard du droit d'accès des citoyens migrants inactifs aux prestations sociales transnationales sera d'une ampleur non négligeable. En effet, la plupart des mesures nationales peuvent concerner l'exercice des libertés fondamentales, et, sont susceptibles de favoriser ou d'entraver leur exercice. Par ailleurs, s'agissant du degré des liens exigés entre la mesure nationale et la liberté de circulation et de séjour des citoyens, les liens indirects ou potentiels paraissent suffire pour déclencher l'application du principe de non-discrimination de l'article 18 TFUE²⁶⁴. À envisager la transposition de la définition des mesures équivalentes à une restriction quantitative de la jurisprudence *Dassonville*²⁶⁵, toute réglementation nationale *susceptible* d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement l'exercice de la libre circulation des citoyens serait considérée comme relevant du champ d'application du traité aux fins d'application de l'article 18 TFUE. Avec cette méthode de détermination du champ d'application du traité, il paraît difficile d'envisager un domaine du droit national qui s'échapperait à l'emprise du principe de non-discrimination. L'avocat général Poiares Maduro remarque à cet égard que le champ d'application *ratione materiae* du traité aux fins de l'interdiction des discriminations dans le domaine de la libre circulation des personnes sera « fondamentalement tributaire »²⁶⁶ de son champ d'application *ratione personae*. Lorsqu'un citoyen de l'Union bénéficie de et exerce son droit de libre circulation et de séjour en vertu de l'article 21 TFUE, il peut invoquer le droit à l'égalité de traitement dans toute situation qui est susceptible de faciliter ou d'entraver l'exercice de son droit de circulation. L'exercice du droit de libre circulation devient la clé de délimitation du champ d'application matériel du principe de l'égalité de traitement, indépendamment du domaine de compétences de l'Union²⁶⁷. Le

²⁶³ C. Timmermans, «Martinez Sala and Baumbast revisited», in *The past and future of EU law*, M. Poiares Maduro, L. Azoulai (dir.), Oxford; Portland: Hart Publishing, 2010, p. 345-355.

²⁶⁴ Dans la jurisprudence *Bickel et Franz*, c'est le fait que la mesure nationale *peut* affecter le droit à l'égalité de traitement des citoyens migrants qui justifie son contrôle du respect de l'interdiction des discriminations en vertu de cet article.

Au sens inverse, la jurisprudence *Graf* exclut que la mesure nationale présentant un effet trop aléatoire et indirect sur la liberté de circulation (des travailleurs) soit regardée comme étant de nature à entraver l'exercice de cette liberté. CJCE, 27 janvier 2000, *Graf c/ Filzmoser Maschinenbau GmbH*, aff. C-190/98, Rec. p. I-493.

²⁶⁵ CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c/ Dassonville*, aff. 8/74, Rec. p. 837.

²⁶⁶ M. Poiares Maduro, «L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'UE», in *L'Union européenne et les droits de l'homme*, P. Alston (dir.), Bruxelles: Bruylants, 2001, p. 465-489, spéc. p. 473.

²⁶⁷ S. Giubboni, «A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice», in *Promoting solidarity in the European Union*, M. Ross, Y. Borgmann-Prebil (dir.), Oxford ; New York ; Auckland [etc]: Oxford University Press, 2010, p. 166-197.

risque inhérent à cette interprétation extensive du champ d'application du droit à l'égalité de traitement est en effet celui d'aboutir à un champ trop étendu du droit de l'Union à l'instar de ce qui se passe dans le domaine de libre circulation des marchandises, suite à la définition extensive donnée à la notion de mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives et à l'interdiction d'entrave non discriminatoire.

197. Dans les arrêts relatifs à la citoyenneté qui suivent l'arrêt *Bickel et Franz*, la réticence de la Cour de recourir, tout au moins exclusivement, à la méthode de « corollaire » de la liberté de circulation crée une incertitude en ce qui concerne l'avenir de cette méthode.

C.) *La portée incertaine de la méthode « corollaire »*

198. L'arrêt *Grzelczyk*²⁶⁸, rendu quelques années plus tard, vient confirmer l'arrêt *Bickel et Franz* sous certains aspects, tout en suscitant une nouvelle interrogation sur l'avenir de la méthode d'interprétation du champ d'application du traité employée dans cet arrêt. D'un côté, la Cour s'appuie sur l'article 21 TFUE afin de faire relever la situation du citoyen exerçant le droit de libre circulation et de séjour en vertu de cet article du champ d'application du traité. La Cour pose, en citant l'arrêt *Bickel et Franz*, qu'un citoyen de l'Union résidant légalement sur le territoire d'un État membre autre que le sien peut invoquer l'article 18 TFUE dans toutes les situations qui relèvent du champ matériel du droit de l'Union et ces situations « comprennent notamment celles relevant de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjournier sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article [21 TFUE] »²⁶⁹. Elle ne reprend cependant pas, ou au moins pas expressément, l'affirmation de la jurisprudence *Bickel et Franz* selon laquelle une question relève du champ d'application matériel du traité et doit donc être soumise au respect du principe de non-discrimination, si elle est de nature à faciliter l'exercice de la liberté de circulation et de séjour reconnue par le traité. De l'autre côté, la Cour fait référence à l'approche adoptée dans l'affaire *Sala*, en confirmant que le minimex relève du champ d'application matériel du traité aux fins de l'interdiction des discriminations parce qu'il constitue un avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu le règlement n°492/2011), malgré le fait que Monsieur Grzelczyk n'a pas

²⁶⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité. Était en cause dans cette affaire le refus par l'autorité belge d'accorder une prestation d'assistance sociale (Minimex) à Monsieur Grzelczyk, étudiant de nationalité française en dernière année de ses études universitaires, qui a auparavant travaillé à temps partiel durant les trois premières années de ses études universitaires en Belgique, du fait qu'il n'avait ni la nationalité belge, ni la qualité de travailleur au sens du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011).

²⁶⁹ Pt. 33 de l'arrêt.

la qualité de travailleur. Le facteur déterminant de rattachement de la prestation en jeu au champ d'application du traité dans cette affaire prête encore à discussion²⁷⁰.

199. Force est cependant de constater que l'arrêt *Bidar*²⁷¹, précédemment traité, paraît témoigner de la réticence de la Cour de justice d'ériger la citoyenneté en facteur autonome de rattachement de la situation qui ne relève pas des compétences de l'Union au champ d'application du traité. En effet, prenant en considération le changement du contexte du droit de l'Union depuis l'introduction de la citoyenneté, la Cour procède à un revirement de sa jurisprudence traditionnelle qui réservait le bénéfice des aides aux études aux seuls travailleurs migrants et les personnes ayant un lien avec ces derniers et contribue à étendre le champ de protection du droit de l'Union à l'égard des étudiants migrants. Toutefois, la Cour ne suit pas la suggestion de son avocat général d'exploiter toutes les potentialités de la citoyenneté. L'avocat général Geelhoed invite en effet la Cour à se fonder sur la citoyenneté pour faire relever dorénavant les prestations objet de la demande du champ d'application du traité, indépendamment de l'existence de la compétence des institutions de l'Union dans un tel domaine. En appui de son argument, l'avocat général invoque la jurisprudence *Collins*²⁷², dans laquelle la Cour a utilisé la notion de citoyenneté pour attirer l'allocation de recherche d'emploi dans le domaine d'application du traité. Il soutient que « la citoyenneté *elle-même* puisse impliquer que certaines prestations sont susceptibles d'être incorporées au champ d'application du traité, si la finalité de ces allocations coïncide avec les objectifs poursuivis par la législation communautaire primaire ou dérivée »²⁷³. D'après lui « non seulement les citoyens de l'Union bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil dans lequel ils séjournent légalement concernant les questions appartenant au domaine d'application *ratione materiae* du traité, mais la citoyenneté *elle-même* peut être invoquée pour faire relever certaines questions de ce domaine d'application lorsque les objectifs poursuivis par la disposition nationale correspondent à ceux poursuivis par le traité ou la législation dérivée »²⁷⁴.

²⁷⁰ Sur ce point voir A. Iliopoulou, H. Toner, «Commentaire CJCE Rudy Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve», *CMLR*, 2002, p. 609-620.

²⁷¹ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité.

²⁷² CJCE, 23 mars 2004, *Collins c/ Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-138/02, Rec. p. I-2703

²⁷³ Concl. de l'avocat général Geelhoed du 11 novembre 2004 sous CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, Rec. p. I-2119, pt. 29.

²⁷⁴ *Ibid.*, pt. 52.

200. En d'autres termes, selon l'avocat général, lorsqu'une prestation sociale accordée par l'État membre vise à favoriser l'intégration des bénéficiaires dans la société et s'inscrit en conséquence dans l'objectif du traité et des dispositions relatives à la citoyenneté de faciliter la libre circulation des citoyens, ces dispositions peuvent être invoquées pour justifier l'inclusion de ladite prestation dans le champ d'application du traité aux fins d'application du principe d'égalité de traitement. S'agissant des prestations sociales telles que l'allocation d'éducation, l'allocation visant à assurer le moyen minimal de subsistance ou les bourses d'études, qui visent sans conteste à favoriser l'intégration de leurs bénéficiaires dans la société de l'État membre d'accueil conformément à l'objectif du traité de faciliter la libre circulation des personnes, il serait possible de les rattacher au champ d'application *ratione materiae* du traité sur le fondement de la citoyenneté de l'Union. Dans ces conditions, tout citoyen peut se fonder sur son statut de citoyen et son droit de libre circulation, voire son droit à l'intégration sociale dans l'État membre d'accueil (comme corollaire de son droit de libre circulation) afin d'obtenir le droit à l'égalité de traitement à l'égard des prestations qui sont susceptibles d'affecter ou de favoriser son séjour et son intégration dans la société de l'État membre d'accueil.

201. Force est toutefois de constater que la Cour préfère justifier le revirement de sa jurisprudence et l'inclusion des prestations litigieuses dans le champ d'application du traité, en procédant notamment à une interprétation acrobatique des dispositions du droit dérivé²⁷⁵. La réticence jurisprudentielle de se fonder sur l'approche de « corollaire » de la liberté de la circulation des citoyens afin d'étendre le champ de protection du droit de l'Union au profit des citoyens inactifs semble s'expliquer probablement par le fait qu'une telle approche est porteuse d'une extension sans limite du champ d'application du traité.

202. Au-delà, deux incertitudes subsistent quant à la portée de la jurisprudence *Bickel et Franz* à l'égard de la délimitation du champ d'application matériel du droit à l'égalité de traitement à l'égard des citoyens migrants. Premièrement, la question se pose de savoir si l'approche consistant à rattacher les « corollaires » de la libre circulation au champ d'application du traité serait généralisable à toutes les prestations sociales, y compris celles qui sont de nature financière et non contributive. En effet le droit à l'égard duquel l'égalité de

²⁷⁵ La Cour recourt à la directive 2004/38 qui exclut des citoyens inactifs migrants résidents avant l'acquisition du droit de séjour permanent du droit à l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre de résidence à l'égard des aides aux études pour justifier que ces aides relèvent du champ d'application du traité. Il s'agit en quelque sorte de détourner l'exclusion explicite du droit aux bourses d'entretien d'études stipulée dans la directive 93/96 sur le droit de séjour des étudiants.

traitement est réclamée dans l'affaire *Bickel et Franz* est celui d'utiliser une langue donnée au cours de la procédure devant les juridictions, lequel est par ailleurs déjà reconnu aux résidents germanophones de la région. L'extension de ce droit au profit des ressortissants d'autres États membres se trouvant sur le territoire de l'État d'accueil ne créera pas une charge supplémentaire excessive pour les autorités de cet État. La possibilité d'amener un droit dans le champ d'application matériel de l'article 18 TFUE du fait qu'il est corollaire de la liberté de circulation des citoyens est probablement envisageable parce que ce droit ne concerne que l'administration de la justice. Il pourrait ne pas en être de même s'agissant du droit des citoyens non actifs d'accéder aux prestations sociales à caractère non contributif dans l'État membre d'accueil.

203. Toutefois, la nature des prestations sociales en jeu ne devrait pas influencer la délimitation du champ d'application du traité. Dès lors qu'une prestation affecte de manière ni trop indirecte ni trop aléatoire l'exercice du droit de libre circulation des citoyens, elle peut être attirée dans le champ d'application du traité aux fins de l'interdiction des discriminations. Cette affirmation n'implique toutefois pas d'ignorer purement et simplement le fait que l'implication financière pour l'État membre d'accueil peut varier de façon significative d'une prestation à l'autre et que l'octroi des prestations non contributives aux inactifs migrants peut être effectivement couteux. Effectivement il conviendrait de prendre en considération les conséquences éventuelles de l'application du principe d'égalité de traitement. Cependant ces conséquences devraient être prises en compte au niveau de la justification et non pas au niveau de la détermination de l'applicabilité du droit de l'Union²⁷⁶.

204. Deuxièmement, la question se pose de savoir si la possibilité de rattacher une matière en tant que corollaire de la liberté de circulation des citoyens au champ d'application matériel du traité est conditionnée par un exercice préalable du droit de circulation et de séjour en vertu de l'article 21 TFUE. De cette question dépend en effet la possibilité de généraliser cette approche aux situations où les citoyens ne tirent pas leur droit de circulation et séjour sur le territoire d'autres États membres du traité, mais du droit national ou international. En effet il ressort de la jurisprudence qu'un citoyen qui ne dispose pas de droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 21 TFUE, faute de satisfaire à l'ensemble des conditions posées, n'est pas exclu pour autant du bénéfice, durant son séjour légal dans l'État

²⁷⁶ Voir *infra*, seconde Partie.

membre d'accueil, du principe fondamental d'égalité de traitement consacré par l'article 18 TFUE²⁷⁷.

205. Interprété restrictivement, le rattachement du corollaire du droit de libre circulation et de séjour au champ d'application du traité aux fins de l'interdiction des discriminations ne serait envisageable que dans l'hypothèse où l'individu use du droit de libre circulation et de séjour en vertu du traité. C'est le fait qu'une matière relevant *a priori* du champ de compétence des États membres affecte l'exercice de la liberté de circulation que l'article 21 TFUE confère aux citoyens qui justifie l'obligation des États membres de respecter l'interdiction des discriminations dans la réglementation d'une telle matière. Dans ses conclusions sur l'affaire *Martinez Sala*, l'avocat général La Pergola avance que la consécration de la citoyenneté de l'Union exige que « l'on fasse rentrer dans le principe de non-discrimination le domaine réservé au nouveau statut de citoyenneté commune »²⁷⁸ et invite la Cour à transposer dans le cadre de libre circulation des citoyens la *ratio decidendi* de la jurisprudence *Cowan*²⁷⁹. Toutefois il ne va pas jusqu'à affirmer que l'allocation d'éducation relève du champ d'application matériel du traité du seul fait qu'elle est corollaire du droit de séjour de l'intéressé. En effet, vu l'incertitude sur le droit de séjour de l'intéressé sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu du traité, il peut paraître malaisé de qualifier l'allocation d'éducation de corollaire de l'exercice du droit de séjour en vertu du traité²⁸⁰.

206. Force est cependant de constater que le droit à l'égalité de traitement est désormais reconnu comme un élément autonome du statut de citoyen. À l'instar de la reconnaissance de la possibilité d'un citoyen migrant d'invoquer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité contre l'État membre d'accueil même s'il ne tire pas de l'article 21 TFUE son droit de séjour sur le territoire de cet État²⁸¹, serait-il possible d'envisager l'obligation des législateurs nationaux de tenir compte de l'interdiction des discriminations même dans les domaines de compétence nationale, étant donné l'impact des législation nationales sur le droit

²⁷⁷ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, précité, pt. 40.

²⁷⁸ Concl. de l'avocat général La Pergola du 1 juillet 1997 sous CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pt. 23.

²⁷⁹ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité. La Cour reconnaît dans cette affaire que le droit de ne pas subir une discrimination dans l'État membre d'accueil en matière de protection contre les risques d'agression constitue le corollaire de l'exercice de la liberté de circulation des destinataires de services.

²⁸⁰ A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, op.cit., 2007, spéci. p. 88. L'avocat général propose au final à la Cour de faire relever l'allocation d'éducation du champ d'application du traité par le biais des règlements n°1408/71 et n°1612/68, sans examiner les autres conditions d'application desdits règlements.

²⁸¹ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité.

à l'égalité de traitement des citoyens migrants, indépendamment du fondement de leur droit de séjour? De la même manière que la Cour dissocie le droit à l'égalité de traitement et l'exercice du droit de séjour en vertu du traité en vue de reconnaître le bénéfice du principe de non-discrimination aux citoyens migrants qui ne tiennent pas leur droit de séjour de l'article 21 TFUE, une telle dissociation peut-elle être envisagée s'agissant de la délimitation du champ d'application matériel du traité ?

207. Si en tant que telle la citoyenneté ne constitue pas un facteur autonome de rattachement des droits ou des prestations relevant du domaine de compétences nationales au champ d'application du traité aux fins de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, la citoyenneté et le droit de libre circulation qui y est attaché ont un effet attractif et créent un nouveau contexte qui invite la jurisprudence à adopter une approche large du champ d'application du principe d'égalité de traitement.

SECTION II

UNE RELECTURE DU CHAMP *RATIONE MATERIAE* DE L'ARTICLE 45 TFUE À LA LUMIÈRE DE LA CITOYENNETÉ

208. Sur le fondement des articles 18, 20 et 21 TFUE, les citoyens migrants inactifs se voient reconnaître un droit d'invoquer leur statut de citoyen de l'Union et le principe général de non-discrimination pour prétendre à l'égalité de traitement en matière de protection sociale avec les nationaux de l'État membre d'accueil. Cette voie n'est cependant pas la voie unique de généralisation du droit à l'égalité de traitement auparavant réservé aux travailleurs aux citoyens inactifs. Certains inactifs, en raison de leur situation particulière se trouvant à mi-chemin entre les travailleurs et les inactifs, se voient reconnaître le droit d'invoquer les dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs afin de bénéficier de l'égalité de traitement dans l'État membre d'accueil. Il en est ainsi en ce qui concerne les demandeurs d'emploi migrants.

209. Étant donné que l'article 45, paragraphe 3, TFUE octroie aux ressortissants des États membres le droit de circuler librement sur le territoire des autres États membres et d'y séjourner aux fins d'y rechercher un emploi²⁸², la Cour considère que les demandeurs d'emploi communautaires relèvent ainsi du champ d'application de l'article 45 TFUE et

²⁸² CJCE, 26 février 1991, *The Queen c/ Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen*, aff. C-292/89, Rec. p. I-745, pt. 13.

peuvent bénéficier de l'égalité de traitement en vertu du paragraphe 2 de cet article²⁸³. Cependant, cela ne signifie pas que tous ressortissants d'un État membre qui se rendent sur le territoire d'autres États membres en vue de rechercher un emploi peuvent prétendre à la même protection que celle reconnue aux travailleurs migrants. La jurisprudence distingue traditionnellement entre les demandeurs d'emploi qui ont déjà accédé au marché du travail de l'État membre d'accueil et qui sont devenus ensuite sans emploi, d'une part, et ceux qui se déplacent dans cet État pour y rechercher un premier emploi, d'autre part. Tandis que les premiers peuvent maintenir leur statut de travailleur et peuvent prétendre aux mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux sur le fondement de l'article 7, paragraphe 2 du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011)²⁸⁴, ceux qui n'ont pas encore établi un rapport de travail dans l'État membre d'accueil où ils cherchent un emploi ne bénéficient du principe d'égalité de traitement que pour l'accès au marché de l'emploi en vertu de l'article 45, paragraphe 2 TFUE et des articles 2 et 5 du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011)²⁸⁵. Ils ne peuvent prétendre au droit à l'égalité de traitement à l'égard des prestations sociales de nature financière durant leur séjour aux fins de recherche d'un emploi dans l'État membre d'accueil dès lors que ces prestations n'entrent pas dans le champ d'application matériel des dispositions précitées. Une telle distinction semble refléter la logique de contrepartie; seuls ceux qui ont contribué au financement du système social de l'État membre d'accueil à travers leur emploi et le paiement de l'impôt peuvent bénéficier de la protection sociale de cet État.

210. Un nouveau contexte juridique suite à la consécration de la citoyenneté donne l'occasion à la Cour de revisiter sa jurisprudence antérieure concernant le champ d'application du droit de l'égalité de traitement en vertu de l'article 45 TFUE à l'égard des citoyens qui recherchent un emploi dans un autre État membre. La citoyenneté sert comme un élément interprétatif à

²⁸³ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité, pts. 56-57.

²⁸⁴ Sous réserve de satisfaction de certaines conditions initialement prévues par le règlement (CEE) n° 1251/70 de la Commission, du 29 juin 1970, relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un État membre après y avoir occupé un emploi, qui sont par la suite clarifiées par la jurisprudence, à savoir que les intéressés perdent leur emploi involontairement, qu'ils soient enregistrés en tant que demandeurs d'emploi et qu'ils entretiennent des liens avec l'État membre d'accueil. Voir D. Damjanovic, «Comment on Vatsouras and Koupatantze v. ARGE of 4 June 2009, Joined cases C22/08 & C23/08», *CMLR*, 2010, p. 847-861, spéc. p.849

²⁸⁵ CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff. 39/86, précité, pts. 32 et 33, CJCE, 8 juin 1987, *Centre public d'aide sociale de Courcelles c/ Lebon*, aff. 316/85, Rec. p. 2811, pt. 26 et CJCE, 2 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-278/94, Rec. p. I-4307, pts. 39 et 40.

En vertu de l'article 69 du règlement n°1408/71 (devenu article 64 du règlement n°883/2004), ils peuvent maintenir le droit aux prestations de chômage dans leur État d'origine pendant une période de trois mois au maximum, à compter de la date à laquelle ils ont cessé d'être à la disposition des services de l'emploi de l'État qu'ils ont quitté.

l'aune duquel la Cour donne une nouvelle lecture au champ de protection que le droit de l'Union offre aux citoyens. Dans l'affaire *Collins*²⁸⁶, il était question de la conformité d'une législation nationale qui soumet le bénéfice de l'allocation de recherche d'emploi pour les ressortissants des autres États membres qui recherchent un emploi sur son territoire à la condition qu'ils y résident habituellement. Monsieur Collins, ayant la double nationalité allemande et irlandaise, était de retour au Royaume-Uni, où il avait 17 ans auparavant étudié et exercé des petits travaux, dans l'intention d'y chercher un emploi salarié. Il a fait la demande en vue de bénéficier d'une allocation de recherche d'emploi au Royaume-Uni. Toutefois, selon l'autorité nationale, contrairement aux exigences de la législation régissant l'allocation litigieuse, l'intéressé n'était pas un travailleur au sens du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011), ni disposait d'une résidence habituelle sur le territoire, faute de durée de séjour suffisante. Sa demande a été dès lors déboutée.

211. La Cour juge que certains droits liés à la qualité de travailleur sont garantis aux travailleurs migrants même si ceux-ci ne se trouvent plus engagés dans un rapport de travail, à condition toutefois qu'il existe un lien entre les activités salariées précédemment exercées et la recherche d'un autre emploi effectuée après qu'il a été mis fin à celles-ci²⁸⁷. Or, les faits d'espèce amènent la Cour à écarter une telle qualification étant donné que les liens que Monsieur Collins entretenait avec le marché du travail britannique étaient trop anciens et insuffisants²⁸⁸. Sa situation est dès lors assimilée à celle de tout ressortissant d'un État membre qui cherche un premier emploi dans un autre État membre.

²⁸⁶ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

²⁸⁷ CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff. 39/86, précité, pt. 36.

²⁸⁸ Il convient de noter que si la Cour écarte la qualification de travailleur au sens de l'article 7, paragraphe 2 du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011), elle estime nécessaire de préciser (au pt. 32 de l'arrêt) que le concept de travailleur au sens du règlement peut comporter plusieurs déclinaisons. L'impossibilité de qualifier l'intéressé de travailleur au sens de l'article 7, paragraphe 2 n'empêche pas qu'il soit considéré comme tel au regard d'autres dispositions dudit règlement. Si à l'égard des dispositions du titre II de la première partie les demandeurs d'emploi ne peuvent être regardés comme travailleurs, pour certaines d'autres, tel l'article 5, les demandeurs d'emploi peuvent être considérés comme tels. L'approche de la Cour reflète le souci de l'uniformité du champ d'application personnel du règlement car pour bénéficier de ses dispositions, il faut avoir la qualité de travailleur. De ce fait la Cour arrive à faire relever les demandeurs d'emploi du champ d'application du règlement en tant que « travailleurs » au regard de certaines des dispositions du règlement.

Pour aboutir au même résultat, l'avocat général propose de faire relever les demandeurs d'emploi en tant que tels du champ d'application du règlement. D'après lui, le fait que les demandeurs d'emploi peuvent invoquer un droit de circuler et de séjournner dans un autre État membre aux fins de la recherche d'un emploi en vertu du droit de libre circulation des travailleurs n'implique pas nécessairement la qualification de ceux-ci comme travailleurs. En tant que demandeurs d'emploi, ils peuvent également invoquer certains droits en vertu du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011). Cette interprétation est cohérente avec l'interprétation jurisprudentielle du champ d'application de l'article 45 TFUE ; cet article a été interprété dans la jurisprudence *Antonissen* comme couvrant aussi le droit des demandeurs d'emploi de se rendre et de séjournier sur le territoire d'un autre État membre afin de chercher un emploi. (Voir Concl. de l'avocat général Colomer du 10 juillet 2003 sous CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, Rec. p. I-2703).

212. L’application de la jurisprudence traditionnelle en la matière²⁸⁹ aurait débouché sur la validité du refus d’octroi de l’allocation litigieuse à Monsieur Collins au regard du traité. Cependant, la Cour affirme qu’il convient dorénavant de réinterpréter la portée du droit à l’égalité de traitement auquel les demandeurs d’emploi migrants peuvent prétendre à la lumière de l’évolution du droit de l’Union suite à l’introduction de la citoyenneté. Selon l’arrêt *Collins*, le principe de non-discrimination posé par cet article n’est qu’une traduction spécifique du principe général de l’article 18 TFUE dans le domaine de libre circulation des travailleurs. Or, l’application combinée du principe général de non-discrimination et les dispositions relatives à la citoyenneté permet aux citoyens de l’Union qui résident légalement sur le territoire de l’État membre d’accueillir d’invoquer le droit à l’égalité de traitement dans toutes les situations relevant du domaine d’application *ratione materiae* du droit de l’Union, dont celle impliquant l’octroi d’une prestation sociale d’un régime non contributif²⁹⁰. Dans ce contexte, la Cour affirme que « compte tenu de l’instauration de la citoyenneté de l’Union et de l’interprétation jurisprudentielle du droit à l’égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l’Union, il n’est plus possible d’exclure du champ d’application de l’article [45], paragraphe 2 du traité[FUE] une prestation de nature financière destinée à faciliter l’accès à l’emploi sur le marché du travail d’un État membre »²⁹¹. Si littéralement, l’article 45, paragraphe 2, TFUE n’interdit les discriminations envers ses bénéficiaires qu’au regard de l’emploi, la rémunération et les autres conditions de travail, sa lecture à la lumière de la citoyenneté et l’interprétation prétorienne du principe de l’égalité de traitement reconnu aux citoyens permet d’élargir son champ d’application matériel au profit des demandeurs d’emploi²⁹². Au-delà du droit d’accès à l’emploi proprement dit, il couvre désormais aussi l’interdiction des discriminations quant aux prestations de nature financière dès lors qu’elles visent à faciliter l’accès à l’emploi²⁹³.

²⁸⁹ CJCE, 8 juin 1987, *Lebon*, aff. 316/85, précité, pt. 26, et, CJCE, 2 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-278/94, précité, pts. 39 et 40.

²⁹⁰ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, s’agissant de «minimex» belge (prestation visant à assurer un minimum de moyens d’existence).

²⁹¹ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité, pt. 63.

²⁹² Certains critiquent l’absence d’explication par la Cour pourquoi l’interprétation du droit de libre circulation des travailleurs à l’aune de la citoyenneté justifie l’élargissement du champ d’application de l’article 45, paragraphe 2 TFUE pour couvrir les prestations visant à faciliter l’accès à l’emploi sur le marché du travail de l’État membre d’accueil alors que les termes de cet article ne semblent pas couvrir de telles prestations. D. Martin, «Comments on Ioannidis (Case C-258/04 of 15 September 2005)», *EJML*, 2006, p. 237-242, spéc. p. 240.

²⁹³ À propos de la distinction des prestations de nature financière qui sont destinées à faciliter l’accès au marché du travail des autres prestations d’assistance sociale exclues du champ du droit à l’égalité de traitement reconnu aux demandeurs d’emploi pendant le séjour aux fins de la recherche d’un emploi par l’article 24, paragraphe 2 de

213. Par la suite, la Cour a appliqué la méthode interprétative de l'arrêt *Collins* à l'égard des allocations d'attente en faveur des jeunes à la recherche d'un premier emploi. Il est question dans l'affaire *Ioannidis*²⁹⁴ du refus par l'autorité belge d'octroyer les allocations d'attente à un ressortissant grec qui est à la recherche d'un premier emploi sur son territoire, au motif que l'intéressé n'a pas terminé ses études secondaires dans un établissement d'enseignement organisé, subventionné ou reconnu par l'État belge²⁹⁵. La Cour estime que dès lors que ces allocations sont les prestations sociales dont l'objectif consiste à faciliter, pour les jeunes, le passage de l'enseignement au marché du travail, elles ne peuvent plus être exclues du champ d'application du droit à l'égalité de traitement que l'article 45, paragraphe 2, TFUE, interprété désormais à la lumière de la citoyenneté et du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union, octroie aux ressortissants d'un État membre à la recherche d'un emploi dans un autre État membre²⁹⁶.

214. La réinterprétation de l'article 45, paragraphe 2, TFUE à la lumière de la citoyenneté et du principe général d'égalité de traitement aboutit ainsi à étendre le champ d'application du principe de non-discrimination prévu par cet article à l'égard de ceux qui se rendent dans un autre État membre pour y chercher un premier emploi et n'ont pas encore contribué au budget social de cet État. Auparavant exclus *per se* du droit à l'égalité de traitement en matière de prestations sociales dans l'État membre d'accueil, les demandeurs d'emploi qui n'ont pas encore accédé au marché du travail de cet État membre peuvent désormais, en vertu de l'article 45, paragraphe 2, TFUE, lu à l'aune des articles 18 et 21 TFUE, bénéficier de l'égalité de traitement à l'égard des prestations de nature financière visant à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail de l'État membre d'accueil²⁹⁷.

la 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, voir *infra*, seconde Partie. CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupantanze c/ Arbeitsgemeinschaft (ARGE)*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, Rec. p. I-4585.

²⁹⁴ CJCE, 15 septembre 2005, *Office national de l'emploi c/ Ioannidis*, aff. C-258/04, Rec. p. I-8275.

²⁹⁵ Malgré le fait que M. Ioannidis avait obtenu au préalable de l'autorité belge compétent la reconnaissance de l'équivalence du certificat d'études secondaires qu'il a obtenu en Grèce au certificat d'enseignement secondaire supérieur belge donnant accès à l'enseignement supérieur de type court.

²⁹⁶ CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, aff. C-258/04, précité, pts. 22-25. Il convient de noter que si dans l'arrêt *Collins* la Cour fonde l'interdiction des discriminations au regard de l'accès des demandeurs d'emploi aux prestations sociales visant la réinsertion professionnelle sur la lecture combinée des articles 45, 18 et 21 TFUE, dans l'arrêt *Ioannidis*, elle fonde ce droit à l'égalité de traitement sur l'article 45 TFUE.

²⁹⁷ Sous réserve que ces demandeurs d'emploi puissent établir un lien réel avec le marché de l'emploi de l'État d'accueil, en cherchant effectivement et réellement un emploi sur le territoire pendant une durée raisonnable. (CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité) Voir *infra*, seconde Partie.

215. Que cette approche permette effectivement d'étendre le champ de protection que le droit de l'Union octroie aux demandeurs d'emploi migrants est sans conteste. Cependant le choix de la Cour de créer en quelque sorte un régime spécial de l'égalité de traitement au profit des demandeurs d'emploi migrants, plutôt que de les soumettre au régime de l'égalité de traitement appliqué à d'autres inactifs, suscite néanmoins des interrogations. L'interprétation du champ d'application des dispositions de la liberté de circulation des travailleurs pour couvrir les demandeurs d'emploi alors qu'ils ne semblent pas être considérés comme destinataires desdites dispositions par leurs auteurs peut rendre cette extension artificielle et préjudiciable à la cohérence du droit de libre circulation dans son ensemble. En effet, l'interprétation large de la jurisprudence *Martínez Sala* paraît suggérer que tout ressortissant d'un État membre qui réside légalement sur le territoire d'un autre État membre dispose en principe d'un droit d'accès aux prestations sociales dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État. L'appui sur cette jurisprudence aurait permis un revirement total de la jurisprudence *Lebon* et une suppression de fait de la distinction entre travailleurs et demandeurs d'emploi quant au champ matériel du droit à l'égalité de traitement auquel ils peuvent prétendre en vertu de l'article 45 TFUE²⁹⁸. Toutefois, la Cour choisit de se placer sur le terrain de la libre circulation des travailleurs pour reconnaître le droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi, tout en limitant le revirement de la jurisprudence *Lebon* à ce qui concerne les prestations de nature financière qui visent à faciliter l'accès à l'emploi. Dans ces conditions, les demandeurs d'emploi migrants ne peuvent invoquer l'article 45, paragraphe 2, du traité FUE que pour obtenir l'égalité de traitement à l'égard des prestations de nature financière dès lorsqu'elles visent à faciliter l'accès à l'emploi. Dans la pratique la difficulté risque d'apparaître sur la définition des « prestations de nature financière qui visent à faciliter l'accès à l'emploi ». Il paraît délicat de distinguer les prestations qui concernent l'accès à l'emploi des autres avantages sociaux, compte tenu des spécificités des systèmes de protection sociale des États membres²⁹⁹.

216. Par ailleurs, la limitation du droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi aux prestations de nature à faciliter l'accès au marché du travail a pour conséquence qu'il serait

²⁹⁸ Notons néanmoins qu'à la différence des travailleurs, le droit à l'égalité de traitement en matière de prestations sociales des citoyens inactifs peut être légitimement subordonné par l'État membre d'accueil à l'existence de liens réels entre ceux derniers et la société de cet État. Voir *infra*, seconde Partie.

²⁹⁹ Est-ce que les prestations financières en général facilitent l'accès à l'emploi, plutôt que d'assurer les moyens financiers aux bénéficiaires ? Il peut ne pas exister le régime de sécurité sociale de type d'allocation de recherche d'emploi dans tous les États membres. Voir J. Meulman, H. de Waele, «Funding the life of Brian: Jobseekers, Welfare Shopping and the Frontiers of European citizenship», *LIEI*, 2004, p. 275-288, spé. p. 284.

plus favorable pour les inactifs de se placer sur le terrain de la citoyenneté que sur celui de la libre circulation des travailleurs³⁰⁰. Sous la condition similaire d'entretenir un lien réel avec l'État membre d'accueil, en tant que citoyens, les demandeurs d'emploi peuvent invoquer les articles 18 et 20 ou 21 TFUE pour prétendre à l'égalité de traitement à l'égard de toutes prestations sociales qui relèvent du champ d'application matériel du traité, y compris celles qui constituent les avantages sociaux au sens du règlement n°492/2011³⁰¹, tandis que sur le fondement de l'article 45, paragraphe 2, TFUE, leur droit à l'égalité de traitement est limité aux seules prestations de nature à faciliter l'accès au marché du travail.

217. Le choix prétorien de fonder le droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi sur les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs au lieu de celles relatives à la citoyenneté apporte une complication en plus à un régime déjà très complexe d'égalité de traitement des citoyens de l'Union. Aux catégories « travailleurs » et « inactifs », s'ajoute désormais la catégorie « demandeurs d'emploi ». Or, la coexistence de différents régimes de l'égalité de traitement des citoyens inactifs rend le système peu compréhensible aux yeux des citoyens. À titre d'exemple s'agissant des allocations d'attente belges, la Cour a reconnu dans une jurisprudence de 2002 le droit à l'égalité de traitement au regard desdites allocations à un ressortissant national qui a exercé son droit de libre circulation aux fins d'études et qui est de retour dans son État d'origine afin de chercher un premier emploi sur le fondement de la citoyenneté³⁰². Les intéressés dans les affaires *D'Hoop* et *Ioannidis* paraissent se trouver dans une situation similaire ; jeunes chômeurs qui demandent de bénéficier de l'allocation d'attente et dont la demande a été rejetée du fait qu'ils ont accompli leurs études secondaires dans un autre État membre. Mais en raison de leur qualification au regard du droit communautaire, les fondements de leur droit à l'égalité de traitement pour la même prestation sont distincts. Dans l'affaire *D'Hoop*, la Cour écarte la qualification de travailleur s'agissant des jeunes qui

³⁰⁰ Cependant l'entrée en vigueur de la directive 2004/38 (dont l'article 24, paragraphe 2 prévoit la possibilité d'exclure des demandeurs d'emploi du bénéfice de l'assistance sociale dans l'État membre d'accueil) et la jurisprudence *Vatsouras* (CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, précité) ont changé la donne. Voir *infra*, seconde Partie.

³⁰¹ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pt. 63.

³⁰² CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité. Elle considère que la différence de traitement entre les ressortissants nationaux selon leur lieu d'accomplissement des études « est contraire aux principes qui soutiennent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler » et ne peut être considérée comme objectivement justifiée. En effet, si la Cour reconnaît comme légitime, dans le cadre d'allocations d'attente destinées à faciliter le passage de l'enseignement au marché du travail, la volonté de s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné une condition unique relative au lieu d'obtention du diplôme de fin d'études secondaires présente toutefois un caractère trop général et exclusif et va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Voir *infra*, seconde Partie, Titre I, Chapitre I, Section II.

recherchent un premier emploi. D'après la Cour, cette qualification suppose que les intéressés aient déjà accédé au marché du travail par l'exercice d'une activité professionnelle réelle et effective³⁰³. Or, en sa qualité de citoyen migrant, Mlle. D'Hoop dispose du droit de ne pas subir une discrimination en raison de l'exercice de la liberté de circulation au regard de l'accès aux allocations d'attente, dès lors que ces dernières relèvent du champ d'application matériel du traité en vertu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011 au titre d'avantages sociaux. Au contraire dans l'arrêt *Ioannidis*, alors qu'un ressortissant d'un État membre à la recherche d'un premier emploi dans un autre État membre n'a jamais accédé au marché du travail de l'État membre d'accueil, son droit à l'égalité de traitement au regard de l'accès à de telles prestations découle de l'article 45, paragraphe 2, TFUE.

218. L'avocat général Colomer propose à la Cour de se fonder sur les dispositions relatives à la citoyenneté pour reconnaître le droit à l'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux au profit des demandeurs d'emploi migrants, étant donné que le droit à l'égalité de traitement que l'article 45, paragraphe 2, TFUE confère à ceux-ci se limite à l'égal accès aux emplois dans l'État membre d'accueil. En revanche, la Cour choisit de limiter le rôle de la citoyenneté à celui du principe d'interprétation de la liberté de circulation des travailleurs. Le fait que la Cour se retranche derrière les libertés économiques de circulation au lieu de fonder l'extension de la protection sociale au profit des demandeurs d'emploi directement sur la citoyenneté paraît souligner le caractère résiduel de la citoyenneté par rapport aux libertés économiques. Leur rapport est considéré en termes de relation *lex generalis - lex specialis* ; le principe général de l'égalité de traitement en combinaison avec les dispositions relatives à la citoyenneté ne trouvent à s'appliquer que dans l'hypothèse où les dispositions spécifiques interdisant les discriminations ne sont pas applicables. Cependant, c'est plutôt le fondement le plus protecteur des droits des citoyens qui devrait dorénavant prévaloir.

219. Il serait en fait plus cohérent, compte tenu de la vocation de la citoyenneté de constituer un statut fondamental commun à tous les ressortissants des États membres, de reconnaître aux demandeurs d'emploi le droit à l'égalité de traitement à l'égard de l'ensemble des prestations qui relèvent du champ d'application du traité, ou tout au moins à l'égard de celles qui peuvent être considérés comme avantages sociaux au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement

³⁰³ *Ibid.*, pt. 18 « l'application du droit communautaire en matière de libre circulation des travailleurs à propos d'une réglementation nationale touchant à l'assurance chômage requiert, dans le chef de la personne qui l'invoque, qu'elle ait déjà accédé au marché du travail par l'exercice d'une activité professionnelle réelle et effective, lui ayant conféré la qualité de travailleur au sens communautaire. Or, tel n'est pas, par définition, le cas des jeunes gens qui cherchent un premier emploi ».

n°492/2011. Les prestations sociales touchant à l'allocation chômage relèveraient du champ du droit communautaire en vertu de la même disposition, à savoir l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011, que ce soit à l'égard des travailleurs, demandeurs d'emploi ou autres citoyens inactifs. Seulement à la différence des travailleurs, les demandeurs d'emploi et les autres citoyens inactifs doivent prouver l'existence du lien avec l'État membre débiteur de la prestation. L'extension du droit à l'égalité de traitement au profit des demandeurs d'emploi sur le terrain de la citoyenneté européenne a le mérite de clarté du fait que tous les inactifs sont placés sous le même régime. Elle a aussi le mérite de contribuer à une certaine harmonisation des droits auxquels les citoyens inactifs peuvent prétendre en vertu du traité dans le contexte du maintien des différents fondements du droit de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens.

CONCLUSION DU TITRE I

220. Suite à la consécration de la citoyenneté européenne, tout citoyen de l’Union devient le sujet du droit de l’Union en vertu de son statut. L’exercice de la liberté de circulation qui lui est reconnu en vertu de l’article 21 TFUE permet de rattacher leur situation au champ d’application du traité indépendamment de l’exercice d’une activité économique transfrontalière. Néanmoins, la reconnaissance du droit général de libre circulation au profit des citoyens ne s’accompagne pas, contrairement à ce qui se passe dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, de la prohibition des discriminations en raison de la nationalité à l’encontre des citoyens qui usent du droit qui leur est reconnu par le traité. Il revient à la Cour de justice de construire le régime du droit de l’égalité de traitement au profit des citoyens migrants en associant le droit général de non-discrimination visé à l’article 18 TFUE au statut de citoyen.

221. La jurisprudence relative à la citoyenneté s’inscrit en effet dans la continuité des méthodes jurisprudentielles consistant à faire du principe de non-discrimination de l’article 18 TFUE une source du droit des individus. Mais au-delà de la légitimation de la jurisprudence « pré-citoyenneté », l’association du principe de non-discrimination avec les dispositions relatives à la citoyenneté donne une nouvelle dynamique au processus de démantèlement du principe de la nationalité de l’État providence. Les États membres sont tenus de s’abstenir de traiter différemment les citoyens migrants ressortissants d’autres États en matière d’accès aux prestations de l’État, sans égard à leur activité économique. Conformément au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, voire à la présomption de l’identité des situations entre les nationaux et les citoyens migrants³⁰⁴, le droit de l’Union prohibe la « dédifférenciation »³⁰⁵ entre les citoyens européens.

³⁰⁴ L. Azoulaï, «Marges de la citoyenneté européenne - obligations étatiques, équité transnationale, euro-bonds», in *La citoyenneté européenne [2e forum annuel de Trans Europe expert, TEE, à Paris le 1er avril 2011]*, B. Fauvarque-Cosson, E. Pataut, J. Rochfeld (dir.), Paris: Société de législation comparée, DL, 2011, p. 63-76, spéc. p. 67. L’auteur cite l’exemple de l’arrêt *Huber* dans lequel la Cour sanctionne la législation autrichienne prévoyant, dans le but de lutte contre la criminalité, la conservation systématique des données personnelles des ressortissants d’autres États membres, ce qui n’est pas le cas pour les nationaux. (CJCE, 16 décembre 2008, *Huber c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-524/06, Rec. p. I-9705).

³⁰⁵ L. Azoulaï, «Marges de la citoyenneté européenne - obligations étatiques, équité transnationale, euro-bonds», in *La citoyenneté européenne [2e forum annuel de Trans Europe expert, TEE, à Paris le 1er avril 2011]*, op.cit., p. 63-76, spéc. p. 68.

222. Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, associé à la citoyenneté de l’Union, constitue un instrument efficace de dénationalisation de l’État providence. L’article 18 TFUE est doté d’un potentiel important dans la mesure où il s’agit d’un principe général qui s’étend à tout le champ du traité et qui évolue au fil des modifications apportées à ce dernier. Son effectivité est d’ailleurs renforcée par une interprétation large de son champ d’application, de même que par une autonomisation successive par rapport à l’exercice de la liberté de circulation en vertu du traité, voire même, à l’exigence de l’élément d’extranéité. Cependant, ce principe n’est pas toujours adéquat pour combattre les clauses territoriales visant à limiter l’acquisition et la consommation des prestations sociales sur le territoire national. L’ouverture des frontières « territoriales » de l’État providence s’appuie principalement sur l’application du principe de libre circulation des citoyens.

TITRE II

LA LIBRE CIRCULATION DES CITOYENS ET LA DÉTERRITORIALISATION DE L'ÉTAT PROVIDENCE

223. Compte tenu de ses liens intrinsèques avec l'État-Nation, l'État providence hérite de ce dernier l'accent sur le principe de territorialité et circonscrit traditionnellement le champ de la protection sociale au territoire national. Le principe de territorialité comporte néanmoins un double aspect, potentiellement défavorable à la mobilité interétatique. D'une part, il implique que seuls les faits ou les évènements survenus sur le territoire national sont pris en compte aux fins de l'octroi ou du maintien des droits aux prestations. Il se traduit, à titre d'exemple, par l'exigence que les risques couverts par le système de sécurité sociale soient réalisés sur le territoire national, que les cotisations soient versées aux organismes sociaux nationaux, ou, encore que les périodes d'emploi, d'activité, de résidence, de cotisation ou de couverture nécessaires à l'ouverture du droit au bénéfice de certaines prestations soient accomplies à l'intérieur du territoire de l'État allocataire. D'autre part, le principe de territorialité subordonne l'octroi de prestations sociales à la résidence du bénéficiaire sur le territoire de l'État allocataire et exclut « l'exportabilité » des prestations acquises au titre d'un régime sur le territoire d'autres États membres. Il s'ensuit qu'un bénéficiaire perdra, totalement ou partiellement, le droit aux prestations sociales en cas de transfert de sa résidence hors du territoire de l'État sous la législation duquel il a acquis le droit à de telles prestations.

224. Conscients que le principe de territorialité risque d'affecter la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union, en les dissuadant de recourir à son exercice de peur de perdre la protection sociale offerte dans le cadre national, les auteurs du traité confient au législateur européen la tâche de mettre en place un régime de coordination des systèmes de sécurité sociale³⁰⁶. Ce système régi par le règlement n°3³⁰⁷, ensuite par le règlement n°1408/71³⁰⁸ et

³⁰⁶ Voir l'article 51 TCEE.

³⁰⁷ Règlement n° 3 du Conseil du 25 septembre 1958, précité.

³⁰⁸ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, précité.

récemment par le règlement n°883/2004³⁰⁹, vise à éliminer les obstacles à la liberté de circulation des travailleurs qui peuvent résulter des différences entre les systèmes de protection sociale des États membres en l'absence d'harmonisation. Les règlements prévoient plusieurs principes qui contribuent à surmonter les principes de nationalité et de territorialité de l'État providence en vue de garantir la libre circulation des travailleurs. Limité au départ aux travailleurs migrants, salariés ou indépendants, et aux membres de leur famille, le champ d'application des règlements a été successivement élargi de sorte à couvrir également les citoyens inactifs. Cependant, l'impact des règles de coordination sur le démantèlement du principe de territorialité vis-à-vis des citoyens inactifs s'avère relativement restreint, étant donné l'exclusion de certaines prestations sociales du champ d'application des règlements de coordination, de même que la limitation de la remise en cause du principe de territorialité à l'égard de certaines prestations relevant pourtant du champ d'application de ceux-ci.

225. Par suite de l'autonomisation du droit de libre circulation et de séjour par rapport à l'exercice d'une activité économique transfrontalière, le droit de l'Union est amené à s'intéresser au principe de territorialité de l'État providence dans une dimension non plus exclusivement économique. La volonté de rendre effectif le droit de libre circulation et de séjour que le traité confère aux citoyens conduit la Cour à appréhender plus extensivement et globalement les restrictions territoriales du droit aux prestations sociales des citoyens au titre des restrictions à la liberté de circulation citoyenne sur le fondement de l'article 21 TFUE (Chapitre I). La consécration de l'article 21 TFUE comme un instrument autonome d'appréhension des restrictions territoriales du droit aux prestations sociales des citoyens contribue à la multiplication des instruments de déterritorialisation de l'État providence en droit de l'Union. Il est devenu nécessaire d'articuler les dispositions du traité relatives à la liberté de circulation et celles du droit dérivé mettant en place le régime de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale traitant le principe de territorialité de l'État providence (Chapitre II).

³⁰⁹ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, précité. Il est entré en vigueur le 1er mai 2010. Les règlements n° 1408/71 et n° 574/72 demeureront en vigueur d'une part en ce qui concerne la coordination au profit des ressortissants des États tiers, d'autre part en ce qui concerne la coordination avec les États signataires du Traité sur l'Espace économique européen (Norvège Islande, Liechtenstein) et la coordination avec la Suisse.

CHAPITRE I

L'INTERDICTION DES RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ DE CIRCULATION DES CITOYENS :

INSTRUMENT DE DÉTERRITORIALISATION DU DROIT AUX PRESTATIONS SOCIALES

226. L'article 18 TFUE qui prohibe les discriminations à raison de la nationalité dans le champ d'application du traité constitue un instrument efficace pour combattre les discriminations imposées à l'accès aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil. Cependant, vis-à-vis des conditions de résidence imposées par l'État membre à ses ressortissants nationaux, il ne paraît pas constituer le fondement le plus adéquat de contrôle juridictionnel, dès lors que les désavantages subis par les citoyens ne sont pas dus à leur nationalité mais plutôt à leur usage du droit à la mobilité interétatique. D'ailleurs, l'invocabilité de l'article 18 TFUE par les citoyens migrants inactifs pour contester la légalité des clauses de résidence imposées par l'État membre d'accueil au titre d'une discrimination indirecte en raison de la nationalité paraît limitée à l'hypothèse où le demandeur réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil³¹⁰.

227. Dans ce contexte, l'article 21 TFUE constitue un fondement principal à disposition de la jurisprudence pour combattre les restrictions territoriales du droit aux prestations sociales dans la mesure où elles constituent des obstacles à l'exercice de la liberté fondamentale de circulation des citoyens. Son effectivité dans le démantèlement du critère de territorialité résulte tant de son invocabilité étendue (Section I) que de son rôle ambivalent permettant d'appréhender à la fois les restrictions territoriales émanant de l'État membre d'origine (Section II) et celles imposées par l'État membre d'accueil (Section III).

³¹⁰ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

SECTION I

L'ARTICLE 21 TFUE, INSTRUMENT EFFICACE AU SERVICE DE LA DÉTERRITORIALISATION

228. La possibilité d'appréhender les restrictions territoriales au paiement et à l'acquisition du droit aux prestations sociales sur le fondement de l'article 21 TFUE ne paraît être envisageable qu'après la reconnaissance de l'invocabilité directe de cet article (Paragraphe I). Afin d'assurer son effectivité dans la protection des droits des citoyens, la Cour de justice adopte une approche très large de son champ d'application (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'invocabilité directe de l'article 21 TFUE

229. Dans l'arrêt *Sala*, arrêt pionnier en matière du droit à l'égal accès aux prestations sociales des citoyens migrants, la question qui a été posée à la Cour ne portait pas sur le droit d'un citoyen de résider sur le territoire d'un État membre autre que le sien mais sur la possibilité qu'il bénéficie de l'allocation familiale dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État. La Cour s'est abstenue de statuer sur la nature du droit de libre circulation et de séjour que l'article 21 TFUE reconnaît aux citoyens et s'est contentée d'affirmer que l'intéressée était déjà autorisée à séjourner en Allemagne en vertu du droit national. De la même manière, ayant à statuer sur le droit du citoyen de circuler au sein de l'Union sans apporter la preuve de la nationalité dans l'affaire *Wijzenbeek*³¹¹, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de l'effet direct de l'article 21 TFUE. Cette affaire concernait le refus d'un ressortissant néerlandais de présenter le passeport aux autorités de police à l'aéroport de Rotterdam après un vol en provenance de Strasbourg. L'intéressé invoquait à cet égard les articles 26 et 21 TFUE. La Cour s'est limitée à affirmer que l'exercice de la liberté de circulation implique que la personne soit en mesure d'établir la nationalité d'un État membre.

230. Après une certaine période de réticence, la Cour a finalement franchi le pas décisif à l'occasion de l'arrêt *Baumbast* rendu en 2002³¹² pour statuer sur la question de l'effet direct de l'article 21 TFUE. Monsieur Baumbast, ressortissant allemand, avait résidé au Royaume-

³¹¹ CJCE, 21 septembre 1999, *Procédure pénale c/ Wijzenbeek*, aff. C-378/97, Rec. p. I-6207.

³¹² CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, Rec. p. I-7091.

Uni avec sa famille en tant que travailleur salarié et indépendant et a été ensuite envoyé par ses entreprises allemandes pour des missions en Lesotho et en Chine. Sa demande de renouvellement du permis de résidence a été rejetée par l'autorité britannique du fait qu'il n'avait plus la qualité de travailleur communautaire et que lui et les membres de sa famille ne disposaient pas d'une assurance maladie pour les soins urgents administrés au Royaume-Uni. Ils disposaient cependant d'une assurance maladie complète en Allemagne où ils se rendaient pour se soigner.

231. La question se pose alors de savoir si un citoyen de l'Union qui ne peut plus être considéré comme un travailleur migrant et ne peut donc plus bénéficier du droit de séjour en vertu de ce statut dans l'État membre d'accueil peut, en qualité de citoyen de l'Union, y bénéficier d'un droit de séjour par l'application directe de l'article 21, paragraphe 1, TFUE. Il s'agit en d'autres termes de savoir si cette disposition du traité est susceptible de conférer des droits que les particuliers peuvent invoquer en justice et que les juridictions nationales peuvent appliquer directement en lieu et place de la norme nationale contraire, voire en l'absence de toute règle nationale³¹³. Les États membres avancent à cet égard que l'article 21 TFUE ne confère pas à la liberté de circulation un contenu plus large différent de ce qui a été reconnu par le droit dérivé relatif à la libre circulation des inactifs. À défaut pour les citoyens migrants de satisfaire aux conditions auxquelles les directives subordonnent leur droit de séjour sur le territoire d'autres États membres, ils ne peuvent pas prétendre au droit de séjour en vertu de l'article 21 TFUE. La Cour affirme toutefois que le droit de séjournner sur le territoire des États membres prévu à l'article 21, paragraphe 1, TFUE est « reconnu directement à tout citoyen de l'Union par une disposition claire et précise du traité [FUE]. En sa seule qualité de ressortissant d'un État membre, et partant de citoyen de l'Union, Monsieur Baumbast a donc le droit de se prévaloir de l'article [21, paragraphe 1, TFUE] »³¹⁴.

232. En effet, pour être considérée comme d'application directe, la norme en question doit satisfaire aux exigences de clarté, de précision et d'inconditionnalité. La condition de clarté et de précision exige que la norme en question confère des droits aux particuliers dans des termes clairs et non équivoques. À cet égard, l'argument visant à contester la satisfaction de l'article 21 TFUE à cette condition consiste à comparer ce dernier à l'article 45 TFUE ; alors que l'article 45, paragraphe 2, impose aux États membres une obligation d'éliminer les

³¹³ CJCE, 4 décembre 1974, *van Duyn c/ Home Office*, aff. 41-74, Rec. p. 1337, pt.7.

³¹⁴ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, précité, pt. 84.

discriminations en raison de la nationalité à l'égard des travailleurs migrants, l'article 21 TFUE ne contient pas une obligation précise à cet égard. Il n'en reste pas moins que l'article 21 TFUE accorde explicitement aux individus le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, indépendamment de l'exercice des activités économiques. Afin de ne pas vider ce droit général de libre circulation et de libre séjour dans son effet utile, il convient de déduire de la disposition attribuant ce droit aux citoyens une obligation à la charge des États membres de ne pas entraver l'exercice d'un tel droit.

233. La condition d'inconditionnalité, pour sa part, implique que les dispositions invoquées ne soient subordonnées à aucune mesure d'exécution discrétionnaire des autorités européennes ou nationales. Elle doit se suffire à elle-même. L'objection qui est soulevée sur ce point porte sur le fait que le droit de libre circulation et de libre séjour reconnu aux citoyens par l'article 21 TFUE ne l'est que « sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ». Or, il convient de faire la distinction entre « l'existence » et « l'exercice » du droit. Comme a pu l'affirmer l'avocat général La Pergola, les limitations et les conditions auxquelles renvoie l'article 21 TFUE ne concernent que l'exercice concret du droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre et non son existence. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le droit des citoyens de circuler et de séjourner librement au sein de l'Union est érigé en vertu de l'article 21 TFUE au rang de normes primaires. « Son existence ou sa disparition n'est pas fonction du fait qu'il est limité ou non par d'autres dispositions communautaires, même de droit secondaire »³¹⁵. En effet, la présence d'un tel encadrement de *l'exercice* de la liberté reconnue aux individus par des conditions et limitations ne remet pas en cause *l'existence* de ladite liberté. Les libertés de circulation reconnues par les articles 45, 49 et 56 TFUE font également l'objet de restrictions, telles celles relatives aux emplois dans la fonction publique ou à l'exercice de l'autorité publique, de mêmes que des réserves d'ordre public, de santé publique et de sécurité publique. De telles restrictions ne font cependant pas obstacle à ce que la Cour reconnaissse le caractère directement applicable aux dispositions du traité consacrant la liberté de circulation des travailleurs, la liberté d'établissement ou la libre prestation de services. La seule différence consiste dans le fait que les conditions et limitations à l'exercice du droit de libre circulation et de séjour reconnu aux citoyens sont prévues par d'autres dispositions

³¹⁵ Concl. de l'avocat général La Pergola du 1 juillet 1997 sous CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pt. 18.

auxquelles renvoie l'article 21 TFUE et non contenues dans cet article lui-même à l'instar de l'article 45 TFUE³¹⁶.

234. Par ailleurs, certains avancent que l'exigence de l'inconditionnalité n'est pas satisfaite compte tenu de l'existence de l'article 21, paragraphe 2, TFUE qui prévoit que « si une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1 ». Or, il s'agit tout simplement d'une faculté reconnue au législateur européen d'adopter des mesures pour renforcer, faciliter l'exercice du droit de libre circulation qui existe déjà en vertu de l'article 21, paragraphe 1, TFUE³¹⁷.

235. La reconnaissance de l'invocabilité directe de l'article 21 TFUE par l'arrêt *Baumbast* prépare le terrain pour faire de cet article un instrument principal de déterritorialisation de l'État providence. Son potentiel est d'ailleurs renforcé compte tenu de son champ d'application étendu.

Paragraphe II : L'invocabilité étendue de l'article 21 TFUE

236. À l'instar de l'interprétation large du champ d'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, la jurisprudence adopte une approche extensive du champ d'application de l'article 21 TFUE afin d'assurer une plus grande protection possible des droits des citoyens de l'Union.

237. En rompant le lien entre la liberté de circulation et l'exercice d'une activité économique, l'article 21 TFUE permet de rattacher au champ d'application du traité la situation, qui en était auparavant exclue, d'un migrant qui circule entre les États membres aux fins non économiques (A). Par ailleurs, la liberté de circulation des citoyens en tant que liberté fondamentale a un effet attractif, elle justifie l'inclusion des domaines « affectés » par la circulation des citoyens, même ceux relevant des compétences des États membres, dans le champ d'application de l'article 21 TFUE (B).

³¹⁶ A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, op.cit., 2007, spéc. p. 380.

³¹⁷ *Ibid.*

A.) *Ratione personae : la prise en compte d'une migration non-économique*

238. En vertu de l'article 20, paragraphe 1, TFUE, toute personne qui a la nationalité d'un État membre possède le statut de citoyen de l'Union et se voit reconnaître en vertu du paragraphe 2 du même article les droits prévus par le traité, au nombre desquels figure le droit de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres mentionné à l'article 21, paragraphe 1, TFUE. Tout ressortissant d'un État membre peut invoquer ainsi sa qualité de citoyen pour prétendre au droit de libre circulation et de séjour en vertu du traité, indépendamment de sa qualité de travailleur.

239. Préalablement à l'institution de la citoyenneté et de la liberté de circulation au profit des citoyens, les ressortissants communautaires qui circulaient dans le but non-économique ont été délaissés par le droit communautaire, faute de possibilité de rattacher leur situation avec l'exercice d'une des libertés de circulation économiques³¹⁸. La consécration du droit général de libre circulation par l'article 21 TFUE permet d'intégrer désormais dans le champ du droit de l'Union les situations de tous citoyens qui circulent au sein de l'Union indépendamment du but d'une telle circulation. Il en résulte une amélioration des situations des citoyens qui circulent aux fins étrangères à l'exercice d'une activité économique au regard du droit de l'Union. Ces derniers peuvent dorénavant réclamer sur le fondement des articles 18 et 21 TFUE l'accès aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil dans des conditions égales avec les nationaux de cet État. Ils peuvent également invoquer le droit de ne pas se voir entraver dans l'exercice de leur liberté de circulation par la privation de la protection sociale en vertu de l'article 21 TFUE.

240. Au-delà, la consécration du droit général de libre circulation met fin également à l'exclusion des citoyens économiquement actifs qui se déplacent dans un autre État membre, non pas dans le but d'exercer une activité économique, mais d'y établir leur résidence. Antérieurement à la consécration de l'article 21 TFUE, ils étaient aussi exclus du champ de protection du droit de l'Union dès lors que leur migration était étrangère à l'exercice d'une activité économique. La jurisprudence *Werner*³¹⁹ de 1993 illustre la situation d'un travailleur frontalier qui exerce les activités professionnelles dans l'État membre dont il a la nationalité,

³¹⁸ Exception faite bien entendu de certains migrants semi ou non actifs auxquels la jurisprudence reconnaît le droit à l'égalité de traitement en appui de la liberté de circulation économique dans certains cas spécifiques, voir CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, précité, CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité.

³¹⁹ CJCE, 26 janvier 1993, *Werner c/ Finanzamt Aachen-Innenstadt*, aff. C-112/91, Rec. p. I-429.

mais qui réside sur le territoire d'un autre État membre. Monsieur Werner, un ressortissant allemand, avait obtenu les diplômes et les qualifications professionnelles et avait toujours exercé la profession de dentiste en Allemagne, d'abord en tant que salarié et ensuite non-salarié. Il résidait avec son épouse aux Pays-Bas. L'intéressé contestait la conformité de la législation fiscale allemande dont il faisait l'objet avec des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement. Il soutenait que ladite législation frappait les ressortissants nationaux qui exerçaient leur activité professionnelle sur le territoire national et qui y percevaient la totalité ou presque de leurs revenus d'une charge fiscale plus lourde lorsqu'ils ne résidaient pas dans cet État que lorsqu'ils y résidaient. L'intéressé estimait subir des désavantages fiscaux de la part de l'État membre dont il a la nationalité en raison de sa résidence sur le territoire d'un autre État membre.

241. Néanmoins, un désavantage imputé à l'intéressé en raison de sa résidence hors du territoire national ne pouvait être sanctionné par les règles sur la liberté d'établissement que s'il présentait un lien avec l'exercice des activités non salariées transfrontalières. Le fait que « M. Werner est un ressortissant allemand, qui a acquis en Allemagne ses diplômes et qualifications professionnelles, qui a toujours exercé son activité professionnelle dans ce pays et qui se voit appliquer la législation fiscale allemande » et que « le seul élément qui sorte du cadre purement national est le fait que M. Werner réside dans un État membre autre que celui où il exerce son activité professionnelle »³²⁰ ne permettait pas de déclencher l'application des règles relatives à la liberté d'établissement. En d'autres termes, la circulation et le séjour dans un autre État membre dans un but étranger à l'exercice des activités économiques ne permettaient pas de rattacher la situation des individus au champ d'application du traité.

242. En séparant le droit de séjourner dans un État membre de l'exercice d'une activité économique sur le territoire de cet État, l'article 21 TFUE permet de rattacher au champ de protection du traité la situation des citoyens qui exercent leur droit de circuler et d'établir leur résidence sur le territoire d'un État membre, tout en exerçant leur activité économique dans un autre État. La jurisprudence *Elsen*³²¹ de 2000 illustre l'influence de la citoyenneté, et du droit de libre circulation y afférant, dans l'élargissement du champ de protection *ratione personae* du droit de l'Union. Était en cause dans cette affaire le refus de l'autorité allemande de prendre en compte, aux fins de l'octroi d'une prestation de vieillesse, la période consacrée à

³²⁰ Pt. 16 et 17.

³²¹ CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, aff. C-135/99, précité.

l'éducation de l'enfant en France par une ressortissante allemande, ayant travaillé en Allemagne mais résidé en France, comme si cette période avait été accomplie sur le territoire national. La Cour a statué sur le fondement combiné des articles 18 et 39 TCE (21 et 45 TFUE) afin de condamner la législation allemande comme défavorisant les ressortissants des États membres qui ont exercé leur droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres.

243. L'invocabilité de l'article 21 TFUE pour rattacher la situation d'un citoyen qui circule pour un but étranger à l'exercice d'une activité économique est par la suite confirmée par l'arrêt *Turpeinen*³²². Après avoir exercé son activité professionnelle en Finlande, Madame Turpeinen, de nationalité finlandaise, a déplacé sa résidence en Espagne au moment où elle a pris sa retraite. En vertu de la Convention fiscale bilatérale conclue par l'Espagne et la Finlande en matière de double imposition, sa pension de retraite était imposable en Finlande. Cette pension a été soumise à un prélèvement à la source fixé forfaitairement à 35 % alors qu'elle n'aurait été imposée qu'au taux moyen de 28,5 % si l'intéressée avait continué à résider en Finlande. Le fait qu'elle a usé du droit de séjourner dans un autre État membre sans aucune intention d'y exercer une activité salariée ne lui permettait pas de bénéficier de l'application de l'article 39 TCE (45 TFUE). La Cour considère néanmoins, que l'usage par l'intéressée du droit de libre circulation et de séjour conféré par l'article 21 TFUE lui permet d'invoquer cette disposition contre son État d'origine. À cet égard, l'article 18 TCE (21 TFUE) offre une protection aux citoyens actifs dont la situation ne relève pas du champ d'application des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, salariés ou indépendants, dès lors que leur migration est étrangère à l'exercice de leur activité salariée.

244. Force est cependant de constater que la Cour procède par la suite à un revirement de sa jurisprudence concernant cette catégorie atypique de citoyens qui sont économiquement actifs mais dont le facteur de rattachement avec le droit de l'Union consiste dans l'exercice de la liberté de circulation dans un but étranger à leur activité économique. À cet égard, au lieu de fonder leur droit de circulation et de séjour sur l'article 21 TFUE, la Cour privilège une interprétation extensive du champ d'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des acteurs économiques, de sorte à englober également la migration à des fins non économiques des citoyens actifs. Dans l'affaire *Ritter-Coulais* de 2006³²³, la Cour procède à

³²² CJCE, 9 novembre 2006, *Turpeinen*, aff. C-520/04, Rec. p. I-10685.

³²³ CJCE, 21 février 2006, *Ritter-Coulais c/ Finanzamt Germersheim*, aff. C-152/03, Rec. p. I-1711.

un revirement implicite de la jurisprudence *Werner*. Cette affaire concerne les époux Ritter-Coulais qui travaillaient en tant qu'enseignants en Allemagne, mais résidaient dans une maison dont ils sont propriétaires en France. Monsieur a la nationalité allemande et Madame possède la double nationalité française et allemande. Pour l'exercice fiscal 1987, ils ont été imposés en Allemagne sur la totalité de leurs revenus et n'ont pas pu bénéficier de la prise en compte, pour le calcul du taux de l'impôt dont ils étaient redevables, des « revenus négatifs » résultant de la perte de revenus locatifs en raison de l'utilisation pour leurs besoins propres de leur maison à usage d'habitation situé en France. En effet, ils auraient pu en bénéficier si l'immeuble avait été situé en Allemagne. À l'instar de l'affaire *Werner*, l'élément qui ressort du cadre purement national était la résidence à des fins non professionnelles des intéressés dans un autre État membre. L'avocat général Léger conclut pour sa part à l'inapplicabilité de l'article 45 TFUE, dès lors que les éléments d'extranéité pertinents pour l'application de cet article, à savoir soit l'exercice d'une activité professionnelle dans un État membre autre que celui de la nationalité, soit l'acquisition d'un diplôme ou d'une qualification professionnelle dans un autre État membre, font défaut. La Cour considère toutefois que « tout ressortissant d'un État membre, indépendamment de son lieu de résidence et de sa nationalité, qui a fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs et qui a exercé une activité professionnelle dans un État membre autre que celui de résidence relève du champ d'application de [l'article 45 TFUE]»³²⁴. Constatant qu'ils travaillaient dans un État membre autre que celui où se trouvait leur résidence réelle, la Cour en déduit que leur situation relevait du champ d'application de l'article 45 TFUE. Elle conclut au final à l'incompatibilité de la réglementation nationale avec cette disposition dès lors qu'elle réserve un traitement moins avantageux aux travailleurs non-résidents, lesquels sont plus souvent propriétaires d'une maison située en dehors du territoire allemand que les résidents.

245. En abandonnant l'exigence de la circulation aux fins d'exercer une activité salariée dans un autre État membre comme condition de rattachement de la situation des individus au champ d'application du traité, la jurisprudence procède à une redéfinition du terme « travailleur migrant » et du champ d'application de la liberté de circulation des travailleurs. Pour relever du champ d'application de l'article 45 TFUE, il suffit dorénavant de travailler dans un État membre, même celui dont on est national, tout en résidant dans un autre État membre. Sans une motivation supplémentaire, l'argument avancé par la Cour se prête à des

³²⁴ Pt. 31 de l'arrêt.

critiques. Comment la résidence à des fins privées sur le territoire d'un autre État membre permet de rattacher la situation d'un national exerçant une activité salariée dans son État membre d'origine au champ d'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs ? Le choix de l'article 45 TFUE comme base juridique paraît peu pertinent en l'absence de lien de causalité entre l'exercice de la liberté de circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre et l'exercice des activités salariées.

246. La particularité de l'affaire ayant donné lieu à larrêt *Ritter-Coulais* à savoir que des faits de l'espèce (1987) étaient antérieurs à la consécration de la citoyenneté et liberté de circulation citoyenne pourraient laisser penser à la portée limitée de cet arrêt. Nonobstant l'incohérence soulignée, cette interprétation extensive du champ d'application du droit de la libre circulation des travailleurs, déconnectée avec le motif de la circulation, a été étendue au travailleur non salarié relevant de l'article 49 TFUE quelques mois plus tard³²⁵. Par ailleurs, la Cour a confirmé récemment la possibilité de qualifier de travailleur frontalier les nationaux qui occupent un emploi dans l'État membre d'origine, mais qui résident sur le territoire d'un autre État membre à l'occasion des arrêts *Hartmann*³²⁶ et *Hendrix*³²⁷ de 2007. Désormais le seul fait que le migrant exerce une activité professionnelle dans un État membre et réside dans un autre État membre suffit à lui donner la qualité de travailleur migrant, salarié ou indépendant, au sens des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs et à la liberté d'établissement, indépendamment de l'objectif de son déplacement.

247. De ces arrêts, il résulte en pratique une extension des droits consacrés par les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs à ceux qui en réalité usent du droit de libre circulation et de séjour en vertu de l'article 21 TFUE. Il est sans conteste qu'un tel élargissement du champ d'application de la liberté de circulation des travailleurs permet de renforcer la protection des citoyens migrants, dès lors que les droits que les travailleurs migrants peuvent tirer du traité sont plus importants et d'une étendue plus large que ceux reconnus aux citoyens inactifs. Or, le motif pour lequel un individu exerce son droit de

³²⁵ CJCE, 7 septembre 2006, *N c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, aff. C-470/04, Rec. p. I-7409.

³²⁶ CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité. Il concerne le refus de l'allocation d'éducation allemande à une conjointe d'un fonctionnaire allemand travaillant en Allemagne au motif de leur résidence hors du territoire de l'Allemagne.

³²⁷ CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix c/ Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, aff. C-287/05, Rec. p. I-6909. Cette affaire concerne le refus du maintien d'une allocation de l'incapacité de travail à un jeune handicapé néerlandais suite au transfert de sa résidence sur le territoire d'un autre État membre.

circuler et de séjourner sur le territoire d'autres États membres constitue le critère objectif permettant de distinguer les différentes catégories des bénéficiaires du droit de l'Union. L'appréhension des situations de ces travailleurs frontaliers atypiques sur le fondement de la libre circulation des citoyens à l'instar de la jurisprudence *Elsen* sera plus pertinente dès lors que la migration dans les cas d'espèce n'a pas été guidée par le motif économique. Cette option permettrait surtout d'affirmer le caractère universel du statut de citoyen et du droit de libre circulation de l'article 21 TFUE. Rien n'empêche dans la pratique la Cour de renforcer les droits des citoyens migrants en étendant les droits reconnus aux travailleurs au bénéfice des citoyens qui circulent aux fins non économiques sur le fondement de la liberté de circulation des citoyens³²⁸. Jusqu'à présent, la Cour préfère se garder d'effacer purement et simplement les distinctions opérées par le traité entre les catégories des bénéficiaires de la libre circulation ainsi que les régimes qui s'en suivent. L'assimilation des travailleurs qui circulent pour un motif étranger à leur activité professionnelle aux travailleurs migrants permet de les faire bénéficier d'une protection plus complète offerte par les dispositions du traité et du droit dérivé relatives à la libre circulation des travailleurs, sans que la Cour soit pour autant obligée de généraliser le droit d'exportabilité des prestations sociales au profit de tous citoyens migrants selon la même approche.

248. Au moins à l'égard de la délimitation du champ d'application matériel de l'article 21 TFUE, le caractère fondamental et attractif de la liberté de circulation des citoyens est affirmé comme tel.

B.) Ratione materiae : la prise en compte des domaines « affectés » par la circulation des citoyens

249. La délimitation du champ d'application matériel de l'article 21 TFUE suppose la délimitation des domaines dans lesquels les autorités nationales sont tenues d'observer le principe de libre circulation des citoyens dans l'édition et l'exécution des réglementations nationales. Il s'agit de délimiter l'étendue dans laquelle les mesures nationales sont susceptibles d'être soumises au contrôle juridictionnel de conformité avec l'exigence de la libre circulation des citoyens. Dans ce contexte, une question se pose de savoir si l'invocabilité de l'article 21 TFUE pour sanctionner une clause de résidence entraînant le

³²⁸ En effet, concernant le droit d'accès non discriminatoire des citoyens inactifs aux prestations sociales dans l'État membre d'origine, la Cour a déjà étendu les droits aux avantages sociaux et fiscaux prévus pour les travailleurs, au profit des citoyens migrants inactifs. CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

refus d'octroi des prestations sociales aux citoyens migrants est subordonnée à la condition que ladite prestation relève également du domaine de compétence de l'Union ou qu'il existe des réglementations des institutions de l'Union.

250. La réponse positive à cette question restreindrait l'invocabilité de l'article 21 TFUE aux domaines dans lesquels le traité confère la compétence aux institutions de l'Union et exempterait les États membres de l'obligation de respecter la liberté de circulation des citoyens dans les domaines où ils maintiennent leur compétence. C'est d'ailleurs la thèse défendue par les États membres dans les litiges mettant en cause le principe de territorialité. D'après eux, la délimitation du champ d'application matériel de l'article 21 TFUE doit correspondre au partage des compétences entre l'Union et les États membres. L'article 21 TFUE ne pourrait être invoqué que si, au-delà du simple exercice de la liberté de circulation, les faits au principal se rapportent à une matière régie par le droit de l'Union.

251. La Cour de justice adopte, au contraire, une position en faveur d'un champ d'application large du traité dès lors que sont en jeu les droits que le traité reconnaît aux citoyens. De la même manière que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité visé à l'article 18 TFUE peut trouver à s'appliquer dans les domaines où le traité ne confère pas aux institutions de l'Union une compétence spécifique, le droit des citoyens de circuler et séjourner librement au sein de l'Union consacré à l'article 21 TFUE peut être invoqué même lorsque sont impliqués les domaines de compétence des États membres. Comme l'a relevé l'avocat général Kokott dans ses conclusions sur l'affaire *Tas-Hagen*, la référence par la Cour dans sa jurisprudence appliquant conjointement les articles 18 et 21 TFUE³²⁹ au fait que le domaine ou la prestation sociale en question est régi par le droit de l'Union ou vise à la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union ne joue qu'« un rôle accessoire » et ne constitue en aucun cas une condition impérative d'applicabilité de l'article 21 TFUE à l'égard des restrictions territoriales aux prestations sociales des citoyens migrants³³⁰. Il ressort de la jurisprudence que le constat qu'une matière relève de la compétence des États membres n'empêche pas l'examen juridictionnel du respect par les autorités nationales du droit de l'Union et plus particulièrement de la liberté de circulation et de séjour reconnue aux citoyens. La Cour de justice s'estime en effet compétente pour statuer sur la conformité des conditions

³²⁹ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité.

³³⁰ Concl. de l'avocat général Kokott du 30 mars 2006 sous CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, Rec. p. I-10451, pt. 32.

territoriales restrictives du droit aux prestations sociales avec le droit de libre circulation des citoyens même dans les domaines qui relèvent de la compétence nationale. Il en est ainsi s'agissant de l'aménagement des systèmes nationaux de sécurité sociale³³¹, de l'organisation de systèmes éducatifs nationaux³³², des prestations visant à dédommager les victimes de la guerre³³³, ou encore de la fiscalité³³⁴.

252. Par une formule jurisprudentielle devenue classique, la Cour affirme que même dans le domaine qui relève de la compétence des États membres, ces derniers « doivent exercer une telle compétence dans le respect du droit de l'Union, en particulier des dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres »³³⁵. D'ailleurs, elle considère également avoir affaire à une situation relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit de l'Union lorsqu'un citoyen a fait usage de sa liberté de circulation conformément à l'article 21, paragraphe 1, TFUE. À cet égard, la Cour pose que les situations qui relèvent du champ d'application matériel du traité « comprennent, notamment, celles relevant de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article [21 TFUE] »³³⁶.

³³¹ CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, aff. C-135/99, précité. Cette affaire concerne le refus de l'autorité allemande de prendre en compte, en tant que périodes d'assurance aux fins de l'octroi d'une prestation de vieillesse, les périodes consacrées à l'éducation de l'enfant en France par une ressortissante allemande, ayant travaillé en Allemagne mais résidé en France, comme si cette période avait été accomplie sur le territoire national. Il s'agit d'un refus d'assimiler les faits accomplis dans un autre État membre à ceux accomplis sur le territoire national pour ouverture du droit.

³³² CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan c/ Bezirksregierung Köln*, aff. C-11/06, Rec. p. I-9161.

³³³ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas c/ Raadskamer WUBO van de Pensioen-en Uitkeringsraad*, aff. C-192/05, Rec. p. I-10451, CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska c/ Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, aff. C-499/06, Rec. p. I-3993, CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-221/07, Rec. p. I-9029.

³³⁴ CJCE, 29 avril 2004, *Pusa c/ Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö*, aff. C-224/02, Rec. p. I-5763 (l'exécution forcée : le refus de prendre en compte l'impôt sur le revenu payé dans un autre État membre (de résidence) pour le calcul d'une quotité insaisissable), CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz c/ Finanzamt Bergisch Gladbach*, aff. C-76/05, Rec. p. I-6849 (le refus d'abattement fiscal au titre des frais de scolarité versés à des écoles établies dans un autre État membre), CJCE, 23 avril 2009, *Rüffler c/ Dyrektor Izby Skarbowej we Wrocławiu Ośrodek Zamiejscowy w Walbrzychu*, aff. C-544/07, Rec. p. I-3389 (le refus de réduire du montant de l'impôt sur le revenu les cotisations d'assurance-maladie acquittées dans un autre État membre).

³³⁵ CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, aff. C-135/99, précité, pt. 33, CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité, pt. 22, CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, pt. 24, CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité, pt. 28.

³³⁶ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, précité, CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, pts. 32-33, CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, pts. 28-29, CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz*, aff. C-76/05, précité, pt. 87, CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, pt. 24, CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité, pt. 28.

253. Une fois établi que le citoyen use effectivement de son droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre, le facteur pertinent pour justifier l'application de l'article 21 TFUE, même à l'égard du refus des prestations sociales qui ne sont pas régies en tant que telles par le droit de l'Union, consiste dans l'existence d'« une relation de cause à effet »³³⁷ entre l'usage du droit de libre circulation en vertu de cet article et la perte du droit aux prestations sociales en vertu du droit national. C'est l'impact de l'exercice par les citoyens de leur droit de libre circulation reconnu par l'ordre juridique de l'Union sur leur possibilité d'obtenir les prestations sociales en vertu de la réglementation nationale qui justifie que cette dernière soit soumise au contrôle juridictionnel de sa conformité avec l'article 21 TFUE, indépendamment de l'attribution de la compétence à l'égard des prestations litigieuses à l'Union³³⁸.

254. À défaut de lien entre l'exercice par les citoyens du droit de libre circulation et de séjour en vertu du traité et l'incidence négative sur sa situation au regard du droit d'un État membre, l'application de l'article 21 TFUE pourrait être écartée. Tel est le cas de l'affaire *Baldinger*³³⁹, où était en cause le refus d'octroi d'une indemnisation d'anciens prisonniers de guerre en raison de la nationalité du demandeur. Monsieur Baldinger, de nationalité autrichienne, avait participé à la seconde guerre mondiale et avait été détenu à l'issue de celle-ci comme prisonnier de guerre en URSS. Il avait ensuite renoncé à sa nationalité autrichienne au profit de la nationalité suédoise. Il remplissait les conditions matérielles auxquelles la loi autrichienne subordonnait l'octroi de la pension versée aux anciens prisonniers de guerre mais s'est vu refuser le bénéfice d'une telle pension, faute de posséder la nationalité autrichienne. La Cour se contente d'affirmer l'inapplicabilité du principe de non-discrimination en raison de la nationalité du fait que la prestation litigieuse ne relève pas du champ d'application du règlement n°1408/71 (devenu règlement n°883/2004), ni ne concerne les conditions de travail des travailleurs migrants au sens de l'article 39, paragraphe 2, TCE (devenu 45 TFUE), ni constitue un avantage social visé à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011). Le non examen de la législation en question à l'égard de l'article 21 TFUE se justifie par le fait que le refus d'octroi de la prestation en cause n'était pas le résultat de l'exercice de la liberté de circulation des citoyens, mais plutôt celui du changement

³³⁷ A. Jaume, «La territorialité des droits sociaux au regard du droit communautaire», *JTT*, 2007, p. 69-78, spéc. p. 74.

³³⁸ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité, pts. 26 et 27, CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, pts. 28 et 29.

³³⁹ CJCE, 16 septembre 2004, *Baldinger c/ Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*, aff. C-386/02, Rec. p. I-8411.

subséquent de la nationalité de l'intéressé. Si la perte du droit aux prestations avait été la conséquence de l'exercice de la liberté de circulation du citoyen, l'article 21 TFUE aurait pu être invoqué avec succès pour contester le bien-fondé de la restriction territoriale imposée par l'État membre allocataire³⁴⁰. C'est moins la non-appartenance de la prestation demandée au domaine de la compétence des institutions que l'absence de lien entre l'exercice de la libre circulation et la perte de droit ou protection sociale qui justifie l'inapplicabilité de l'article 21 TFUE dans le cas d'espèce.

255. Ceci étant dit, une précision doit être soulignée. Si le caractère fondamental de la liberté de circulation reconnue aux citoyens justifie l'invocabilité de l'article 21 TFUE à l'égard des restrictions territoriales des droits aux prestations qui ne relèvent pas en tant que telles de domaines de compétence de l'Union, il ne s'agit pas d'intégrer, comme telles, ces prestations dans le champ d'application du droit de l'Union. Il s'agit seulement de soumettre les conditions d'éligibilité aux prestations, telle la résidence sur le territoire, dans la mesure où elles affectent l'exercice du droit de libre circulation des citoyens, au contrôle de conformité avec le droit de libre circulation et de séjour consacré à l'article 21 TFUE. Selon Madame Spaventa, « il ne s'agit pas de faire entrer ces prestations dans le champ d'application du droit communautaire, mais plutôt de faire entrer dans celui de l'article [21] du traité [FUE] toutes les entraves à la liberté de circulation et de résidence dans un autre État membre »³⁴¹. Dès lors que les législations nationales régissant l'accès aux prestations données sont susceptibles d'affecter ou de restreindre le droit qu'il reconnaît aux citoyens de l'Union, l'article 21 TFUE peut trouver à s'appliquer à ces législations dans les limites de ce qui concerne la liberté de circulation citoyenne.

256. La technique à laquelle la Cour recourt afin de justifier un champ d'application extensif des dispositions du traité, paraît être celle de « la préemption »³⁴². Cette technique, inspirée du système fédéral, consiste à « [disjoindre] le champ d'application du droit communautaire et le domaine des compétences de la Communauté »³⁴³. Le fait qu'un domaine donné relève de la compétence réservée aux États membres n'implique pas en soi l'inapplicabilité des règles du

³⁴⁰ Concernant l'argument en faveur de l'applicabilité de l'article 21 TFUE, voir Concl. de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer du 11 décembre 2003 sous CJCE, 16 septembre 2004, *Baldinger c/ Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*, aff. C-386/02, Rec. p. I-8411, pts. 29-34.

³⁴¹ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136, p.131.

³⁴² L. Azoulai, «Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence», *RTDE*, 2008, p. 29-45.

³⁴³ *Ibid.*

droit de l'Union. À partir du moment où une réglementation nationale présente un lien avec les droits et les libertés que l'Union protège ou avec les compétences ou les objectifs qui lui ont été confiés, ou, lorsqu'elle constitue « le support d'une forme d'intégration économique ou sociale »³⁴⁴ de l'Union, elle peut être considérée comme relevant du champ du droit de l'Union. À cet égard, il convient de faire une distinction entre « l'existence » et « l'exercice » des compétences étatiques ; « la reconnaissance en principe d'une compétence réservée des États membres ne fait pas obstacle à ce que l'exercice de cette compétence soit soumis au respect des dispositions fondamentales du traité, libertés économiques et droits de la citoyenneté »³⁴⁵.

257. Cette approche qui permet l'appréhension par l'article 21 TFUE des restrictions territoriales des droits aux prestations sociales sans égard à l'appartenance desdites prestations au domaine de la compétence nationale ou européenne est bienvenue. En tant que « liberté fondamentale » garantie par le traité³⁴⁶, la liberté de circulation et de séjour reconnue aux citoyens de l'Union doit être largement interprétée. Son champ d'application ne peut être restreint à certains domaines spécifiques, ni aux seuls domaines à l'égard desquels le traité contient des références explicites ou confère aux institutions des compétences propres. De la même manière que l'exclusion desdits domaines du champ d'application des libertés fondamentales classiques nuirait à la réalisation du marché intérieur, la limitation de l'obligation des États membres de respecter la liberté de circulation consacrée à l'article 21 TFUE uniquement à certains domaines pour lesquels le traité a reconnu à l'Union des compétences propres ou dans lesquels il existe une réglementation de droit de l'Union « serait tout aussi contraire au concept de citoyenneté de l'Union, entendu comme statut fondamental de tous les citoyens de l'Union »³⁴⁷.

258. Il est sans conteste que la possibilité pour les autorités nationales de conditionner l'ouverture du droit aux prestations sociales aux faits accomplis sur le territoire ou de subordonner leur octroi à la résidence dans l'État membre allocataire relève de la politique sociale nationale. Cependant, une telle politique est susceptible de restreindre l'exercice du

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, pt. 29 « Parmi les situations relevant du domaine d'application du droit communautaire figurent celles relatives à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, notamment celles relevant de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article [21 TFUE] ».

³⁴⁷ Concl. de l'avocat général Kokott du 30 mars 2006 sous CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité.

droit de libre circulation et de séjour des citoyens, en les dissuadant d'exercer ce droit par crainte de perdre le droit aux prestations sociales. Si les États membres restent entièrement libres dans l'exercice de leur compétence retenue et sont autorisés à dissuader ou empêcher indirectement les citoyens d'exercer leur droit de libre circulation à travers leur réglementation en matière sociale, le droit de libre circulation reconnu aux citoyens serait privé de son effet utile. Il est dès lors nécessaire d'encadrer la capacité des États membres à restreindre indirectement le droit de libre circulation des citoyens, même au-delà du domaine de compétence de l'Union. Conformément au principe de « coopération loyale », repris à l'article 4 TUE, les États membres doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre leurs obligations résultant du traité et s'abstenir de nuire au bon fonctionnement de l'Union.

259. La prohibition des restrictions territoriales du droit aux prestations sociales des citoyens migrants repose sur le principe selon lequel les États membres ne peuvent pas pénaliser les citoyens qui souhaitent ou qui ont exercé la liberté de circulation et de séjour en vertu du traité, y compris leurs ressortissants nationaux.

SECTION II

L'APPRÉHENSION DES RESTRICTIONS TERRITORIALES ÉMANANT DE L'ÉTAT MEMBRE D'ORIGINE

260. S'agissant d'appréhender les restrictions territoriales du droit aux prestations sociales qu'un État membre impose à ses propres ressortissants, la prohibition des discriminations en raison de la nationalité en vertu de l'article 18 TFUE ne paraît pas constituer un fondement adéquat. Les traitements défavorables que l'État membre inflige à ses nationaux sont dus à leur exercice, passé, présent, ou à venir, du droit de libre circulation et non pas à leur nationalité.

261. En dépit de ce constat, la Cour s'attache dans un premier temps à la logique de discrimination dans l'appréhension des restrictions territoriales à la liberté de circulation des citoyens inactifs (Paragraphe I). Par la suite, la Cour érige l'article 21 TFUE comme fondement autonome pour prohiber les restrictions à la libre circulation des citoyens, même celles qui ne sont pas de nature discriminatoire (Paragraphe II).

Paragraphe I : De l'interdiction des discriminations liées à la circulation

262. Invitée à statuer sur la conformité d'une condition territoriale à l'acquisition d'un droit aux prestations sociales émanant de l'État membre d'origine dans l'affaire *D'Hoop*³⁴⁸, la Cour se montre attachée à l'approche de discrimination qui domine jusqu'alors la construction du statut social des citoyens. Cette affaire concerne le traitement défavorable opposé par l'État membre à ses nationaux de retour dans l'État membre après l'exercice du droit de libre circulation aux fins non-économiques dans un autre État membre. Mlle. D'Hoop est une étudiante de nationalité belge qui a poursuivi ses études secondaires en France. Elle a obtenu en 1991 le Baccalauréat reconnu par les autorités belges comme équivalent au certificat homologué d'enseignement secondaire supérieur national. Elle est ensuite revenue en Belgique pour poursuivre ses études universitaires. Ayant terminé ses études et à la recherche d'un emploi, elle a demandé à bénéficier des allocations d'attente destinées aux jeunes chômeurs à la recherche d'un premier emploi qui combinent le bénéfice des indemnités et le droit d'accès à des programmes spéciaux de mise au travail. Or, les allocations d'attente lui ont été refusées au motif qu'elle a accompli ses études secondaires dans un autre État membre. Le refus des allocations litigieuses à Mlle. D'Hoop paraît être une conséquence de l'exercice préalable du droit de libre circulation et de séjour aux fins d'études sur le territoire d'un autre État membre.

263. La difficulté pour déterminer le fondement applicable à la situation de l'espèce tient probablement au fait qu'il est possible de donner différentes qualifications à une situation donnée en fonction de l'approche adoptée. Apprécié *in abstracto*, le principe de territorialité, se traduisant, à titre d'exemple, en termes de conditions de résidence ou d'accomplissement des études sur le territoire, est susceptible d'affecter davantage les ressortissants d'autres États membres, pour qui l'exigence de territorialité sera plus difficile à remplir par rapport aux nationaux. Ce principe opère ainsi potentiellement une discrimination indirecte en raison de la nationalité. La première option consiste alors à qualifier la législation nationale litigieuse comme une discrimination indirecte en raison de la nationalité. En effet le principe d'égalité de traitement inscrit à l'article 18 TFUE n'interdit pas seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent, en fait, au

³⁴⁸ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité.

même résultat³⁴⁹. La condition tenant à l'accomplissement des études sur le territoire national, *a priori* non basée sur le critère de nationalité, est néanmoins plus facilement remplie par les nationaux. La situation de Mlle. D'Hoop serait soit assimilée à, soit représentative de celle des ressortissants d'autres États membres. Ainsi malgré le fait que le cas d'espèce concerne le droit aux prestations sociales d'un national, la législation litigieuse est « potentiellement » indirectement discriminatoire pour les ressortissants d'autres États membres.

264. Cependant, concrètement, Mlle. D'Hoop subit un désavantage de la part de son État membre d'origine non en raison de sa nationalité mais uniquement du fait de l'exercice du droit qui lui est conféré par le traité. Une telle différence de traitement n'est pas motivée par sa nationalité mais est liée à son exercice préalable du droit de libre circulation. La différence de traitement existe entre les nationaux qui usent du droit de libre circulation et ceux qui restent sur le territoire. La législation nationale s'analyse en une restriction de liberté de circulation imposée à la sortie (qui pénalise un national à son retour sur le territoire après avoir exercé la liberté de circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre).

265. Une autre voie, choisie par la Cour, consiste à admettre que la discrimination en raison de l'exercice de la libre circulation est sanctionnée en tant que telle, de manière autonome. Probablement consciente de la limite textuelle de l'article 18 TFUE qui ne prohibe formellement que les discriminations fondées sur la nationalité³⁵⁰, la Cour évite de l'invoquer pour condamner la législation litigieuse. Elle choisit en effet de s'appuyer sur le « statut de citoyen », tel qu'il est interprété par sa jurisprudence *Grzelczyk*, comme « source » du droit à l'égalité de traitement au profit des citoyens³⁵¹. Elle affirme qu'un citoyen de l'Union doit se voir reconnaître dans tous les États membres le même traitement juridique que celui qui est accordé aux ressortissants de ces États membres se trouvant dans la même situation. Il serait dès lors « incompatible avec le droit de la libre circulation qu'il puisse se voir appliquer dans l'État membre dont il est ressortissant un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de

³⁴⁹ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, aff. 152-73, Rec. p. 153, pt. 11.

³⁵⁰ Il est cependant avancé que le principe général de l'égalité de traitement, dont les articles 18, 45, 49, 56 TFUE constituent une application spécifique, permet au juge de généraliser l'interdiction des discriminations au-delà du critère de la nationalité expressément prévu par le traité. R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice*, Paris: L.G.D.J., 2003.

³⁵¹ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, pt. 31. « Ce statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application ratione materiae du traité, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique ».

circulation. Ces facilités ne pourraient en effet produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un État membre pouvait être dissuadé d'en faire usage par les obstacles mis, à son retour dans son pays d'origine, par une réglementation pénalisant le fait qu'il les a exercées »³⁵². Elle conclut que la législation nationale qui opère une différence de traitement entre les ressortissants nationaux selon qu'ils ont fait toutes leurs études secondaires dans l'État membre ou dans un autre État membre est contraire aux « principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler »³⁵³.

266. Si au début du raisonnement la Cour met l'accent sur l'effet utile du droit de libre circulation ainsi que sur les obstacles que les désavantages imposés aux citoyens migrants peuvent créer à l'exercice de ce droit³⁵⁴, elle ne condamne pas au final la législation nationale au titre de restriction à la liberté de circulation, ni ne fait référence expresse à l'article 21 TFUE. Elle insiste au contraire sur le caractère discriminatoire de la législation belge qui désavantage les nationaux ayant exercé leur liberté de circulation aux fins des études dans un autre État membre. Les restrictions territoriales imposées par les États membres à leurs ressortissants nationaux en raison de l'exercice du droit de libre circulation peuvent être ainsi considérées, si non justifiées, comme une violation du droit à l'égalité de traitement attaché au statut fondamental des citoyens³⁵⁵.

267. Cette approche est par la suite confirmée par la jurisprudence *Pusa*³⁵⁶ relative à la restriction du droit à déduction d'impôt uniquement lorsque celui-ci est payé à la source. Un ressortissant finlandais, titulaire d'une pension d'invalidité finlandaise, vivait et payait l'impôt sur le revenu en Espagne. En raison d'une dette contractée par lui en Finlande, sa pension a fait l'objet d'une saisie. En vertu de la législation finlandaise applicable, le montant saisi a été calculé de manière à lui assurer un revenu minimal, mais ce calcul ne tenait pas compte de l'impôt sur le revenu qu'il payait en Espagne pour la détermination d'une quotité insaisissable. La Cour réitère la jurisprudence *D'Hoop* afin de sanctionner la législation nationale litigieuse du fait qu'elle opère une inégalité de traitement à raison de l'exercice de la liberté de

³⁵² CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, pts. 30 et 31.

³⁵³ *Ibid.*, pts. 34 et 35.

³⁵⁴ *Ibid.*, pt. 31.

³⁵⁵ Notons cependant le caractère peu explicite du dispositif de l'arrêt qui se contente d'affirmer que « le droit communautaire s'oppose à ce qu'un État membre refuse à l'un de ses ressortissants, étudiant à la recherche d'un premier emploi, l'octroi des allocations d'attente au seul motif que cet étudiant a terminé ses études secondaires dans un autre État membre ».

³⁵⁶ CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, aff. C-224/02, précité.

circulation, contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler³⁵⁷.

268. Des arrêts *D'Hoop et Pusa*, il ressort que le statut fondamental de citoyen de l'Union garantit à ses titulaires un même traitement juridique dans l'exercice de leur liberté de circulation, et ceci même au-delà de prohibition des discriminations en raison de la nationalité. Le droit à l'égalité de traitement attaché au statut de citoyen de l'Union interdit à la fois les discriminations en raison de la nationalité et celles subies en raison de l'exercice de liberté de circulation conférée par le traité. À cet égard il exige non seulement l'égalité de traitement entre les ressortissants d'autres États membres et les nationaux de l'État membre d'accueil, mais encore entre les migrants et les sédentaires ressortissants d'un même État membre. À cet égard, le principe de non-discrimination contribue aussi à lutter contre le principe de territorialité du droit aux prestations sociales.

269. Ces jurisprudences témoignent toutefois de l'attachement de la Cour de justice à l'approche de discrimination, même si ces restrictions ne se fondent pas réellement sur la nationalité. La préférence prétorienne pour une telle approche paraît s'expliquer par sa volonté de rester dans la ligne de sa jurisprudence relative à la citoyenneté qui met l'accent sur l'égalité de traitement. La prohibition des discriminations en raison de la nationalité paraît probablement être un fondement plus légitime que l'interdiction des entraves³⁵⁸. Cependant, l'appréhension des restrictions territoriales, notamment celles émanant de l'État membre dont les citoyens ont la nationalité, par le biais de l'article 21 TFUE aurait le mérite de donner un fondement textuel concret à la prohibition de traitement défavorable lié à l'exercice de la liberté de circulation, sans créer des confusions avec l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité.

Paragraphe II : À la prohibition des restrictions à la circulation

270. Ultérieurement à la reconnaissance de l'effet direct de l'article 21 TFUE par le célèbre arrêt *Baumbast* de 2001, la Cour accepte d'ériger cet article en fondement autonome pour examiner la légalité des restrictions territoriales des droits aux prestations sociales des

³⁵⁷ *Ibid.*, pt. 20. De la même manière que l'arrêt *D'Hoop*, la Cour se réfère seulement au « droit communautaire » dans le dispositif de l'arrêt.

³⁵⁸ A. Iliopoulou, H. Toner, «A new approach to discrimination against free movers?», *ELR*, 2003, p. 389-397, spéc. p. 395 et s.

citoyens migrants (A). Dans le but de renforcer la protection de la liberté fondamentale de circulation des citoyens et les droits aux prestations sociales qui en sont liés, la Cour adopte une conception large des restrictions territoriales prohibées par l'article 21 TFUE (B).

A.) L'article 21 TFUE, fondement autonome de prohibition des restrictions à la libre circulation des citoyens

271. Le potentiel de l'article 21 TFUE comme instrument de lutte contre les restrictions territoriales des droits aux prestations sociales a été déjà mis en avant par les avocats généraux. L'affaire *Stöber* de 1997³⁵⁹ concerne le refus de l'autorité allemande de prendre en considération les enfants ne résidant pas en Allemagne aux fins de la détermination du montant des allocations pour enfants à charge. La législation nationale compétente subordonnait en effet le versement des prestations familiales à la condition que les enfants résident sur le territoire allemand. Une telle restriction territoriale était prohibée par l'article 73 du règlement n°1408/71³⁶⁰. Cependant, faute d'être assurés contre le risque vieillesse dans un régime de travailleurs non-salariés ou dans le cadre de l'assurance pension obligatoire, les intéressés ne pouvaient pas être considérés comme travailleurs non-salariés au sens de ce règlement en ce qui concerne le versement des prestations familiales. Il fallait dès lors trouver un autre fondement juridique pour appréhender ce critère de résidence qui discrimine indirectement les ressortissants d'autres États membres. Dans ses conclusions sur cette affaire, l'avocat général La Pergola a proposé à la Cour de se fonder sur l'article 18 TCE (21 TFUE) pour statuer sur la condition de résidence litigieuse. Il estimait en fait qu'une telle condition de résidence méconnaissait, entre autres, la disposition de l'article 18 TCE (21 TFUE). Le travailleur ou les membres de sa famille se voyaient indûment nier la possibilité d'exercer pleinement le droit de libre circulation qui leur était reconnu en qualité de citoyen de l'Union. Or, à l'époque, la Cour préférait statuer sur le terrain de la liberté d'établissement en estimant que la condition de résidence constituait une discrimination contraire à l'article 43 TCE (49 TFUE), sans faire référence à la citoyenneté.

272. La réticence jurisprudentielle à se fonder sur l'article 21 TFUE à l'époque de ces arrêts afin de sanctionner les restrictions imposées à la liberté de circulation des citoyens paraît

³⁵⁹ Concl. de l'avocat général La Pergola du 6 juin 1996 sous CJCE, 30 janvier 1997, *Stöber*, aff. jointes C-4/95 et C-5/95, Rec. p. 511.

³⁶⁰ En vertu de l'article 73 du règlement n°1408/71, tel qu'il a été modifié avec effet au 15 janvier 1986, «le travailleur salarié ou non salarié soumis à la législation d'un État membre a droit, pour les membres de sa famille qui résident sur le territoire d'un autre État membre, aux prestations familiales prévues par la législation du premier État, comme s'ils résidaient sur le territoire de celui-ci, sous réserve des dispositions de l'annexe VI».

s'expliquer par sa réticence à reconnaître d'ores et déjà l'effet direct de l'article 21 TFUE. En effet, l'utilisation autonome de l'article 21 TFUE aurait entraîné une reconnaissance implicite de l'effet direct de cet article. Il est probable que la Cour estimait qu'une telle reconnaissance était encore trop tôt audit stade du développement du droit de l'Union³⁶¹.

273. À partir du moment où la liberté de circulation consacrée par l'article 21 TFUE est reconnue d'effet direct et où elle constitue une liberté aussi fondamentale que les libertés de circulation reconnues aux acteurs économiques, rien ne devrait faire obstacle à ce que la Cour s'appuie sur cet article afin de contrôler la conformité des restrictions imposées à l'exercice de la liberté de circulation des citoyens. En effet, concernant la liberté de circulation des acteurs économiques, la jurisprudence ne se limite pas à sanctionner les discriminations à raison de la nationalité expressément prohibées par les dispositions du traité. Plutôt, la Cour opte pour une interprétation extensive des articles 45, 49, et 56 TFUE de manière à couvrir également les restrictions à caractère non discriminatoire à la libre circulation des travailleurs, salariés ou indépendants.

274. À l'occasion de l'arrêt *Kraus* de 1993 qui concerne la subordination par la législation allemande de l'utilisation d'un titre universitaire obtenu dans un autre État membre à l'autorisation individuelle préalable, la Cour considère que les dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement s'opposent à « toute mesure nationale (...) qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant, l'exercice par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité »³⁶². Il en est de même quant à l'arrêt *Terhoeve*³⁶³ où est en cause la législation

³⁶¹ A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, *op.cit.*, 2007, p. 94-95.

³⁶² CJCE, 1 mars 1993, *Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, Rec. p. I-1663, pt. 32. Voir également l'arrêt *Masgio* où est jugée contraire à la liberté de circulation des travailleurs la législation nationale qui traite de manière défavorable le travailleur national qui a occupé des emplois dans plus d'un État membre par rapport à celui ayant accompli toute sa carrière dans un seul État membre en matière de prestations sociales (CJCE, 7 mars 1991, *Masgio c/ Bundesknappschaft*, aff. C-10/90, Rec. p. I-1119) et l'arrêt *Bosman* où la Cour juge contraire aux dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement les mesures nationales qui dissuadent un footballeur de quitter son pays d'origine, même si ces mesures sont indistinctement applicables aux nationaux et aux autres ressortissants communautaires. (CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c/ Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4921).

³⁶³ CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve c/ Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren*, aff. C-18/95, Rec. p. I-345. Un ressortissant néerlandais a travaillé et résidé en Grande-Bretagne à la suite d'une procédure de détachement, il est ensuite retourné en cours d'année vivre et travailler aux Pays-Bas. Conformément à la législation néerlandaise compétente, il est tenu de s'acquitter d'un total des cotisations sociales supérieur à celui qu'il aurait eu à payer s'il avait résidé toute l'année aux Pays-Bas, sans pour autant bénéficier de prestations sociales supplémentaires.

nationale qui impose le paiement de cotisations sociales plus lourdes au ressortissant qui a quitté le territoire en vue d'exercer une activité salariée dans un autre État membre que dans le cas où il garderait sa résidence dans le même État membre pendant toute l'année. La Cour dit pour droit que toute disposition nationale qui empêche ou dissuade un ressortissant d'un État membre de quitter son État d'origine pour exercer le droit de libre circulation des travailleurs doit être considérée comme une « entrave » à cette liberté, même si elle s'applique indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés.

275. Force est par ailleurs de constater que l'approche d'entrave reçoit même une place privilégiée par rapport à l'examen de l'existence de discrimination dans le cadre de libertés de circulation économiques. Dans l'arrêt *Terhoeve*, une fois l'entrave à la libre circulation des travailleurs constatée, la Cour affirme qu'« il n'est pas nécessaire de s'interroger sur l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité »³⁶⁴. Afin d'échapper à la condamnation, la législation nationale qui entrave la liberté de circulation des personnes doit remplir quatre conditions, à savoir qu'elle s'applique de manière non discriminatoire, qu'elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre³⁶⁵.

276. À l'instar de la condamnation des entraves non discriminatoires aux libertés de circulation des acteurs économiques sur le fondement des dispositions consacrant ces libertés, plusieurs avocats généraux prônent la condamnation des restrictions à la liberté de circulation des citoyens sur le fondement de l'article 21 TFUE³⁶⁶. Afin de préserver l'effet utile de la liberté fondamentale de circulation et de séjour attachée au statut de citoyen, il convient d'assurer aux citoyens qui usent de cette liberté qu'ils ne subiront pas des désavantages non justifiés, indépendamment du fait que ces derniers affectent les ressortissants d'autres États membres plus que les nationaux de cet État. Ainsi, au-delà des discriminations en raison de la nationalité, le droit de l'Union vise à abolir tout obstacle, y compris celui n'ayant pas le caractère discriminatoire, à l'exercice du droit de libre circulation des citoyens.

³⁶⁴ *Ibid.*, pt. 41.

³⁶⁵ CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165, pt. 37.

³⁶⁶ F.G. Jacobs, «Citizenship of the European Union--A Legal Analysis», *ELJ*, 2007, p. 591-610, spéc. p. 597, J. Kokott, «EU citizenship -citoyens sans frontières?», *European law lecture*, Durham European law institute (en ligne), 2005, [réf. du 6 février 2010], disponible sur: http://www.dur.ac.uk/resources/deli/annuallecture/2005_DELI_Lecture.pdf.

277. L'arrêt *Elsen*³⁶⁷ de 2000 semble marquer le début de l'appréhension des restrictions territoriales des droits aux prestations sociales des citoyens migrants sous l'angle des restrictions à leur liberté de circulation. Était en cause le refus de l'autorité allemande de prendre en compte, aux fins de l'octroi d'une prestation de vieillesse, la période consacrée à l'éducation de l'enfant en France par une ressortissante allemande, ayant travaillé en Allemagne tout en résidant en France, comme si cette période avait été accomplie sur le territoire national. La Cour juge que la législation allemande défavorise les ressortissants communautaires ayant exercé leur droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, garanti entre autres par l'article 21 TFUE³⁶⁸. Elle condamne la législation nationale sur le fondement combiné des articles 21 et 45 TFUE. L'invocation de la disposition relative à la liberté de circulation des citoyens en complément de celle relative à la libre circulation des travailleurs donne un effet concret à la citoyenneté et le droit de libre circulation qui lui est attaché.

278. Par la suite, l'utilisation de l'article 21 TFUE comme un fondement autonome du contrôle des restrictions territoriales des droits aux prestations sociales des citoyens est confirmée et mise en avant par les arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen*. L'affaire *De Cuyper*³⁶⁹ concerne un ressortissant belge, résidant principalement en France, qui est admis au bénéfice d'allocations de chômage en Belgique. Comme il est âgé de plus de 50 ans, il est dispensé de l'obligation d'être disponible sur le marché de l'emploi belge. Toutefois, l'octroi de telles allocations reste soumis selon la législation belge à la condition de résidence habituelle des bénéficiaires sur le territoire, le défaut de laquelle motive le refus des prestations à l'intéressé. Ce dernier invoque alors contre l'État dont il a la nationalité, son droit en tant que citoyen de l'Union de circuler et séjourner librement sur le territoire de l'Union. Il se fonde sur l'article 21 TFUE afin de contester la décision de mettre un terme à son droit aux prestations sociales en question du seul fait qu'il a déplacé sa résidence habituelle dans un autre État membre. Quant à l'affaire *Tas-Hagen*³⁷⁰, deux néerlandais, ayant vécu dans les Indes néerlandaises et dont le statut de victimes civiles de guerre a été reconnu, se sont vus refuser l'octroi des prestations prévues par la législation néerlandaise en faveur des victimes civiles de guerre au

³⁶⁷ CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, aff. C-135/99, précité.

³⁶⁸ Elle précise par ailleurs que les dispositions du règlement n°1408/71 visant à garantir le bénéfice des prestations de sécurité sociale, à charge de l'État compétent, même lorsque l'assuré, qui a exclusivement travaillé dans son État d'origine, réside ou transfère sa résidence dans un autre État membre, contribuent à garantir non seulement la liberté de circulation des travailleurs mais également des citoyens de l'Union.

³⁶⁹ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper c/ Office national de l'emploi*, aff. C-406/04, Rec. p. I-6947.

³⁷⁰ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité.

motif que, à la date du dépôt de la demande, ils ne résidaient pas aux Pays-Bas mais en Espagne. L'article 21 TFUE est invoqué pour contester la légalité de la législation de leur État membre d'origine qui impose la résidence sur le territoire national au moment de la demande du bénéfice des prestations pour les victimes de la guerre.

279. Dans les deux affaires, la Cour affirme qu'« une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article [21, paragraphe 1, TFUE] à tout citoyen de l'Union »³⁷¹. Constatant que les législations nationales, en soumettant le bénéfice des prestations sociales litigieuses à la condition que les intéressés aient leur résidence habituelle sur le territoire national (affaire *De Cuyper*) ou qu'ils résident dans l'État allocataire à la date de l'introduction de leur demande (affaire *Tas-Hagen*), sont « susceptibles de dissuader les ressortissants nationaux [...] d'exercer leur liberté de circuler et de séjourner » en dehors du territoire de l'État allocataire, la Cour relève qu'elles constituent, à défaut d'être justifiées à l'égard des considérations objectives d'intérêt général, des restrictions aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE à tout citoyen de l'Union.

280. Avec un nombre suffisamment important des arrêts rendus en la matière³⁷², il est sans conteste que l'article 21 TFUE sert de fondement autonome de contrôle de la légalité des restrictions territoriales des droits aux prestations sociales. Son rôle ne se limite plus à un simple facteur de rattachement de la situation des citoyens migrants au champ d'application du traité. À cet égard, la Cour adopte une conception extensive des restrictions territoriales prohibées par l'article 21 TFUE.

B.) La conception extensive des restrictions territoriales contraires à l'article 21 TFUE

281. En faveur d'une conception large des restrictions à la liberté de circulation des citoyens, la Cour adopte une appréciation souple des éléments constitutifs des restrictions territoriales

³⁷¹ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité, pt. 39.

³⁷² À titre d'exemple, l'on peut citer CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz*, aff. C-76/05, précité (refus de l'abattement fiscal au titre des frais de scolarité versés à des écoles établies dans un autre État membre), CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. C-11/06, précité (conditions restrictives de l'octroi de l'aide à la formation dans un autre État membre), CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité (refus et diminution substantielle, respectivement, des prestations pour les victimes de la guerre en raison de la résidence des bénéficiaires dans un autre État membre que l'État allocataire).

prohibées par l'article 21 TFUE (1). L'établissement des restrictions à la liberté de circulation est néanmoins entouré de quelques encadrements (2).

1.) L'appréciation souple des éléments constitutifs des restrictions à la libre circulation citoyenne

282. Il ressort des arrêts *De Cuyper et Tas-Hagen*, précédemment examinés, qu'afin d'établir une violation de l'article 21 TFUE, la Cour ne procède pas, au moins explicitement, à la recherche d'une différence de traitement entre les citoyens migrants et sédentaires, ni à la comparaison de la similitude de leurs situations. Elle se contente d'identifier une restriction à la liberté de circulation citoyenne à partir du constat que les législations nationales désavantagent les citoyens migrants du fait qu'ils ont exercé ou exercent le droit de circuler et séjourner sur le territoire d'autres États membres et sont ainsi susceptibles de les dissuader d'exercer les droits qui leur sont reconnus en vertu du traité.

283. Il arrive en effet dans la jurisprudence ultérieure³⁷³ que la Cour se montre encore attachée à l'approche de discrimination en s'inscrivant dans la ligne de la jurisprudence *D'Hoop*. Or, la différence de traitement entre les migrants et les sédentaires paraît presque présumée à partir du moment où les migrants subissent des désavantages liés à la circulation. La Cour ne paraît pas se préoccuper à identifier la comparabilité des situations entre les deux catégories de citoyens. Indépendamment de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte en raison de la nationalité, c'est plutôt le fait que la législation nationale désavantage les migrants et est susceptible de dissuader l'exercice du droit de libre circulation, qui la rend *a priori* contraire au droit de libre circulation des citoyens en vertu du traité.

284. Dans ce contexte, par la « restriction » à la liberté de circulation des citoyens, il faudrait entendre tout désavantage, obstacle subi par les citoyens migrants du fait de leur usage du droit de libre circulation et de séjour en vertu du traité et qui est de nature à dissuader les citoyens de recourir à l'exercice de la liberté de circulation et de séjour sur le territoire d'autres États membres. L'élément déterminant consiste dans le fait que la législation nationale *désavantage* ceux qui exercent leur liberté de circulation et de séjour que l'article 21 TFUE leur confère et ce désavantage est de nature à *dissuader* les citoyens de quitter leur État membre d'origine et d'exercer le droit. L'existence des effets dissuasifs de la législation nationale est appréciée abstraitemment, dans ce sens qu'un citoyen ordinaire serait dissuadé d'user de son droit de circuler et de séjourner dans un autre État membre comme conséquence

³⁷³ CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz*, aff. C-76/05, précité.

d’application de la législation nationale. La Cour ne va pas nécessairement jusqu’à examiner la volonté psychologique concrète des individus de circuler ou non face à des restrictions territoriales nationales. Il n’est pas nécessaire de prouver que les intéressés seront dissuadés effectivement dans le cas d’espèce pour conclure à l’existence d’une restriction territoriale prohibée par l’article 21 TFUE. À partir du moment où la législation nationale crée des désavantages vis-à-vis des migrants en ce qui concerne le paiement et l’acquisition des prestations sociales en imposant la condition de résidence sur le territoire, son effet de nature à dissuader les citoyens d’exercer la liberté de circulation et de séjour est alors présumé. Le traitement défavorable des citoyens migrants au motif qu’ils exercent leur liberté de circulation constitue un élément déterminant pour caractériser une restriction à cette liberté incompatible avec l’article 21 TFUE.

285. Toutefois, afin d’encadrer une conception large des restrictions territoriales prohibées par l’article 21 TFUE, la jurisprudence subordonne leur qualification à une double exigence.

2.) L’encadrement de la qualification des restrictions territoriales

286. En effet, pour que la violation de l’article 21 TFUE soit caractérisée, encore faut-il que les effets restrictifs des législations nationales sur la liberté de circulation des citoyens ne soient ni trop aléatoires, ni insignifiants (a) et que les désavantages subis par les migrants ne résultent pas des disparités entre les législations des États membres (b).

a.) L’exigence des effets restrictifs substantiels sur la libre circulation citoyenne

287. En vue de poser une limite à la portée potentiellement très large de sa jurisprudence relative aux entraves non discriminatoires, la Cour exige que les effets négatifs de la législation nationale sur la libre circulation aient un certain degré d’intensité pour qu’une telle législation soit considérée comme une violation du traité³⁷⁴. Une telle exigence consacrée dans le domaine de libre circulation des acteurs économiques est par la suite transposée dans le domaine de la liberté de circulation des citoyens. À l’occasion de l’affaire *Morgan et Bucher*³⁷⁵, la Cour est invitée à apprécier les effets restrictifs de la condition dite « d’une première phase d’études » imposée par la législation allemande comme condition d’octroi à des étudiants des aides à la formation dans un autre État membre. Cette condition consiste dans deux obligations, à savoir celle d’avoir suivi la formation d’au moins un an en

³⁷⁴ CJCE, 27 janvier 2000, *Graf c/ Filzmoser Maschinenbau GmbH*, aff. C-190/98, Rec. p. I-493.

³⁷⁵ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. C-11/06, précité.

Allemagne et celle de continuer cette formation dans un autre État membre. La Cour considère que les effets dissuasifs de la condition d'une première phase d'études sont caractérisés parce que compte tenu « des inconvénients personnels, des coûts supplémentaires ainsi que des éventuels retards qu'elle implique »³⁷⁶, elle est de nature à dissuader les citoyens de l'Union de quitter l'État membre allocataire aux fins de poursuivre ses études dans un autre État membre et de faire ainsi usage de leur liberté de circuler et de séjourner dans celui-ci. En effet, les étudiants se voient obliger de consacrer une année à un établissement d'enseignement situé sur le territoire allemand avant de pouvoir percevoir des aides au titre d'une formation poursuivie dans un autre État membre. La Cour affirme ensuite que les effets restrictifs décelés « ne sont ni trop aléatoires ni trop insignifiants, en particulier pour ceux dont les ressources financières sont les plus limitées, pour constituer une restriction de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article [21, paragraphe 1, TFUE] »³⁷⁷.

288. Le récent arrêt *Runevič*³⁷⁸ confirme qu'afin de constituer une restriction aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE, le refus de modification du nom de famille commun aux requérants au principal en vertu de la réglementation nationale en cause « doit être de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé »³⁷⁹. Le défaut de tels inconvénients de nature à faire naître des doutes quant à l'identité ainsi qu'à l'authenticité des documents présentés par celle-ci ou à la véracité des données contenues dans ceux-ci amène la Cour à conclure à l'absence de violation de l'article 21 TFUE en l'espèce. La Cour paraît exiger une certaine intensité minimale des effets restrictifs de la législation nationale pour déclencher l'application du droit de l'Union³⁸⁰.

³⁷⁶ *Ibid.*, pt. 30.

³⁷⁷ *Ibid.*, pt. 32.

³⁷⁸ Cette affaire concerne le droit des citoyens minoritaires d'un État membre de prétendre à la transcription de leurs noms selon les règles de graphie d'un autre État membre. Voir *infra*, Section III, B) de ce Chapitre.

³⁷⁹ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn c/ Vilniaus miesto savivaldybės administracija*, aff. C-391/09, non encore publié, pt. 76.

³⁸⁰ Une autre thèse consiste à voir dans l'exigence des effets « ni trop aléatoires et ni trop insignifiants » une exigence de lien de causalité entre la législation nationale et les inconvénients subis. Voir CJUE, 7 avril 2011, *Francesco Guarnieri & Cie c/ Vandervelde Eddy VOF*, aff. C-291/09, Rec. p. I-2685 où la première chambre de la Cour refuse de qualifier la législation nationale obligeant tout ressortissant étranger à constituer une *cautio judicatum solvi* lorsqu'il entend agir en justice à l'encontre d'un ressortissant de cet État membre, comme une entrave à la libre circulation des marchandises, étant donné que ses effets sur les échanges sont trop aléatoires et indirects, en précisant que « le lien de causalité entre l'altération éventuelle du commerce intracommunautaire et la différence de traitement en cause ne saurait ainsi être considéré comme établi » (pt. 17).

289. Par ailleurs, la qualification des restrictions à la libre circulation prohibées par l'article 21 TFUE est encore soumise à une réserve tenant aux disparités entre les législations sociales des États membres.

b.) La réserve tenant aux disparités entre les législations nationales

290. En l'absence d'harmonisation des législations nationales en matière de protection sociale, la diversité est inévitable. L'aménagement des systèmes de sécurité sociale continue à relever de la compétence étatique et il appartient au législateur de chaque État membre de déterminer les conditions d'octroi des prestations en matière de sécurité sociale. Le législateur européen intervient uniquement pour « coordonner », sans pour autant résorber les différences de régimes entre les États membres. Il est en fait envisageable qu'un national qui use de son droit de libre circulation et de séjour en transférant sa résidence dans un autre État membre puisse se trouver dans une situation moins avantageuse en vertu de la législation du nouvel État membre de résidence par rapport à sa situation sous la législation de l'ancien État de résidence.

291. La réserve tenant aux possibles désavantages liés aux disparités des législations nationales suite au transfert de la résidence dans un autre État membre a été d'abord mise en avant en matière fiscale. L'arrêt *Schempp*³⁸¹ concerne un ressortissant allemand résidant en Allemagne qui demande à bénéficier de la déduction du montant de la pension alimentaire, versée à son ex-conjointe domiciliée en Autriche, de ses impôts. Sa demande est rejetée par son administration fiscale au motif qu'il n'a pas fourni d'attestation de l'administration autrichienne prouvant que son ex-épouse est imposée en Autriche. Or, comme le système fiscal autrichien n'impose pas les pensions alimentaires, il ne peut pas produire ladite attestation. Notons que si son ex-épouse avait résidé en Allemagne, Monsieur Schempp aurait bénéficié d'une déduction fiscale. Il conteste alors la conformité de la réglementation allemande avec les articles 12 et 18 TCE (18 et 21 TFUE).

292. La Cour juge dans cette affaire que la réglementation fiscale allemande ne constitue pas une restriction à la liberté de circulation des citoyens contraire à ces dispositions. En dépit du constat que le transfert en Autriche de la résidence de son ex-épouse a entraîné, pour Monsieur Schempp, des conséquences fiscales défavorables dans l'État membre de sa

³⁸¹ CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, aff. C-403/03, précité.

résidence, la Cour, réitérant la jurisprudence *Lindfors*³⁸², affirme que « le traité ne garantit pas à un citoyen de l'Union que le transfert de ses activités dans un État membre autre que celui dans lequel il résidait jusque-là est neutre en matière d'imposition. Compte tenu des disparités des réglementations des États membres en la matière, un tel transfert peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour le citoyen sur le plan de l'imposition indirecte »³⁸³.

293. En ce qui concerne le domaine de la sécurité sociale, une telle réserve a été posée tout d'abord dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs. Vu que l'article 48 TFUE n'a pas prévu l'harmonisation des législations de sécurité sociale des États membres, la Cour affirme que les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque État membre et, partant, dans les droits des travailleurs ne sont donc pas touchées par cette disposition. Dès lors, « le traité ne garantit pas à un travailleur que l'extension de ses activités dans plus d'un État membre ou leur transfert dans un autre État membre soit neutre en matière de sécurité sociale. Compte tenu des disparités des législations de sécurité sociale des États membres, une telle extension ou un tel transfert peuvent, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour le travailleur sur le plan de la protection sociale ». Il en découle que « en principe, un éventuel désavantage, par rapport à la situation dans laquelle le travailleur exerce l'ensemble de ses activités dans un même État membre, consécutif à l'extension de ses activités ou à leur transfert dans un ou plusieurs autres États membres et à son assujettissement à une nouvelle législation de sécurité sociale, n'est pas contraire aux dispositions des articles [45 et 49] du traité, si cette législation ne désavantage pas ce travailleur par rapport à ceux qui exercent la totalité de leurs activités dans l'État membre où elle s'applique ou par rapport à ceux qui y étaient déjà précédemment assujettis et si elle ne conduit pas purement et simplement à verser des cotisations sociales à fonds perdus »³⁸⁴.

294. A l'occasion de l'affaire *Von Chamier*³⁸⁵, la Cour étend un tel raisonnement au domaine de la liberté de circulation des citoyens en vertu de l'article 21 TFUE. Était en cause dans cette affaire le refus de l'organisme de sécurité sociale allemande d'exporter les prestations de

³⁸² Cette affaire concerne une taxe finlandaise exigible avant l'immatriculation ou la mise en service des véhicules de tourisme en Finlande dans le cadre d'un transfert de la résidence du propriétaire d'un véhicule d'un État membre vers la Finlande.

³⁸³ CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, aff. C-403/03, précité, pt. 45.

³⁸⁴ CJCE, 19 mars 2002, *Inasti c/ Hervein et Hervillier SA* aff. C-393/99 Rec. p. I-2829, pts. 50 et 51.

³⁸⁵ CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier c/ Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, aff. C-208/07, Rec. p. I-6095.

dépendance en nature au profit d'une ressortissante allemande se trouvant en situation de dépendance et assurée par l'intermédiaire de son conjoint travailleur salarié allemand dans un autre État membre. Le refus a été motivé par la non-exportabilité des prestations en nature³⁸⁶. Examinant la compatibilité de la législation allemande avec les droits conférés aux citoyens européens par l'article 21 TFUE, la Cour reconnaît que le choix de Madame Von Chamier d'un établissement autrichien non conventionné la place dans une situation désavantageuse par rapport à celle qu'elle aurait connue en restant en Allemagne. Elle souligne toutefois que le législateur de l'Union, à travers l'adoption, sur le fondement de l'article 51 TCEE (devenu 48 TFUE), du règlement n°1408/71, remplacé désormais par le règlement n°883/2004, a fait le choix d'une coordination et non d'une harmonisation des régimes de sécurité sociale des États membres. De ce fait, le traité ne peut garantir une parfaite neutralité des déplacements en ce qui concerne la sécurité sociale. D'après la Cour, « l'article [48 TFUE] prévoyant une coordination des législations des États membres, et non leur harmonisation, les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque État membre, et partant, dans les droits des personnes y affiliées, ne sont pas touchées par cette disposition ». Dans ces conditions, l'article 21, paragraphe 1, TFUE « ne saurait garantir à un assuré qu'un déplacement dans un autre État membre soit neutre en matière de sécurité sociale, notamment sur le plan de prestations de maladie [...] compte tenu des disparités existant entre les régimes et les législations des États membres en la matière, un tel déplacement peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour la personne concernée, selon la combinaison de réglementations nationales applicables en vertu du règlement n°1408/71 »³⁸⁷. Elle relève que ce qui peut être perçu comme une discrimination en raison du lieu de résidence ou une restriction à la liberté de circulation des citoyens n'est en réalité que le résultat des différences entre les législations sociales des États membres qui s'appliquent conjointement en vertu des règles de coordination. La législation allemande n'est pas en cause en l'espèce : si la législation autrichienne avait prévu au profit de ses assurés sociaux des prestations dépendance en nature en établissements de soins conventionnés, l'intéressée en

³⁸⁶ L'application des mécanismes de coordination en vertu des articles 19 ou 22, paragraphe 1, sous b), du règlement n°1408/71 ne permet pas l'exportabilité de telles prestations au profit de la requérante. D'après la Cour, ces dispositions visent à assurer aux membres de la famille d'un travailleur, le bénéfice dans l'État membre de résidence des prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de résidence conformément à la législation applicable à l'institution de cet autre État membre, comme s'ils étaient assurés en vertu de cette législation. Or, à la différence du système allemand, la législation autrichienne ne prévoit pas l'octroi de prestations en nature en faveur des affiliés à son régime d'assurance sociale. Dans ces conditions, le règlement n'exige pas, en tant que tel, le service de prestations en nature en dehors de l'État compétent par ou pour le compte de l'institution compétente.

³⁸⁷ CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier*, aff. C-208/07, précité, pts. 84 et 85.

tant qu'assurée sociale allemande aurait pu bénéficier des prestations en question en Autriche et l'institution autrichienne aurait été remboursée par l'institution allemande en vertu du règlement.

295. En tenant compte du contexte réel de la protection sociale au sein de l'Union, la Cour évite de remettre en question de manière systématique les disparités des législations nationales au titre des obstacles à la libre circulation des citoyens. Pour qu'un refus de l'État membre allocataire d'exporter les prestations sociales au profit des citoyens migrants constitue *prima facie* une restriction à leur liberté de circulation, il faut qu'il soit de nature à dissuader les citoyens d'exercer leur liberté de circulation, compte tenu de ses effets restrictifs réels et sérieux et ne résultant pas de simple disparité entre les législations nationales en matière de sécurité sociale. L'article 21 TFUE ne condamne pas en soi le fait que la législation de l'État d'accueil soit moins avantageuse que la législation de l'État membre d'origine, dès lors que la première ne désavantage pas particulièrement le citoyen migrant par rapport à ceux qui sont déjà soumis à cette législation. Il s'agit du principe de neutralité du transfert de la résidence.

296. L'invocabilité de l'article 21 TFUE ne se limite pas à l'hypothèse où les restrictions territoriales aux droits des prestations sociales des citoyens sont imposées par l'État membre d'origine, il constitue encore un instrument d'appréhension des restrictions territoriales émanant de l'État membre d'accueil.

SECTION III

L'APPRÉHENSION DES RESTRICTIONS TERRITORIALES ÉMANANT DE L'ÉTAT MEMBRE D'ACCUEIL

297. La prohibition des restrictions territoriales des droits aux prestations sociales sur le fondement de l'article 21 TFUE trouve son terrain d'expression dans les litiges opposant les ressortissants nationaux à l'État membre dont ils ont la nationalité. Le rôle de l'article 21 TFUE ne se limite néanmoins pas à la prohibition des restrictions « à la sortie » imposées par l'État membre d'origine à ses nationaux, mais également à celles imposées par l'État d'accueil aux ressortissants d'autres États membres. Son invocation dans ce cadre de figure permet d'appréhender les désavantages subis par les citoyens migrants résidents sur le territoire de l'État membre d'accueil en raison, non pas de leur nationalité, mais, de leur usage

du droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre (Paragraphe I). La préférence jurisprudentielle pour l'article 21 TFUE pour traiter les restrictions territoriales que l'État membre d'accueil inflige aux citoyens migrants résidents, même dans l'hypothèse où l'article 18 TFUE peut trouver à s'appliquer, suscite le questionnement quant à la concurrence entre ces deux bases juridiques (Paragraphe II).

**Paragraphe I : Les restrictions à la sortie :
l'article 21 TFUE, fondement alternatif à l'article
18 TFUE**

298. Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité peut en effet servir comme fondement pour prohiber les restrictions territoriales des droits aux prestations sociales des citoyens migrants. Plus précisément dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, l'interdiction des discriminations visée à l'article 45 TFUE et à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011 permet, dans certaines circonstances spécifiques, l'exportabilité des prestations sociales au profit des travailleurs qui résident dans un État membre autre que l'État allocataire. D'une part, les travailleurs frontaliers, qui par définition résident dans un État membre autre que l'État membre de travail, sont en droit d'invoquer le principe de non-discrimination pour contester le refus par ce dernier État de leur octroyer des avantages sociaux au motif de leur résidence sur le territoire d'un autre État membre. Dès lors que la condition de résidence est susceptible d'affecter davantage les travailleurs migrants et risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement ces derniers par rapport aux travailleurs nationaux, subordonner l'octroi des avantages sociaux à la résidence crée une discrimination indirecte en raison de la nationalité interdite par l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011 et l'article 45 TFUE³⁸⁸. La possibilité pour les travailleurs non-résidents de remettre en cause la condition de résidence par voie du principe d'égalité de traitement aux fins d'exportabilité des avantages sociaux s'applique même à l'égard des prestations spéciales de nature non contributive. Cela, malgré le fait que leur octroi peut être subordonné à la condition de résidence sur le territoire de l'État allocataire en vertu de l'article 70 du règlement n°883/2004³⁸⁹. Il en va également ainsi s'agissant des prestations ne relevant pas du champ d'application du règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale telle

³⁸⁸ CJCE, 8 juin 1999, *Meeusen*, aff. C-337/97, précité.

³⁸⁹ CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité, concernant l'allocation d'incapacité pour les jeunes handicapés.

l'allocation d'éducation³⁹⁰. D'autre part, les anciens travailleurs sont en droit de contester le refus de l'ancien État membre de travail de maintenir leur droit aux avantages sociaux après la cessation d'activité et le transfert de leur résidence dans un autre État membre, à condition toutefois que ces avantages puissent être considérés comme intrinsèquement liés aux contrats de travail précédents³⁹¹.

299. En revanche, s'agissant des citoyens migrants inactifs, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité visé à l'article 18 TFUE ne paraît pas constituer un fondement adéquat pour contester le refus de l'État membre d'octroyer ou de maintenir les prestations sociales au motif de la résidence des bénéficiaires hors du territoire national. En effet, la jurisprudence concernant les travailleurs frontaliers ne serait pas transposable à l'égard des citoyens migrants inactifs. L'invocabilité du principe de l'égalité de traitement présuppose en effet que les migrants se trouvent dans une situation comparable aux nationaux. Les travailleurs frontaliers peuvent se trouver, à l'égard de l'État membre de travail, dans la même situation que les travailleurs qui résident sur le territoire, du fait des liens de travail dont ils disposent avec cet État, malgré la résidence sur le territoire d'un autre État membre. Or, en l'absence de relation de travail, les citoyens inactifs doivent nécessairement créer des liens avec l'État membre d'accueil à travers la résidence. Pour que les migrants inactifs puissent être considérés comme se trouvant dans la même situation que les nationaux de l'État membre allocataire et puissent prétendre au même traitement que ces nationaux, il faut qu'ils résident et s'intègrent dans l'État membre d'accueil comme les nationaux de cet État. D'où l'affirmation des premiers arrêts relatifs au droit d'accès aux prestations sociales des citoyens inactifs dans l'État membre d'accueil qu'*« un citoyen de l'Union qui réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil peut se prévaloir de l'article [18] du traité dans toutes les situations relevant du domaine d'application ratione materiae du droit communautaire »*³⁹².

300. Par ailleurs, la transposition de la jurisprudence relative aux anciens travailleurs paraît de même poser de difficulté. Il n'est pas certes exclu d'envisager que les citoyens qui ont résidé pendant une certaine durée sur le territoire de l'État membre d'accueil et ont fait preuve d'intégration dans la société de cet État, souhaitant partir ou résidant désormais sur le territoire d'un autre État membre, puissent être assimilés aux anciens travailleurs qui ne

³⁹⁰ CJCE, 18 juillet 2007, *Geven c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-213/05, Rec. p. I-6347.

³⁹¹ CJCE, 27 novembre 1997, *Meints c/ Minister van Landbouw*, aff. C-57/96, Rec. p. I-6689.

³⁹² CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pt. 63, CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, pt. 32.

résident plus sur le territoire de l'État membre de travail. Seulement il faut noter que la jurisprudence *Meints*³⁹³ limite le droit du maintien aux prestations sociales aux seules prestations qui sont intrinsèquement liées aux contrats de travail précédents. Or, le lien par le travail et celui par la résidence ne sont pas de même nature. Il serait difficile en effet, en transposant cette jurisprudence, d'envisager les prestations qui sont « liées à la résidence précédente » dont le maintien est justifié malgré le départ des bénéficiaires.

301. Dans ces conditions, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ne paraît pas constituer un fondement pertinent pour appréhender les clauses de résidence à l'égard des citoyens migrants inactifs qui souhaitent quitter ou qui ne résident plus sur le territoire de l'État membre allocataire. Dans ce contexte, l'article 21 TFUE offre un fondement alternatif à l'article 18 TFUE pour appréhender les situations où les ressortissants non-nationaux subissent des désavantages en raison de l'exercice de la liberté de circulation et de séjour sur le territoire d'autres États membres que l'(ancien) État membre d'accueil. La liberté de circulation des citoyens est ici invoquée pour appréhender les restrictions imposées par l'État membre d'accueil à la sortie des non-nationaux.

302. L'arrêt *Zablocka*³⁹⁴ rendu en fin 2008 concerne la contestation du refus de l'État membre d'accueil d'exporter les prestations au profit d'une ressortissante d'un autre État membre qui souhaite regagner son État membre d'origine. Une citoyenne polonaise résidant en Allemagne, veuve d'un citoyen allemand invalide pensionné de guerre, a demandé de recevoir sa pension de survivant en Pologne qu'elle entendait regagner. Or, la législation allemande conditionne le versement de ladite pension à la résidence du bénéficiaire sur le territoire national. Le transfert de la résidence du bénéficiaire dans d'autres États, dont les nouveaux États membres accédant à l'Union après 2004, entraîne la perte ou la diminution du montant de certaines prestations allouées aux conjoints survivants des victimes de la guerre. La contestation porte dès lors sur la conformité avec la liberté de circulation des citoyens du refus du versement de certaines prestations octroyées aux conjoints survivants des victimes de la guerre, au seul motif que le bénéficiaire est domicilié sur le territoire de certains États membres déterminés.

303. La Cour se fonde sur l'article 21 TFUE pour répondre par la négative à cette question. Citant les arrêts relatifs aux restrictions territoriales imposées par les États membres à leurs

³⁹³ CJCE, 27 novembre 1997, *Meints*, aff. C-57/96, précité.

³⁹⁴ CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité.

nationaux, la Cour affirme qu'une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants *communautaires* du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjournier dans un autre État membre constitue également une restriction aux libertés reconnues par l'article 21, paragraphe 1, TFUE à tout citoyen de l'Union³⁹⁵. La Cour constate qu'en subordonnant l'octroi de certaines prestations au profit des conjoints survivants des victimes de la guerre à la condition qu'ils aient leur résidence sur le territoire national, ou sur celui d'un autre État membre ne figurant pas sur une liste d'États membres établie, la législation allemande est susceptible de dissuader les ressortissants de l'Union d'exercer leur liberté de circuler et de séjournier dans un État membre figurant sur ladite liste. Une telle législation constitue ainsi une restriction à la libre circulation que le traité confère à tout citoyen de l'Union. À défaut d'être objectivement justifiée, elle sera jugée contraire à l'article 21 TFUE³⁹⁶.

304. Au-delà de cette hypothèse, la préférence jurisprudentielle pour l'article 21 TFUE pour appréhender de manière générale les clauses de résidence, y compris dans le cadre des relations entre l'État membre d'accueil et les résidents non-nationaux suscite la question de la concurrence entre les deux instruments de protection des droits sociaux des citoyens de l'Union.

³⁹⁵ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité, CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité, CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité. Dans ces arrêts, la Cour affirme que « une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants *nationaux* du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjournier dans un autre État membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 18, paragraphe 1, CE à tout citoyen de l'Union ».

³⁹⁶ Notons au passage que la Cour européenne des droits de l'homme accorde une plus large marge de manœuvre aux États membres dans la mise en œuvre des règles d'égalité de traitement en vertu de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'affaire *Carson c/ Royaume-Uni* concerne la législation britannique prévoyant le gel des pensions de vieillesse qui refuse au retraité le droit à l'indexation du montant des pensions de la retraite en fonction de l'inflation lorsque le retraité fixe sa résidence dans un autre État que le Royaume-Uni, et plus précisément, dans des pays d'outre-mer n'ayant pas conclu d'accord de réciprocité avec le Royaume-Uni. Ayant à statuer sur la question, la chambre (4^e section) de la Cour européenne des droits de l'homme conclut au caractère non discriminatoire de la législation en cause en affirmant une « *très large marge d'appréciation dont [l'État] jouit en matière de politique macroéconomique* ». (CEDH, 4^e Section, 4 November 2008, *Carson c/ Royaume-Uni*, req. 42184/05, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-89310>, pt. 81).

Pour sa part, la Grande chambre dans une décision rendu en 2010 considère que le refus de revalorisation des pensions de retraites selon le lieu de résidence ne viole pas l'article 14 de la Convention EDH faute pour les requérants d'être placés dans une situation comparable aux autres catégories de retraités.

(CEDH, Grande Chambre, 16 mars 2010, *Carson c/ Royaume-Uni*, req. 42184/05, disponible sur

Paragraphe II : Les restrictions de l'entrée :
l'article 21 TFUE, fondement concurrentiel avec
l'article 18 TFUE

305. S'agissant de l'exigence de résidence que l'État membre d'accueil impose aux ressortissants d'autres États membres comme condition d'octroi des prestations sociales, la question se pose de savoir lequel des articles 18 et 21 TFUE devra être le fondement privilégié pour la traiter (A). Au-delà des discriminations en raison de la circulation, le fait que l'article 21 TFUE paraît constituer également un fondement pour interdire les discriminations en raison de la nationalité suscite la question de savoir si la jurisprudence n'envisagerait pas d'aligner la liberté de circulation des citoyens avec la liberté de circulation des acteurs économiques (B).

A.) La prohibition des discriminations en raison de la circulation sur le fondement de l'article 21 TFUE

306. Le concept de « discrimination indirecte à raison de la nationalité », consacré par la jurisprudence dans les années 60, permet de sanctionner une mesure, qui malgré son apparence de neutralité du fait qu'elle repose souvent sur les critères de différenciation autres que la nationalité, est discriminatoire dans les faits et dans ses effets. Cette déclinaison du principe de non-discrimination visé à l'article 18 du traité FUE permet d'élargir sa portée de sorte à couvrir d'autres formes de discriminations dont celle liée à l'exigence d'une résidence sur le territoire. Du fait qu'elles affectent principalement les non-nationaux, les clauses de résidence appliquées par l'État membre d'accueil aux ressortissants d'autres États membres peuvent s'analyser en une discrimination indirecte en raison de la nationalité. L'exigence d'une résidence sur le territoire national, parfois pendant une certaine durée déterminée, est en fait plus facilement remplie par les nationaux que par les citoyens migrants ressortissants d'autres États membres. À défaut d'être justifiées, les clauses de résidence sont ainsi susceptibles d'être sanctionnées comme discriminations indirectes contraires à l'article 18 TFUE.

307. La tendance jurisprudentielle récente consiste cependant à appréhender ces clauses de résidence, non en se fondant sur l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité, mais sur la liberté de circulation des citoyens. Autrement dit, les restrictions territoriales imposées aux ressortissants d'autres États membres par l'État membre de résidence sont traitées en tant que restrictions à la liberté de circulation des citoyens et non plus comme des

discriminations indirectes. Cette tendance est mise en évidence à l'occasion de l'affaire *Rüffler*³⁹⁷. Après avoir vécu et exercé une activité salariée en Allemagne, Monsieur Rüffler, ressortissant allemand, s'installe en Pologne. Il perçoit deux prestations de retraite en Allemagne, à savoir une pension d'invalidité et une rente d'entreprise. En vertu de la convention de double imposition germano-polonaise de 2003, la pension d'invalidité est imposée en Allemagne tandis que la rente d'entreprise est imposée en Pologne. La législation polonaise prévoit la possibilité de déduire de l'impôt sur le revenu le montant des cotisations d'assurance maladie. Mais l'administration fiscale polonaise lui refuse le bénéfice d'une telle déduction pour le paiement de l'impôt dont il est redevable en Pologne du fait que l'intéressé ne paye pas les cotisations d'assurance maladie en Pologne, mais en Allemagne. La juridiction de renvoi questionne la comparabilité du régime fiscal polonais avec les articles 45 et 18 TFUE.

308. Après avoir écarté l'applicabilité des dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs du fait que l'intéressé ne fait usage de son droit de libre circulation et de séjour en Pologne qu'après sa retraite et qu'il n'a pas l'intention d'y chercher un travail salarié, la Cour choisit d'examiner la conformité du régime fiscal polonais avec le droit de l'Union en se plaçant, non pas sur le terrain de l'article 18 TFUE comme le demandent le requérant et la juridiction de renvoi, mais sur celui de l'article 21 TFUE. À cet égard, la Cour réitère le raisonnement suivi dans des arrêts précédents qui traitent des restrictions territoriales émanant de l'État membre d'origine au titre de restrictions à la liberté de circulation des citoyens protégée par l'article 21 TFUE. Partant du constat qu'un retraité résidant en Pologne et percevant des prestations de retraite versées dans le cadre du régime d'assurance maladie obligatoire d'un autre État membre se trouve dans une situation comparable à celle d'un retraité polonais résidant en Pologne et percevant sa retraite dans le cadre du régime d'assurance maladie polonais, en ce qui concerne les principes d'imposition, dans la mesure où tous deux sont soumis à une obligation fiscale illimitée en Pologne, la Cour affirme que l'imposition des revenus de ces deux catégories de personnes devrait s'effectuer sur la base des mêmes avantages fiscaux. Dans la mesure où elle lie le bénéfice de la réduction fiscale à la condition du versement des cotisations d'assurance maladie à un organisme national et refuse ledit bénéfice aux contribuables ayant versé des cotisations à un organisme relevant d'un autre État membre, la réglementation nationale désavantage certains ressortissants d'un État membre du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler dans un autre État membre et

³⁹⁷ CJCE, 23 avril 2009, *Rüffler*, aff. C-544/07, précité.

constitue ainsi une restriction aux libertés reconnues par l'article 21, paragraphe 1, TFUE à tout citoyen de l'Union.

309. La Cour centre en effet son analyse sur l'article 21 TFUE et n'envisage l'application du principe de non-discrimination visé à l'article 18 TFUE que de manière subsidiaire. Une fois constaté que la réglementation en cause au principal constitue une restriction non objectivement justifiée à l'article 21 TFUE, la Cour conclut qu'« il n'est pas nécessaire de se prononcer sur sa compatibilité au regard de l'article [18 TFUE] »³⁹⁸. La démarche adoptée par la Cour dans l'arrêt *Rüffler* paraît suggérer la priorité d'application de l'article 21 TFUE pour traiter les différences de traitement qui sont motivées par la logique territoriale de l'État providence, même à l'égard des non-nationaux résidant sur le territoire de l'État membre d'accueil. On assiste ainsi à une distinction plus systématique des fonctions des instruments du droit de l'Union en vue de la protection sociale des citoyens migrants. D'un côté, le principe de non-discrimination visé à l'article 18 TFUE continue à prohiber les discriminations basées sur la nationalité. Pour les autres formes de différences de traitement ou des restrictions qui sont liées à l'exercice de la liberté de circulation des citoyens, elles sont sanctionnées sur le fondement de l'article 21 TFUE, qu'elles sont émises par l'État membre d'origine envers ses ressortissants nationaux ou par l'État membre d'accueil envers les ressortissants d'autres États membres. Cette approche de la Cour rejoint les solutions proposées par les avocats généraux Jacobs et Sharpston dans leurs conclusions sur les affaires *Standesamt Stadt Niebüll*³⁹⁹ et *Grunkin*⁴⁰⁰ respectivement. D'après eux, l'article 18 TFUE est réservé au traitement des discriminations en raison de la nationalité. En dehors de cette hypothèse, ce sont le principe général d'égalité de traitement et l'article 21 TFUE qui

³⁹⁸ *Ibid.*, pt. 86.

³⁹⁹ Concl. de l'avocat général Jacobs du 30 juin 2005 sous CJCE, 27 avril 2006, *Standesamt Stadt Niebüll*, aff. C-96/04, Rec. p. I-3561, pts. 53 et 54. L'avocat général soutient que l'obligation prévue par le droit allemand pour les personnes ayant plus d'une nationalité d'inscrire sur les registres un nom patronymique différent de celui qu'il porte dans l'État membre de naissance ne constitue pas une discrimination en raison de nationalité étant donné que toutes les personnes possédant la seule nationalité allemande sont traitées de la même manière, et que toutes les personnes ayant plus d'une nationalité sont traitées de manière différente. Mais les difficultés pratiques constitueront clairement un obstacle à son droit en tant que citoyen de l'Union de circuler et de résider librement sur le territoire des États membres.

⁴⁰⁰ Concl. de l'avocat général Sharpston du 24 avril 2008 sous CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, Rec. p. I-7639, pt. 69. Selon elle, « le principe général d'égalité de traitement exige que lorsqu'une situation n'est pas purement interne à un État membre mais implique l'exercice d'un droit garanti par le traité, un élément de rattachement au droit d'un autre État membre ne soit pas traité différemment selon qu'il est fondé (d'après le droit de cet autre État membre) sur la nationalité ou sur la résidence habituelle ».

permettent de sanctionner toute différence de traitement désavantageant le citoyen ayant exercé sa liberté de circulation et de séjour⁴⁰¹.

310. À cet égard, l'arrêt *Rüffler* s'inscrit dans la ligne des arrêts *D'Hoop* et *Pusa*, tout en étendant leur portée. En effet, si ces derniers sanctionnent les différences de traitement imposées par l'État membre d'origine aux nationaux qui ont exercé la liberté de circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre, l'arrêt *Rüffler* prohibe les différences de traitement imposées par l'État membre d'accueil aux résidents ressortissants d'autres États membres en raison de l'exercice du droit d'établir la résidence dans l'État membre de leur choix. Seulement la base juridique à l'égard de laquelle la légalité de la législation nationale est appréciée est l'article 21 TFUE et non pas les « principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler ». Cette distinction entre les articles 18 et 21 TFUE correspond ainsi à une distinction des bases juridiques pour traiter des différentes formes de discriminations prohibées par le droit de l'Union. L'article 21 TFUE est érigé en fondement autonome et prioritaire pour sanctionner toutes différences de traitement désavantageant les citoyens en raison de l'exercice actuel ou passé de leur liberté de circuler et séjournier dans d'autres États membres, indépendamment de l'État émetteur des mesures. Dans l'hypothèse où une restriction à la liberté de circulation et de séjour est constatée, l'examen de la conformité de la mesure litigieuse avec l'article 18 TFUE ne serait plus nécessaire.

311. Notons néanmoins que l'application combinée des dispositions relatives à la citoyenneté et du principe de non-discrimination garde son intérêt dans l'hypothèse où les citoyens migrants ne répondent pas aux conditions auxquelles le droit dérivé subordonne leur droit de séjour sur le territoire d'autres États membres. L'appréhension des traitements défavorables des citoyens migrants sous l'angle des restrictions à la liberté de circulation garantie à l'article 21 TFUE implique logiquement que l'intéressé ait exercé ou exerce le droit de circuler et de séjournier en vertu de cet article. Le défaut de tel exercice, faute de pouvoir satisfaire aux conditions exigées, paraît exclure l'invocabilité de la prohibition des restrictions à la liberté de circulation des citoyens. Or, l'application combinée de l'article 18 TFUE et l'article 20 TFUE permet d'assurer le droit d'égal accès aux prestations dans l'État membre d'accueil au profit des citoyens résidents légaux dans d'autres États membres, même si ceux-ci tiennent le droit d'y séjournier non pas de l'article 21 TFUE mais du droit national ou international.

⁴⁰¹ F. Kauff-Gazin, A.-L. Mosbrucker, «Fiscalité directe», *Europe*, 2009, p. 9-11.

312. Au-delà des discriminations en raison de la circulation, le fait que l'article 21 TFUE est également invoqué pour interdire les discriminations en raison de la nationalité suscite la question de l'éventuel alignement de la liberté de circulation des citoyens avec la liberté de circulation des acteurs économiques.

B.) La prohibition des discriminations en raison de la nationalité sur le fondement de l'article 21 TFUE : vers un alignement de la liberté de circulation des citoyens avec la liberté de circulation des acteurs économiques ?

313. Tout en traitant la question des restrictions à la liberté de circulation des citoyens sur le fondement de l'article 21 TFUE, un récent arrêt relatif à la transcription de nom paraît annoncer subtilement et subitement un alignement du régime de la liberté de circulation des citoyens avec celui de la liberté de circulation des acteurs économiques. L'affaire *Runevič-Vardyn*⁴⁰² concerne une ressortissante lituanienne, Madame Runevič, qui appartient à la minorité polonaise de la République de Lituanie. Dans les actes d'état civil qui lui ont été délivrés par l'autorité lituanienne, ses nom et prénom sont inscrits selon les règles de graphie lituaniennes (Malgožata Runevič). Elle est également titulaire d'un certificat d'état civil polonais, rédigé selon les règles de graphie polonaises (Małgorzata Runiewicz). Elle a ensuite épousé un ressortissant polonais, Monsieur Wardin, lors d'un séjour prolongé en Pologne, devenant ainsi Madame Runevič-Wardin. Sur leur certificat de mariage lituanien, le nom de famille de l'époux a été repris dans son orthographe originale, alors que le nouveau nom de famille de la requérante, a été transcrit conformément aux règles de graphie lituaniennes, à savoir « Runevič-Vardyn », la lettre « W » étant remplacée par la lettre « V ». Souhaitant que ses noms et prénoms dans les certificats de naissance et de mariage issus en Lituanie soient modifiés conformément à ceux qui leur ont été délivrés par l'autorité polonaise, la requérante s'est adressée aux autorités lituaniennes. Or, la législation lituanienne applicable prévoit que les prénoms et noms de famille des personnes physiques doivent être transcrits dans les actes d'état civil selon les règles de graphie de la langue officielle nationale, à l'exclusion des signes diacritiques, des ligatures, ou de toutes les autres modifications graphiques apportées aux lettres de l'alphabet latin, qui sont employés dans d'autres langues mais qui n'existent pas dans la langue lituanienne. Les autorités lituaniennes n'ont donc pas donné suite à sa demande.

314. La juridiction de renvoi pose la question de la compatibilité de la réglementation lituanienne avec la directive 2000/43 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de

⁴⁰² CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, précité.

traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, d'une part, et avec l'article 21 TFUE, d'autre part. La Cour décide que la réglementation nationale en question ne relève pas du champ d'application de la directive 2000/43. Quant à l'article 21 TFUE, elle pose qu'une législation nationale qui exige que les inscriptions des noms dans les actes d'état civil soient conformes aux règles de graphie de la langue nationale et qui justifie par conséquent le refus de transcrire dans lesdits actes les noms tels qu'ils figurent dans les actes d'état civil délivrés par un autre État membre, sous une forme respectant les règles de graphie de ce dernier État, ne constitue pas en principe une restriction à la liberté de circulation des citoyens contraire à l'article 21 TFUE. Il en est ainsi s'agissant de la transcription du prénom et du nom de jeune fille de la requérante, de même que celle des prénoms de son époux, dès lors que de telle règle n'est pas de nature à dissuader les intéressés d'exercer la liberté de circulation et de séjour sur le territoire d'autres États membres. Cependant, la divergence de transcription du même nom de famille appliquée à deux personnes du même couple pourrait faire naître des doutes quant à l'identité et à la situation matrimoniale des intéressés et constitue à ce titre une restriction à la liberté de circulation des citoyens. Il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si l'application de la législation nationale provoque pour lesdits citoyens de l'Union de sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé.

315. Plus intéressante est l'annonciation, dans la mêlée des raisonnements normalement suivis par la Cour dans le cadre de l'examen des restrictions à la libre circulation des citoyens, d'un alignement du régime de l'article 21 TFUE sur celui de la liberté de circulation des acteurs économiques. Au considérant 65 de l'arrêt *Runevič*, la Cour affirme que l'article 21 TFUE ne se limite pas à prévoir le droit de libre circulation et de séjour au profit des citoyens mais encore contient la prohibition de toute discrimination fondée sur la nationalité⁴⁰³. Dans l'arrêt *Rüffler*, précédemment examiné, l'article 21 TFUE est érigé en un fondement général de prohibition des restrictions territoriales, y compris celles émanant de l'État membre d'accueil, lesquelles sont traditionnellement traitées sous l'angle de discriminations indirectes en raison de la nationalité. Il opère une certaine systématisation, tout en clarifiant le rôle des principes de non-discrimination et de libre circulation visés respectivement aux articles 18 et 21 TFUE dans la protection sociale des citoyens migrants. L'article 21 TFUE servira comme base juridique pour appréhender les différences de traitement ou les désavantages liés à la

⁴⁰³ Pt. 65 de l'arrêt : « L'article 21 TFUE comportant non seulement le droit de circuler et de séjournier librement sur le territoire des États membres mais également [...] une interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité [...] »

circulation, sans égard à l'État membre auteur des mesures restrictives, tandis que les discriminations en raison de la nationalité continuent de relever du ressort de l'article 18 TFUE, appliqué conjointement avec l'article 20 et/ou l'article 21 TFUE.

316. Force est cependant de constater qu'en considérant que l'article 21 TFUE prohibe non seulement des restrictions à la libre circulation citoyenne mais encore des discriminations en raison de la nationalité, l'arrêt *Runevič* vient troubler cet ordre. En fait, la Cour a déjà reconnu que les articles 49 et 56 TFUE comportent également l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité à l'égard des travailleurs indépendants migrants, nonobstant l'absence de disposition expresse prohibant les discriminations en raison de la nationalité dans le cadre des libertés d'établissement et de prestation de services à l'instar de l'article 45 TFUE. De la même manière, la jurisprudence *Runevič* interprète l'article 21 TFUE comme conférant aux citoyens de l'Union, outre le droit de circuler et séjourner librement au sein de l'Union, une protection contre les différences de traitement en raison de leur nationalité une fois qu'ils se trouvent dans l'État membre d'accueil.

317. La conséquence d'une telle mise en parallèle des régimes de la liberté de circulation des personnes dans l'Union consisterait dans une extension du champ de protection de l'article 21 TFUE. Il ne serait plus alors nécessaire de recourir à l'application combinée des articles 18 et 21 TFUE pour assurer le droit d'égal accès des citoyens migrants inactifs aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil. Il convient toutefois de se réserver de tirer une conclusion à partir d'un seul arrêt, reste à observer la jurisprudence à venir.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

318. Le droit de circuler et séjourner librement au sein de l'Union est le premier droit, dans l'ordre chronologique et aussi d'importance, que le traité attache au statut de citoyen de l'Union. La reconnaissance de l'invocabilité directe de l'article 21 TFUE prépare le terrain pour faire de cet article un instrument principal à la disposition des citoyens pour contester des restrictions imposées à l'exercice de leur liberté de circulation. Les clauses de résidence qui restreignent de manière injustifiée la liberté de circulation des citoyens constituent une violation de l'article 21 TFUE.

319. Le régime de l'article 21 TFUE se construit en s'inspirant du cadre de la liberté de circulation des acteurs économiques. La Cour transpose dans le domaine de la libre circulation des citoyens l'approche consacrée dans le domaine de la libre circulation des travailleurs visant à interdire des entraves non discriminatoires à l'exercice de la liberté de circulation. Plus récemment encore elle érige l'article 21 TFUE en fondement autonome pour prohiber les discriminations indirectes en raison de la nationalité imposées aux citoyens migrants⁴⁰⁴.

320. L'existence du droit général de libre circulation suscite l'interrogation sur son articulation avec le droit de libre circulation des travailleurs, salariés et indépendants. À l'égard des travailleurs qui se déplacent dans un autre État membre non pas dans le but d'exercer une activité économique mais simplement aux fins de résidence, la Cour hésite de faire du droit de libre circulation des citoyens un fondement principal qui englobe toutes formes de circulation des citoyens aux fins autres qu'économiques. La raison peut consister dans la volonté d'assurer la protection la plus importante aux citoyens migrants, au détriment cependant de la cohérence du système. L'application de l'article 21 TFUE à cette situation permettrait de confirmer en revanche le caractère réellement général et universel du droit de libre circulation des citoyens. Le pas important reste néanmoins à franchir par la jurisprudence en vue de généraliser l'ensemble des droits reconnus aux travailleurs au profit des citoyens inactifs, dans le contexte où les droits et les conditions de leur bénéfice en vertu du droit de l'Union restent largement dépendants de la catégorie à laquelle chaque citoyen appartient.

⁴⁰⁴ Alors qu'au départ, l'article 21 TFUE n'est utilisé que comme fondement pour rattacher la situation du migrant au champ d'application du traité et celui de l'article 18 TFUE.

321. À la différence du critère de la nationalité qui est totalement prohibé, la territorialité est dans certaines hypothèses tolérée par le législateur de l'Union. La présence d'actes du droit de l'Union réglementant et coordonnant le droit aux prestations sociales des citoyens qui circulent au sein de l'Union suppose l'articulation entre le régime de l'article 21 TFUE et ces derniers.

CHAPITRE II

L'ARTICULATION DES INSTRUMENTS DE DÉTERRITORIALISATION :

LA LIBERTÉ DE CIRCULATION ET LA COORDINATION DES SYSTÈMES NATIONAUX DE SÉCURITÉ SOCIALE

322. Conscient du caractère « fermé » de l’État providence et de la nécessité de garantir aux travailleurs qu’ils puissent user de leur droit de circuler librement aux fins d’exercer les activités professionnelles dans d’autres États membres que le leur, sans perdre les droits aux prestations sociales, l’article 51 TCEE⁴⁰⁵ assigne au législateur la tâche d’adopter des mesures afin d’instaurer « un système permettant d’assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit ; a) la totalisation, pour l’ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales ; b) le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des États membres ».

323. Conformément à cette disposition, a été mis en place un régime de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale. Son origine remonte au 1959 avec le règlement n°3 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants⁴⁰⁶. Il est ensuite remplacé par le règlement n°1408/71⁴⁰⁷ qui a connu de nombreuses modifications. Depuis le 1^{er} mai 2010, la coordination des systèmes de sécurité sociale des États membres est régie par le règlement n°883/2004, assorti du règlement n°987/2009 qui en précise les modalités d’application⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Devenu 42 TCE et 48 TFUE.

⁴⁰⁶ Règlement n° 3 du Conseil du 25 septembre 1958, précité.

⁴⁰⁷ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, précité. Il est assorti du Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d’application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l’application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l’intérieur de la Communauté, *JO L* 74 du 27.3.1972, p. 1-83

⁴⁰⁸ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, précité, Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d’application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L* 284 du 30.10.2009, p. 1-42.

Il faut noter que les nouveaux règlements n°883/2004 et n°987/2009 ne remplacent pas purement et simplement les règlements n°1408/71 et n°574/72. L’article 87, paragraphe 8, du règlement n°883/2004 dispose que « si, en conséquence du présent règlement, une personne est soumise à la législation d’un État membre autre que celui à

324. Le système mis en place ne vise pas l'harmonisation des législations sociales nationales. Les États membres restent compétents pour définir le contenu du système social national notamment s'agissant des droits ou des obligations d'adhésion au système social ainsi que des conditions du bénéfice des prestations. Les règlements laissent subsister des spécificités des systèmes de protection sociale des États membres et se bornent à « cordonner » les législations sociales nationales dans l'objectif d'éliminer les obstacles qui peuvent résulter des différences entre les systèmes à la libre circulation des travailleurs. Ils prévoient à cet égard les principes essentiels, à savoir la désignation de la législation applicable, l'égalité de traitement, la totalisation des périodes ou encore le maintien des droits acquis. Ces principes contribuent de manière concertée à garantir aux travailleurs migrants une protection sociale continue, en surmontant le principe de nationalité et de territorialité de l'État providence qui conditionnent l'octroi, le calcul, ou le maintien des prestations à la possession de la nationalité ou de la résidence sur le territoire de l'État membre allocataire. Ici c'est l'impact des règles de coordination sur la déterritorialisation des systèmes sociaux nationaux qui sera traité principalement.

325. Les règles d'identification de l'État membre compétent, c'est-à-dire l'État membre dont la législation est applicable, ont pour but d'éviter que les migrants se trouvent dans le vide de protection sociale ou, au contraire, qu'ils soient soumis aux législations de plusieurs États membres à la fois. Pour les économiquement actifs, l'État compétent est celui dans lequel ils exercent une activité professionnelle. Quant aux inactifs migrants, c'est l'État dans lequel ces

la législation duquel elle est soumise en vertu du titre II du règlement (CEE) n°1408/71, cette personne continue d'être soumise à cette dernière législation aussi longtemps que la situation qui a prévalu reste inchangée, à moins qu'elle n'introduise une demande en vue d'être soumise à la législation applicable en vertu du présent règlement. La demande est introduite dans un délai de trois mois à compter de la date d'application du présent règlement auprès de l'institution compétente de l'État membre dont la législation est applicable en vertu du présent règlement pour que l'intéressé puisse être soumis à la législation de cet État membre dès la date d'application du présent règlement. Si la demande est présentée après l'expiration de ce délai, le changement de législation applicable intervient le premier jour du mois suivant ».

Par ailleurs, les règlements n°1408/71 et n°574/72 demeureront en vigueur d'une part en ce qui concerne la coordination au profit des ressortissants des États tiers, d'autre part en ce qui concerne la coordination avec les États signataires du Traité sur l'Espace économique européen (Norvège, Islande, Liechtenstein) et la coordination avec la Suisse.

L'enchevêtrement entre les anciens et les nouveaux règlements durant une période transitoire de 10 ans pour le titre sur la législation applicable peut conduire à ce que dans des situations identiques des personnes peuvent se voir appliquer des règles différentes selon que leur situation est née avant ou après le 1er mai 2010 et des éventuelles difficultés concrètes de gestion. Voir J.-P. Lhernould, «La coordination des régimes nationaux de sécurité sociale hors des règlements n° 1408/71 et n° 883/2004 : constat de faiblesse ou tremplin pour de nouvelles ambitions ?», *JCP Soc*, 2009, p. 1449.

Dans la thèse, la référence va être faite en principe aux règlements n°883/2004 et n°987/2009. Cependant l'interprétation par la Cour des dispositions des règlements n°1408/71 et n°574/72 reste valable.

derniers résident habituellement. L'application du règlement peut résulter en une situation où une personne qui réside dans un État membre mais qui travaille dans un autre État membre est soumise à la législation de l'État membre de travail, même si en principe l'affiliation au système social de cet État est conditionnée par la résidence sur le territoire. Notons que la désignation de la législation d'un État membre n'implique pas nécessairement que le migrant aura droit aux prestations de la part de cet État, il faut encore satisfaire aux conditions posées par la législation nationale, autres que celle relative à la territorialité levée par le règlement.

326. Le principe d'assimilation de prestations, de revenus, de faits ou d'événements (article 5), le principe de totalisation des périodes (article 6) et la levée des clauses de résidence (article 7) sont complémentaires et combattent le principe de territorialité aux différents stades. Les principes d'assimilation et de totalisation des périodes visent à contrecarrer le principe de territorialité au niveau de l'acquisition des droits aux prestations sociales. La règle d'assimilation impose à l'État compétent de faire produire des effets juridiques à des faits ou événements survenus dans tout autre État membre dès lors que ces faits ou événements produiraient des effets juridiques s'ils avaient eu lieu sur son territoire. Pour sa part, la règle de totalisation impose la prise en compte, pour l'ouverture ou le maintien du droit aux prestations sociales dans un État membre, des périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence accomplies dans un autre État membre comme si ces périodes avaient été accomplies sur le territoire national. Les périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence accomplies dans un État membre quelconque de l'Union seront prises en compte dans tous les autres États membres, à condition qu'elles soient considérées comme telles dans l'État où elles ont été accomplies⁴⁰⁹. Le principe de levée des clauses de résidence, consacré à l'article 7 du règlement n°883/2004, vise à garantir la conservation des droits aux prestations sociales malgré la résidence des bénéficiaires dans un État autre que celui où ils ont acquis les droits. Il interdit toute « réduction, modification, suspension, suppression ou confiscation des prestations dues en vertu de la législation d'un ou de plusieurs États membres en vertu du règlement du fait que le bénéficiaire ou les membres de sa famille résident dans un État membre autre que celui où se trouve l'institution débitrice »⁴¹⁰. En vertu de ce principe, l'État membre allocataire est tenu de poursuivre le versement des prestations aux bénéficiaires malgré le transfert de leur résidence dans un autre État membre. Les bénéficiaires des

⁴⁰⁹ Contrairement au règlement n° 1408/71 qui prévoit les règles de totalisation dans chaque chapitre du règlement. Le principe de totalisation est posé par l'article 6 du règlement n° 883/2004 pour tout le règlement, sauf en matière de chômage.

⁴¹⁰ Article 7 du règlement n° 883/2004.

prestations peuvent dès lors « exporter » le droit aux prestations acquis dans un État membre sur le territoire d'un autre État membre.

327. S'il ne visait au départ que les travailleurs migrants, salariés et indépendants⁴¹¹, le système de coordination s'appliquait implicitement déjà aux migrants économiquement non-actifs qui disposaient des liens avec la liberté de circulation des travailleurs, à savoir les retraités, les chômeurs et les membres de la famille des travailleurs⁴¹². Par les modifications successives, le champ des bénéficiaires du régime de coordination a été élargi pour couvrir les étudiants⁴¹³ et, désormais, tous les ressortissants d'un État membre qui sont ou qui ont été couverts par la législation de sécurité sociale de l'un des États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants, sans référence au statut de travailleur⁴¹⁴. À partir du moment où le critère de couverture sociale se substitue à celui du lien avec l'activité professionnelle pour la délimitation du champ d'application personnel du règlement, le régime de coordination est susceptible de s'appliquer génériquement à tous les assurés ou anciens assurés nationaux des États membres, y compris les citoyens qui circulent aux fins non économiques⁴¹⁵. Le but du régime de coordination ne se limite plus à favoriser la libre circulation des travailleurs mais tend à promouvoir la libre circulation des citoyens en général⁴¹⁶.

⁴¹¹ Le champ d'application du règlement a été étendu aux travailleurs indépendants par le Règlement (CEE) n° 1390/81 du Conseil du 12 mai 1981 étendant aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille le règlement (CEE) n°1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L* 143 du 29.05.1981, p. 1-32.

⁴¹² Il faut aussi noter que la définition du « travailleur » au sens du règlement n°1408/71 est plus large que celle au sens de l'article 45 TFUE et couvre même ceux qui ont une activité réduite ou marginale. D'après la jurisprudence *Sala*, « la qualité de travailleur au sens du règlement 1408/71 est attribuée à toute personne qui est assurée, ne serait-ce que contre un seul risque, au titre d'une assurance obligatoire ou facultative auprès d'un régime général ou particulier de sécurité sociale mentionné à l'article 1^{er}, sous a), du règlement 1408/71, et ce indépendamment de l'existence d'une relation de travail », CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pt. 3.

⁴¹³ Règlement (CE) n° 307/1999 du Conseil du 8 février 1999 modifiant le règlement (CEE) 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et le règlement (CEE) n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, en vue d'étendre leur application aux étudiants, *JO L* 38 du 12.2.1999, p. 1-5.

⁴¹⁴ Article 2, paragraphe 1, du règlement n°883/2004.

⁴¹⁵ Selon le règlement n°883/2004, sont considérés comme « actifs » les anciens salariés ou indépendants (article 11, paragraphe 2) et les personnes qui perçoivent des indemnités de maladie ou de chômage (article 65). Par contre, sont « inactives » les personnes percevant des pensions d'invalidité, des pensions de vieillesse, des rentes accidents du travail ou des prestations de maladie pour une durée indéterminée.

⁴¹⁶ Considérant 1 du règlement n°883/2004 : « Les règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale s'inscrivent dans le cadre de la libre circulation des personnes et devraient contribuer à l'amélioration de leur niveau de vie et des conditions de leur emploi ».

328. Ainsi, il est sans conteste que les règlements de coordination (en tant que *lex specialis*) vont être amenés à jouer un rôle important à l'égard de la protection sociale des citoyens se trouvant dans des situations transnationales. Il est dès lors nécessaire d'articuler ce corps du droit dérivé posant les règles de coordination des systèmes sociaux nationaux avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes, et notamment l'article 21 TFUE, prohibant des restrictions territoriales des droits aux prestations sociales des citoyens migrants. L'examen de la corrélation et de l'interaction entre ces instruments montre qu'ils sont complémentaires et contribuent à assurer une protection sociale plus complète au profit des migrants (Section I). Cependant, compte tenu des limites liées au champ d'application des règlements de coordination et à l'étendue de la déterritorialisation permise par ceux-ci, la jurisprudence est parfois amenée à dépasser les dispositions des règlements en vue d'assurer une protection sociale plus grande aux citoyens dans leur exercice de la liberté de circulation (Section II).

SECTION I

LA COMPLÉMENTARITÉ DES INSTRUMENTS DE DÉTERRITORIALISATION

329. Malgré l'extension successive du champ d'application des règles de coordination au fil des modifications qui leurs ont été apportées, certaines personnes et prestations restent exclues. L'application des dispositions relatives à la liberté de circulation permet alors de combler les lacunes des règles de coordination (Paragraphe I). Il arrive aussi parfois que, sans qu'il soit nécessaire d'y recourir, la Cour fasse référence aux règles relatives à la libre circulation afin de renforcer les solutions obtenues en vertu des règlements (Paragraphe II).

Paragraphe I : La substitution des règles de la libre circulation aux règles de coordination inapplicables

330. *Ratione personae*, les règlements n°883/2004 et n°987/2009 s'appliquent à tous les ressortissants d'un État membre qui sont ou qui ont été couverts par la législation de sécurité sociale de l'un des États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants⁴¹⁷. *Ratione materiae*, ils concernent toutes les branches classiques de la sécurité

⁴¹⁷ Article 2, paragraphe 1, du règlement n°883/2004 : Le présent règlement s'applique aux ressortissants de l'un des États membres, aux apatrides et aux réfugiés résidant dans un État membre qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants.

sociale, à savoir la maladie, la maternité, les accidents de travail, les maladies professionnelles, les prestations d'invalidité, les prestations de chômage, les prestations familiales, les prestations de retraite, les allocations de décès⁴¹⁸. Sont exclues les prestations relatives à l'assistance sociale et médicale de même que les prestations en faveur des victimes de la guerre ou de ses conséquences.

331. L'invocation des règles relatives à la libre circulation des travailleurs (A) et des citoyens (B) permet de remédier aux cas de non-applicabilité des règles de coordination.

A.) *Par les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs*

332. Le recours aux dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs permet de rattacher au champ d'application du traité les personnes (1) et les prestations (2) qui sont exclues du champ d'application des règles de coordination.

1.) *Les personnes exclues du champ d'application des règles de coordination*

333. En dépit des élargissements successifs du champ application personnel des règles de coordination au fil des modifications apportées au règlement n°1408/71 et d'une acceptation très générale des assurés ou anciens assurés avec le règlement n°883/2004, certains citoyens ne peuvent toutefois pas prétendre à l'application des règlements dans leur situation revêtant une dimension transnationale. Il arrive en effet que leur statut particulier d'assurance les place en dehors du champ d'application personnel des règlements de coordination.

334. L'affaire *Hartmann*⁴¹⁹ concerne l'allocation d'éducation allemande dont l'octroi s'inscrit dans la politique sociale nationale d'encourager le taux de naissance en Allemagne. Son bénéfice est soumis par la législation nationale à la résidence du bénéficiaire sur le territoire. Une exception est cependant prévue pour les non-résidents qui exercent des activités économiques non mineures, définies comme supérieures à 15 heures par semaine. Le bénéfice de cette allocation a été refusé à Madame Hartmann, ressortissante autrichienne, sans emploi, conjointe d'un fonctionnaire allemand travaillant en Allemagne au motif qu'ils résidaient hors

Sous l'égide du règlement n°1408/71, ont été exclus du champ d'application des règles de coordination des inactifs qui n'étaient ni salariés, ni indépendants, ni pensionnés et non couverts par un régime général de sécurité sociale.

⁴¹⁸ Article 3 du règlement n°883/2004. Les deux dernières prestations ont été ajoutées par le règlement n°883/2004 par rapport à ce que prévoit l'article 4, paragraphe 4, du règlement n°1408/71).

⁴¹⁹ CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité.

du territoire de l'Allemagne. En tant que fonctionnaire, Monsieur Hartmann ne serait pas considéré comme un travailleur au sens de l'annexe I, point I, C («Allemagne»), du règlement n°1408/71. D'où l'inapplicabilité des règles de coordination à sa situation. L'arrêt *Geven*⁴²⁰, rendu le même jour, concerne la même allocation d'éducation allemande refusée à une ressortissante néerlandaise qui a travaillé en Allemagne pour un temps de travail hebdomadaire oscillant entre 3 et 14 heures, alors qu'elle résidait aux Pays-Bas avec son mari qui exerçait une activité professionnelle dans cet État membre. Le refus a été motivé par le fait que Madame Geven n'aurait ni son domicile ni son lieu de résidence habituel en Allemagne et qu'elle n'aurait pas été liée par un contrat de travail prévoyant au moins 15 heures de travail par semaine. En outre, en tant que personne exerçant une activité mineure, elle ne serait pas considérée comme un «travailleur» au sens du règlement n°1408/71.

335. L'impossibilité de considérer les intéressés comme travailleurs migrants au sens du règlement n°1408/71 n'empêche cependant pas de leur reconnaître cette qualité en vertu du règlement n°1612/68. La Cour retient une conception extensive de travailleur frontalier de nature à couvrir non seulement le travailleur qui se rend dans un État membre autre que son État membre d'origine et de résidence pour exercer les activités économiques (affaire *Geven*), mais encore celui qui occupe un emploi dans l'État dont il a la nationalité, tout en transférant sa résidence dans un autre État membre (affaire *Hartmann*). Une fois la qualification de travailleur migrant reconnue aux intéressés, la Cour en déduit la possibilité pour les requérants d'invoquer le principe de non-discrimination en matière d'avantages sociaux prévu à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) pour contester les clauses de résidence, qui opèrent une différence de traitement au détriment des travailleurs migrants. Les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs permettent à cet égard de combler les lacunes d'application *ratione personae* des règles de coordination. Il en est de même en ce qui concerne les prestations qui ne rentrent pas dans le champ d'application des règles de coordination.

2.) Les prestations exclues du champ d'application des règles de coordination

336. La jurisprudence *Meints*⁴²¹ traite de la légalité du refus de l'autorité néerlandaise d'octroi d'une indemnisation en faveur des travailleurs agricoles dont le contrat de travail avait pris fin en raison de la mise en jachère de terres de leur ancien employeur, après la cessation

⁴²⁰ CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité.

⁴²¹ CJCE, 27 novembre 1997, *Meints c/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Rec. p. I-6689.

d'activités salariées et le déplacement de la résidence du demandeur dans un autre État membre. La législation nationale compétente soumet en effet l'octroi de ladite indemnisation à la condition que le travailleur ait une résidence sur le territoire néerlandais. L'invocation du règlement n°1408/71, applicable au moment des faits, ne saurait permettre de contester la législation nationale dès lors que la prestation objet du litige ne relève pas de son champ d'application matériel. Selon la Cour, la prestation litigieuse qui est « additionnelle aux prestations de chômage prévues par le régime de sécurité sociale national, versée en une seule fois, dont le montant dépend exclusivement de l'âge du bénéficiaire et qui doit être remboursée si ce dernier entre à nouveau au service de son ancien employeur au cours d'une période de douze mois suivant la fin du contrat de travail » ne peut être considérée comme prestation de chômage au sens du règlement. Contrairement à ce qu'exige l'article 4, paragraphe 1, sous g), du règlement, pour être qualifiée de prestation de chômage, une prestation doit être destinée à remplacer le salaire perdu en raison du chômage afin de subvenir à l'entretien du travailleur en État de chômage. Toutefois, la Cour considère que la prestation litigieuse constitue un avantage social au sens du règlement n°1612/68 (remplacé par le règlement n°492/2011) et doit, à ce titre, être accordé de manière égale aux ressortissants nationaux comme aux ressortissants des autres États membres. La Cour condamne alors la législation néerlandaise conduisant à refuser l'octroi de l'avantage en question au travailleur ayant sa résidence hors du territoire des Pays-Bas comme violation du principe de non-discrimination en matière d'avantages sociaux posé par le règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011).

337. L'article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011 permet ainsi de sanctionner les restrictions territoriales infligées aux travailleurs migrants à l'égard des prestations sociales ne rentrant pas dans le champ d'application des règlements de coordination de sécurité sociale, du moment où les prestations en jeu peuvent être qualifiées comme avantages sociaux au sens de cet article. Le champ d'application *ratione materiae* de cette disposition est potentiellement très large du fait d'une interprétation très extensive de la notion d'avantage social par la Cour. En effet, sont avantages sociaux « tous avantages qui liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national et

dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparaît dès lors comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté »⁴²².

338. S'agissant des prestations dont l'octroi dépend de l'existence préalable d'un rapport de travail et est intrinsèquement lié à la qualité objective de travailleurs des bénéficiaires, les anciens travailleurs peuvent contester le refus de l'État membre de travail de continuer de les leur accorder après la cessation d'activités salariées et le transfert de la résidence dans un autre État membre sur le fondement de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011. Notons toutefois qu'en dehors de cette hypothèse, le principe d'égalité de traitement ne permet le maintien du droit aux prestations sociales de l'État membre allocataire malgré la résidence du bénéficiaire dans un autre État membre que pendant la poursuite des activités économiques.

339. De manière générale, l'article 21 TFUE reste le fondement alternatif principal à disposition des citoyens inactifs pour contester le principe de territorialité à l'égard des prestations ne relevant pas du champ des règles de coordination de la sécurité sociale.

B.) Par les dispositions relatives à la libre circulation des citoyens

340. À l'égard des prestations qui sont exclues du champ d'application des règlements de coordination, l'invocation des dispositions du traité relatives à la libre circulation des citoyens permet d'assurer la continuité du droit aux prestations sociales des migrants nonobstant l'inapplicabilité *ratione materiae* des règles de coordination. Il en est ainsi pour les prestations allouées aux victimes de la guerre (1) ou encore les aides octroyées aux étudiants (2).

1.) Les prestations pour les victimes de la guerre

341. En vertu de l'article 3, paragraphe 5, du règlement n°883/2004, sont exclues de son champ d'application les prestations relatives à l'assistance sociale et médicale de même que les prestations en faveur des victimes de la guerre ou de ses conséquences. Les citoyens migrants ne peuvent dès lors pas s'appuyer sur le principe de totalisation des périodes ou celui de levée des clauses de résidence prévus par le règlement en vue d'obtenir le droit à de telles prestations. La Cour admet à cet égard que l'article 21 TFUE puisse servir de fondement pour

⁴²² CJCE, 7 mars 1985, *Hoeckx*, aff. 249/83, précité, pt. 20.

contester les conditions de territorialité que l’État allocataire impose à l’acquisition ou au paiement des prestations ne relevant pas du champ d’application des règles de coordination.

342. L’arrêt *Tas-Hagen*⁴²³, illustre l’hypothèse où la liberté de circulation des citoyens visée à l’article 21 TFUE permet de surmonter le principe de territorialité imposé aux prestations exclues du champ de coordination. Il est question dans cette affaire de la restriction territoriale à l’égard des prestations pour victimes civiles de guerre. Deux néerlandais qui ont vécu dans les Indes néerlandaises et dont le statut de victimes civiles de guerre a été reconnu, se sont vus refuser l’octroi des prestations prévues par la législation néerlandaise en faveur des victimes civiles de guerre au motif que, à la date du dépôt de la demande, ils ne résidaient pas aux Pays-Bas mais en Espagne.

343. Les prestations allouées aux victimes de la guerre sont en effet écartées du champ d’application matériel du règlement de coordination en vertu de l’article 4, paragraphe 4, du règlement n°1408/71 (l’article 3, paragraphe 5, du règlement n°883/2004) et elles ne relèvent pas non plus du domaine où les compétences ont été conférées à l’Union⁴²⁴. Cependant, elles ne sont pas pour autant étrangères au champ d’application matériel du traité dès lors qu’elles concernent l’exercice du droit de libre circulation et de séjour que le traité reconnaît aux citoyens de l’Union. La Cour relève que les demandeurs de prestations, en leur qualité de citoyens de l’Union qui usent du droit de circuler et séjourner librement sur le territoire d’un autre État membre en vertu de l’article 21 TFUE, sont en droit d’invoquer cet article afin de faire examiner la conformité de la législation nationale soumettant le bénéfice desdites prestations à la résidence sur le territoire de l’État membre allocataire avec le traité. Le facteur pertinent justifiant l’invocabilité de l’article 21 TFUE, nonobstant le fait que les prestations sociales en cause ne relèvent pas du champ d’application des règles de coordination, ni des domaines de compétence de l’Union, consiste dans l’existence d’un lien de causalité entre l’usage par les citoyens du droit de libre circulation en vertu de cet article et la perte du droit auxdites prestations en vertu du droit national. La Cour condamne au final la législation néerlandaise qui soumet le bénéfice des prestations en faveur de victimes civiles de guerre à la condition que le demandeur ait une résidence sur le territoire national au moment de la demande sur le fondement de l’article 21 TFUE au motif qu’elle désavantage certains

⁴²³ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité.

⁴²⁴ CJCE, 31 mai 1979, *Ministère public c/ Even et Office national des pensions pour travailleurs salariés*, aff. 207/78, Rec. p. 2019, pts. 12-14), CJCE, 16 septembre 2004, *Baldinger*, aff. C-386/02, précité, pts. 16-18.

ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre.

2.) Les aides aux étudiants

344. La Cour admet également l'invocabilité de l'article 21 TFUE à l'égard des aides octroyées aux étudiants qui ne relèvent pas du champ d'application des règlements de coordination. L'affaire donnant lieu à larrêt *Morgan*⁴²⁵ porte sur le refus par l'autorité nationale d'octroyer les aides aux études aux nationaux souhaitant poursuivre leurs études dans d'autres États membres. À la différence des autres affaires relatives aux restrictions territoriales des droits aux prestations sociales, celle-ci concerne le cas où l'État membre d'origine prévoit expressément la possibilité d'exportabilité des aides à la formation au profit des étudiants qui souhaitent étudier dans un autre État membre. Seulement l'octroi de ces aides, et par-là leur exportabilité, est subordonné à des conditions très restreintes. La législation nationale exige en effet que les étudiants aient poursuivi une formation pendant au moins un an en Allemagne et continuent uniquement cette même formation dans un autre État membre. Cette exigence conduit les autorités allemandes à refuser l'octroi des aides à deux étudiantes allemandes dont l'enseignement suivi ne fait pas suite à celui reçu, pendant au moins un an, en Allemagne.

345. Partant du constat que cette condition d'une première phase d'études « est de nature, en raison des inconvénients personnels, des coûts supplémentaires ainsi que des éventuels retards qu'elle implique, à dissuader les citoyens de l'Union de quitter l'État membre concerné pour effectuer des études dans un autre État membre et faire ainsi usage de leur liberté de circuler et de séjourner » et que les effets restrictifs engendrés par cette condition « ne sont ni trop aléatoires ni trop insignifiants »⁴²⁶, la Cour conclut qu'elle constitue *a priori*, si non justifiée, une restriction à la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 21 TFUE. Il ressort que l'inapplicabilité du règlement n'exclut pas que les conditions de résidence auxquelles les législations nationales subordonnent le bénéfice ou le maintien du droit aux prestations soient examinées au regard des règles relatives à la liberté de circulation. La validité de ces restrictions territoriales dépend dès lors de leur qualification comme restriction à la libre circulation des citoyens et leur éventuelle justification au regard des raisons objectives d'intérêt général.

⁴²⁵ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. C-11/06, précité.

⁴²⁶ *Ibid.*, pts. 30-32.

346. Force est de constater que la Cour paraît éprouver plus de liberté d'examiner les conditions de territorialité au regard des dispositions du traité relatives à la liberté de circulation à partir du moment où les prestations litigieuses ne relèvent pas du champ d'application des règlements de coordination⁴²⁷. Il n'est pas en effet exclu de se demander si, en permettant l'exportabilité des prestations que le législateur européen entend soustraire au champ d'application des règles de la coordination, et par-là au principe de la levée des clauses de résidence, la Cour ne s'oppose cependant pas au choix fait par le législateur. Il n'en reste toutefois pas moins que les dispositions du traité sur la libre circulation des personnes perdraient leur effet utile, si, par suite de l'exercice de ce droit en vertu du traité, les citoyens migrant se voyaient priver des avantages de sécurité sociale qui ne relèvent pas du champ d'application des règles de coordination. Sans égard au champ d'application matériel de ces dernières, les législations sociales nationales qui restreignent territorialement les droits aux prestations sociales des citoyens migrants doivent pouvoir être examinées à l'aune des libertés de circulation garanties par le traité.

347. Au-delà de leur invocation dans l'hypothèse où les règles de coordination ne trouvent pas à s'appliquer, la Cour fait également référence aux règles relatives à la libre circulation afin de renforcer les solutions des règlements, témoignant d'une certaine interchangeabilité des instruments de déterritorialisation de l'État providence.

Paragraphe II : L'interchangeabilité des instruments de déterritorialisation

348. En ce qui concerne les prestations qui relèvent cette fois du champ d'application des règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale, il arrive que la Cour mette en avant la complémentarité des règlements et de l'article 21 TFUE comme instruments de déterritorialisation des droits aux prestations sociales. L'invocation du dernier permet alors de renforcer les solutions qui résulteraient de l'application des dispositions des règlements. Les règles de coordination et de libre circulation sont, dans ce contexte, interchangeables. Telle est ainsi l'hypothèse des affaires *Gaumain-Cerri et Barth*⁴²⁸.

⁴²⁷ M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, C. Barnard, O. Odudu (dir.), Oxford ; Portland (Or.): Hart publishing, 2009, p. 119-165.

⁴²⁸ CJCE, 8 juillet 2004, *Gaumain-Cerri c/ Kaufmännische Krankenkasse et Barth c/ Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*, aff. jointes C-502/01 et C-31/02, Rec. p. I-6483.

349. Est en cause dans ces affaires le refus par l'État membre de travail de prendre en charge les cotisations d'assurance vieillesse en raison de la résidence des demandeurs hors du territoire national. Dans l'affaire *Gaumain-Cerri*, les parents franco-allemands résidant en France et travaillant en Allemagne portent assistance à leur fils handicapé résidant en France. Ils cotisent à l'assurance dépendance en Allemagne. La loi allemande sur l'assurance dépendance prévoit la prise en charge des cotisations d'assurance vieillesse au profit des tierces personnes qui assistent des personnes dépendantes. Quant à l'affaire *Barth*, l'intéressée de nationalité allemande, résidant en France, assiste un retraité allemand résidant en Allemagne et perçoit une rétribution mensuelle.

350. La Cour considère que la prise en charge de l'assurance vieillesse de la tierce personne qui assiste une personne dépendante constitue une prestation de maladie couverte par le règlement de coordination.⁴²⁹ Plus précisément, parce qu'elle complète l'allocation de dépendance en rendant plus aisés le recours à l'assistance à domicile d'une tierce personne, la prise en charge de l'assurance vieillesse de la tierce personne doit être qualifiée de prestation en espèces de l'assurance maladie visée par l'article 19, paragraphes 1, sous b), et 2, du règlement n°1408/71. Cet article dispose que les membres de la famille d'un travailleur, qui résident sur le territoire d'un État autre que l'État compétent, bénéficient de l'assurance maladie fournie par l'autorité de l'État membre compétent (sauf s'ils bénéficient des prestations sociales dans l'État membre de résidence et tel n'est pas le cas en l'espèce). Pour la seconde affaire, la législation allemande est également applicable au titre de la législation de l'État de lieu de travail.

351. Comme le démontre l'avocat général dans ses conclusions sur cette affaire⁴²⁹, les dispositions du règlement n°1408/71 pourraient être invoquées pour faire échec à la condition de résidence à laquelle la législation allemande subordonne le bénéfice du droit en question. Toutefois la Cour de justice préfère recourir aux dispositions relatives à la citoyenneté pour résoudre le cas d'espèce. Elle s'appuie à cet égard sur les articles 20 et 18 TFUE afin de répondre négativement à la question de savoir si l'institution compétente peut refuser l'octroi d'une prestation particulière de l'assurance dépendance, à savoir la prise en charge des cotisations d'assurance vieillesse de la tierce personne assistant la personne dépendante, au motif que cette tierce personne ne réside pas sur le territoire de l'État membre compétent. Au final, sans se prononcer sur la possibilité de qualifier les intéressés comme travailleurs au sens

⁴²⁹ Concl. de l'avocat général Tizzano du 2 décembre 2003 sous CJCE, 8 juillet 2004, *Gaumain-Cerri et Barth*, aff. jointes C-502/01 et C-31/02, Rec. p. I-6483.

du règlement n°1408/71, elle condamne la condition de résidence comme établissant une différence de traitement entre les personnes se trouvant dans la même situation.

352. La complémentarité des règles de coordination et des dispositions relatives à la liberté de circulation des personnes (voire la préférence pour les règles de la libre circulation) est encore mise en avant dans les autres affaires concernant le refus de l'État membre allocataire d'assimiler les faits ayant lieu sur le territoire d'autres États membres pour l'ouverture du droit aux prestations sociales. L'arrêt *Elsen*⁴³⁰ concerne le refus de l'autorité allemande de prendre en compte, aux fins de l'octroi d'une prestation de vieillesse, la période consacrée à l'éducation de l'enfant en France par une ressortissante allemande, ayant travaillé en Allemagne mais résidé en France, comme si cette période avait été accomplie sur le territoire national.

353. La Cour confirme l'applicabilité de la législation allemande à la situation de l'intéressée en tant que législation de l'État membre de travail conformément à l'article 13, paragraphe 2, du règlement n°1408/71, pour ce qui concerne la validation des périodes consacrées à l'éducation d'un enfant né alors que le parent exerçait une activité professionnelle dans un État membre et était soumis à la législation de sécurité sociale de cet État. Malgré le fait que le parent a cessé depuis mars 1985 toute activité professionnelle en Allemagne et réside sur le territoire d'un autre État membre, la Cour souligne qu'au moment de la naissance de l'enfant, le parent travaillait encore en Allemagne et était soumis, en qualité de travailleur frontalier, à la législation allemande. Il existe ainsi un lien étroit entre les périodes consacrées à l'éducation de l'enfant et les périodes d'assurance accomplies en Allemagne du fait de l'exercice d'une activité professionnelle dans cet État.

354. Reste alors à examiner la conformité de l'exigence de résidence formulée par la législation allemande avec le droit de l'Union. Contrairement à ce à quoi on pourrait s'attendre, la Cour choisit d'examiner la légalité de la législation nationale, non pas à l'égard du règlement n°1408/71, mais en se référant aux dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes. À cet égard, constatant que l'application de la législation allemande fait perdre automatiquement au ressortissant national, qui a transféré sa résidence dans un autre État membre tout en continuant à travailler en Allemagne, le bénéfice de la validation des périodes d'éducation accomplies dans l'État de résidence, la Cour juge que la législation

⁴³⁰ CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, aff. C-135/99, précité.

allemande défavorise les ressortissants de l'Union ayant exercé leur droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres garanti à l'article 21 TFUE.

355. Probablement pour renforcer son raisonnement, la Cour ajoute aussi que le règlement n°1408/71 « comporte plusieurs dispositions visant à garantir le bénéfice des prestations de sécurité sociale, à charge de l'État compétent, même lorsque l'assuré, qui a exclusivement travaillé dans son État d'origine, réside ou transfère sa résidence dans un autre État membre. Ces dispositions contribuent assurément à garantir la liberté de circulation des travailleurs, au titre de l'article [45 TFUE], mais également des citoyens de l'Union, à l'intérieur de la Communauté, au titre de l'article [21 TFUE] »⁴³¹. Elle souligne à cet égard la complémentarité des dispositions des règlements de coordination et du traité relatives à la libre circulation des personnes.

356. Au-delà de l'hypothèse où l'application de l'article 21 TFUE complète l'application des règles de coordination en vue de les remplacer ou renforcer, la Cour admet de se fonder également sur l'article 21 TFUE pour permettre la déterritorialisation des droits aux prestations relevant du champ d'application des règlements au-delà de ce qui est permis par ces derniers.

SECTION II

LA DÉTERRITORIALISATION AU-DELÀ DES RÈGLES DE COORDINATION

357. En définissant l'étendue dans laquelle les États membres sont tenus de supprimer les conditions à caractère territorial ou peuvent encore subordonner l'acquisition ou le paiement des prestations sociales à de telles conditions, les règlements n°1408/71 et n°883/2004 expriment la position du législateur de l'Union sur le principe de territorialité de l'État providence. Pour ce qui concerne les citoyens inactifs, la loi de l'État membre de résidence est, par principe, la loi compétente conformément à l'article 11, paragraphe 3, e, du règlement n°883/2004. Cependant cette règle s'applique « sans préjudice d'autres dispositions du présent règlement qui leur garantissent des prestations en vertu de la législation d'un ou de plusieurs autres États membres », dont le principe de levée des clauses de résidence.

⁴³¹ Pt. 35.

358. Sous l'égide du règlement n°1408/71, le principe de la levée des clauses de résidence n'est prévu qu'au profit des prestations à long terme, qui sont versées pour une durée indéterminée, telles les pensions d'invalidité, de vieillesse ou de survivants, les rentes d'accident du travail ou de maladies professionnelles. Avec le règlement n°883/2004, le principe de la levée des clauses de résidence, prévu à son article 7, s'applique de manière générale à « toutes les prestations en espèces dues en vertu de la législation d'un ou de plusieurs États membres ou du règlement ». Dans ce sens, ces prestations ne peuvent faire l'objet d'aucune réduction, modification, suspension, suppression ou confiscation du fait que le bénéficiaire ou les membres de sa famille résident dans un État membre autre que celui où se trouve l'institution débitrice. Toutefois, ce principe ne s'applique que sous réserve des exceptions et limitations prévues par les dispositions spécifiques, figurant au sein des dispositions particulières du titre III. Au final, malgré l'affirmation générale du principe, la possibilité d'exporter des prestations sociales ainsi que son étendue dépendent des types de prestations concernées. Les prestations à long terme, qui concernent essentiellement les salariés ayant cessé de travailler et retournant dans leur pays d'origine, y sont en principe exportables. En dehors de cela, les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale tolèrent le principe de territorialité à l'égard d'un certain nombre des prestations sociales.

359. Le fait que la Cour accepte de contrôler les prestations exclues du champ de la coordination au regard des dispositions du traité relatives à la liberté de circulation suscite la question de savoir si le contrôle ne devrait pas aussi être étendu aux prestations dont l'exportabilité est limitée ou exclue par les règles de coordination, même si ce contrôle peut impliquer la possibilité d'exportation en contradiction avec les termes des règlements. La volonté de renforcer la protection sociale des citoyens qui circulent au sein de l'Union amène la jurisprudence à admettre effectivement de contrôler la conformité avec les dispositions du traité relatives à la liberté de circulation des conditions de résidence imposées à l'égard des prestations dont l'exportation est restreinte (Paragraphe I) ou exclue (Paragraphe II) par les règlements de coordination. La Cour se fonde, à cet égard, à la fois sur les dispositions relatives à la libre circulation des citoyens et celles relatives à la libre circulation des travailleurs. Par ailleurs, la Cour s'appuie également sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services, et plus précisément sur la liberté des citoyens de recevoir des soins de santé transfrontaliers, en vue de permettre l'exportabilité des prestations de santé en

nature, sous forme de remboursement des frais, en dehors et au-delà de la procédure spécifique prévue par les règlements de coordination (Paragraphe III).

Paragraphe I : Les prestations dont l'exportabilité est restreinte

360. Si elle n'est pas totalement exclue, l'exportabilité de certaines prestations, telles les prestations de chômage et les prestations familiales, en vertu des règles de coordination fait l'objet d'une limitation temporelle et matérielle (A). La Cour se fonde sur le droit de libre circulation des citoyens de l'article 21 TFUE pour permettre une exportabilité plus étendue à l'égard de ces prestations (B).

A.) L'exportabilité limitée en vertu des règlements de coordination

361. Une fois que l'activité économique a pris fin, la possibilité pour les retraités migrants d'exporter les prestations familiales dans un autre État membre est limitée matériellement (1). En ce qui concerne les prestations de chômage, elles sont soumises à un régime particulier qui limite leur exportabilité à une certaine durée (2).

1.) L'exportabilité sélective des prestations familiales des retraités migrants

362. La jurisprudence reconnaît aux anciens travailleurs la possibilité de contester, sur le fondement de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011), le refus de l'État membre de travail de continuer de leur accorder les avantages sociaux après la cessation d'activités salariées et le changement de résidence⁴³². L'invocation de cette disposition permet alors de surmonter les clauses de résidence lorsque l'octroi desdites prestations dépend de l'existence préalable d'un rapport de travail et qu'il est intrinsèquement lié à la qualité objective de travailleur des bénéficiaires. Toutefois, seuls certains droits qui sont liés à la qualité de travailleur sont garantis aux travailleurs migrants qui ne se trouvent plus engagés dans un rapport de travail.

363. Pour les prestations familiales, entendues comme prestations en nature ou en espèces destinées à compenser les charges de famille⁴³³, le droit des anciens travailleurs, titulaires

⁴³² CJCE, 27 novembre 1997, *Meints*, précité.

⁴³³ L'article 1, alinéa u, i), du règlement n°1408/71.

d'une pension ou d'une rente, de les exporter dans un État membre autre que l'État membre compétent en vertu du règlement n°1408/71 est assez limité. Les prestations familiales ne font pas partie des prestations qui sont exportables en vertu de l'article 10 du règlement n°1408/71. Conformément à l'article 13, alinéa 2, f), c'est la législation de l'État membre de résidence qui s'applique à l'égard des personnes ayant cessé leurs activités professionnelles. En conséquence, ceux-ci ne conservent leur droit aux prestations familiales de la part de l'État membre de travail qu'en cas du maintien de la résidence sur le territoire. Ils perdront le droit au bénéfice de telles prestations en cas de transfert de la résidence dans un autre État membre.

364. La levée des clauses de résidence n'est prévue au profit des retraités migrants que pour ce qui concerne les allocations familiales. En vertu de l'article 77 du règlement n°1408/71, contenu dans le chapitre intitulé prestations pour enfants à charge de titulaires de pensions ou de rentes, les pensionnés ont droit au bénéfice des allocations familiales quel que soit l'État membre dans lequel ils ou leurs enfants résident⁴³⁴. L'exportabilité ne couvre que les « prestations périodiques en espèces accordées exclusivement en fonction du nombre et, le cas échéant, de l'âge des membres de la famille »⁴³⁵, à l'exclusion des autres prestations familiales. En raison des liens importants des prestations familiales avec le contexte économique et social de l'État membre allocataire, elles sont exclues de la levée des clauses de résidence. Si l'exception est reconnue pour les allocations familiales, c'est parce que leur octroi est justifié indépendamment du lieu de résidence du bénéficiaire et des membres de sa famille.

365. Dans l'affaire *Lenoir*⁴³⁶ de 1988, la Cour confirme cette interprétation de l'article 77 du règlement n°1408/71. Il est ici question du refus d'exporter les prestations familiales opposé à un national retraité et titulaire d'une pension de vieillesse de l'État français résidant sur le territoire d'un autre État membre. D'après la Cour, l'article 77 du règlement n°1408/71

⁴³⁴ Article 77 du règlement n°1408/71 :

§ 1 « Le terme "prestations", au sens du présent article, désigne les *allocations familiales* prévues pour les titulaires d'une pension ou d'une rente de vieillesse, d'invalidité, d'accident du travail ou de maladie professionnelle, ainsi que les majorations ou les suppléments de ces pensions ou rentes prévues pour les enfants de ces titulaires, à l'exception des suppléments accordés en vertu de l'assurance accidents du travail et maladies professionnelles ».

§ 2 « Les prestations sont accordées selon les règles suivantes, *quel que soit l'État membre sur le territoire duquel résident le titulaire de pensions ou de rentes ou les enfants* :

a) au titulaire d'une pension ou d'une rente due au titre de la législation d'un seul État membre, conformément à la législation de l'État membre compétent pour la pension ou la rente »

⁴³⁵ L'article 1, alinéa u, ii), du règlement n°1408/71.

⁴³⁶ CJCE, 27 septembre 1988, *Lenoir c/ Caisse d'allocations familiales des Alpes-Maritimes*, aff. 313/86, Rec. p. 5391.

réserve au titulaire des prestations familiales ressortissant d'un État membre et demeurant sur le territoire d'un autre État membre le seul bénéfice du paiement par les organismes sociaux de son pays d'origine des allocations familiales, à l'exclusion d'autres prestations familiales. Une distinction est faite entre, d'un côté, l'allocation d'enfant périodique en espèces calculée en tenant compte exclusivement du nombre et de l'âge des enfants et dont l'octroi est justifié indépendamment du lieu de résidence du bénéficiaire et des membres de sa famille, et de l'autre côté, les allocations des frais de scolarité qui sont étroitement liées au lieu de résidence des personnes concernées, à l'égard desquelles l'exclusion du champ d'application des dispositions prévoyant l'exportabilité des prestations familiales du règlement n°1408/71 est justifiée. La Cour confirme à ce titre la validité de l'article 77 du règlement n°1408/71 au regard des articles 48 et 51 TCEE (45 et 48 TFUE).

366. Avec le nouveau règlement de coordination, la distinction faite sous le régime du règlement n°1408/71 entre les prestations sociales et les allocations familiales a été abandonnée. L'article 1^{er}, z) du règlement n°883/2004 donne une nouvelle définition des prestations familiales, à savoir « toutes les prestations en nature ou en espèces destinées à compenser les charges de famille, à l'exclusion des avances sur pensions alimentaires et des allocations spéciales de naissance ou d'adoption visées à l'annexe I ». Dans l'objectif d'uniformiser les règles de coordination quel que soit le statut de l'assuré, un certain nombre de dispositions spéciales relatives aux prestations familiales, dont les dispositions relatives aux prestations pour enfants à charge de titulaires de pensions ou de rentes et pour orphelins, ont été supprimées dans le règlement n°883/2004. Notons tout de même que si la situation des titulaires de pensions ou de rentes n'est plus traitée dans des dispositions à part, une solution spécifique est prévue à leur égard.

367. En vertu de l'article 67 du règlement n°883/2004, « une personne a droit aux prestations familiales conformément à la législation de l'État membre compétent, y compris pour les membres de sa famille qui résident dans un autre État membre, comme si ceux-ci résidaient dans le premier État membre. Toutefois, le titulaire d'une pension a droit aux prestations familiales conformément à la législation de l'État membre compétent pour sa pension ». Sous le règlement n°883/2004, le droit d'exportabilité des prestations familiales est ainsi renforcé au profit des inactifs. Le principe de la levée des clauses de résidence est affirmé de manière générale à l'égard des prestations familiales pour les membres de la famille des assurés qui résident hors du territoire de l'État allocataire. L'exception est prévue en ce qui concerne des avances sur pensions alimentaires et des allocations spéciales de naissance ou d'adoption

visées à l'annexe I. L'octroi de ces dernières peut être subordonné à une condition de résidence sur le territoire de l'État allocataire⁴³⁷. Toutes les autres prestations familiales suivent le régime général du règlement n°883/2004, ce qui signifie en particulier qu'elles sont exportables sur le territoire d'autres États membres.

2.) L'exportabilité temporairement circonscrite des prestations de chômage

368. En ce qui concerne la coordination des prestations de chômage, les articles 64 et 65 du règlement n°883/2004 reprennent, avec certaines modifications mineures, respectivement les articles 69 et 71 du règlement n°1408/71. Ils prévoient la levée des clauses de résidence à l'égard des prestations de chômage au profit des demandeurs d'emploi migrants dans deux hypothèses limitatives. Premièrement, en vertu de l'article 64, alinéa 1^{er}, du règlement n°883/2004, les chômeurs, en situation de chômage complet, qui se sont vus reconnaître un droit à indemnisation au titre de la législation d'un État membre et qui se rendent sur le territoire d'un autre État membre pour y chercher un emploi peuvent conserver leur droit aux prestations de chômage à la charge du premier État membre pendant la période de trois mois. Les chômeurs sont tenus à cet égard de s'inscrire comme demandeurs d'emploi auprès des services de l'emploi de l'État membre compétent, d'être restés à leur disposition pendant au moins quatre semaines avant le départ et de s'inscrire auprès des services de l'emploi de l'État membre d'accueil dans les sept jours suivant l'arrivée.

369. Le règlement n°883/2004 renforce les droits des chômeurs par rapport au règlement n°1408/71 en prévoyant la possibilité d'étendre la période de trois mois jusqu'à six mois. Sous le règlement précédent, la période de trois mois est considérée comme période maximale du maintien du droit aux prestations et la possibilité de prolongation de ce délai n'existe que dans des cas exceptionnels. D'ailleurs, contrairement à son prédécesseur qui limite le droit d'exporter des prestations de chômage à une seule fois pendant les deux périodes d'emploi, le nouveau règlement permet aux chômeurs de se rendre dans d'autres États membres à plusieurs reprises pendant une période de chômage, tant que la période de trois mois (ou six mois si la prolongation est admise) n'est pas dépassée. Cet assouplissement permet d'élargir les États dans lesquels la recherche de l'emploi peut être effectuée. De plus, avec le règlement

⁴³⁷ Pour la France, l'annexe I mentionne l'allocation de soutien familial versée à l'enfant dont l'un des parents ou les deux parents se soustraient ou se trouvent hors d'état de faire face à leurs obligations d'entretien ou au versement d'une pension alimentaire fixée par décision de justice, les primes à la naissance ou à l'adoption dans le cadre de la prestation d'accueil au jeune enfant (PAJE), sauf lorsqu'elles sont versées à une personne qui reste soumise à la législation française conformément à l'article 12 ou à l'article 16 du règlement n° 883/2004.

n°883/2004 les prestations sont servies par l'institution de l'État membre compétent, selon sa législation et à sa charge, tandis que sous le règlement n°1408/71, les prestations sont servies par l'institution de l'État membre où les chômeurs cherchent un emploi, à charge du remboursement ultérieur par l'institution de l'État membre compétent, remboursement qui peut être, dans la pratique, tardif.

370. Malgré quelques améliorations des droits des migrants, il convient de souligner que les chômeurs ne bénéficient de garantie de l'exportation des prestations de chômage dans l'État membre où ils recherchent du travail que pour les trois premiers mois. L'éventuelle prolongation du délai de trois mois n'est que facultative et sa durée dépend de l'appréciation discrétionnaire des institutions compétentes. La mise en œuvre de ce dispositif est dès lors susceptible de donner lieu à des différences de traitements potentiels d'un État membre à l'autre, voire en fonction des décisions individuelles des autorités compétentes⁴³⁸. Par ailleurs, il convient de noter que pour pouvoir maintenir leur droit aux prestations de chômage, les demandeurs d'emploi sont soumis à des formalités procédurales très strictes. Au-delà de l'obligation d'inscription auprès des services de chacun des États membres où ils se rendent et de soumission aux contrôles organisés, les chômeurs sont tenus de revenir sur le territoire de l'État membre allocataire après la période de trois mois. En cas de retour tardif, les chômeurs se voient sanctionner par la perte de l'ensemble du droit aux prestations en vertu de la législation de l'État compétent, sauf si la législation de l'État membre compétent prévoit une règle plus favorable⁴³⁹. Ce régime restrictif a été néanmoins jugé compatible avec la liberté de circulation des travailleurs et les droits fondamentaux par la jurisprudence⁴⁴⁰. La Cour met notamment en avant l'aspect d'« avantage » du droit à l'exportation des prestations de chômage en vertu du règlement, droit qui est inexistant en droit interne, la possibilité de prolongation du délai de trois mois ainsi que l'encadrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités de l'État membre concernant l'octroi de prolongation par l'exigence de garantie procédurale et de proportionnalité.

371. Deuxièmement, l'article 65 du règlement n°883/2004, qui vise avant tout à déterminer la législation applicable aux chômeurs qui résidaient sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent, a néanmoins pour effet de permettre l'exportabilité des prestations de

⁴³⁸ A. Jaume, «La territorialité des droits sociaux au regard du droit communautaire», article précité, spéc. p. 74 et s.

⁴³⁹ Cet élément d'assouplissement est apporté par le règlement n°883/2004.

⁴⁴⁰ CJCE, 19 juin 1980, *Testa, Maggio et Vitale c/ Bundesanstalt für Arbeit*, aff. jointes 41/79, 121/79 et 796/79, Rec. p. 1979.

chômage au profit de ces chômeurs. Conformément à son alinéa 1^{er}, les personnes se trouvant en chômage partiel ou intermittent qui, au cours de leur dernière activité, résidaient dans un État membre autre que l'État membre compétent, doivent se mettre à la disposition de leur employeur ou des services de l'emploi de l'État membre compétent. Elles bénéficient des prestations de chômage servies par l'institution de l'État membre compétent selon la législation de cet État, comme si elles résidaient dans cet État membre. En vertu de cette disposition, les chômeurs peuvent ainsi bénéficier de l'exportabilité des prestations de chômage à la charge de l'État compétent malgré la résidence sur le territoire d'un autre État membre.

372. En ce qui concerne les personnes en chômage complet qui résidaient dans un État membre autre que l'État membre compétent au cours de leur dernière activité et qui continuent à résider dans cet État membre (qui doivent se mettre à la disposition des services de l'emploi de l'État membre de résidence), elles bénéficient des prestations selon les dispositions de la législation de l'État membre de résidence et servies par l'institution de cet État. Mais l'article 65, paragraphe 5, du règlement prévoit l'obligation de remboursement de la part de l'institution compétente de l'État membre à la législation duquel l'intéressé a été soumis en dernier lieu⁴⁴¹. Notons que les anciens travailleurs frontaliers en chômage complet qui bénéficient des prestations de chômage de la part de l'État membre de résidence, disposent également du droit d'exporter lesdites prestations, à la charge de cet État, lorsqu'il se rend dans un autre État membre en vue d'y rechercher un emploi. Cette règle a été confirmée à l'occasion de l'affaire *Commission c/ Pays-Bas* de 2003, grâce à l'application combinée des articles 69 et 71 du règlement n°1408/71 (actuel 64 et 65 du règlement n°883/2004)⁴⁴².

373. Le fait que les règlements de coordination lient de manière générale le droit aux prestations de chômage à la résidence des bénéficiaires sur le territoire de l'État allocataire implique néanmoins que la possibilité d'exporter les prestations de chômage en vertu des règlements est relativement restreinte⁴⁴³.

⁴⁴¹ F. Pennings, «Inclusion and exclusion of persons and benefits in the new co-ordination regulation», in *Social welfare and EU law*, M. Dougan, E. Spaventa (dir.), Oregon: Hart publishing, 2005, p. 241-260.

⁴⁴² CJCE, 6 novembre 2003, *Commission c/Pays-Bas*, aff. C-311/01, Rec. I-13103, pt. 33.

⁴⁴³ F. Pennings, «Coordination of Unemployment Benefits Under Regulation 883/2004», 2009, p. 177-203.

B.) L'exportabilité généralisée en vertu de la libre circulation des citoyens

374. L'affirmation par le règlement du lien entre le bénéfice des prestations de chômage et la présence de chômeurs sur le territoire de l'État membre allocataire paraît s'expliquer par les caractéristiques propres des prestations de chômage. En effet, l'octroi de ces prestations est soumis en principe à l'accomplissement d'une période d'assurance ou d'emploi par les bénéficiaires. Par ailleurs, compte tenu du lien étroit entre l'octroi des prestations et l'obligation imposée aux chômeurs de faire leur maximum pour retrouver un emploi, l'État allocataire instaure en général un mécanisme de contrôle de la situation des chômeurs.

375. La prise en compte des spécificités des prestations de chômage par le règlement se fait alors au détriment de la mobilité des demandeurs d'emploi. L'exception au principe de territorialité n'est prévue que de façon temporaire et relativement circonscrite. Or, à défaut du maintien de leur revenu de remplacement, les chômeurs peuvent se trouver dans l'impossibilité de se déplacer pour chercher un emploi dans un autre État membre. La Cour s'appuie dès lors sur les dispositions du traité conférant la liberté de circulation et de séjour aux citoyens de l'Union afin de permettre une exportabilité des prestations au-delà de ce qui est permis par le législateur européen. L'arrêt *De Cuyper*⁴⁴⁴ témoigne à cet égard de la volonté, tout au moins de principe, de la Cour de favoriser la liberté de circulation des demandeurs d'emploi au-delà du mécanisme de coordination instauré par le règlement n°1408/71.

376. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt concernent un ressortissant belge admis au bénéfice d'allocations de chômage en Belgique. Il était toutefois dispensé de l'obligation d'être disponible sur le marché de l'emploi belge du fait qu'il était âgé de plus de 50 ans et résidait principalement en France. Constatant que Monsieur De Cuyper ne résidait pas habituellement sur le territoire comme l'exigeait la législation nationale compétente, l'autorité belge a mis un terme à son droit aux prestations en question. L'intéressé se fondait sur l'article 21 TFUE afin de contester la législation nationale liant l'octroi des prestations de chômage à la résidence du bénéficiaire sur le territoire comme contraire au droit que le traité confère au citoyen de l'Union de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁴⁴⁴ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité.

377. Les allocations de chômage en jeu dans l'affaire au principal constituent des prestations de sécurité sociale, couvrant le risque lié à la perte involontaire d'emploi alors que le travailleur maintient sa capacité à travailler, auxquelles le règlement n°1408/71 s'applique. Le fait que le bénéficiaire est dispensé en vertu d'une législation nationale de l'obligation d'être disponible sur le marché du travail est jugé sans incidence sur la qualification des prestations litigieuses de prestations de chômage. Toutefois, la situation de Monsieur de Cuyper ne relève d'aucune des deux hypothèses où le règlement n°1408/71 impose à l'État membre compétent de permettre l'exportation des prestations de chômage. En effet l'exportabilité n'est prévue par le règlement, d'une part, qu'au profit des chômeurs qui se rendent dans un État membre autre que l'État compétent pour y chercher un emploi et, d'autre part, pour les chômeurs qui, au cours de leur dernier emploi, résidaient sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent⁴⁴⁵.

378. Ce constat ne fait pas obstacle à ce que la Cour soumette la condition de résidence posée par la législation nationale au contrôle de conformité à l'égard de l'article 21 TFUE. L'interprétation des règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale doit s'entendre en effet sans préjudice de la solution qui découlerait de l'applicabilité éventuelle de dispositions du droit primaire. Le constat que la législation nationale restreint le droit d'exporter les prestations sur le territoire d'un autre État membre, conformément aux dispositions des règlements, ne permet pas nécessairement de faire échapper cette législation aux dispositions du traité. Constatant que la réglementation nationale désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre, la Cour en déduit qu'elle constitue *a priori* une restriction aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE aux citoyens de l'Union qui, à défaut d'être justifiée, serait jugée contraire au traité.

379. Comme son prédécesseur, les nouveaux règlements de coordination est adopté sur le fondement des articles 48 et 352 TFUE du traité. Ce choix de base juridique implique que le noyau dur des règles de coordination reste attaché à l'activité économique et les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, salariés ou indépendants, demeurent les bases juridiques principales des règles de coordination. Cependant, compte tenu de l'élargissement du champ d'application des règlements de manière à concerner potentiellement tout citoyen de l'Union, y compris les citoyens qui circulent pour un but étranger à l'exercice d'une

⁴⁴⁵ En vertu des articles 69 et 71 du règlement n°1408/71 respectivement qui sont devenus articles actuel 64 et 65 du règlement n°883/2004.

activité économique⁴⁴⁶, les dispositions relatives à la citoyenneté auront un rôle croissant dans l’interprétation des règles de coordination à l’instar des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs.

380. Par la suite, la Cour accepte, à l’occasion de l’arrêt *Petersen*⁴⁴⁷, d’examiner la légalité de clauses de résidence comme condition du bénéfice de prestations de chômage avec les dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs. Cette affaire concerne un ressortissant allemand qui a exercé une activité salariée en Autriche. Pendant un recours qu’il a formé contre le refus de lui octroyer la pension d’invalidité, au titre du régime légal d’assurance retraite, le service de l’emploi autrichien a accordé à Monsieur Petersen une avance sur la prestation de chômage. Cette allocation vise à garantir pendant la durée de cette procédure un minimum de ressources aux personnes qui demandent une pension d’invalidité alors qu’elles sont sans emploi dans l’attente de la décision définitive sur leur demande. Or, l’administration autrichienne a cessé de lui verser cette prestation suite au transfert de sa résidence en Allemagne.

381. La Cour estime que la prestation litigieuse dont l’objet est de garantir un minimum de ressources aux personnes qui demandent une pension d’invalidité alors qu’elles sont sans emploi, pendant la durée de la procédure, est une prestation de chômage au regard de son objet, de sa finalité, de sa base de calcul et de ses conditions d’octroi. La Cour reconnaît que la situation de l’intéressé ne relève d’aucune des deux hypothèses d’exportabilité visées par le règlement n°1408/71. Elle affirme cependant que ce dernier n’organise pas un régime commun de sécurité sociale et que les États doivent exercer leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale dans le respect de la liberté de circulation des travailleurs. Constatant que l’intéressé peut être considéré comme conservant la qualité de travailleur aux fins de l’octroi de la prestation en cause qui découle directement d’une relation de travail, la Cour considère qu’il est légitime d’examiner si le régime applicable à la prestation en cause est compatible avec les dispositions de l’article 39 TCE (45 TFUE). Étant donné que les salariés pourraient être dissuadés d’exercer leur droit à la libre circulation, s’ils devaient perdre des avantages de sécurité sociale que leur assure la législation d’un État membre, notamment quand ces avantages représentent la contrepartie de cotisations qu’ils ont versées, la Cour estime au final que conditionner l’octroi desdites prestations à une résidence sur le

⁴⁴⁶ À condition qu’il soit ou ait été affilié à la sécurité sociale d’un État membre.

⁴⁴⁷ CJCE, 11 septembre 2008, *Petersen c/ Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Niederösterreich*, aff. C-228/07, Rec. p. I-6989.

territoire national de l'État membre est contraire à l'article 39, paragraphe 2, TCE (45 TFUE). En dépit du fait que la situation de l'intéressé ne rentre pas dans le cas où le règlement prévoit l'exportabilité des prestations de chômage, il est néanmoins possible de lui reconnaître un droit d'exportabilité de telles prestations sur le fondement des dispositions du traité relatives à la libre circulation.

382. Au-delà des prestations dont l'exportabilité est restreinte, la Cour accepte également de soumettre au contrôle juridictionnel de conformité avec les règles de libre circulation des personnes les clauses de résidence qui sont imposées à l'égard des prestations dont l'exportabilité est expressément exclue par les règles de coordination.

Paragraphe II : Les prestations dont l'exportabilité est exclue

383. Malgré le principe général de la levée des clauses de résidence pour le paiement des prestations sociales, les limitations territoriales à l'égard des prestations de nature non contributive sont expressément autorisées par le législateur de l'Union (A). La Cour accepte cependant de contrôler la conformité de ces clauses territoriales avec les dispositions garantissant la liberté de circulation des travailleurs, y compris à l'égard de travailleurs qui circulent aux fins étrangères à leur activité professionnelle (B).

A.) *La non-exportabilité des prestations spéciales à caractère non contributif*

384. Sous le régime initial de coordination mis en place par le règlement n°1408/71, le principe de la levée des clauses de résidence ne faisait l'objet d'aucune restriction. Il s'appliquait à toutes prestations qui relevaient du champ d'application *ratione materiae* du règlement. L'applicabilité du principe de la levée des clauses de résidence, visé à l'article 10 du règlement, à l'égard de telle ou telle prestations dépendait de la question de savoir si ladite prestation pouvait être considérée comme une « prestation de sécurité sociale ». Dans l'affirmative, le principe de la levée des clauses de résidence s'appliquait également à son égard. Dans le cas où elle relevait de l'« assistance sociale », elle pouvait être exclue de la possibilité d'exporter sur le territoire d'autres État membres⁴⁴⁸.

385. La distinction traditionnelle entre ces deux catégories de prestations est devenue par la suite moins nette du fait de la création par les législations nationales des prestations

⁴⁴⁸ Article 4 du règlement n°1408/71, devenu l'article 3 du règlement n°883/2004.

« mixtes » se trouvant à mi-chemin entre la sécurité sociale et l'assistance sociale. Ces prestations sont destinées le plus souvent à assurer une aide financière aux personnes nécessiteuses ne disposant pas de ressources financières propres suffisantes pour assurer leur subsistance (telles les personnes âgées, handicapées ou les familles nombreuses). D'un côté, elles s'apparentent à des prestations de sécurité sociale dans la mesure où elles sont octroyées dans les conditions et sur la base de critères objectifs définis par la loi indépendamment de toute appréciation discrétionnaire des situations personnelles des intéressés. De l'autre côté, elles ont des caractéristiques de l'assistance sociale dans la mesure où elles ne dépendent pas de période d'activité professionnelle, d'affiliation ou de cotisation et visent à soulager les besoins financiers des bénéficiaires.

386. Invitée à trancher sur la nature des prestations mixtes ainsi que sur leur exportabilité dans les années 70's-80's, la Cour a opté pour une interprétation large de la notion de sécurité sociale de manière à englober également les prestations spéciales non contributives. En effet, doivent être considérées comme prestations de sécurité sociale, les prestations mixtes qui sont octroyées, en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, aux bénéficiaires sur la base d'une situation légalement définie et où elles se rapportent à l'un des risques expressément énumérés à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n°1408/71 (actuel article 3, paragraphe 1, du règlement n°883/2004)⁴⁴⁹. Cette approche a pour conséquence d'entraîner la levée des clauses de résidence à l'égard des prestations telles l'allocation supplémentaire au titulaire d'une pension d'invalidité⁴⁵⁰ ou encore l'allocation d'aide sociale italienne assimilée à une prestation de vieillesse⁴⁵¹.

387. En réaction à la jurisprudence, le législateur européen a instauré un régime spécifique à l'égard des prestations spéciales à caractère non contributif par le biais du règlement modificatif de 1992⁴⁵², relayé ensuite par celui de 2005⁴⁵³. Ont été ajoutés au règlement n°1408/71, un article 4, paragraphe 2 bis, qui étend le champ d'application matériel du

⁴⁴⁹ CJCE, 7 mars 1985, *Hoeckx*, aff. 249/83, précité, pt. 12-15.

⁴⁵⁰ CJCE, 9 octobre 1974, *Caisse régionale d'assurance maladie de Paris c/ Biason*, aff. 24-74, Rec. p. 999.

⁴⁵¹ CJCE, 5 mai 1983, *Piscitello c/ Istituto nazionale della previdenza sociale*, aff. 139/82, Rec. p. 1427.

⁴⁵² Règlement (CEE) n° 1247/92 du Conseil du 30 avril 1992 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (92/1247/CE), JO L 136 du 19.5.1992, p. 1-6.

⁴⁵³ Règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil du 13 avril 2005 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, et le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, JO L 117 du 4.5.2005, p. 1-12.

règlement aux prestations spéciales en espèce à caractère non contributif, ainsi qu'un article 10 bis, qui exclut lesdites prestations du champ d'application du principe de la levée des clauses de résidence. Sous réserve qu'elles correspondent aux critères définis et soient mentionnées à l'annexe II bis du règlement n°1408/71, les États sont autorisés à conditionner effectivement leur octroi à une condition de résidence. L'article 70 du règlement n°883/2004⁴⁵⁴ confirme l'exclusion des prestations spéciales à caractère non contributif, listées à l'annexe X du règlement n°883/2004⁴⁵⁵, du principe de l'exportabilité. Conformément à cet article, les prestations spéciales à caractère non-contributif sont « octroyées exclusivement dans l'État membre dans lequel l'intéressé réside et conformément à sa législation. Ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge ». La règle de non-exportabilité implique que les citoyens non actifs, qui dépendent en principe de l'assistance sociale d'un État membre, perdront le droit à de telles prestations une fois qu'ils transfèrent leur résidence sur le territoire d'un autre État membre. C'est la législation sociale du nouvel État membre de résidence qui régira leur droit aux prestations spéciales. Le fait que la législation d'un État membre soit applicable ne signifie cependant pas que les migrants auront automatiquement droit aux prestations dans cet État. Il faut encore satisfaire aux conditions du bénéfice de ces prestations conformément à la législation dudit État membre. Dans ce contexte, le principe de totalisation des périodes prévu à l'article 6 du règlement 883/2004 permet d'atténuer les effets restrictifs du droit de libre circulation des citoyens de la non-exportabilité des prestations spéciales à caractère non contributif. Cette disposition fait obligation à l'État membre de résidence de prendre en compte les périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence accomplies sous la législation de

⁴⁵⁴ Selon l'article 70, paragraphe 2, du règlement n° 883/2004, sont les prestations spéciales en espèces à caractère non contributif, les prestations

a) qui sont destinées:

i) soit à couvrir à titre complémentaire, subsidiaire ou de remplacement, les risques correspondant aux branches de sécurité sociale visées à l'article 3, paragraphe 1, et à garantir aux intéressés un revenu minimum de subsistance eu égard à l'environnement économique et social dans l'État membre concerné ;

ii) soit uniquement à assurer la protection spécifique des personnes handicapées, étroitement liées à l'environnement social de ces personnes dans l'État membre concerné ; et

b) qui sont financées exclusivement par des contributions fiscales obligatoires destinées à couvrir des dépenses publiques générales et dont les conditions d'attribution et modalités de calcul ne sont pas fonction d'une quelconque contribution pour ce qui concerne leurs bénéficiaires. Les prestations versées à titre de complément d'une prestation contributive ne sont toutefois pas considérées, pour ce seul motif, comme des prestations contributives; et

c) qui sont énumérées à l'annexe X.

⁴⁵⁵ Règlement (CE) n° 988/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, et déterminant le contenu de ses annexes, JO L 284 du 30.10.2009, p. 43-72.

tout autre État membre, comme s'il s'agissait de périodes accomplies sous sa législation. Il n'en reste pas moins qu'à défaut de pouvoir exporter notamment les prestations visant à assurer le minimum de subsistance, les inactifs migrants risquent de ne pas pouvoir satisfaire aux conditions auxquelles la directive 2004/38 subordonne leur droit de séjour, au-delà de trois mois, dans un autre État membre, et plus précisément celle de disposer des ressources suffisantes pour eux et pour des membres de leur famille.

388. Il faut noter cependant que l'inscription d'une prestation donnée sur la liste des prestations spéciales à caractère non contributif ne vaut pas une immunité juridique. Les États sont en effet tentés d'inclure dans cette catégorie toute une série de prestations qu'ils souhaitent lier au principe de territorialité pour limiter le nombre de personnes éligibles. La Cour contrôle en effet l'exactitude des qualifications des prestations inscrites sur la liste et est amenée à invalider certaines. À cet égard, la Cour met l'accent sur la nécessité d'interpréter les dispositions du règlement de coordination, pris en application de l'article 48 TFUE, à la lumière de l'objectif de cet article de contribuer à l'établissement d'une liberté de circulation des travailleurs migrants aussi complète que possible. S'il est loisible au législateur européen d'adopter des dispositions dérogatoires au principe de l'exportabilité des prestations de sécurité sociale, ces dispositions dérogatoires doivent être interprétées strictement⁴⁵⁶. Pour être considérées comme telles et pouvoir être exclues du principe de la levée des clauses de résidence, les prestations en question doivent répondre aux critères « spécial » et « non contributif »⁴⁵⁷. À partir du moment où les prestations peuvent être considérées effectivement comme telles, la jurisprudence confirme la validité du principe de territorialité de leur paiement⁴⁵⁸. Pour justifier une telle solution, la Cour relève que les prestations qui visent à garantir un minimum de moyens d'existence aux personnes dont les revenus sont insuffisants sont « étroitement liées à la situation économico-sociale du pays concerné ». Leur montant, fixé par la loi, tiendrait compte du niveau de vie dans ledit pays. Leur finalité se perdrait si elles devaient être accordées en dehors de l'État de résidence⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ CJCE, 8 mars 2001, *Jauch c/ Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*, aff. C-215/99, Rec. p. I-1901, CJCE, 31 mai 2001, *Leclere c/ Caisse nationale des prestations familiales*, aff. C-43/99, Rec. p. I-4265

⁴⁵⁷ Tel n'est pas le cas des deux prestations en jeu dans les arrêts *Jauch* et *Leclere*. CJCE, 8 mars 2001, *Jauch*, aff. C-215/99, précité, CJCE, 31 mai 2001, *Leclere*, aff. C-43/99, précité.

⁴⁵⁸ CJCE, 4 novembre 1997, *Snares c/ Adjudication Officer*, aff. C-20/96, Rec. p. I-6057 (concernant une allocation britannique de subsistance pour handicapés, CJCE, 29 avril 2004, *Skalka c/ Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft*, aff. C-160/02, Rec. p. I-5613 (concernant le supplément compensatoire aux pensions de retraite autrichien), et CJCE, 6 juillet 2006, *Kersbergen-Lap c/ Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, aff. C-154/05, Rec. p. I-6249 (concernant une prestation néerlandaise pour les jeunes handicapés).

⁴⁵⁹ CJCE, 29 avril 2004, *Skalka*, aff. C-160/02, précité, pt. 24.

B.) L'exportabilité en vertu de la libre circulation des travailleurs : cas des travailleurs migrants « atypiques »

389. L'arrêt *Hendrix*⁴⁶⁰ illustre le cas où l'application des dispositions relative à la liberté de circulation est susceptible de permettre l'exportabilité des prestations dont l'octroi peut être subordonné à la condition de résidence en vertu du règlement de coordination (1). Il convient de définir la portée de cette jurisprudence à l'égard de l'articulation entre les règles de libre circulation des citoyens et des travailleurs (2).

1.) La jurisprudence *Hendrix*

390. Un jeune néerlandais souffrant d'un léger handicap mental a occupé un emploi mais était rémunéré en deçà du minimum légal. Il bénéficiait d'une allocation néerlandaise versée au titre d'une loi sur l'assurance contre l'incapacité de travail des jeunes handicapés, dite « Wajong », qui complétait son salaire à hauteur du revenu minimum. Quelques années plus tard, tout en continuant à travailler aux Pays-Bas, il a déménagé en Belgique et l'institution compétente a cessé de lui verser cette prestation au motif qu'il ne résidait plus aux Pays-Bas. Son employeur lui a refusé une augmentation de salaire et a ensuite mis fin à son contrat de travail. Quelques mois plus tard, l'intéressé a trouvé un nouvel emploi aux Pays-Bas. Il a contesté la légalité de l'interruption du versement de son allocation au motif de sa résidence hors du territoire national.

391. Conformément à la législation nationale, le versement de cette prestation est soumis en principe à la condition de résidence du bénéficiaire aux Pays-Bas. Il peut toutefois être dérogé à cette règle lorsque l'extinction du droit à la prestation conduit à une situation d'« injustice majeure », c'est-à-dire lorsque le bénéficiaire a des raisons impérieuses d'établir sa résidence en dehors des Pays-Bas et lorsqu'il a lieu de s'attendre à ce que l'interruption du paiement de cette prestation le lèse de manière significative. Sont considérées comme raisons impérieuses notamment le fait de suivre un traitement médical d'une certaine durée, l'acceptation d'un emploi offrant une certaine perspective de réintégration ou le besoin de suivre les personnes dont le jeune handicapé dépend.

392. Interrogée sur la compatibilité de la clause de résidence prévue par la législation néerlandaise avec les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs et à la citoyenneté européenne, la Cour, estimant que l'article 18 TCE (21 TFUE) en tant que *lex*

⁴⁶⁰ CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité.

generalis trouve une expression spécifique dans l'article 39 TCE (45 TFUE), décide de statuer seulement au regard de ce dernier. À cet égard, la Cour confirme l'interprétation extensive de la notion « travailleur » au sens de l'article 39 TCE (45 TFUE) et du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011). Dans la ligne de la jurisprudence *Ritter-Coulais*⁴⁶¹, confirmée récemment par la jurisprudence *Hartmann*⁴⁶², la Cour considère que relève du champ d'application des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, tout ressortissant d'un État membre, indépendamment de son lieu de résidence et de sa nationalité, qui a fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs et qui a exercé une activité professionnelle dans un État membre autre que celui de résidence. Dans l'affaire *Hendrix*, la Cour affirme que la circonstance qu'une personne, tout en conservant une activité salariée dans son État d'origine, a transféré sa résidence dans un autre État membre, puis a retrouvé une autre activité salariée dans son État d'origine, permet de la faire entrer, pendant toute la période en cause dans le champ d'application des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs.

393. La Cour retient également une conception extensive d'avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011). Elle reconnaît sans difficulté que la prestation litigieuse, octroyée aux travailleurs qui, du fait d'une maladie ou d'une infirmité, ne sont pas en mesure de gagner par leur travail ce qu'une personne en bonne santé d'un même niveau de formation et d'expérience gagne habituellement par son travail, constitue un tel avantage. Dans ces conditions, il ne reste à la Cour qu'à appliquer sa jurisprudence bien établie concernant les travailleurs frontaliers selon laquelle un État membre ne saurait subordonner l'octroi d'un avantage social au sens dudit article 7 à la condition que les bénéficiaires de l'avantage aient leur résidence sur le territoire national de cet État membre⁴⁶³.

394. La difficulté suscite toutefois du fait que la Cour a auparavant qualifié la prestation servie au titre de la Wajong comme prestation spéciale à caractère non contributif au sens de

⁴⁶¹ CJCE, 21 février 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, précité qui procède à un revirement de la jurisprudence *Werner* selon laquelle la circulation et le séjour dans un autre État membre dans un but étranger à l'exercice des activités économiques ne permettaient pas de rattacher la situation des ressortissants communautaires au champ d'application du traité. Voir *supra*, Chapitre I, Section I, Paragraphe II, A).

⁴⁶² CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité.

⁴⁶³ CJCE, 27 novembre 1997, *Meints*, aff. C-57/96, précité, pt. 51, CJCE, 8 juin 1999, *Meeusen*, aff. C-337/97, précité, pt. 21.

l'article 4, paragraphe 2 bis, du règlement n°1408/71⁴⁶⁴. Le règlement n°1408/71 pose en effet comme règle générale le principe de la levée des clauses de résidence à l'égard des prestations à long terme, dont les prestations en espèces d'invalidité, permettant le maintien du bénéfice de ces prestations malgré la résidence du bénéficiaire sur le territoire d'un autre État membre. L'exception est cependant prévue à l'article 10 bis du règlement n°1408/71 (devenu article 70 du règlement n°883/2004) en ce qui concerne les prestations spéciales à caractère non contributif, lesquelles sont octroyées exclusivement sur le territoire de l'État membre de résidence et au titre de la législation de cet État. Il s'ensuit qu'en vertu du règlement de coordination, le versement de la prestation disputée peut valablement être réservé aux personnes qui résident sur le territoire de l'État membre allocataire.

395. Se pose alors la question de l'articulation entre les deux instruments du droit dérivé qui peuvent être amenés à régir la même situation et qui sont susceptibles de déboucher sur les résultats opposés. Le fait d'invalider la condition de résidence comme créant une discrimination indirecte au détriment des travailleurs migrants contraire au règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) implique d'ignorer le fait que la prestation servie au titre de la Wajong fait partie des prestations spéciales à caractère non contributif visées aux dispositions combinées des articles 4, paragraphe 2 bis, et 10 bis du règlement n°1408/71, dont l'octroi peut être soumis au principe de territorialité en vertu de l'article 10 bis de ce règlement. Cette question épineuse d'articulation entre les instruments du droit de l'Union s'est posée auparavant devant la Cour. Seulement elle a pu jusqu'à lors éviter de statuer sur cette question ; dans l'affaire *Hosse*⁴⁶⁵, du fait que la prestation en jeu ne satisfaisait pas au critère « spécial » pour constituer la prestation spéciale à caractère non contributif, et, dans l'affaire *Hartmann*⁴⁶⁶, du fait que l'intéressé ne rentrait pas dans le champ d'application personnel du règlement n°1408/71. La solution à cette question est en effet délicate comme témoignent les positions divergentes adoptées par les avocats généraux dans ces affaires citées. L'avocat général Kokott dans ses conclusions sur l'affaire *Hosse* prônait la prévalence du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) alors que l'avocat général Geelhoed prenait une position contraire à l'occasion de l'affaire *Hartmann*.

⁴⁶⁴ CJCE, 6 juillet 2006, *Kersbergen-Lap*, aff. C-154/05, précité, qui concerne la même prestation en espèces servie au titre de la loi néerlandaise sur l'assurance contre l'incapacité de travail des jeunes handicapés. Spéciale, parce qu'elle s'apparente à une prestation de sécurité sociale en cas d'invalidité et à une aide sociale. Non contributif, car son financement est assuré par des ressources publiques et non par des cotisations sociales.

⁴⁶⁵ CJCE, 21 février 2006, *Hosse c/ Land Salzburg*, aff. C-286/03, Rec. p. I-1771.

⁴⁶⁶ CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité.

396. Dans l'arrêt commenté, la Cour reconnaît que l'article 42, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu article 36, paragraphe 2, du règlement n°492/2011) dispose qu'il « ne porte pas atteinte aux dispositions prises conformément à l'article [48] du traité [FUE] », lesquelles couvrent également les règlements de coordination tels les règlements n°1408/71 ou n°883/2004. Cependant, la jurisprudence choisit de faire primer une autre conception concernant l'articulation entre les règles de coordination et les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs. Selon la Cour, « les dispositions du règlement n°1408/71 prises en application de l'article [48] TFUE doivent être interprétées à la lumière de l'objectif de cet article qui est de contribuer à l'établissement d'une liberté de circulation des travailleurs migrants aussi complète que possible ». À cet égard, « l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) est l'expression particulière, dans le domaine spécifique de l'octroi d'avantages sociaux, de la règle de l'égalité de traitement consacrée à l'article [45], paragraphe 2, [TFUE] et doit être interprété de la même façon que cette dernière disposition ». La Cour en déduit que la condition de résidence pour le bénéfice de la prestation servie au titre de la Wajong ne peut être opposée à l'intéressé « que si elle est objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi »⁴⁶⁷.

397. Il ressort de cette affirmation que le fait qu'une prestation donnée est correctement qualifiée comme prestation spéciale à caractère non contributif au sens de l'article 70 du règlement n°883/2004, ou, est inscrite à l'Annexe X du même règlement ne suffisso plus à justifier automatiquement la subordination de son octroi à la condition de résidence sur le territoire de l'État allocataire. Comme la clause de résidence crée une discrimination indirecte au détriment des travailleurs migrants en violation de la liberté de circulation des travailleurs, elle doit être soumise au test de nécessité et de proportionnalité pour échapper à la condamnation. En d'autres termes, il faut qu'elle soit considérée comme objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi.

2.) La portée : la prévalence de la libre circulation des travailleurs

398. La reconnaissance de la qualité de « travailleur migrant » au profit des travailleurs migrants « atypiques », qui occupent un emploi dans un État membre dont ils sont ressortissants mais qui choisissent d'installer leur résidence dans un autre État membre, permet de renforcer la protection sociale à leur profit. En effet la plupart des prestations

⁴⁶⁷ Pts. 52-54 de l'arrêt.

spéciales à caractère non contributif, dont l'exportabilité est exclue en vertu du règlement de coordination, sont susceptibles d'être considérées comme avantages sociaux au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011, compte tenu de la conception jurisprudentielle très large de cette notion. Sont considérés en effet comme avantages sociaux dont l'égalité d'accès doit être garanti aux travailleurs migrants « tous avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux en raison, principalement, de leur qualité de travailleurs ou du simple fait qu'ils ont leur résidence ordinaire sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs migrants apparaît, dès lors, comme de nature à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté »⁴⁶⁸. De plus, la qualification d'une prestation comme celle relevant du champ d'application matériel du règlement n°1408/71 ou n°883/2004 n'exclut pas la possibilité de lui reconnaître en même temps la qualité d'avantage social au sens du règlement n°492/2011. La Cour a déjà affirmé que « le règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) ayant une portée générale en ce qui concerne la libre circulation des travailleurs, l'article 7, paragraphe 2, de ce règlement peut être applicable à des avantages sociaux qui relèvent en même temps du domaine d'application spécifique du règlement n°1408/71 »⁴⁶⁹.

399. Grâce à une conception large de notion de travailleur migrants, les travailleurs migrants atypiques peuvent ainsi invoquer le droit de ne pas subir les discriminations en raison de la nationalité en matière d'avantages sociaux prévu à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°492/2011 pour contester le refus de l'État membre de travail, y compris celui dont ils sont ressortissants, de leur octroyer les prestations qui constituent des avantages sociaux au sens du règlement n°492/2011, même si ces prestations sont exclues de la possibilité d'exporter par le règlement de coordination. Il en résulte la possibilité de neutraliser la règle de territorialité prévue par le règlement de coordination dans l'objectif de sauvegarder la liberté de circulation des travailleurs. Il s'agit de protéger le droit de tous les travailleurs de circuler au sein de l'Union même si leur circulation est autre qu'aux fins d'exercer une activité économique. Les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs visent à enlever non seulement les obstacles à la circulation aux fins d'occuper un emploi dans l'État membre d'accueil, mais encore les obstacles émanant de l'État membre dont les travailleurs ont la nationalité qui sont de nature à les dissuader d'user de leur liberté de circuler aux fins non économiques dans d'autres États membres. Dans ces conditions, les travailleurs nationaux qui exercent leurs

⁴⁶⁸ CJCE, 7 mars 1985, *Hoeckx*, aff. 249/83, précité, pt. 20.

⁴⁶⁹ CJCE, 10 mars 1993, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-111/91, Rec. p. I-817, pt. 21 (concernant allocations de naissance et de maternité).

activités dans l’État membre d’origine mais qui résident sur le territoire d’un autre État membre doivent être traités par leur État membre dont ils ont la nationalité comme s’ils étaient travailleurs ressortissants d’autres États membres.

400. L’arrêt *Hendrix* s’inscrit sans conteste dans une nouvelle tendance de la jurisprudence où plusieurs arrêts confirment le revirement de la jurisprudence *Werner*⁴⁷⁰. Désormais les seuls faits que le migrant exerce une activité professionnelle dans un État membre et réside dans un autre État membre suffit à lui donner la qualité du travailleur migrant au sens des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, indépendamment de l’objectif de son déplacement. Or, au regard de la délimitation traditionnelle du champ d’application de la liberté de circulation des travailleurs, la reconnaissance de qualité de travailleur frontalier aux travailleurs migrants atypiques paraît toutefois maladroite. Jusqu’alors, la possibilité pour les nationaux d’invoquer les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs à l’encontre de l’État membre dont ils sont ressortissants n’était admise que dans l’hypothèse où ils résident et exercent (ou ont résidé et exercé) une activité salariée dans un autre État membre⁴⁷¹. Les travailleurs devaient en effet s’être au préalable rendus dans un autre État membre pour occuper un emploi. À l’occasion de l’arrêt *Werner*⁴⁷², la Cour a en effet refusé de rattacher la situation d’un travailleur allemand travaillant en Allemagne mais qui a transféré sa résidence dans un autre État membre au champ d’application des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, compte tenu du but étranger à l’exercice des activités économiques de son séjour sur le territoire d’un autre État membre. Dans les arrêts *Hartmann* et *Hendrix*, la Cour évite d’aborder le motif de la circulation des intéressés et se contente d’affirmer qu’après que les intéressés ont transféré leur résidence sur le territoire d’un autre État membre ils deviennent travailleurs migrants.

401. L’acceptation très extensive de la notion de travailleur migrant se fait au détriment de l’universalité de la liberté de circulation qui est reconnue à tout citoyen de l’Union. Intégrer les situations de ces travailleurs frontaliers atypiques dans le champ de la libre circulation des citoyens à l’instar de la jurisprudence *Elsen* sera plus pertinente dès lors que la migration dans les cas d’espèce n’a pas été guidée par le motif économique. L’article 21 TFUE doté de l’effet direct peut être invoqué par les citoyens migrants contre les restrictions émanant de leur État

⁴⁷⁰ CJCE, 21 février 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, précité, CJCE, 7 septembre 2006, *N c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, aff. C-470/04, précité, CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité.

⁴⁷¹ CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve*, aff. C-18/95, précité.

⁴⁷² CJCE, 26 janvier 1993, *Werner*, aff. C-112/91, précité.

membre d'origine qui sont de nature à créer des obstacles injustifiés à leur liberté de circulation et de séjour au sein de l'Union. Dans les arrêts *Sala* et *Grzelczyk*, qui traitent du droit d'accès des citoyens inactifs aux prestations sociales de l'État membre d'accueil, la Cour s'est déjà appuyée sur les notions d'avantage social au sens du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) et de prestation de sécurité sociale au sens du règlement n°1408/71 (devenu règlement n°883/2004) afin d'attacher les prestations de nature non contributive au champ d'application du traité aux fins de l'application du principe de non-discrimination visé à l'article 18 TFUE. Cette approche qui consiste à généraliser les droits reconnus aux travailleurs migrants au profit des citoyens inactifs à travers «la déconstruction et la reconstruction du champ d'application du traité»⁴⁷³ aurait pu être transposée au domaine de la déterritorialisation. Dans ces conditions, la Cour pourrait examiner la légalité au regard de l'article 21 TFUE des clauses de résidence conditionnant le bénéfice des prestations qui relèvent du champ d'application du règlement de coordination ou qui peuvent être considérés comme avantages sociaux ou fiscaux au sens du règlement n°492/2011.

402. La Cour choisit au contraire d'étendre les droits consacrés par les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs à ceux qui en réalité usent du droit de libre circulation et de séjour en vertu de l'article 21 TFUE. L'assimilation des travailleurs qui circulent pour un motif étranger à leur activité professionnelle aux travailleurs migrants permet de leur faire bénéficier d'une protection plus complète offerte par les dispositions du traité et du droit dérivé relatives à la libre circulation des travailleurs, sans que la Cour soit pour autant obligée de généraliser le droit d'exportabilité des prestations sociales au profit de tous citoyens migrants selon la même approche. Le privilège de contester le principe de territorialité de la part de l'État membre d'origine sous l'angle de la discrimination indirecte est à présent réservé aux acteurs économiques migrants.

403. En ce qui concerne les prestations de maladie et notamment celles en nature, la Cour s'appuie sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services pour permettre leur exportabilité au profit des citoyens sous forme de la prise en charge des soins prodigués sur le territoire d'un autre État membre.

⁴⁷³ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur, op.cit.*, p. 119-136 Voir *supra*, la partie qui traite de l'extension du champ d'application matériel de l'article 18 TFUE par l'inclusion des prestations allouées aux migrants actifs.

Paragraphe III : Les prestations dont l'exportabilité est conditionnée : la prise en charge des soins de santé transfrontaliers

404. La logique de territorialité implique en principe qu'un assuré social ne bénéficie de la prise en charge des frais exposés par les soins que si ces derniers sont prodigués sur le territoire par les praticiens conventionnés par l'organisme de l'assurance maladie nationale. Il incombe aux patients qui choisissent de recevoir des soins dans un État autre que l'État d'affiliation d'en supporter la charge. Or, la véritable liberté de circulation implique nécessairement le dépassement du caractère territorial des systèmes nationaux d'assurance sociale, par le maintien de la couverture sociale au-delà des frontières nationales quel que soit l'État membre dans lequel les citoyens choisissent de recevoir les soins.

405. Les règlements de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale reconnaissent sous certaines conditions, la possibilité d'exporter les prestations de maladie dans un autre État membre au profit des assurés et des membres de leur famille. À cet égard, la distinction est faite entre les prestations de maladie en nature et les prestations de maladie en espèces. Les « prestations en espèces » sont destinées à compenser une perte de revenus liée à une incapacité de travail en octroyant un revenu de remplacement ou un soutien financier destiné à préserver le niveau de vie global de la personne malade et des éventuels membres de sa famille à caractère périodique. Elles visent aussi à compléter les prestations de l'assurance maladie afin d'améliorer l'état de santé et la vie des personnes dépendantes. Conformément à l'article 21 du règlement n°883/2004, l'assuré et les membres de la famille qui résident ou séjournent dans un État membre autre que l'État membre compétent bénéficient de prestations en espèces servies par l'institution compétente en vertu de la législation qu'elle applique⁴⁷⁴. Dès lors que l'assuré remplit les conditions pour en bénéficier, les prestations de maladie en espèces sont exportables, dans ce sens que l'État d'affiliation doit lui en verser dans l'État où il réside ou séjourne.

406. Les « prestations en nature » visent, quant à elles, à couvrir des soins reçus par l'assuré, notamment sous la forme d'une prise en charge ou d'un remboursement des frais de nature médicale entraînés par l'État de celui-ci. S'agissant de la prise en charge des prestations maladie en nature prodiguées hors de l'État membre compétent, le règlement n°883/2004

⁴⁷⁴ Ces prestations peuvent également être servies par l'institution du lieu de résidence ou de séjour, pour le compte de l'institution compétente, mais toujours selon la législation de l'État membre compétent, dans le cadre d'un accord entre l'institution compétente et l'institution du lieu de résidence ou de séjour.

distingue entre l'hypothèse où l'assuré et les membres de la famille résident sur le territoire d'un autre État membre que l'État compétent (A) et celle où ces derniers s'y rendent et séjournent aux fins de recevoir les prestations de santé (B).

A.) L'exportabilité des prestations de maladie en nature en cas de résidence dans un autre État membre que l'État membre compétent

407. Le droit aux prestations sociales des citoyens inactifs est en règle générale régi par la législation de l'État membre de résidence⁴⁷⁵. Or, si l'État compétent est différent de celui de résidence, le règlement prévoit le remboursement par l'État compétent à l'État de résidence de l'affilié du montant des dépenses occasionnées au titre de prestations fournies en nature. Conformément à l'article 17 du règlement n°883/2004, l'assuré et les membres de sa famille qui résident dans un État membre autre que l'État compétent « bénéficient dans l'État membre de résidence des prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'ils étaient assurés en vertu de cette législation ». En d'autres termes, l'assuré et les membres de sa famille sont assimilés aux assurés de l'État membre de résidence pour le bénéfice des prestations en nature et sont, à ce titre, soumis à la législation de cet État. Les prestations servies par l'institution de l'État membre de résidence restent cependant à la charge de l'État membre d'affiliation. Le règlement de coordination permet ainsi une exportabilité *sui generis* des prestations de maladie en nature à travers la prise en charge par l'État d'affiliation des prestations en nature servies dans un autre État membre⁴⁷⁶.

408. Cette possibilité d'exporter les prestations de maladie en nature en cas de résidence de l'assuré social en dehors de l'État membre compétent en vertu du règlement paraît trouver une limite lorsqu'à la différence du système de sécurité sociale de l'État compétent, celui de résidence ne prévoit pas le service de prestations en nature correspondantes. Telle est l'hypothèse de l'affaire *Von Chamier*⁴⁷⁷. Madame Von Chamier de nationalité allemande et résidente en Allemagne se trouvait dans une situation de dépendance. Elle bénéficiait des prestations légales de l'assurance dépendance de l'organisme de sécurité sociale allemand auprès duquel elle était assurée par l'intermédiaire de son mari, travailleur salarié allemand. Elle avait droit à une assistance totale dans un établissement de soins conventionné, couvrant

⁴⁷⁵ Article 11, paragraphe 3, e), du règlement n°883/2004.

⁴⁷⁶ P. Mavridis, «La libre circulation des patients : la boucle est-elle bouclée ?», *PA*, 13 juin 2008, n° 119, p. 4.

⁴⁷⁷ CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier*, aff. C-208/07, précité.

forfaitairement des frais d'assistance, de soins médicaux et d'assistance sociale occasionnés par le séjour dans cet établissement. Dans la perspective de reprendre une entreprise à Salzbourg, Monsieur Von Chamier souhaitait placer son épouse dans un établissement de soins située en Autriche et a demandé à ce que les prestations de dépendance allemande soient dispensées dans cet établissement. Concrètement il a demandé à ce que l'institution allemande lui rembourse les frais liés au séjour dans cet établissement, à concurrence d'un montant égal aux prestations auxquelles son épouse aurait eu droit dans un établissement conventionné situé en Allemagne. Sa demande a été rejetée au motif que la prestation ne peut pas être versée hors d'Allemagne, car il s'agit d'une prestation en nature, non exportable. Est ainsi en cause le droit d'une personne dépendante, ayant la qualité d'assurée en tant que membre de la famille d'un travailleur et ayant exercé son droit de libre circulation et de séjour dans un autre État membre, d'y bénéficier des prestations de maladie en nature sous la forme de remboursement ou de prise en charge de frais alors qu'à la différence du système de sécurité sociale de l'État compétent, celui du nouveau lieu de résidence ne prévoit pas, pour ses propres assurés, le bénéfice de prestations en nature dans des situations similaires à celles de l'intéressée.

409. La Cour relève que les prestations de l'assurance dépendance allemandes, consistant dans une prise en charge ou un remboursement de frais d'établissement spécialisé occasionnés par l'État de dépendance de l'intéressé, constituent les prestations de maladie en nature et sont soumises aux règles du titre III du règlement de coordination. Elle confirme qu'en vertu de l'article 19 du règlement n°1408/71 (devenu article 17 du règlement n°883/2004), les assurés et les membres de la famille ont accès à des prestations en nature dans l'État membre de résidence, à la charge de l'État membre compétent, conformément à la législation de l'État de résidence, ce qui implique qu'ils bénéficient des prestations dans la mesure où elles sont prévues par la législation de l'État de résidence. En application de cette disposition, l'intéressée a droit aux équivalences autrichiennes des prestations dépendance en nature, à la charge de l'organisme de sécurité sociale allemande. Or, à la différence du système allemand, la législation autrichienne ne prévoit pas l'octroi de prestations en nature en faveur des affiliés au régime d'assurance sociale. La Cour relève que le règlement n'exige pas, en tant que tel, le service des prestations en nature en dehors de l'État compétent par ou pour le compte de l'institution compétente lorsque la réglementation de l'État membre de résidence de l'assuré ne prévoit pas le service de ces prestations pour la couverture du risque pour lequel le droit à de telles prestations est revendiqué. L'application des règles de coordination conduit ainsi à

priver l'intéressée du bénéfice des prestations de dépendance en nature suite au transfert de la résidence dans un autre État membre que l'État compétent.

410. La question qui se pose dès lors est de savoir si, malgré sa conformité avec le règlement de coordination, un tel refus de prise en charge par l'institution de l'État membre compétente peut être sanctionné au titre de la violation des dispositions du traité relatives à la libre circulation de citoyens. Il s'agirait alors de fonder sur la libre circulation des citoyens pour permettre une exportabilité à la charge de l'État membre compétent des prestations en nature sur forme de remboursement des frais des soins prodigues dans l'État membre de résidence. À cet égard, la Cour affirme que l'interprétation du règlement n°1408/71 (devenu règlement n°883/2004) doit s'entendre sans préjudice de la solution qui découlerait de l'applicabilité éventuelle de dispositions du droit primaire. Le constat qu'une mesure nationale puisse être conforme à une disposition d'un acte de droit dérivé n'a pas nécessairement pour effet de faire échapper cette mesure aux dispositions du traité. L'applicabilité du règlement n°1408/71 (devenu règlement n°883/2004) en l'espèce n'exclut pas, en soi, que l'intéressée ait pu demander, au titre du droit primaire, la prise en charge de certains frais relatifs aux soins reçus dans un établissement de soins situé dans un autre État membre à des conditions différentes de celles prévues par le règlement.

411. Cependant la Cour aboutit, en l'espèce, à la conclusion que l'article 21, paragraphe 1, TFUE ne saurait garantir à un citoyen, assuré au système de sécurité sociale d'un État membre, qu'un déplacement dans un autre État membre soit neutre en matière de sécurité sociale, notamment sur le plan de prestations de maladie. La Cour tient compte des mécanismes du système de coordination des législations nationales mis en place par le législateur européen et de la possibilité pour les États membres de choisir librement les modalités de leurs régimes de sécurité sociale. L'un de ces régimes ne saurait être considéré comme la cause d'une discrimination ou d'un désavantage pour la seule raison qu'il a des conséquences défavorables lorsqu'il est appliqué en combinaison avec le régime de l'autre État membre, conformément aux mécanismes de coordination instaurés en application de l'article 48 TFUE. Compte tenu des disparités existant entre les législations sociales des États membres en la matière, un transfert de la résidence dans un autre État membre peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour le citoyen, selon la combinaison des réglementations nationales applicables en vertu du règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale.

412. Selon la Cour, le désavantage subi par les citoyens migrants ne saurait être imputable en tant que tel à la législation allemande. Ceci est plutôt le résultat de l'application du mécanisme de coordination dans le contexte de divergence entre les systèmes sociaux nationaux. Elle refuse de permettre l'exportabilité de prestations sociales en vertu de l'article 21 TFUE dans l'hypothèse où la combinaison entre l'application du règlement et les disparités des législations nationales résulte en une protection moins importante des citoyens (en imposant la charge de prestations à l'État membre d'origine à chaque fois que l'État désigné par le règlement comme compétent ne prévoit pas de telles prestations). La Cour semble ainsi s'aligner sur le mécanisme de coordination tel qu'il est mis en place par le législateur. Certains s'interrogent néanmoins sur la possibilité d'interpréter les règles de coordination à la lumière des « principe de progrès social »⁴⁷⁸ ou « principe d'intangibilité du droit acquis » consacrés auparavant par la jurisprudence *Petroni*⁴⁷⁹. En effet, s'appuyant sur la finalité du règlement de coordination d'assurer la libre circulation des travailleurs, la Cour a posé dans cet arrêt le principe selon lequel le législateur européen, en mettant en place le système de coordination dans le cadre de la compétence qui lui confère l'article 51 TCEE (devenu 48 TFUE), ne peut enlever à un travailleur migrant les droits qu'il tient déjà dans un État membre de l'application pure et simple de la législation nationale. Reste à observer l'évolution de la jurisprudence.

B.) L'exportabilité des prestations de maladie en nature en cas de séjour dans un autre État membre que l'État membre compétent

413. La prise en charge des prestations en nature prodiguées pendant le séjour sur le territoire d'un État membre autre que l'État membre compétent diffère selon que ces prestations sont « inopinées » ou « programmées ». Les premières sont imprévues mais sont devenues nécessaires au cours d'un séjour temporaire de l'assuré dans un autre État membre, tandis que pour les secondes, c'est la recherche des soins qui motive le déplacement des patients dans l'État membre d'accueil.

414. L'article 19 paragraphe 1, du règlement n°883/2004, qui s'est substitué à l'article 22, paragraphe 1, a), du règlement n° 1408/71, prévoit la possibilité pour une personne assurée et les membres de sa famille qui séjournent dans un État membre autre que l'État membre

⁴⁷⁸ F. Kessler, «Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable», *RDSS*, 2010, p. 14.

⁴⁷⁹ CJCE, 21 octobre 1975, *Petroni c/ Office national des pensions pour travailleurs salariés*, aff. 24-75, Rec. p. 1149.

d'affiliation de bénéficié dans l'État de séjour des prestations en nature. Pour être prises en charge, il suffit que ces prestations soient « nécessaires du point de vue médical au cours du séjour, compte tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour ». Ces prestations sont servies pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si les personnes concernées étaient assurées en vertu de cette législation⁴⁸⁰.

415. L'application de la législation de l'État d'accueil peut s'avérer parfois plus contraignante par rapport à la législation de l'État membre d'affiliation ; un assuré français qui a recours aux soins médicaux dispensés par le secteur privé médical anglais et non à ceux fournis par le service national de santé (NHS) n'a droit à aucune prise en charge sur la base de l'article 20 du règlement n°883/2004 car ces soins ne sont pas couverts par le NHS. À l'inverse, l'application du règlement peut parfois être avantageuse lorsque l'assuré peut bénéficier de la prise en charge de soins qui ne sont cependant pas couverts par la législation de l'État d'affiliation, dès lors que la législation de l'État où les soins sont prodigues prévoit une telle prise en charge⁴⁸¹.

416. S'agissant des soins « programmés », les raisons motivant le choix des soins transfrontaliers peuvent être multiples. Outre les raisons d'ordre médical telles la meilleure qualité de soins, le temps d'attente moins long, ou l'existence des soins non disponibles dans l'État de résidence, les raisons peuvent aussi être d'ordre pratique telle la proximité avec l'établissement de soins dans un autre État pour ceux habitant dans les zones frontalières, ou encore, d'ordre financier, tel le coût moins élevé des soins dans un autre État membre⁴⁸². L'enjeu consiste à déterminer jusqu'où et dans quelles conditions un affilié peut se rendre dans l'État membre de son choix pour recevoir des prestations de santé à charge de l'organisme de sécurité sociale dont il relève.

⁴⁸⁰ La carte européenne d'assurance maladie existe depuis le 1er juin 2004. Elle permet à son détenteur de bénéficier d'une prise en charge pour les soins médicalement nécessaires survenus à l'occasion de séjours temporaires sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne (ainsi qu'en Norvège, au Liechtenstein, en Islande ou en Suisse).

⁴⁸¹ Cass. soc., 19 mai 1994, pourvoi n° 91-13340, Bulletin 1994 V N° 175, p. 117 : en application du règlement n°1408/71, la chambre sociale de la Cour de cassation valide le refus de la prise en charge par une caisse primaire française car les soins avaient été délivrés à l'assuré en Grande-Bretagne par un établissement hospitalier privé et non par le NHS.

Voir J.-P. Lhernould, «La libre circulation du patient en Europe», *PA*, 16 juin 2008, n°120, p. 5.

⁴⁸² *Ibid.*

417. Le règlement de coordination subordonne la prise en charge des soins programmés à la satisfaction des conditions restrictives (1). La Cour de justice consacre alors une voie alternative de prise en charge des soins de santé transfrontaliers fondée sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services (2). L'adoption de la directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers du 9 mars 2011 constitue une tentative de codification de la jurisprudence ainsi que de systématisation et de clarification des régimes qui coexistent en droit de l'Union (3).

1.) En vertu des règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale

418. Le système de coordination de la sécurité sociale était le premier à prévoir la possibilité pour les assurés de se rendre dans un autre État membre pour bénéficier des prestations de santé à charge de leur État d'affiliation. Or, le règlement subordonne la prise en charge des soins transfrontaliers programmés à la délivrance par l'autorité de l'État membre d'affiliation d'une autorisation préalable, qui prend la forme du formulaire E 112⁴⁸³. Pour que l'autorisation soit accordée, l'article 20, paragraphe 2, du règlement n°883/2004 prévoit que deux conditions doivent être réunies ; d'une part, les prestations doivent figurer parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'intéressé, et, d'autre part, ces prestations ne peuvent être dispensées à l'assuré dans un délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie⁴⁸⁴. Ainsi seules les prestations qui font partie des prestations prises en charge par l'État d'affiliation qui ne sont pas disponibles dans cet État dans un délai médicalement acceptable donnent lieu à autorisation préalable. La condition d'obtention d'une autorisation préalable s'impose aussi bien aux soins hospitaliers qu'aux soins ambulatoires.

⁴⁸³ L'article 20, paragraphe 1, du règlement n°883/2004.

⁴⁸⁴ L'insertion de cette double condition neutralise la jurisprudence *Pierik* qui avait auparavant jugé que les prestations pour lesquelles l'autorisation de se rendre dans un autre État membre est accordée couvrent tous les soins susceptibles d'assurer un traitement efficace de la maladie dont l'intéressé est atteint, indépendamment du fait que la prestation peut être dispensée sur le territoire de l'État membre d'affiliation ou non. CJCE, 16 mars 1978, *Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland c/ Pierik*, aff. 117/77, Rec. p. 825 concernant les soins thermaux. Citée par J.-P. Lhernould, «La libre circulation du patient en Europe», article précité.

On peut noter le changement dans la rédaction de l'article 20, paragraphe 2, du règlement n°883/2004 par rapport à l'article 22 du règlement n°1408/71. Le nouveau règlement évoque « un délai acceptable sur le plan médical » alors le précédent employait les termes « délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement ». Ce changement souligne le caractère décisif dans l'appréciation de la demande de l'autorisation préalable des considérations d'ordre médical, telles la nature des prestations médicales et la durée prévisible du séjour, qui doivent l'emporter sur les contraintes administratives, liées aux listes d'attente ou à la planification des soins.

419. L'obtention d'une autorisation préalable ouvre au profit de l'assuré droit au bénéfice « des prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si elle était assurée en vertu de cette législation ». L'assuré sera en effet assimilé à l'assuré de l'État membre où il se rend pour bénéficier des soins et, à ce titre, sera soumis à la législation de cet État. L'article 20 du règlement n°883/2004 prévoit le remboursement par l'institution de l'État d'affiliation des frais des soins à l'institution de l'État où les soins sont prodigués selon le tarif de remboursement prévu par la législation de ce dernier État. L'État d'affiliation est tenu de prendre en charge la totalité des frais des soins, même si le coût des soins est supérieur au montant qui aurait été pris en charge dans l'État membre d'affiliation. Dans l'hypothèse où le coût réel engendré par les soins est inférieur au montant qui aurait été pris en charge dans l'État membre d'affiliation, le règlement ne prévoit aucune obligation particulière à la charge de l'État membre d'affiliation. Comme pour l'obtention d'une autorisation préalable, la règle de la prise en charge du règlement s'applique sans distinction selon la nature ambulatoire ou hospitalière des soins.

420. Les deux conditions d'octroi de l'autorisation préalable sont très restrictives et permettent dans la pratique aux organismes d'assurance maladie, qui disposent du pouvoir discrétionnaire d'appréciation, de n'octroyer qu'un nombre très limité d'autorisations préalables⁴⁸⁵. Ce sont à la fois l'existence de la procédure complexe de l'autorisation préalable nécessaire pour le remboursement, le caractère très restrictif des conditions de l'octroi de l'autorisation, de même que de l'opacité du mécanisme de prise de décision de l'administration qui sont susceptibles de créer des obstacles à la liberté de circulation des patients. La Cour de justice s'appuie alors sur les règles de libre prestation de services pour faciliter la circulation des citoyens aux fins de recevoir les soins de santé transfrontaliers.

2.) En vertu de la jurisprudence appliquant la libre prestation de services

421. Par l'application des dispositions du traité relatives à la libre prestation de services, la jurisprudence renforce le droit des citoyens d'être pris en charge, par l'État membre d'affiliation, des soins de santé reçus dans un autre État membre. La Cour avait précédemment jugé, dans l'affaire *Luisi et Carbone*, que les bénéficiaires de soins médicaux sont considérés comme destinataires de services. Elle considère par ailleurs que les prestations

⁴⁸⁵ P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne : étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Athènes: Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles, 2003, spéc. p. 137 et 138.

de soins médicaux constituent des prestations de services quel que soit le mode d'organisation du système d'assurance maladie national, même si de tels soins ne donnent pas lieu à un paiement par le bénéficiaire, mais par la caisse d'assurance de maladie⁴⁸⁶, ou même si est impliqué le système social national prévoyant la gratuité des soins⁴⁸⁷. En effet, ce qui est déterminant pour l'application des dispositions relatives à la libre prestation de services, c'est la situation du patient dans l'État où les soins ont été prodigués, et non pas la nature du système de soins de l'État d'affiliation⁴⁸⁸.

422. S'agissant du droit des patients-destinataires de services de se déplacer dans un autre État membre pour bénéficier d'un service médical à la charge de l'État membre d'affiliation, la jurisprudence fait une distinction entre les soins hospitaliers et les soins ambulatoires. La jurisprudence fonde un régime alternatif de prise en charge des prestations en nature pour les soins ambulatoires, indépendamment de l'obtention d'une autorisation préalable de l'autorité de l'État membre d'affiliation (a), tout en encadrant le mécanisme de l'octroi de l'autorisation préalable s'agissant des soins hospitaliers (b). Elle permet également un remboursement complémentaire au profit des assurés autorisés à recevoir des soins dans un autre État membre (c).

a.) La prise en charge des soins ambulatoires indépendamment de l'autorisation préalable

423. En ce qui concerne les soins ambulatoires ne nécessitant pas l'hospitalisation du patient, la jurisprudence permet de surmonter l'exigence de l'obtention d'une autorisation préalable, en créant un régime parallèle de prise en charge des soins de santé transfrontaliers fondé sur le traité. C'est l'arrêt *Kohll* de 1998⁴⁸⁹ qui ouvre la voie alternative de prise en charge des prestations en natures prodiguées en dehors d'une structure hospitalière au profit des patients-bénéficiaires des services. Cette affaire concerne un ressortissant luxembourgeois affilié à une caisse de maladie luxembourgeoise qui s'est vu refuser par sa caisse une autorisation pour

⁴⁸⁶ Dans l'affaire *Smits et Peerbooms*, la Cour a estimé que « les paiements effectués par les caisses de maladie dans le cadre du système de conventionnement, fussent-ils forfaitaires, constituent bien la contrepartie économique des prestations hospitalières et présentent indubitablement un caractère rémunératoire dans le chef de l'établissement qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité économique » (CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms c/ Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, aff. C-157/99, Rec. p. I-5473, pt. 58).

⁴⁸⁷ CJCE, 16 mai 2006, *Watts c/ Bedford Primary Care Trust et Secretary of State for Health*, aff. C-372/04, Rec. p. I-4325. Est impliqué dans cette affaire un système national de santé britannique.

⁴⁸⁸ La Cour précise dans l'affaire *Watts*, que l'article 49 TCE (56 TFUE) s'applique à « la situation d'une patiente qui, reçoit dans un autre État membre que son État de résidence des prestations médicales en milieu hospitalier contre rémunération, indépendamment du mode de fonctionnement du système national dont cette personne relève et auprès duquel la prise en charge de ces prestations est ultérieurement sollicitée » (pt. 90).

⁴⁸⁹ CJCE, 28 avril 1998, *Kohll c/ Union des caisses de maladie*, aff. C-158/96, Rec. p. I-1931.

faire soigner sa fille par un orthodontiste établi en Allemagne, au motif que le traitement n'était pas urgent et susceptible d'être délivré au Luxembourg. L'intéressé conteste la compatibilité de l'exigence de l'autorisation préalable comme condition de remboursement avec la libre prestation de services.

424. La Cour donne droit à l'intéressé. Elle juge que le fait pour les États membres de subordonner le remboursement des soins ambulatoires reçus dans un autre État membre à l'obtention d'une autorisation préalable, si elle n'empêche pas les assurés sociaux d'aller se faire soigner dans un autre État membre, décourage néanmoins les assurés sociaux de s'adresser aux prestataires de services médicaux établis dans un autre État membre, dès lors que de tels soins ne seront pas pris en charge dans l'hypothèse du refus de l'autorisation. Du fait qu'elle rend la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre, une réglementation nationale qui conditionne la prise en charge des soins transfrontaliers à l'obtention d'une autorisation préalable constitue, tant pour les prestataires que les bénéficiaires des services, une entrave à la libre prestation de services prévue aux articles 49 et 50 TCE (56 et 57 TFUE).

425. Pour échapper à la condamnation, l'exigence d'une autorisation préalable doit être nécessaire et proportionnelle à la sauvegarde des raisons impérieuses d'intérêt général, telles l'objectif de prévenir les risques d'atteintes graves à l'équilibre financier du régime de sécurité sociale, celui de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, ou encore, les motifs de santé publique fondés sur la qualité des prestations médicales. Cependant s'agissant des soins ambulatoires, l'exigence d'une autorisation préalable ne s'avère pas nécessaire, ni proportionnelle pour atteindre de tels objectifs ; le remboursement des soins ambulatoires reçus dans d'autres États membres selon les tarifs de l'État d'affiliation n'aurait pas d'incidence significative sur le financement du système de sécurité sociale, d'une part, et les médecins et dentistes établis dans d'autres États membres doivent se voir reconnaître toutes les garanties équivalentes à celles accordées aux médecins et dentistes établis sur le territoire national aux fins de la libre prestation de services dès lors que les conditions d'accès et d'exercice des professions médicales sont largement harmonisées au niveau européen⁴⁹⁰.

426. Il est ainsi possible pour les citoyens de se fonder sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services pour bénéficier des prestations en nature en dehors de la

⁴⁹⁰ *Ibid.*, pts. 42 et s.

structure hospitalière dans un autre État membre, à la charge de l'État membre d'affiliation, sans obtenir au préalable une autorisation de la part de l'organisme social de l'État d'affiliation. Les assurés sociaux ont droit au remboursement des frais exposés par les soins frontaliers selon le tarif applicable dans l'État d'affiliation, comme si les soins avaient été prodigués sur le territoire de cet État. Les frais engagés par l'assuré pour les soins de santé transfrontaliers sont remboursés à hauteur du remboursement prévu par son système de santé national. L'État d'affiliation ne sera pas lésé dès lors qu'il n'est tenu de prendre en charge que le montant qu'il aurait dû dépenser si l'assuré avait reçu les soins sur le territoire. L'inconvénient du mécanisme prétorien consiste dans le fait que, contrairement au règlement de coordination, elle oblige le patient à avancer les frais, avant de tenter d'obtenir le remboursement auprès de son organisme d'affiliation.

427. La Cour refuse cependant d'invalider l'article 22 du règlement n° 1408/71 (l'article 20 du règlement n°883/2004). Elle estime que le règlement facilite la circulation des patients en permettant aux assurés, qui ont obtenu une autorisation préalable par l'institution compétente, de bénéficier des prestations de maladie en nature dans un autre État membre comme s'ils y étaient affiliés, à la charge de l'institution compétente. Cette disposition « n'a pas pour objet de réglementer et, dès lors, n'empêche nullement le remboursement par les États membres, aux tarifs en vigueur dans l'État membre compétent, des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable »⁴⁹¹.

428. Pour les soins ambulatoires, coexistent alors deux mécanismes, complémentaires et alternatifs, de prise en charge des soins transfrontaliers, l'un réglementaire et l'autre jurisprudentiel. Le régime réglementaire s'applique à la fois aux soins hospitaliers et ambulatoires. Il subordonne la prise en charge des soins à l'obtention d'une autorisation préalable mais permet la prise en charge de la totalité des frais des soins reçus dans l'État membre de séjour. Les assurés autorisés n'ont pas à avancer les frais car c'est l'institution de l'État d'affiliation qui rembourse l'institution de l'État membre où les soins sont prodigués selon le tarif de remboursement prévu par la législation cet État. Le régime jurisprudentiel permet de surmonter l'exigence de l'autorisation préalable pour les soins ambulatoires. Mais la prise en charge, sous forme de remboursement, se fait selon le tarif applicable dans l'État membre d'affiliation.

⁴⁹¹ *Ibid.*, pt. 27.

429. En ce qui concerne les soins hospitaliers, la jurisprudence n'invalidise pas l'exigence d'une autorisation préalable, mais encadre la procédure d'octroi de l'autorisation préalable.

b.) L'encadrement du système d'autorisation préalable à l'égard des soins hospitaliers

430. Trois ans après l'arrêt *Kohll*, la Cour est amenée à statuer dans l'affaire *Smits et Peerbooms*⁴⁹² sur la possibilité pour les assurés, qui n'ont pas obtenu l'autorisation préalable de la part de l'État membre d'affiliation pour recevoir les soins hospitaliers dans un autre État membre, d'obtenir le remboursement des frais desdits soins sur le fondement de la libre prestation de services. À l'instar de ce qui se passe pour les soins ambulatoires, la Cour ne remet pas en question la validité de l'article 22 du règlement n° 1408/7 (l'article 20 du règlement n°883/2004). La Cour affirme la compatibilité de cette disposition du règlement avec le droit de libre prestation de services posé par le traité⁴⁹³. Elle estime que le règlement facilite la circulation des patients en leur permettant d'être soignés dans un autre État membre comme s'ils y étaient affiliés. Le règlement confère aux assurés sociaux un droit supplémentaire qu'ils ne posséderaient pas autrement en vertu de la seule législation de l'État membre compétent. Il n'empêche nullement le remboursement par les États membres, aux tarifs en vigueur dans l'État membre compétent, des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable. D'ailleurs, l'article 22 du règlement n° 1408/71 (l'article 20 du règlement n°883/2004) n'exclut pas l'examen, à titre complémentaire, de la conformité de la mesure nationale avec les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services.

431. Il ressort de l'arrêt *Kohll* qu'un régime d'autorisation préalable a des effets restrictifs sur la libre prestation de services et constitue une entrave à cette liberté en ce qu'il dissuade le recours à des prestataires de services médicaux dans un autre État membre. Toutefois, la subordination du remboursement des frais des soins hospitaliers prodigués dans un État membre autre que l'État de résidence à l'obtention d'une autorisation préalable constitue une entrave justifiée. Selon la jurisprudence constante, le nombre des infrastructures hospitalières,

⁴⁹² CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, précité. Cette affaire concerne deux affiliés au système néerlandais de l'assurance maladie, l'un souffrait de la maladie de parkinson et l'autre est tombé dans le coma. Ils se sont fait soigner sans autorisation préalable de la caisse néerlandaise dans les cliniques allemande et autrichienne. Ils cherchent à obtenir le remboursement des frais des soins prodigues dans d'autres États membre, mais leurs demandes ont été refusées au motif que les traitements pratiqués n'étaient pas considérés comme nécessaires (usuels dans les milieux professionnels concernés).

⁴⁹³ CJCE, 23 octobre 2003, *Inizan c/ Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*, aff. C-56/01, Rec. p. I-12403.

leur répartition géographique, leur aménagement et les équipements dont elles sont pourvues, ou encore la nature des services médicaux qu'elles sont à même d'offrir, doivent pouvoir faire l'objet d'une planification. Cette planification poursuit, d'une part, l'objectif de garantir sur le territoire de l'État membre concerné « une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité » et participe, d'autre part, d'une volonté de « maîtrise des coûts et d'éviter dans la mesure du possible, tout gaspillage de ressources financières techniques et humaines »⁴⁹⁴.

432. Il n'en demeure pas moins que la Cour encadre le système d'autorisation préalable en subordonnant sa validité au respect de certaines conditions. En ce qui concerne l'octroi de l'autorisation, la Cour, interprétant le libellé du règlement, précise que (pour que la condition relative au caractère nécessaire du traitement prévue par la réglementation nationale puisse être justifiée au regard de l'article 56 du traité) l'autorisation préalable pour les soins hospitaliers ne peut être refusée que lorsqu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient peut être obtenu en temps opportun dans un établissement de l'État membre d'affiliation⁴⁹⁵. Dans l'affaire *Watts*⁴⁹⁶, la Cour précise que pour apprécier si les soins appropriés à l'état de santé de l'assuré est disponible en temps opportun sur le territoire de l'État membre de résidence, l'institution compétente « ne saurait se fonder exclusivement sur l'existence de listes d'attente sur ledit territoire ». L'appréciation doit se fonder sur « une évaluation médicale objective des besoins cliniques de l'intéressé au vu de son État pathologique, de ses antécédents, de l'évolution probable de sa maladie, du degré de sa douleur et/ou de la nature de son handicap au moment où l'autorisation est sollicitée »⁴⁹⁷. Par ailleurs, « la fixation des délais d'attente doit être conçue d'une manière souple et dynamique, qui permet de reconsidérer le délai initialement notifié à l'intéressé en fonction d'une dégradation éventuelle de son état de santé qui surviendrait postérieurement à une

⁴⁹⁴ CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, précité.

⁴⁹⁵ On peut noter une différence terminologique entre la jurisprudence et l'article 22 du règlement n°1408/71. Ce dernier pose que l'autorisation ne peut être refusée si les soins ne peuvent, « compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'État membre de résidence ». La jurisprudence ajoute le critère de traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité. Il n'y a pas une différence substantielle sur le fond.

⁴⁹⁶ CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, précité. Souffrant d'arthrite aiguë aux hanches, une ressortissante britannique a demandé une autorisation préalable pour se faire hospitaliser dans un autre État membre. L'organisme britannique chargé de planifier les soins lui a refusé l'autorisation au motif que le traitement chirurgical nécessaire pouvait être dispensé dans un hôpital local « dans un délai conforme aux objectifs du plan de sécurité sociale » et, donc, « sans retard injustifié ». Pour ne pas attendre le délai d'un an, l'intéressée s'est rendue en France pour se faire soigner. Elle a contesté le refus du remboursement.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, pt. 68.

première demande d'autorisation »⁴⁹⁸. De plus, pour que le régime d'autorisation administrative préalable soit justifié, il est nécessaire « qu'il soit fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas exercé de manière arbitraire ». Il doit de même « reposer sur un système procédural aisément accessible et propre à garantir aux intéressés que leur demande sera traitée dans un délai raisonnable ainsi qu'avec objectivité et impartialité, d'éventuels refus d'autorisation devant pouvoir être mis en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel »⁴⁹⁹. Dans ce contexte, l'exigence de l'autorisation préalable comme condition de prise en charge des soins de santé dans d'autres États membres est strictement encadrée par la jurisprudence. Le Professeur Azoulai remarque que la Cour fait « dériver des principes généraux du Traité des interprétations et des contraintes aussi précises et aussi étendues que celles qui découlent des dispositions particulières des directives »⁵⁰⁰.

433. Par ailleurs, la Cour s'appuie encore sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services pour reconnaître aux patients migrants le droit à une prise en charge selon le régime le plus favorable.

c.) Le remboursement complémentaire au profit des assurés autorisés à recevoir des soins dispensés dans un autre État membre

434. L'article 20 du règlement n°883/2004 prévoit la prise en charge, au profit des assurés autorisés à recevoir des soins dans un autre État membre, des frais des soins selon le tarif de remboursement prévu par la législation de l'État où les soins sont prodigués. Dans l'hypothèse où le coût réel engendré par les soins est inférieur au montant qui aurait été pris en charge dans l'État membre d'affiliation, le règlement ne prévoit aucune obligation particulière à la charge de l'État membre d'affiliation. Or, la jurisprudence *Vanbraekel*⁵⁰¹ pose que si les assurés sociaux ne pourraient bénéficier du même niveau de couverture que s'ils se faisaient soigner dans leur État d'affiliation lorsque le niveau de prise en charge de la prestation est plus élevé dans l'État membre d'affiliation que dans l'État membre de séjour, la libre prestation des services serait entravée. Les dispositions du traité relatives à la libre

⁴⁹⁸ *Ibid.*, pt. 69.

⁴⁹⁹ CJCE, 23 octobre 2003, *Inizan*, aff. C-56/01, précité, pt. 57.

⁵⁰⁰ L. Azoulai, «En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union», *RDSS*, 2006, p. 843-851.

⁵⁰¹ CJCE, 12 juillet 2001, *Vanbraekel c/ Alliance nationale des mutualités chrétiennes*, aff. C-368/98, Rec. p. I-5363.

prestation de services s'opposent à une réglementation nationale qui empêche le remboursement complémentaire correspondant à la différence entre le tarif de remboursement moins élevé de l'État où le patient a reçu les soins et le tarif plus important applicable dans l'État membre d'affiliation. Il en résulte que l'assuré social qui a obtenu une autorisation par son organisme d'affiliation à se faire soigner à l'étranger sur la base de l'article 20 du règlement n°883/2004 a le droit de bénéficier du meilleur tarif de remboursement possible, soit celui de l'État d'accueil conformément au règlement, soit, par le versement d'un complément différentiel, celui de l'État d'affiliation en vertu de la libre prestation de services. Cette jurisprudence a été partiellement intégrée dans le règlement n°987/2009. Son article 26, paragraphe 7, autorise, dans le cadre de soins programmés, un versement complémentaire si le remboursement est inférieur à celui auquel aurait eu droit la personne assurée dans l'État compétent, mais ce complément n'est dû que sur demande de l'intéressé.

435. Au-delà du cadre du règlement de coordination, la question se pose quant à la possibilité d'appliquer la jurisprudence *Vanbraekel* dans l'hypothèse où l'obligation de prise en charge des soins transfrontaliers est fondée sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services. En principe le régime prétorien repose sur le remboursement selon le tarif applicable dans l'État membre d'affiliation. La question se pose de savoir si le patient aura droit à un remboursement complémentaire en vertu de la liberté de prestation de services lorsque le coût des soins reçu dans l'État membre de séjour excède le montant pris en charge par l'État membre d'affiliation. La Cour n'a pas encore eu l'occasion de trancher sur ce point. Deux positions sont défendues dans la doctrine. La première consiste à limiter le remboursement au tarif applicable dans l'État membre d'affiliation et la différence reste à la charge du patient⁵⁰². Elle vise à sauvegarder la neutralité financière pour l'État membre d'affiliation, que les patients choisissent de se faire soigner dans l'État membre d'affiliation, de résidence ou de séjour. L'autre position soutient que la limitation du remboursement au tarif de l'État membre d'affiliation peut décourager les patients d'exercer leur liberté de circulation aux fins de recevoir des soins dans un autre État membre lorsque le montant maximum de prise en charge est inférieur au coût des soins dans un autre État membre⁵⁰³.

436. La consécration du régime parallèle de prise en charge des soins transfrontaliers fondé sur le traité, qui est très favorable aux patients, entraîne des inquiétudes de la part des États

⁵⁰² A.P. van der Mei, *Free Movement Of Persons Within The European Community : Cross-Border Access To Public Benefits*, *op.cit.*, 2003.

⁵⁰³ J.-P. Lherould, «La libre circulation du patient en Europe», article précité.

membres quant à l'atteinte à l'équilibre prévu par le règlement de coordination visant à concilier la possibilité de recevoir les soins transfrontaliers et la maîtrise des remboursements. Il existe également le problème de sécurité juridique en raison de l'application très hétérogène des principes jurisprudentiels par les autorités nationales.

437. La directive 2011/24 relative aux droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers vient codifier et encadrer la jurisprudence en la matière, en l'insérant dans la logique législative.

3.) En vertu de la directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers

438. La directive 2011/24⁵⁰⁴ affiche comme objectif « d'établir des règles visant à faciliter l'accès à des soins de santé transfrontaliers sûrs et de qualité élevée dans l'Union, et à garantir la mobilité des patients conformément aux principes établis par la Cour de justice et à promouvoir la coopération en matière de soins de santé entre les États membres dans le plein respect de la responsabilité des États membres (...)»⁵⁰⁵, ainsi que d'établir un « cadre juridique clair et transparent pour le remboursement des soins de santé transfrontaliers ».

439. Avec la directive 2011/24, le droit d'accès aux soins de santé transfrontaliers est érigé en un principe, tandis que l'exigence de l'autorisation préalable comme condition de prise en charge des soins devient une exception⁵⁰⁶. L'article 8, paragraphe 3 de la directive prévoit des hypothèses limitatives où le déplacement aux fins de recevoir les soins transfrontaliers nécessite une autorisation préalable. Il s'agit, premièrement, des soins de santé qui nécessitent une hospitalisation d'au moins une nuit ou l'utilisation d'infrastructures ou d'équipement médicaux hautement spécialisés et coûteux⁵⁰⁷, et deuxièmement, des soins qui impliquent des traitements exposant le patient ou la population à un risque particulier ; et, enfin, de ceux qui

⁵⁰⁴ Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *JO L* 88 du 4.4.2011, p. 45–65. Voir sur cette directive, L. Driguez, V. Michel, «La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché ?», *Europe*, 2011, étude 9, N. de Grove-Valdeyron, «La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité?», *RTDE*, 2011, p. 299-327.

⁵⁰⁵ Considérant 10 du préambule de la directive.

⁵⁰⁶ L'article 7, paragraphe 8, de la directive : « L'État membre d'affiliation *ne soumet pas* le remboursement des coûts des soins de santé transfrontaliers à une autorisation préalable, à l'exception des cas visés à l'article 8 ».

⁵⁰⁷ La Cour étend sa jurisprudence en matière de soins hospitaliers aux soins dispensés en dehors de structures hospitalières mais qui impliquent le recours à des « équipements matériels lourds ». Leur caractère particulièrement onéreux justifie qu'elles fassent l'objet d'une politique de planification. CJUE, 5 octobre 2010, *Commission c/ République française*, aff. C-512/08, Rec. p. I-8833.

sont dispensés par un prestataire de soins qui pourrait susciter des inquiétudes graves et spécifiques liées à la qualité ou à la sûreté des soins.

440. L'État d'affiliation ne peut refuser d'octroyer l'autorisation préalable au patient souhaitant se faire soigner dans un autre État membre si ces soins de santé ne peuvent être dispensés sur son territoire dans un délai acceptable sur le plan médical (article 8, paragraphe 5). Cependant l'État d'affiliation peut refuser une telle autorisation s'il y a des raisons de s'inquiéter du respect des exigences de sécurité par tel ou tel établissement européen, ou si le même traitement est accessible sur place « dans un délai acceptable » (article 8, paragraphe 6). S'inscrivant dans la logique du marché intérieur, la directive prévoit à son article 7, paragraphe 9, la possibilité pour l'État d'affiliation de limiter l'application des règles relatives au remboursement pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Les justifications citées sont des « impératifs de planification liés à l'objectif de garantir sur le territoire de l'État membre concerné un accès suffisant et permanent à une gamme équilibrée de soins de qualité élevée ou à la volonté d'assurer une maîtrise des coûts et d'éviter autant que possible tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines »⁵⁰⁸. Une telle limitation doit se limiter à ce qui est nécessaire et proportionné et ne peut pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou une entrave injustifiée à la libre circulation des marchandises, des personnes ou des services⁵⁰⁹. En application de l'article 20 du règlement n°883/2004, il appartient aux patients de justifier le bien-fondé de sa demande d'autorisation préalable sur des critères thérapeutiques. Sous le régime de la directive 2011/24, codifiant la jurisprudence en la matière, il incombe aux États membres de justifier la limitation du droit des patients de recevoir les soins transfrontaliers.

441. La directive abandonne la distinction opérée dans la jurisprudence entre les régimes des soins hospitaliers et des soins ambulatoires. Cet abandon est bienvenu compte tenu de la difficulté et du caractère peu pertinent de la distinction ; certains soins prodigués hors cadre hospitalier par un praticien libéral qui sont onéreux ne pourront pas être soumis à l'autorisation préalable lorsqu'ils sont exécutés à l'étranger ; à l'opposé, de nombreux soins pratiqués en hôpital sont des soins externes et ne se justifient pas d'être soumis au régime des soins hospitaliers. La Cour pour sa part a également nuancé sa jurisprudence en permettant

⁵⁰⁸ La liste est non exhaustive car elle est précédée par les termes « telles que ».

L'article 7, paragraphe 10, pose cependant que « les États membres veillent à ce que les soins de santé transfrontaliers pour lesquels une autorisation préalable a été obtenue soient remboursés conformément à l'autorisation ».

⁵⁰⁹ L'article 7, paragraphe 11.

aux États membres d'exiger l'autorisation préalable comme condition de remboursement des soins ambulatoires qui impliquent l'utilisation des matériaux lourds⁵¹⁰.

442. En ce qui concerne son articulation avec le règlement n°883/2004, l'article 8, paragraphe 3 de la directive prévoit l'application prioritaire du mécanisme d'octroi de l'autorisation préalable du règlement. Ce n'est que dans l'hypothèse où les patients font une demande expresse d'être soumis au régime de la directive que cette dernière trouve à s'appliquer. La différence entre les deux régimes consiste dans le mode de prise en charge des frais de soins. Concernant le régime de la directive, pour être remboursés, les soins reçus dans un autre État membre doivent faire partie des prestations auxquelles la personne assurée a droit dans l'État membre d'affiliation. Les frais engendrés par ces soins sont « remboursés ou payés directement par l'État membre d'affiliation à hauteur des coûts qu'il aurait pris en charge si ces soins de santé avaient été dispensés sur son territoire, sans que le remboursement excède les coûts réels des soins de santé reçus »⁵¹¹. Le tarif de référence pour la prise en charge est, à l'instar du régime jurisprudentiel fondé sur l'article 56 TFUE pour les soins ambulatoires, celui de l'État membre d'affiliation.

443. Lorsque le montant qui aurait été pris en charge dans l'État membre d'affiliation est supérieur à celui réellement engendré par les soins transfrontaliers, le remboursement sera limité au coût réel des soins. La directive exclut ainsi l'application de la jurisprudence *Vanbraekel*⁵¹², qui fonde le droit au remboursement supplémentaire, correspondant à la différence entre les deux tarifs sur les dispositions du traité relatives à la liberté de prestation de services. La limitation par la directive du remboursement aux frais réels traduit la volonté de prévenir l'abus des patients qui cherchent à profiter de la différence entre le taux de remboursement des États membres. À l'inverse, dans l'hypothèse où le coût des soins dépasse le montant qui aurait été pris en charge dans l'État membre d'affiliation, la directive laisse à ce dernier la possibilité d'un remboursement complémentaire, sans imposer à l'État de rembourser l'excédent, à la différence de ce que prévoit le règlement de coordination. Il en est de même pour les frais connexes, tels les frais de déplacement et d'hébergement ou les dépenses supplémentaires liées au handicap de l'assuré qui se déplace. La directive opte pour le principe de la neutralité financière pour l'État membre d'affiliation.

⁵¹⁰ CJUE, 5 octobre 2010, *Commission c/ République française*, aff. C-512/08, précité.

⁵¹¹ L'article 7, paragraphe 4 de la directive 2011/24.

⁵¹² CJCE, 12 juillet 2001, *Vanbraekel*, aff. C-368/98, précité.

444. Il en résulte que dans l'État actuel du droit de l'Union, trois régimes de prise en charge des soins de santé transfrontaliers coexistent, ce qui semble ajouter une complexité complémentaire à un régime déjà peu compréhensible pour les citoyens. La jurisprudence sera amenée à articuler ces différentes sources du droit de mobilité et faire œuvre de cohérence dans ce dialogue entre sources.

445. Une chose ressort de l'examen du droit de libre circulation des patients au sein de l'Union ; ce dernier repose sur « un jeu fort subtil articulé entre des dispositions de droit communautaire dérivé et un ensemble d'interprétations dégagées par la Cour à propos de dispositions de droit communautaire primaire, interprétations que les juges européens sont constamment amenés à affirmer depuis la fin des années 1990, dans un souci permanent d'arbitrage entre les exigences de libre circulation (des patients notamment) dictées par le Traité et l'impérieuse nécessité de sauvegarder l'équilibre financier et la fonction sociale fondamentale des systèmes nationaux de sécurité sociale dans l'intérêt supérieur de la protection de la santé publique en Europe»⁵¹³. Dans le domaine de protection qui est si politiquement sensible, il est impératif de concilier, d'une part, la liberté des citoyens de circuler aux fins de recevoir des prestations de services au sein de l'Union, et d'autre part, la volonté des États membres de maintenir des structures sociales financièrement viables, accessibles à tous et organisées rationnellement de telle sorte à pouvoir constamment garantir une offre de soins variés et de qualité.

⁵¹³ K. Lenaerts, Droit communautaire et soins de santé : les grandes lignes de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, cité par P. Mavridis, «La libre circulation des patients : la boucle est-elle bouclée ?», article précité.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

446. Les règlements de coordination contribuent à la déterritorialisation des droits aux prestations sociales au profit des citoyens migrants, notamment à travers le principe de la levée des clauses de résidence. Toutefois l'exportabilité en vertu des règles de coordination rencontre des limites lorsque les prestations sont exclues de leur champ d'application, de même qu'en cas de l'exclusion ou de la limitation expresse de l'exportabilité de certaines prestations. La Cour s'appuie à cet égard sur les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes en vue d'élargir le droit des citoyens migrants d'exporter les prestations sociales.

447. Du point de vue de l'articulation entre les règles du droit de l'Union qui sont susceptibles de s'appliquer à la même situation, le fait qu'une mesure nationale est jugée conforme à une disposition de droit dérivé n'a pas pour effet de faire échapper cette mesure aux dispositions du traité en tant que normes hiérarchiquement supérieures. La conformité de la restriction territoriale du paiement de certaines prestations sociales avec les règlements n°1408/71 ou n°883/2004 n'implique pas nécessairement sa conformité avec les dispositions du traité FUE conférant la liberté de circulation aux citoyens ou aux travailleurs. Compte tenu de l'objectif des règles de coordination de favoriser la libre circulation des personnes au sein de l'Union, il est possible que les clauses de résidence autorisées par le règlement soient soumises, au cas par cas, au contrôle juridictionnel pour vérifier si elles ne constituent pas des restrictions excessives ou non justifiées de la liberté de circulation. Les restrictions territoriales du paiement et de l'acquisition des prestations sociales autorisées par les règlements sont considérées comme des limitations à l'exercice du droit de libre circulation de citoyens auxquelles renvoie l'article 21 TFUE et leur (éventuel) impact restrictif sur la liberté de circulation et de séjour reconnue aux citoyens justifie qu'elles s'appliquent dans le respect du principe de proportionnalité pour ne pas porter une atteinte excessive à cette liberté fondamentale attachée au statut de citoyen.

448. Cette articulation entre les règles du droit primaire et du droit dérivé n'implique pas cependant la remise en question de la validité de ces dernières règles. Elles sont simplement considérées comme ne posant pas des règles définitives et exclusives de la territorialité des droits aux prestations sociales et peuvent être complétées ou rectifiées par les dispositions du traité. À cet égard, les règles d'exportabilité prévues par le règlement de coordination ne

constituent qu'une garantie minimale de la déterritorialisation admise par le législateur de l'Union. Ces règles n'empêchent pas cependant l'exportabilité de prestations sociales d'une plus ample envergure en vertu des dispositions du traité relatives à la citoyenneté et la libre circulation des citoyens.

449. Le fait d'appréhender les limitations territoriales du bénéfice des prestations sociales comme une restriction au droit de libre circulation des citoyens ne signifie pas que les États membres sont désormais tenus d'autoriser l'exportation des prestations dispensées par l'État providence à tous les citoyens de l'Union qui font usage de leur droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'autre États membres, quelles que soit les circonstances factuelles. Cela signifie plutôt que ces limitations territoriales sont soumises à l'examen de leur nécessité et proportionnalité. Il convient de noter surtout que la déterritorialisation en vertu de la jurisprudence au-delà de ce qui est admis par les règles de coordination, qui à première vue apparaît très audacieuse, doit être en fin de compte nuancée. En effet, la Cour prend en compte les dispositions du règlement lors de l'examen de la justification des mesures nationales restrictives de la liberté de circulation des citoyens. La conformité des mesures nationales au règlement crée une présomption en faveur de la validité de ces mesures en tant que restriction objectivement justifiées. Il ne reste qu'à satisfaire au test de la proportionnalité⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Voir *infra*, seconde Partie, Titre II.

CONCLUSION DU TITRE II

450. La mobilité réelle des personnes au sein de l'Union exige la garantie que les migrants ne perdent pas automatiquement, totalement ou partiellement, le droit aux prestations sociales du seul fait qu'ils exercent leur droit en vertu du traité de résider dans un État membre autre que l'État allocataire.

451. D'abord utilisé en combinaison avec le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, la liberté de circulation en vertu de l'article 21 TFUE devient un fondement autonome qui interdit les restrictions territoriales injustifiées à l'exercice de la liberté de circulation par les citoyens. Il constitue un instrument principal pour appréhender non seulement les restrictions territoriales émanant de l'État membre d'origine mais encore celles édictées par l'État membre d'accueil. La prohibition des restrictions territoriales à la liberté de circulation des citoyens exige de la part des États membres allocataires la continuité dans la prise en compte des conditions d'acquisition ou d'octroi des prestations, indépendamment du lieu de résidence des citoyens. Une personne à qui le droit national reconnaît l'éligibilité à une prestation est en droit d'invoquer l'article 21 TFUE pour s'opposer au refus de l'État membre allocataire de maintenir son droit aux prestations en raison de son installation sur le territoire d'un autre État membre.

452. Outre l'invocation de l'article 21 TFUE comme fondement pour appréhender les restrictions territoriales à la liberté de circulation des citoyens, y compris celles émanant de l'État membre d'accueil, la tendance récente de la jurisprudence consiste à se fonder également sur cet article pour prohiber les discriminations en raison de la nationalité à l'instar de ce qui se passe dans le cadre de la libre circulation des travailleurs. Dans ce contexte, la question de l'articulation de l'article 21 TFUE avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité se pose dans des termes plus aigus. La question du partage des fonctions entre les deux instruments de protection sociale des citoyens migrants nécessite une clarification et une certaine systématisation notamment pour faciliter leur invocation par les citoyens.

453. L'articulation entre le régime de la liberté de circulation des citoyens et les règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale diffère également au gré des circonstances des affaires. Au-delà de l'hypothèse où les deux mécanismes se complètent, la

Cour accepte parfois de dépasser les règles de coordination en soumettant les clauses de résidence autorisées par ces dernières au contrôle de conformité avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes. Or, elle se limite parfois à appliquer les mécanismes prévus par les règlements de coordination et à confirmer la position adoptée par le législateur de l'Union. En effet comme l'a remarqué Professeur Azoulai « si le droit communautaire est parfois qualifié de droit « constitutionnalisé », c'est aussi parce qu'il est le témoin de fréquentes montées en généralité : nombre de problèmes qui lui sont posés sont résolus sur la seule base des dispositions les plus générales du Traité »⁵¹⁵. Seulement il reste « préférable d'user avec précaution » du jeu de la primauté des règles du droit primaire, telles qu'interprétées par la jurisprudence. « Non pas tant parce qu'elle menace l'intégrité de dispositifs nationaux considérés comme sensibles, mais plutôt parce qu'elle risque de rendre précaire la production législative communautaire elle-même »⁵¹⁶.

454. Un certain défaut de cohésion du régime d'origine jurisprudentielle est cependant compréhensible. La jurisprudence ne peut apporter les éléments au vue de la construction du régime du droit de libre circulation des citoyens que par petites touches au gré des affaires. Elle est notamment contrainte de prendre en compte les pressions politiques venant des États membres. Parfois la jurisprudence avance, parfois elle a besoin de reculer en attendant le contexte favorable.

⁵¹⁵ L. Azoulai, «En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union», article précité, p.845.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p.845.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

455. La citoyenneté de l'Union constitue à la fois une source du droit à l'égalité de traitement des citoyens qui exercent le droit de libre circulation et de séjour⁵¹⁷ et une base juridique pour le droit général de libre circulation et de séjour sur le territoire des États membres⁵¹⁸. L'introduction de la citoyenneté encourage le développement d'une vision plus égalitaire et inclusive de protection sociale que l'Union assure à ses citoyens. La citoyenneté implique une certaine unité de statut et l'affaiblissement du paramètre économique en tant que critère de délimitation du champ d'application à la fois *ratione personae* et *ratione materiae* du traité, de sorte que le droit de libre circulation et d'égalité de traitement n'est plus limité aux seuls migrants qui sont économiquement actifs ou financièrement indépendants.

456. À défaut d'initiative de la part du législateur de l'Union, c'est la Cour de justice qui, s'appuyant sur l'interprétation extensive et créative des dispositions du traité, étend aux citoyens inactifs le droit de ne pas être discriminés en raison de leur nationalité, ni entravés dans l'exercice de la liberté de circulation. La citoyenneté ne crée pas de droits nouveaux, mais justifie l'extension des droits existants sur le fondement du traité ou du droit national au profit de nouveaux destinataires qui se trouvent dans une situation régie par le droit de l'Union. Les interprétations jurisprudentielles dynamiques des principes de non-discrimination et de libre circulation, à la lumière des dispositions relatives à la citoyenneté, leur confèrent une portée qui va au-delà de l'objectif économique de l'intégration du marché. Elles déterminent les « *conditions de vie* » du citoyen et « *contribue(nt) de façon importante à l'Europe du citoyen* »⁵¹⁹.

457. La protection sociale relève depuis toujours et encore des compétences des États membres. Or, le droit de la citoyenneté influe indirectement sur la détermination du champ de protection de l'État providence, en interdisant aux autorités nationales, dans l'exercice de leur compétence sociale, d'entraver la liberté de circulation des citoyens et de faire une distinction en raison de la nationalité des bénéficiaires. Les critères de nationalité et de territorialité qui caractérisent traditionnellement la délimitation des frontières des États-providences sont

⁵¹⁷ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, précité.

⁵¹⁸ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, précité.

⁵¹⁹ K. Lenaerts, «L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples», article précité, p.25.

susceptibles d'être remis en question lorsqu'ils ont un effet restrictif du droit de libre circulation ou établissent une différence de traitement en raison de la nationalité. Cette obligation existe à la fois vis-à-vis des citoyens ressortissants d'autres États membres ou des nationaux qui exercent leur droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre. Elle ne se limite pas d'ailleurs aux domaines dont la compétence a été transférée à l'Union, mais joue pour tous les domaines qui sont susceptibles d'affecter la liberté de circulation citoyenne.

458. Les principes de la nationalité et la territorialité de la protection sociale des États-providence européens sont susceptibles d'être remis en question en raison de leurs effets restrictifs sur le droit de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens. L'impératif d'assurer ces droits fondamentaux des citoyens migrants conduit, d'une part, à une extension *ratione personae* du mécanisme de solidarité sociale nationale aux ressortissants d'autres États membres, non seulement en raison de leur contribution à l'économie de l'État membre d'accueil, mais aussi en leur qualité de citoyen, et, d'autre part, à une extension *ratione loci* de la sphère de protection sociale de l'État providence au profit des citoyens qui usent de leur droit de circulation et de séjour librement sur le territoire d'autres États membres. Le jeu d'interprétation parfois critiqué en raison de l'audace prétorien nous illustre pleinement « la volonté de la Cour d'utiliser des outils d'interprétation de façon téléologique, où l'objectif est d'intégrer le citoyen non seulement dans l'État d'accueil mais aussi dans la communauté sociale de cet État »⁵²⁰.

459. Au stade de l'examen des justifications étatiques des violations constatées, la prise en compte des considérations spécifiques des droits sociaux exige un rééquilibrage entre les droits des citoyens et les intérêts de l'État providence, à travers la régulation de l'ouverture de l'État providence.

⁵²⁰ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136, p.125.

SECONDE PARTIE

LA CITOYENNETÉ SOCIALE EUROPÉENNE LIMITÉE PAR LA SAUVEGARDE DE L'ÉTAT PROVIDENCE

« In a world of scarce resources, rights are costly,
and they can never be for the whole world »⁵²¹.

460. L’association par la jurisprudence de la citoyenneté de l’Union avec les principes de libre circulation et d’égalité de traitement contribue à la formation de la citoyenneté sociale européenne. La citoyenneté sociale européenne s’appuie sur la dynamique de dénationalisation et de déterritorialisation des frontières sociales qui permet d’assurer une continuité de la protection sociale au profit des citoyens migrants, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence. En conformité avec leur obligation d’observer les droits de libre circulation et d’égalité de traitement des citoyens, les États membres ne peuvent plus exclure les citoyens migrants du droit au bénéfice des prestations sociales en raison du simple fait qu’ils ne possèdent pas la nationalité ou la résidence sur le territoire national.

461. L’exigence de l’ouverture des frontières de l’État providence est susceptible toutefois d’entraîner des contraintes matérielles et financières importantes pour les systèmes nationaux de protection sociale. L’obligation de respecter les droits de libre circulation et d’égalité de traitement des citoyens, alors même qu’est impliqué un domaine où la compétence est réservée aux États membres, restreint leur liberté d’organiser les systèmes sociaux nationaux comme ils l’entendent. Les États sont amenés à adapter leur politique sociale nationale et leur système de protection sociale aux exigences du droit de l’Union. Par ailleurs, étant donné que la protection sociale que le droit de l’Union assure à ses citoyens consiste à octroyer aux citoyens migrants le droit d’accès aux États providence nationaux, la charge qui en résulte incombe en pratique aux États membres⁵²².

462. Consciente que l’État providence national constitue l’ancrage de la protection sociale dans l’Union, la Cour n’est pas insensible au souci des États membres de préserver leur capacité et leur effectivité en tant qu’État social et de défendre la marge de manœuvre dans

⁵²¹ C. Joppke, «Immigration Challenges the Nation-State», in *Challenge to the Nation-State: immigration in Western Europe and the United States*, C Joppke (dir.), Oxford: Oxford university press, 1998, p. 5-48, spéc. p. 23.

⁵²² En dehors du mécanisme de remboursement des soins de santé transfrontaliers prévu par les règlements de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale, il n’existe pas de mécanisme de remboursement entre les États des prestations sociales octroyées aux ressortissants d’autres États membres.

l'exercice de leur compétence sociale qui relève du domaine des compétences réservées⁵²³. À travers le jeu des justifications, la Cour de justice tâche de concilier les exigences de la citoyenneté sociale avec la sauvegarde des prérogatives sociales des États membres. Nonobstant l'exigence de démantèlement des frontières sociales conformément aux principes de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens, la jurisprudence tend à garantir aux États la marge et les moyens de défendre leur système de protection sociale. Les États se voient reconnaître en pratique la possibilité de limiter l'ouverture des frontières sociales nationales aux citoyens migrants, au moyen notamment de l'exigence de nouveaux critères de rattachement (Titre I). L'obligation de l'ouverture des frontières imposée à l'État providence n'est par ailleurs pas homogène à l'égard de tous les citoyens migrants. Elle est variable en fonction des liens de rattachement des citoyens avec l'État concerné et en fonction des prestations en jeu (Titre II).

⁵²³ D. Ritleng, «Les États membres face aux entraves», in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, L. Azoulai (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2011, p. 303-324, spé. p. 306. Le Professeur Ritleng souligne qu'à travers le jeu des justifications étatiques, la défense développée par les États membres consiste à réclamer de « leur pouvoir d'être encore des États, à défendre leur qualité, leur essence et leur capacité étatiques ».

TITRE I

UNE OUVERTURE LIMITÉE DES FRONTIÈRES DE L'ÉTAT PROVIDENCE

463. L'exigence d'une ouverture inconditionnelle et sans limite des frontières de l'État providence est irréaliste. Une certaine forme de clôture de l'État providence est en fait nécessaire pour lui permettre de fonctionner convenablement. À travers le jeu des justifications étatiques de violation des règles du traité, la Cour reconnaît aux États la possibilité de limiter l'accès à l'État providence des citoyens migrants, en soumettant le droit d'accès des citoyens migrants aux prestations sociales mises en place dans le cadre de l'État providence à des conditions d'éligibilité spécifiques (Chapitre I). Il s'agit en effet de reconnaître aux États la faculté de sélectionner les citoyens migrants qui « méritent » d'être admis comme bénéficiaires du système national de protection sociale, en se basant sur un nouveau concept d'inclusion fondé sur (le degré de) l'intégration sociale des citoyens migrants (Chapitre II).

CHAPITRE I

L'OUVERTURE CONDITIONNELLE DES FRONTIÈRES SOCIALES

464. Les spécificités des droits sociaux et les considérations financières et solidaristiques qui justifient le caractère fermé et exclusif de l'État providence (Section I) conduisent la jurisprudence à admettre que les États membres conditionnent l'ouverture de leur système de protection sociale aux citoyens migrants à la satisfaction par ces derniers de l'exigence d'un « lien réel ». Le lien réel devient à cet égard l'instrument principal de régulation de l'accès à l'État providence (Section II).

SECTION I

LA PRÉSERVATION DE LA FONCTION SOCIALE DE L'ÉTAT, IMPÉRATIF DE RESTRICTION DE L'OUVERTURE DE L'ÉTAT PROVIDENCE

465. L'État providence constitue essentiellement une forme d'organisation des mécanismes de protection sociale d'une communauté politique donnée. Il assure aux membres de la communauté la couverture des risques de l'existence, en particulier à travers l'octroi des droits sociaux. Les considérations d'ordre solidaristique et financier (Paragraphe I) de même que celles liées au fonctionnement de l'État providence (Paragraphe II) justifient la restriction de l'ouverture de ses frontières aux citoyens migrants.

Paragraphe I : Les considérations d'ordre solidaristique et financier

466. La logique spécifique à l'octroi des droits sociaux et aux mécanismes de solidarité sociale justifie que l'État providence constitue un système fermé, délimité par des critères d'appartenance et protégé de l'entrée des non-membres. En effet, à la différence des droits civils et politiques, l'octroi des droits sociaux repose fondamentalement sur le mécanisme de redistribution des ressources entre les groupes sociaux ; ce qui signifie que les droits sociaux des uns impliquent des obligations à la charge des autres. L'octroi des droits sociaux

présuppose dès lors la délimitation de la communauté dont les membres acceptent de couvrir mutuellement leurs risques. D'une part, la mise en œuvre du mécanisme de redistribution présuppose l'existence, entre les membres de la communauté, des liens ou d'un sentiment de solidarité suffisamment fort pour justifier qu'ils participent au subventionnement des mécanismes de solidarité pour des buts communs telle la prise en charge des membres désavantagés. C'est l'appartenance à la même communauté politique, l'identité commune qui se forge à partir du partage des expériences sociales et culturelles dans le cadre de l'État-Nation qui fonde le plus souvent les liens de solidarité entre les membres de la communauté. D'autre part, la viabilité du système de protection sociale dépend de l'équilibre entre ceux qui contribuent à son financement et ceux qui en bénéficient. Afin d'assurer l'équilibre du système de protection sociale, les autorités nationales ont besoin de prévoir et de contrôler les dépenses, en s'assurant que les ressources de l'État providence sont suffisantes pour couvrir les coûts générés par les mécanismes de protection sociale. Dans le contexte où les ressources et la solidarité qui sous-tendent l'octroi des droits sociaux sont nécessairement limitées, la délimitation des bénéficiaires potentiels de l'État providence est primordiale. Le bénéfice des prestations de solidarité est dès lors réservé à ceux qui sont considérés comme « membres » de la communauté nationale de solidarité. Étant donné les liens intrinsèques entre l'État providence et l'État-Nation, la délimitation de la communauté de solidarité se confond naturellement avec la délimitation des « membres de l'État-Nation » ; la nationalité et/ou la résidence sur le territoire national constituent les critères principaux d'inclusion et d'exclusion.

467. Ces constats s'appliquent surtout aux prestations de nature non contributive. En effet, les prestations contributives sont basées sur le système d'assurance qui oblige en général les assurés à s'acquitter des primes et leur accorde le droit aux prestations lorsque se matérialisent les risques assurés, tels que chômage, maladie, incapacité ou retraite. Les prestations non contributives⁵²⁴ présentent au contraire un caractère redistributif fort ; elles sont financées par les impôts et leur octroi n'est pas conditionné par la contribution préalable des bénéficiaires. Leur octroi exige alors un certain lien de réciprocité ou d'une autre forme de solidarité diffuse⁵²⁵.

⁵²⁴ À titre d'exemple en ce qui concerne le système français, sont considérées comme prestations non contributives à caractère spécial les allocations supplémentaires du fonds spécial d'invalidité et du fonds de solidarité vieillesse par rapport aux droits acquis, l'allocation pour adultes handicapés, l'allocation de solidarité pour personnes âgées.

⁵²⁵ Voir S. O'Leary, «Solidarity and citizenship rights in the Charter of fundamental rights of the European Union», in *EU law and the welfare state : in search of solidarity*, G. de Búrca (dir.), Oxford ; New York: Oxford

468. L’obligation faite aux États membres d’étendre le droit au bénéfice des prestations sociales non-contributives aux citoyens migrants économiquement inactifs suscite dans ce contexte le plus de difficulté. S’agissant des travailleurs migrants, leur droit d’accès aux prestations sociales, y compris celles de nature non contributive, dans l’exercice de leurs activités économiques transfrontalières, s’inscrit dans le contexte du marché intérieur ; sa réalisation exigeant que soient garanties aux acteurs économiques la liberté de circulation et la protection contre les discriminations en matière sociale. L’extension de la solidarité aux travailleurs migrants, au-delà des frontières nationales et des membres de la communauté nationale, repose sur la logique de « réciprocité économique » ; elle est justifiée par la contribution de ces travailleurs par leurs activités à l’économie de l’État membre allocataire ou tout au moins plus globalement au développement économique de l’Union dans son ensemble⁵²⁶. La solidarité reconnue aux travailleurs migrants est une solidarité « professionnelle » liée à la « citoyenneté de marché », à la qualité de travailleurs de ces migrants.

469. L’avènement de la citoyenneté sociale de l’Union entraîne toutefois un changement du paradigme de la solidarité fondée sur le droit de l’Union. L’exigence de l’ouverture des frontières de l’État providence qui accompagne une « certaine solidarité financière »⁵²⁷ entre les citoyens de l’Union n’est plus basée sur la logique de contribution. En conformité avec leur obligation d’observer les droits de libre circulation et d’égalité de traitement des citoyens, les États sont amenés à reconnaître aux citoyens migrants un droit d’accès, de principe, aux prestations sociales transfrontalières sans égard à leur contrepartie économique. Or, dans l’État actuel où l’Union européenne ne dispose pas d’un système de protection sociale commun se substituant aux États-providence nationaux, ni d’un fonds social pour subventionner la protection sociale des citoyens migrants, la charge résultant de la reconnaissance du droit aux prestations sociales incombe en pratique aux États membres. L’octroi des droits sociaux engendre en effet des coûts élevés alors que les non actifs ne contribuent pas au financement du système social de l’État. Le déséquilibre entre ceux qui contribuent et ceux qui bénéficient peut affecter ainsi la viabilité du système social national.

University Press, 2005, p. 39-87, spéc. p. 56-57 ; T. Faist, «Social citizenship in the European Union: Nested membership?», article précité, spéc. p.41 et 51.

⁵²⁶ Du fait de l’acceptation préutorienne d’une conception très large de travailleurs migrants, de manière à couvrir par exemple même les travailleurs à temps partiels, il en résulte une certaine extension et altération de la logique de contribution, mais cette dernière reste toujours le fondement de la solidarité professionnelle. Voir F. Strumia, «European Social Citizenship: Solidarity in the Realm of Faltering Identity», *EJSL*, 2011, p. 122-140, spéc. p. 126.

⁵²⁷ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, pt. 44.

Imposer aux États membres d'étendre inconditionnellement et de manière illimitée la protection sociale aux citoyens migrants peut également avoir comme conséquence que les États membres qui choisissent d'investir de manière importante en matière de protection sociale au profit de leurs nationaux sont tenus de financer la protection d'un nombre potentiellement important des ressortissants d'autres États membres. Cette circonstance pourrait entraîner « la course vers le bas » ; les États membres seraient incités à baisser le niveau de protection sociale offerte en vue d'éviter d'attirer les ressortissants d'autres États membres à la recherche d'une meilleure protection sociale.

470. Alors même que les considérations de nature économique sont constamment rejetées⁵²⁸, la Cour admet comme motifs légitimes de dérogation, la nécessité pour les États de maîtriser les dépenses sociales et de maintenir l'« équilibre financier des systèmes de sécurité sociale »⁵²⁹ ou encore celle d'éviter que l'octroi d'aides sociales aux citoyens migrants « ne devienne une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État »⁵³⁰ dans le sens d'une baisse générale du niveau des prestations allouées. Force est en effet de constater que, ce qui motive l'acceptation jurisprudentielle de telles justifications d'apparence économique, c'est au final l'impératif de maintenir la viabilité et la continuité de l'État providence. Il s'agit en effet d'une « subtile combinaison entre un intérêt économique et la protection d'exigences d'intérêt général qui l'englobent et le dépassent »⁵³¹. Ces motifs légitimes de justification témoignent de la sensibilité de la Cour au souci des États membres de défendre leur capacité à assumer leur fonction essentielle en tant qu'État providence ainsi que de préserver « la liberté juridique et la possibilité matérielle »⁵³² dans la mise en œuvre de leur politique de redistribution sociale.

⁵²⁸ Pour le rejet de principe de justifications de nature économique, voir CJCE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82, Rec. p. 523, pt. 23.

⁵²⁹ CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, précité, pt. 145. La Cour confirme dans cet arrêt la validité de l'exigence d'une autorisation préalable comme condition de prise en charge des soins de santé hospitaliers reçus dans un autre État membre compte tenu des impératifs de planification des capacités hospitalières disponibles, de maîtrise des dépenses de santé et d'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale, même si elle est restrictive de la liberté de circulation des patients.

⁵³⁰ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 56, CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, précité, pt. 90.

⁵³¹ A. Rigaux, «Une nouvelle application apaisée de la jurisprudence Keck et Mithouard», *Europe*, 2008, p. 34-35. Commentaire de l'arrêt *Commission c/ Allemagne* (CJCE, 11 septembre 2008, aff. C-141/07, Rec. p. I-6935) concernant la loi allemande relative aux pharmacies dont les exigences imposées au contrat d'approvisionnement en médicaments ont pour effet de rendre pratiquement impossible l'approvisionnement régulier d'un hôpital par des pharmacies établies dans des États membres autres que l'Allemagne.

⁵³² D. Riteleng, «Les États membres face aux entraves», in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, op.cit., p. 303-324, spéc. p. 307.

471. Il n'en reste cependant pas moins que la Cour peut se montrer exigeante quant à la preuve à apporter par l'État défendeur pour justifier ses arguments de nature économique. Dans l'arrêt *Commission c/ Autriche*⁵³³, afin de justifier la réglementation nationale qui vise à éviter l'accès massif des étudiants allemands dans les facultés des universités autrichiennes au moyen des conditions d'accès indirectement discriminatoires, le gouvernement autrichien invoque l'argument relatif à la sauvegarde de l'homogénéité du système de formation autrichien. La Cour relève cependant que le gouvernement autrichien n'a pas démontré, par des évaluations solides, que l'absence de la législation contestée mettrait en péril le système d'enseignement autrichien. Il incombe à l'État de motiver ses arguments éventuellement par les données chiffrées. Une simple volonté de prévention ne suffit pas pour justifier les considérations économiques de restrictions au principe fondamental de libre circulation des citoyens⁵³⁴. Il incombe aux États membres de démontrer qu'il n'est pas possible pratiquement d'adapter leurs systèmes en vue de permettre la libre circulation des citoyens.

472. Au-delà des considérations, prépondérantes, d'ordre financier et solidaristique, d'autres considérations d'ordre fonctionnel sont pertinentes pour justifier la limitation de l'ouverture des frontières de l'État providence.

Paragraphe II : Les considérations d'effectivité des systèmes de protection sociale nationaux

473. La préoccupation des États membres de sauvegarder une maîtrise dans l'exercice de leur compétence en matière sociale est perceptible à travers les différents textes juridiques de l'Union. Le traité affirme clairement que les questions sociales demeurent dans le champ de compétence nationale et cantonne l'action de l'Union dans les domaines de politique sociale et de santé à celle d'appui. L'article 153, paragraphe 4, TFUE pose que les dispositions prises par les institutions de l'Union qui sont susceptibles d'intervenir dans le domaine social « ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter l'équilibre financier ». L'article 168, paragraphe 7, TFUE précise de même que « l'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des États membres incluent la gestion de services de

⁵³³ CJCE, 7 juillet 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-147/03, Rec. p. I-5969.

⁵³⁴ Voir pts. 64 et 65 de l'arrêt.

santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées ». La même volonté de prévenir l'empiètement du droit de l'Union sur la compétence étatique est aussi discernable dans les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Ces dernières reconnaissent le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux (article 34) et à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux (article 35) « selon les règles » ou « dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales ».

474. La jurisprudence affirme et réitère de manière constante le principe selon lequel le droit de l'Union « ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale »⁵³⁵. Force est néanmoins de remarquer l'emprise grandissante du droit de l'Union sur la liberté des États membres d'organiser comme ils l'entendent leur système de protection sociale. Même si les compétences dans le domaine de protection sociale restent du ressort des États membres, ces derniers sont amenés à adapter leur système de protection sociale de manière à permettre la mobilité des facteurs de production, puis des citoyens au sein de l'Union. L'obligation d'observer les principes de libre circulation et de non-discrimination en raison de la nationalité, même lorsqu'est impliquée l'organisation du système de protection sociale nationale, restreint l'autonomie des États providence dans la mise en œuvre de leur politique sociale et de redistribution. Ces contraintes sur l'exercice de la compétence sociale des États sont d'ailleurs amplifiées par l'interprétation large du champ d'application du traité et la conception extensive des restrictions à la libre circulation et des discriminations prohibées.

475. Au stade des justifications étatiques, la Cour de justice tient compte toutefois de l'impératif de permettre aux États membres de préserver leurs fonctions essentielles de l'État social. Plusieurs motifs légitimes de dérogation à l'interdiction des entraves à la libre circulation et des discriminations admis par la Cour témoignent à cet égard de la déférence jurisprudentielle envers la fonction du garant de la protection sociale des États membres. Ils visent à préserver la marge d'appréciation des États membres, plus particulièrement en ce qui concerne la définition des finalités poursuivies par la politique sociale nationale et le choix des moyens propres à les atteindre.

⁵³⁵ CJCE, 7 février 1984, *Duphar c/ État néerlandais*, aff. 238/82, Rec. p. 523, pt. 16, CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, précité, pt. 17, CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, précité, pt. 92.

La Cour reconnaît à titre d'exemple comme justification licite du refus de l'octroi d'une prestation sociale à un non résident, la volonté du législateur national de mettre en œuvre une politique sociale sur le territoire national au moyen de l'octroi d'une telle prestation. En d'autres termes, le fait qu'une prestation donnée constitue un instrument de réalisation de la politique nationale permet de justifier en principe la subordination de son octroi à la condition de résidence des bénéficiaires sur le territoire. Il en est ainsi s'agissant de l'allocation d'éducation allemande en jeu dans les affaires *Hartmann et Geven*⁵³⁶ qui constitue selon le gouvernement un instrument de politique familiale nationale visant à promouvoir la natalité dans le pays. L'admission par la jurisprudence d'un tel motif de justification accorde au législateur national une marge dans la définition et la poursuite de la politique sociale nationale, éventuellement par la subordination de l'octroi de prestations sociales à des conditions indirectement discriminatoires ou restrictives de la liberté de circulation des citoyens.

Dans le même sens, derrière l'affirmation de la légitimité de l'objectif visant à assurer un approvisionnement sûr et de qualité en médicaments pour la population, force est de constater que c'est en effet le respect de la faculté reconnue aux États membres de décider du niveau de protection de la santé publique, ainsi que la manière dont ce niveau doit être atteint, qui conduit la Cour à affirmer dans la jurisprudence *Apothekerkammer*⁵³⁷ la légitimité de la législation nationale restrictive de la liberté d'établissement en limitant le droit de détenir et d'exploiter des pharmacies aux seuls pharmaciens diplômés⁵³⁸.

476. D'autres motifs légitimes de justification prennent en compte les préoccupations liées à l'effectivité et au bon fonctionnement des systèmes de protection sociale nationaux. La Cour admet à cet égard que l'exigence de contrôle des situations professionnelles et familiale des bénéficiaires de l'allocation en vue d'assurer le respect des conditions légales fixées pour le maintien du droit à l'allocation de chômage⁵³⁹ est susceptible de justifier la limitation du droit d'exportabilité des prestations sociales par la condition de résidence sur le territoire. Il en est de même en ce qui concerne la subordination de la prise en charge des soins hospitaliers prodigués dans d'autres États membres à l'obtention d'une autorisation préalable de la part de

⁵³⁶ CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité, CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité.

⁵³⁷ CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, Rec. p. I-4171.

⁵³⁸ Voir D. Ritleng, «Les États membres face aux entraves», in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, *op.cit.*, p. 303-324, spéc. p. 311.

⁵³⁹ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité, pts. 41 et s. Voir également CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité.

l'État d'affiliation. Si l'exigence de libre prestation des soins médicaux est susceptible de contraindre les États membres à prendre en charge des soins de santé transfrontaliers au-delà de ce qu'envisage le règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale⁵⁴⁰, la Cour reconnaît cependant comme motifs légitimes de dérogation, les impératifs « de planification des capacités hospitalières disponibles, de maîtrise de dépenses de santé et d'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale »⁵⁴¹. Ces impératifs constituent en effet une condition nécessaire à la préservation d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous les affiliés⁵⁴².

477. Consciente des spécificités du mécanisme de solidarité sociale qui sous-tend l'État providence, ainsi que les contraintes matérielles et financières que l'exigence de l'ouverture des frontières fait peser sur ce dernier, la Cour assure aux États membres la possibilité de limiter l'obligation d'ouverture des frontières sociales aux citoyens migrants.

SECTION II

LIEN RÉEL, CONDITION DE L'OUVERTURE DE L'ÉTAT PROVIDENCE

478. L'impératif d'assurer un équilibre entre le droit fondamental de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens et les intérêts légitimes des États membres à préserver leurs fonctions essentielles de l'État social conduit la jurisprudence à admettre, à travers le jeu des justifications étatiques, que les États membres subordonnent l'accès à l'État providence à un rattachement spécifique, nommé « lien réel ». L'exigence d'un tel lien de rattachement comme condition du bénéfice des prestations sociales transfrontalières est imposée tout d'abord aux citoyens migrants inactifs (Paragraphe I). Cette exigence est récemment étendue par la jurisprudence à l'hypothèse de l'exportabilité des prestations sociales par les travailleurs frontaliers (Paragraphe II).

⁵⁴⁰ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, précité.

⁵⁴¹ CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, précité, pt. 145.

⁵⁴² CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, précité.

Paragraphe I : Lien réel, condition d'octroi des prestations sociales imposée aux inactifs

479. La déférence jurisprudentielle envers les considérations financière, solidaristique et fonctionnelle qui justifient la fermeture de l'État providence se traduit concrètement par la reconnaissance de la faculté des États membres de limiter et de filtrer l'accès à leur espace de solidarité nationale au moyen de l'exigence d'un « lien réel ». À cet égard, la Cour reconnaît que constitue un motif légitime de dérogation à la prohibition des discriminations et des entraves à la libre circulation des citoyens migrants, la volonté pour les États de s'assurer de l'existence de liens spécifiques entre les demandeurs de prestations et leur territoire et de n'octroyer les prestations qu'à ceux qui font preuve de tels liens. Cette nouvelle forme de justification est consacrée pour la première fois à l'occasion de l'arrêt *D'Hoop*⁵⁴³, dans le cadre de la justification d'une discrimination liée à la circulation imputée à un citoyen migrant de retour dans son État de nationalité pour la recherche d'un emploi. Examinant si la condition d'accomplissement des études secondaires sur le territoire exigée par la législation nationale peut être néanmoins justifiée au regard de « considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »⁵⁴⁴, la Cour reconnaît que s'agissant des allocations d'attente qui ouvrent à leurs bénéficiaires l'accès à des programmes spéciaux de mise au travail et ont pour objectif de faciliter, pour les jeunes, le passage de l'enseignement au marché du travail, « il est légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné »⁵⁴⁵. L'arrêt *Collins*⁵⁴⁶ vient deux ans après confirmer la légitimité d'une telle justification à l'égard des discriminations indirectes émanant de l'État membre d'accueil. La Cour réaffirme, concernant l'allocation pour la recherche d'un emploi, qu'il est loisible pour les États membres de s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur d'allocation et le marché géographique du travail, notamment « par la constatation que la personne en cause a, pendant

⁵⁴³ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité. Cet arrêt concerne le refus par l'autorité belge d'octroyer des allocations d'attente destinées aux jeunes chômeurs à la recherche d'un premier emploi à une ressortissante belge de retour sur le territoire après avoir exercé le droit de libre circulation aux fins des études dans un autre État membre, au motif que l'intéressée n'a pas accompli ses études secondaires sur le territoire national comme l'exige la réglementation régissant ces prestations sociales. La Cour juge contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen, à savoir la garantie d'un même traitement juridique aux citoyens dans l'exercice de leur liberté de circulation, la réglementation belge qui introduit une différence de traitement entre les ressortissants nationaux selon qu'ils ont fait leurs études secondaires en Belgique ou dans un autre État membre.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, pt. 36.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, pt. 38.

⁵⁴⁶ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

une période d'une durée raisonnable, effectivement et réellement cherché un emploi dans l'État membre en question », et de n'octroyer l'allocation qu'aux personnes qui justifient d'un tel lien.

480. La faculté pour les États de limiter l'octroi de prestations sociales aux citoyens migrants qui ont un lien avec leur territoire est de même admise dans le cadre de justification du refus de l'exportabilité des prestations sociales. Dans l'arrêt *Tas-Hagen*, concernant le refus de l'autorité néerlandaise d'octroyer une prestation pour les victimes civiles de guerre aux ressortissants nationaux au motif que les intéressés étaient domiciliés sur le territoire d'un autre État membre à la date du dépôt de la demande, la Cour reconnaît que constitue une considération objective d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à la liberté de circulation des citoyens, la volonté du législateur national de limiter le nombre des personnes susceptibles de bénéficier des prestations en question et de « circonscrire l'obligation de solidarité à l'égard des victimes civiles de guerre aux seules personnes qui ont eu un lien avec le peuple durant et après la guerre »⁵⁴⁷. De la même manière, s'agissant de la question de l'exportabilité des aides à la formation des nationaux en jeu dans l'affaire *Morgan*⁵⁴⁸, la Cour reconnaît la nécessité de prévenir une charge déraisonnable qui remettrait en cause le niveau global de l'aide pouvant être allouée, ce qui justifie la restriction du droit des aides à la formation poursuivie dans un autre État membre aux seuls nationaux qui font preuve d'un certain degré d'intégration.

481. Deux constats, du point de vue technique et du point de vue substantiel, peuvent être dressés à l'égard de la reconnaissance jurisprudentielle de ce nouveau motif de justification des restrictions du droit de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens.

482. Du point de vue *technique*, tout d'abord, l'admission de l'exigence de lien réel comme motif légitime de limitation des droits sociaux des citoyens migrants implique une certaine originalité de méthode de jugement par rapport au droit du marché intérieur. Une telle originalité méthodologique consiste dans un double examen de la légalité des conditions d'octroi posées par les législations nationales. En effet, le motif de dérogation admis concerne la nécessité de vérifier l'existence de liens entre les demandeurs de prestations et l'État allocataire et celle de limiter le bénéfice desdites prestations à ceux qui font preuve d'un lien

⁵⁴⁷ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité, pt. 35.

⁵⁴⁸ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. C-11/06, précité. Deux ressortissantes allemandes se sont vu rejeter leur demande d'aides à la formation pour aller étudier dans un autre État membre au motif que l'enseignement ne fait pas suite à celui reçu, pendant au moins un an, en Allemagne comme l'exige la réglementation pertinente.

suffisant avec l'État concerné. Afin d'apprécier si le refus des prestations sociales en application des législations nationales est susceptible d'être justifié par un tel motif légitime, la Cour est amenée à réexaminer, au stade de la justification étatique, la légalité des conditions nationales d'octroi des prestations qui ont été préalablement considérées comme indirectement discriminatoires ou restrictives de la liberté de circulation citoyenne. Seulement dans cette étape, ces conditions sont examinées au titre de « moyen de vérification » de lien réel, c'est-à-dire dans l'objectif de savoir si elles constituent des critères pertinents, adéquats pour vérifier l'existence et le degré des liens entre les demandeurs de prestations et l'État membre à qui une telle demande est adressée.

483. Certes, la vérification de l'existence d'une discrimination dissimulée sous couvert de la volonté de s'assurer de l'existence du lien de rattachement entre les citoyens migrants et l'État allocataire au moyen d'une condition d'octroi n'est pas absente de l'analyse de la jurisprudence⁵⁴⁹. Force est toutefois de constater que l'examen des conditions d'octroi engagé au stade de la justification étatique ne correspond pas, en tant que tel, à un réexamen de l'existence d'une entrave ou d'une discrimination⁵⁵⁰. La Cour ne cherche pas à réappréhender, à ce stade, les effets des conditions nationales d'éligibilité sur les droits de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens à l'instar de ce qui se passe au stade de l'établissement d'une violation du traité. Il s'agit plutôt d'apprécier la légitimité, l'aptitude et la proportionnalité de ces conditions en tant qu'instrument de vérification de liens entre les prétendants à la solidarité et l'État débiteur, cela, en tenant compte des situations concrètes des intéressés.

484. Du point de vue *substantiel*, admettre que les États ne sont tenus d'octroyer les prestations sociales qu'aux seuls citoyens migrants ayant un lien réel avec leur société implique que la possession de tel lien réel devient en pratique la « condition » de l'ouverture de l'État providence et de jouissance des prestations sociales des citoyens migrants. La possession d'un statut commun de citoyen européen ne constitue pas, en elle seul, un fondement suffisant pour justifier le droit d'accès des citoyens migrants aux prestations

⁵⁴⁹ Étant donné que seules peuvent être admises comme motifs légitimes de justification des restrictions du droit aux prestations sociales transfrontalières « les considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national » (CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, pt. 36.), la Cour vérifie si les autorités nationales ne cherchent pas à discriminer en raison de la nationalité, en effectuant un contrôle de la concordance entre l'objectif recherché et les critères imposés comme moyen de vérification du lien. Voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I.

⁵⁵⁰ Voir au contraire en faveur de cette interprétation, C. Marzo, «La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne. Réflexions autour de l'arrêt Förster», *RTDE*, 2009, p. 439-458.

sociales en vigueur dans l'État providence. Le droit à la solidarité financière doit être en effet « gagné » par les citoyens migrants par la preuve de liens avec l'État allocataire. D'un côté, le lien réel constitue une *limite* que les États membres peuvent opposer à leur obligation en vertu du droit de l'Union d'ouvrir leur système de protection sociale national ; le défaut de lien de rattachement suffisant justifie le refus d'octroi des prestations sociales aux citoyens migrants, et par-là, leur *exclusion* du cercle des bénéficiaires de la solidarité sociale étatique⁵⁵¹. Une « certaine solidarité financière »⁵⁵² entre les citoyens de l'Union qu'implique la citoyenneté commune n'est reconnue aux citoyens migrants que sous réserve de la preuve de leurs liens avec l'État allocataire. De l'autre côté, l'existence d'un lien réel et effectif permet de justifier *l'inclusion* des citoyens migrants dans le cercle de solidarité de l'État providence, malgré la non-possession de la nationalité ou la résidence sur le territoire d'un autre État membre. Le lien réel constitue à cet égard une *contre-limite*⁵⁵³ au pouvoir reconnu aux États membres de limiter les droits des citoyens. Force est ainsi de constater que le lien réel constitue un instrument d'équilibre entre la nécessité des États membres de circonscrire l'extension de la solidarité nationale et les intérêts des citoyens de bénéficier de la protection sociale dans l'exercice de leur liberté de circulation et de séjour au sein de l'Union. Il sert à la fois comme instrument de limitation et comme une justification des droits sociaux transfrontaliers.

485. La faculté étatique de limiter et de réglementer les droits sociaux des citoyens migrants au moyen de l'exigence d'un lien réel permet de nuancer les interprétations que l'on aurait pu déduire des premiers arrêts en la matière⁵⁵⁴, comme consacrant « quelque chose proche à un droit universel de non-discrimination permettant l'accès à toutes les prestations sociales »⁵⁵⁵, ou encore comme procédant à une « assimilation complète »⁵⁵⁶ des citoyens inactifs migrants aux nationaux de l'État membre allocataire, à l'instar de ce qui est reconnu aux travailleurs migrants, remettant alors en cause « la logique qui sous-tend la distinction des catégories des bénéficiaires du droit communautaire préalablement établie » et marquant « le passage de

⁵⁵¹ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, G. Cohen-Jonathan, V. Constantinesco, V. Michel (dir.), Paris: Dalloz, 2010, p. 1-28, spéc. p. 19.

⁵⁵² CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

⁵⁵³ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, op.cit., p. 1-28, spéc. p. 18.

⁵⁵⁴ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

⁵⁵⁵ S. Fries, J. Shaw, «Citizenship of the Union: First steps in the European Court of Justice», article précité, spéc. p. 536.

⁵⁵⁶ A. Iliopoulou, H. Toner, «Commentaire CJCE Rudy Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve», article précité. La seule réserve à ce droit quasi universel de non-discrimination serait que les citoyens inactifs migrants ne deviennent pas une charge « déraisonnable » pour les finances publiques de l'État membre d'accueil. Voir CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, pt. 44.

l'égalité des individus dans leurs opérations économiques à l'égalité des individus en tant que citoyens de l'Union »⁵⁵⁷. En effet, l'apparence de l'inconditionnalité du droit au bénéfice des prestations sociales des citoyens inactifs dans les arrêts *Sala* et *Grzelczyk* peut s'expliquer par les circonstances de l'espèce⁵⁵⁸. Dans ces affaires, les législations nationales imposent des conditions différentes aux nationaux et aux ressortissants d'autres États membres ; tandis que les nationaux ont accès aux prestations sociales en vertu de leur nationalité, les ressortissants d'autres États membres doivent satisfaire à une autre condition telle que la possession d'un permis de séjour (*Sala*) ou du statut de travailleur migrant (*Grzelczyk*). Face à une discrimination directe en raison de la nationalité, la Cour n'avait pas à examiner si les législations nationales litigieuses pouvaient être justifiées au regard de la considération liée à la volonté de vérification des liens. Il n'en est pas moins que, même non examinés par la Cour, les liens de rattachement entre les intéressés et l'État auquel ils demandent le bénéfice des prestations étaient bien présents dans les deux affaires ; Madame Sala résidait depuis de longues années et avait travaillé sur le territoire allemand qui devient son centre d'intérêt ; Monsieur Grzelczyk pour sa part a établi le lien avec le Royaume-Uni au fil de plusieurs années de résidence aux fins de poursuivre ses études dans le système britannique et s'est également engagé dans des activités économiques avant de demander le bénéfice de l'assistance sociale pour sa dernière année d'études.

486. Notons que la Convention européenne d'assistance sociale et médicale de 1953 utilise un concept proche de celui de lien réel pour justifier l'interdiction d'expulser les inactifs ressortissants d'un autre État partie en raison de leur dépendance à l'assistance sociale. En principe, l'État membre d'accueil est autorisé à rapatrier les ressortissants d'une autre Partie contractante qui dépendent de son système d'assistance sociale, si ces derniers résident sur son territoire pour une durée inférieure à cinq ans (ou dix ans s'ils s'y entrés après l'âge de 55 ans). Néanmoins, le rapatriement pour ce motif est interdit au regard des ressortissants d'autres États Parties qui disposent « d'attaches étroites qui pourraient le lier au pays de résidence »⁵⁵⁹. L'existence de liens suffisants avec l'État membre d'accueil constitue alors une des justifications de l'interdiction de rapatriement des non-nationaux selon la Convention⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ S. Fries, J. Shaw, «Citizenship of the Union: First steps in the European Court of Justice», article précité, spéc. p. 536.

⁵⁵⁸ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité et CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

⁵⁵⁹ Voir Articles 6 et 7 de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale (signée à Paris le 11 décembre 1953), disponible sur: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/014.htm>

487. Il en résulte que si les citoyens de l'Union ont *a priori* un droit de séjour et un droit d'accès dans des conditions non discriminatoires ou non restrictives de leur liberté de circulation aux prestations sociales nationales qui relèvent du champ d'application du traité, il est toutefois légitime pour les États membres de limiter de tels droits, en les subordonnant à l'exigence des liens réels et effectifs ou d'un degré d'intégration suffisant dans la société de l'État concerné. L'exigence d'un « lien réel » ou d'un « degré d'intégration »⁵⁶¹ occupe une place désormais centrale dans l'examen des justifications des mesures nationales restreignant le droit d'accès transfrontalier aux prestations sociales des citoyens. Il s'applique à des

Article 6

- a. Une Partie contractante ne peut rapatrier un ressortissant d'une autre Partie contractante, résidant en séjour régulier sur son territoire, pour le seul motif que l'intéressé a besoin d'assistance.
- b. Rien dans la présente Convention ne fait obstacle au droit d'expulsion pour tout motif autre que celui qui est mentionné au paragraphe précédent.

Article 7

- a. Par dérogation aux dispositions de l'article 6.a ci-dessus, une Partie contractante peut rapatrier un ressortissant d'une autre Partie contractante résidant sur son territoire pour le seul motif mentionné à l'article 6.a dans le cas où les conditions ci-après se trouveraient réunies:
 - i. Si l'intéressé ne réside pas d'une façon continue sur le territoire de cette Partie contractante depuis au moins cinq ans s'il y est entré avant d'avoir atteint l'âge de cinquante-cinq ans ou depuis au moins dix ans s'il y est entré après avoir atteint cet âge ;
 - ii. est dans un état de santé qui permette le transport ;
 - iii. n'a pas d'attaches étroites qui pourraient le lier au pays de résidence.
- b. Les Parties contractantes entendent ne recourir au rapatriement qu'avec une grande modération et seulement lorsque des raisons d'humanité ne font pas obstacle.
- c. Dans le même esprit, les Parties contractantes admettent que, si le rapatriement s'exerce à l'égard d'un assisté, il convient d'offrir à son conjoint et aux enfants toutes facilités pour l'accompagner.

⁵⁶⁰ Dans le même sens, la présence de liens de rattachement des citoyens migrants avec l'État membre d'accueil ou leur intégration dans la société de cet État justifie une protection renforcée contre l'éloignement pour trouble à l'ordre public. La directive 2004/38 reprend la directive 64/221 en ce qui concerne l'encadrement des pouvoirs des États membre d'invoquer les motifs d'ordre public, de sécurité publique, et de santé publique pour restreindre la liberté de circulation et de séjour des ressortissants communautaires, tout en intégrant l'acquis jurisprudentiel dans la matière. L'article 28, paragraphe 1, de la directive 2004/38 prévoit qu'avant de prendre une décision d'éloignement pour des raisons d'ordre public, sécurité publique ou santé publique, l'État membre d'accueil doit prendre en compte notamment « la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, son âge, son état de santé, sa situation familiale et économique, son intégration sociale et culturelle dans l'État membre d'accueil et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine ». De plus, son paragraphe 2 interdit l'État membre d'accueil de prendre une décision d'éloignement du territoire à l'encontre d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille, quelle que soit leur nationalité, « qui ont acquis un droit de séjour permanent sur son territoire sauf pour des raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité publique ». La directive met en place ainsi un régime de protection contre les mesures d'éloignement basé sur l'intégration des citoyens migrants dans l'État membre d'accueil. Les autorités nationales sont tenues de prendre en compte, à travers l'examen des cas individuels, le niveau d'intégration ou de l'intensité des liens que l'individu entretient avec l'État membre d'accueil dans l'adoption des mesures de l'expulsion. Voir pour plus de précision, L. Azoulaï, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, op.cit.*, p. 1-28, spéc. p. 22.

⁵⁶¹ La terminologie employée pour décrire le lien varie et la Cour paraît utiliser ces divers concepts comme synonymes ; elle se réfère à un « lien réel » (CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité, pt. 67), un « rattachement » (*ibid.*, pt. 71), un « degré réel et effectif de rattachement » entre les demandeurs de l'allocation et l'État membre allocataire (CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, aff. C-258/04, précité, pt. 31), ou encore à un « certain degré d'intégration dans la société de l'État » (CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 57).

prestations de nature diverse ; allocations de recherche d'emploi⁵⁶², allocations de chômage⁵⁶³, prestations allouées aux victimes civiles de guerre⁵⁶⁴, ou encore des prêts ou des bourses d'études accordées aux étudiants⁵⁶⁵.

488. L'exigence d'un lien réel constitue l'instrument principal de régulation de l'ouverture de l'État providence, s'agissant tant du droit d'accès aux prestations de l'État membre d'accueil des citoyens migrants résidents, que du droit de l'exportabilité des prestations sociales des non-résidents. Mais au-delà, le mécanisme du lien réel assure aussi la fonction du partage de la responsabilité sociale envers les citoyens migrants entre l'État membre d'origine et l'État membre d'accueil. La teneur des liens réels et effectifs que les citoyens entretiennent avec la société de chaque État détermine lequel des deux États est responsable de la protection sociale des citoyens migrants et dont les législations régiront le bénéfice des prestations sociales⁵⁶⁶. Les liens que les citoyens migrants ont créés et gardés avec l'État membre d'origine justifient l'acquisition ou le maintien du droit à certaines prestations sociales, telles les prestations de nature financière dont le bénéfice n'exige pas la présence des bénéficiaires sur le territoire, la plupart du temps pendant une certaine durée, en attendant que les citoyens migrants créent des liens de rattachement suffisamment fort avec le nouvel État de résidence. En effet, l'accès des citoyens migrants aux prestations sociales de l'État membre d'accueil peut être légitimement conditionné par un degré d'intégration ou un rattachement suffisant avec la société de cet État et un tel lien ne peut s'établir que progressivement, souvent après une certaine période de résidence sur le territoire. La prise en compte du lien réel entre les citoyens migrants et l'État membre d'origine permet d'éviter qu'ils ne se trouvent dans un vide de protection sociale en raison de l'exercice de la liberté qui leur est conférée par le traité sans qu'ils puissent d'ores et déjà bénéficier de la protection sociale dans le nouvel État de résidence. Une fois que le lien entre les citoyens migrants et l'État membre de résidence devient plus fort, c'est ce dernier qui assurera le relai de la protection sociale des citoyens. Il en est ainsi s'agissant du régime de

⁵⁶² CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité, CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, précité.

⁵⁶³ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité.

⁵⁶⁴ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité, CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité.

⁵⁶⁵ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité.

⁵⁶⁶ Le lien réel rappelle à cet égard le principe de proximité en droit international privé qui « permettrait de rattacher un rapport de droit en fonction de la teneur des liens réels qu'une situation juridique entretient avec un système juridique donné ». Voir M. Fallon, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, M.-N. Jobard-Bachellier, P. Lagarde, P. Mayer, (dir.), Paris; Dalloz, 2005, p. 241, cité par L. Azoulai, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, op.cit., p. 1-28, spéci. p. 24.

l'exportabilité du droit à l'allocation de chômage prévu au profit des demandeurs d'emploi migrants par le règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale ; les demandeurs d'emplois migrants bénéficient d'un droit d'exportabilité des prestations de chômage à la charge de l'État membre d'origine pendant une certaine durée afin de leur permettre de se rendre dans un autre État membre aux fins de recherche de l'emploi. Une fois qu'ils ont trouvé un emploi dans l'État membre d'accueil, le lien avec cet État devient plus important et justifie qu'ils bénéficient désormais de la protection sociale de la part, et en vertu des législations, de cet État. Dans le cas contraire, les demandeurs d'emploi sont obligés de retourner dans l'État membre d'origine pour justifier le maintien de lien avec cet État et en conséquence le maintien du droit aux prestations à sa charge⁵⁶⁷. Le lien réel assure dans ces conditions la coordination entre les deux instruments complémentaires au service de la protection sociale des citoyens, à savoir le droit d'accès aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil en vertu de la règle de non-discrimination et le droit d'exportabilité des prestations sociales dans l'État membre de résidence différent de l'État allocataire en vertu de la liberté de circulation. Il permet d'assurer une transition harmonieuse de la responsabilité sociale entre l'État membre d'origine et l'État membre d'accueil⁵⁶⁸.

489. Développé dans le cadre du droit de la citoyenneté, le lien réel se trouve ensuite transposé dans le domaine de la libre circulation des acteurs économiques.

Paragraphe II : Lien réel, condition d'octroi des prestations sociales imposée aux travailleurs

490. La construction du droit de la citoyenneté européenne s'appuie dans une large mesure sur une généralisation des critères, des méthodes et des techniques dégagées dans le cadre des libertés de circulation des acteurs économiques⁵⁶⁹. Il n'en demeure pas moins que, une fois consolidé, le mécanisme développé dans le cadre du droit de la citoyenneté influence également les libertés de circulation traditionnelles. Il en est ainsi s'agissant de la transposition du critère de « lien réel » comme condition du bénéfice des prestations sociales transfrontalières dans le domaine de la libre circulation des travailleurs. La tendance de sa généralisation peut être décelée d'abord à l'égard du droit d'accès des demandeurs d'emploi

⁵⁶⁷ Voir les articles 64 et 65 du règlement n°883/2004.

⁵⁶⁸ Voir M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéc. p. 134-135.

⁵⁶⁹ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, op.cit., p. 1-28, spéc. p. 9.

aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil et ensuite à l'égard du droit d'exportabilité des prestations sociales des travailleurs non-résidents.

491. S'agissant des demandeurs d'emploi migrants, la Cour, procédant au revirement de sa jurisprudence traditionnelle⁵⁷⁰, reconnaît à l'occasion des arrêts *Collins*⁵⁷¹ et *Ioannidis*⁵⁷² qu'ils peuvent se prévaloir de l'article 45, paragraphe 2, TFUE pour prétendre au droit à l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil à l'égard des prestations de nature financière visant à faciliter l'accès à l'emploi. En réinterprétant les articles 45 TFUE et suivant à la lumière de la citoyenneté européenne, la Cour a élargi le champ d'application du droit de libre circulation des travailleurs au profit des demandeurs d'emploi. Cependant, la Cour admet comme motif légitime de dérogation à l'interdiction des discriminations à l'égard des demandeurs d'emploi migrants, la nécessité pour l'État membre d'accueil de résERVER le droit aux prestations sociales aux seuls demandeurs d'emploi qui présentent un lien de rattachement suffisant avec le marché géographique du travail de cet État. Il en résulte la possibilité pour l'État membre d'exiger des demandeurs d'emploi la preuve d'un lien réel avec son marché du travail comme condition d'octroi de l'allocation de recherche d'emploi, alors même que ces derniers tiennent leur droit à l'égalité de traitement des dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs. Une telle conditionnalité de l'accès à l'État providence paraît être motivée par la perspective seulement éventuelle de la contribution des demandeurs d'emploi à l'économie de l'État membre d'accueil. Le fait que leur statut se rapproche de celui des économiquement actifs, sans pour autant déjà l'être, explique que le régime juridique qui leur est applicable se trouve à mi-chemin et combine les éléments de ceux appliqués aux travailleurs et aux inactifs.

492. La généralisation récente de l'exigence d'un lien réel comme condition d'exportabilité des prestations sociales à l'égard des travailleurs non-résidents⁵⁷³ suscite au contraire la perplexité. En effet, en l'absence d'harmonisation complète des systèmes nationaux de sécurité sociale, les travailleurs frontaliers subissent des désavantages liés à la « migration partielle »⁵⁷⁴; du fait de leur résidence dans un État membre différent de l'État de travail, ils sont particulièrement affectés par le principe de territorialité qui conditionne le bénéfice des

⁵⁷⁰ CJCE, 8 juin 1987, *Lebon*, aff. 316/85, précité.

⁵⁷¹ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

⁵⁷² CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, aff. C-258/04, précité.

⁵⁷³ CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité, CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité.

⁵⁷⁴ L'expression utilisée par O. Golynter, *Ubiquitous citizens of Europe : the paradigm of partial migration*, Belgique: Antwerp : Intersentia, 2006.

prestations sociales à la résidence sur le territoire national. Refusant d'interpréter restrictivement le droit à l'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux que l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) garantit aux travailleurs migrants, la Cour affirme, dans l'arrêt *Meints*, le droit des travailleurs frontaliers de se prévaloir des dispositions de cet article, au même titre que tout autre travailleur visé par le règlement, pour contester le refus de l'État de travail de leur octroyer des avantages sociaux au motif de leur résidence sur le territoire d'un autre État membre⁵⁷⁵. Elle confirme par la suite, dans l'affaire *Meeusen*⁵⁷⁶, le droit de l'enfant à charge du travailleur frontalier de bénéficier d'un financement de ses études dans les mêmes conditions que celles appliquées aux enfants des ressortissants de l'État membre de travail et notamment sans qu'une condition supplémentaire relative à la résidence de l'enfant puisse être imposée. Dans les arrêts examinés, les travailleurs frontaliers et les membres de leur famille peuvent opposer à l'État membre de travail le principe de non-discrimination en raison de la nationalité pour bénéficier des avantages sociaux dans les mêmes conditions que les travailleurs nationaux nonobstant leur résidence dans un autre État membre, sans autre condition complémentaire. Le droit d'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux n'est ainsi pas perçu seulement comme un instrument d'intégration des travailleurs migrants et des membres de leur famille dans l'État d'accueil, mais encore comme un droit lié à l'exercice d'une activité professionnelle dans un État membre.

⁵⁷⁵ CJCE, 27 novembre 1997, *Meints*, aff. C-57/96, précité. En effet, le quatrième considérant de ce règlement prévoit, de manière expresse, que le droit de libre circulation doit être reconnu « indifféremment aux travailleurs permanents, saisonniers, frontaliers ou qui exercent leur activité à l'occasion d'une prestation de services », et son article 7 se réfère, sans réserve, au « travailleur ressortissant d'un État membre ».

Malgré la référence de l'article 7 du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) au droit à l'égalité de traitement des travailleurs migrants « sur le territoire des autres États membres », la Cour interprète cet article largement conformément au but et à l'esprit du règlement en vue de faciliter la libre circulation des personnes.

Article 7, paragraphe 1, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) : « Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage ».

⁵⁷⁶ CJCE, 8 juin 1999, *Meeusen*, aff. C-337/97, précité. Cette affaire concerne le droit d'un enfant de nationalité belge résidant en Belgique d'un parent belge qui réside en Belgique et occupe un emploi salarié aux Pays-Bas, d'obtenir, de la part de l'État néerlandais, un financement de ses études dans un établissement situé en Belgique. La législation néerlandaise conditionne l'octroi de la bourse, pour les étudiants qui ne possèdent pas la nationalité néerlandaise, à la résidence aux Pays-Bas. Affirmant que le principe de l'égalité de traitement énoncé par l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) vise également à empêcher les discriminations opérées au détriment des descendants qui sont à la charge du travailleur migrant, la Cour juge la législation nationale discriminatoire dès lors qu'elle n'impose la condition de résidence qu'aux enfants ressortissants d'autres État membres, et non pas aux enfants des travailleurs nationaux pour le financement de leurs études.

493. Force est de constater que dans ses arrêts récents, la Cour accepte, à l'instar de ce qui se passe pour le droit aux prestations sociales des citoyens migrants inactifs, que l'État membre de travail puisse légitimement subordonner le droit aux avantages sociaux des travailleurs frontaliers à la preuve d'un lien de rattachement suffisant avec l'État allocataire. Les affaires *Hartmann*⁵⁷⁷ et *Geven*⁵⁷⁸ concernent l'allocation d'éducation allemande dont l'octroi est soumis par la législation à la résidence des bénéficiaires sur le territoire, ou pour les non-résidents, à la condition qu'ils exercent des activités économiques non mineures, définies comme supérieures à 15 heures par semaine. Le bénéfice de cette allocation est refusé à Madame Hartmann, ressortissante autrichienne, sans emploi, conjointe d'un fonctionnaire allemand travaillant en Allemagne au motif de leur résidence hors du territoire de l'Allemagne. Quant à Madame Geven, ressortissante néerlandaise qui a travaillé en Allemagne pour un temps de travail hebdomadaire oscillant entre 3 et 14 heures et résidait aux Pays-Bas, le refus a été motivé par le fait que Madame Geven n'aurait ni son domicile ni son lieu de résidence habituel en Allemagne et qu'elle n'aurait pas été liée par un contrat de travail prévoyant au moins 15 heures de travail par semaine.

494. La Cour reconnaît la qualité de travailleur aux deux intéressés. Elle affirme que le fait que Monsieur Hartmann exerce une activité professionnelle dans un État membre autre que celui de résidence suffit pour lui donner la qualité du travailleur, même s'il a transféré sa résidence dans un autre État membre indépendamment de toute finalité professionnelle parce qu'il conserve une activité salariée dans son État d'origine⁵⁷⁹. Quant à Madame Geven, le fait qu'elle travaille à temps partiel n'exclut nullement sa qualification de travailleur dès lors que l'activité exercée est « réelle et effective, et non pas purement marginale et accessoire »⁵⁸⁰. La Cour confirme également la jurisprudence *Sala* quant à la qualification de l'allocation d'éducation allemande comme avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011). Constatant que la condition de résidence sur le territoire est naturellement plus facile à respecter pour les travailleurs

⁵⁷⁷ CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité.

⁵⁷⁸ CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité.

⁵⁷⁹ La Cour relève que l'intéressé « a exercé pleinement son droit à la libre circulation des travailleurs en se rendant en Allemagne pour y exercer une activité professionnelle ». Cette affirmation s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence *Ritter-Coulais* (CJCE, 21 février 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, précité) qui procède à un revirement de la jurisprudence *Werner* selon laquelle la circulation et le séjour dans un autre État membre dans un but étranger à l'exercice des activités économiques ne permettait pas de rattacher la situation des ressortissants communautaires au champ d'application du traité. Voir Première Partie, Titre II, Chapitre I, Section I.

⁵⁸⁰ CJCE, 23 mars 1982, *Levin c/ secrétaire d'État à la justice*, aff. 53/81, Rec. p. 1035.

nationaux que pour ceux des autres États membres, la Cour conclut que la législation allemande opère une discrimination indirecte en raison de la nationalité contraire à ladite disposition.

495. Dans les deux arrêts, la Cour affirme que constitue une justification objective légitime, la volonté pour le législateur allemand de limiter l'octroi de l'allocation d'éducation aux personnes qui présentent un lien de rattachement suffisamment étroit avec la société allemande. Elle confirme à cet égard que l'exigence d'une résidence sur le territoire, ou alternativement, la condition d'une contribution significative au marché du travail national constituent les critères adéquats et proportionnés pour vérifier l'existence d'un lien de rattachement avec l'État membre allocataire⁵⁸¹. Se référant à la marge de manœuvre des États membres dans le domaine social, dans la limite toutefois de ne pas vider de leur substance les droits que les particuliers tirent des dispositions du traité consacrant leurs libertés fondamentales, la Cour confirme, dans l'arrêt *Geven* que « le législateur national a pu raisonnablement estimer que l'exclusion du bénéfice de l'allocation en cause des travailleurs non-résidents qui exercent dans l'État membre concerné une activité professionnelle ne dépassant pas le seuil de l'emploi mineur au sens du droit national constitue une mesure appropriée et proportionnée » au regard de tel objectif⁵⁸². Elle en tire la conclusion que l'absence, dans le chef d'un travailleur non-résident, d'une activité professionnelle suffisamment significative dans l'État membre allocataire est susceptible de constituer une justification licite du refus d'octroi de l'avantage social en cause. Quant à l'affaire *Hartmann*, à partir du constat que Monsieur Hartmann exerce une activité professionnelle à temps plein en Allemagne, la Cour conclut que l'octroi de l'allocation d'éducation en cause au principal ne saurait être dénié à son épouse membre de la famille du travailleur migrant au motif de la résidence du travailleur hors du territoire allemand⁵⁸³.

496. La possibilité pour les États de subordonner l'octroi de prestations sociales à la preuve que les travailleurs disposent d'un lien de rattachement avec l'État allocataire est par la suite confirmée par l'arrêt *Commission c/ Allemagne*⁵⁸⁴. Il est en jeu dans cette affaire la légalité de la subordination par les dispositions fiscales allemandes de l'octroi de la prime d'épargne-pension à l'assujettissement intégral du bénéficiaire à l'impôt en Allemagne. Cette condition

⁵⁸¹ CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité, pts. 23-25, CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité, pt. 36.

⁵⁸² CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité, pts. 27-28.

⁵⁸³ CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité, pt. 37.

⁵⁸⁴ CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-269/07, Rec. p. I-7811.

qui équivaut à une exigence de résidence sur le territoire a pour conséquence pratique d'exclure les travailleurs frontaliers et leurs conjoints du bénéfice de la prime qui constitue un avantage social au sens du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011), et est jugée indirectement discriminatoire. Afin de justifier la législation litigieuse, l'État défendeur soulève l'argument selon lequel pour pouvoir bénéficier des avantages sociaux dans l'État membre d'accueil, les travailleurs frontaliers doivent prouver « un lien de rattachement suffisamment étroit » avec celui-ci. La Cour ne nie pas l'opposabilité de l'exigence d'une preuve de lien de rattachement aux travailleurs migrants, mais se borne à constater qu'en l'espèce cette exigence est remplie⁵⁸⁵.

497. La généralisation de l'exigence d'un lien réel à l'égard des travailleurs migrants est perçue par la doctrine comme un recul de la protection assurée à ces derniers⁵⁸⁶. Il est observé que la qualification du demandeur de prestations sociales comme travailleur ou membre de la famille du travailleur, en combinaison avec la qualification des prestations comme avantage social, suffisaient auparavant pour justifier le droit d'accès des travailleurs frontaliers auxdites prestations dans les mêmes conditions que les nationaux de l'État membre d'accueil⁵⁸⁷. Admettre que l'État de travail puisse exiger le lien réel comme condition d'exportabilité des prestations des travailleurs migrants, alors que l'exercice d'une activité professionnelle dans un État membre constitue en principe la preuve suffisante de l'existence d'un lien avec cet État, implique d'ajouter une condition à la jouissance de leur droit à l'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux.

498. Force est cependant d'observer que la critique relative à l'imposition de la condition supplémentaire au droit d'exportabilité des prestations des travailleurs non-résidents dans l'État membre de résidence peut être relativisée. Tout d'abord, l'apparence de l'inconditionnalité du droit de l'exportabilité des avantages sociaux reconnu aux travailleurs

⁵⁸⁵ Selon la législation compétente, pour pouvoir bénéficier de la prime d'épargne-pension, le travailleur doit notamment être assuré au titre du régime légal de pensions de sécurité sociale allemand. La Cour relève que « cette affiliation obligatoire au système de sécurité sociale allemand, garantissant le versement par les travailleurs de cotisations sociales audit système, constitue un lien de rattachement suffisamment étroit avec la société allemande pour permettre aux travailleurs frontaliers de bénéficier de l'avantage social en cause » pt. 60.

⁵⁸⁶ Notamment lorsque la réponse de la Cour est insuffisamment motivée et le contrôle qu'elle opère sur la justification de la mesure minimal. S. O'Leary, «Developing an ever closer Union between the peoples of Europe? A reappraisal of the case law of the Court of justice on the free movement of persons and EU citizenship», *YEL*, 2008, p. 167-193, D. Martin, «Fasc. 601: Libre circulation des travailleurs», *JurisClasseur Europe Traité* (en ligne), [réf. du 14 Juillet 2010], disponible sur JurisClasseur, L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, *op.cit.*, p. 1-28.

⁵⁸⁷ Voir S. O'Leary, «Developing an ever closer Union between the peoples of Europe? A reappraisal of the case law of the Court of justice on the free movement of persons and EU citizenship», article précité.

peut s'expliquer par les faits de l'espèce. Dans l'affaire *Meeusen*, la législation nationale subordonne l'octroi de la bourse d'études aux enfants de travailleurs ressortissants d'autres États membres à la condition de résidence sur le territoire, alors que la même condition n'est pas imposée aux enfants de travailleurs nationaux. Elle opère une discrimination directe en raison de la nationalité qui ne peut être justifiée que par les justifications prévues par le traité⁵⁸⁸. La législation contestée dans les affaires *Hartmann* et *Geven* impose au contraire la condition de résidence ou de l'exercice d'un emploi non mineur, sans distinction selon la nationalité des bénéficiaires. En tant que discrimination indirecte, elle est susceptible d'être justifiée par les considérations objectives légitimes, à condition de respecter l'exigence de proportionnalité. Quant à l'affaire *Meints*⁵⁸⁹, l'État défendeur n'invoque pour justifier la législation nationale indirectement discriminatoire que l'objectif d'exclure du bénéfice de la prestation en faveur de travailleurs agricoles devenus chômeurs à la suite de mesures de mise en jachère de terres de leur ancien employeur tout demandeur qui a été mis au chômage de son propre fait. La condition de résidence à laquelle la législation nationale subordonne l'octroi de la prestation est jugée néanmoins inadéquate pour atteindre l'objectif fixé.

499. Précisons par ailleurs que l'exigence d'un lien réel n'est imposée à présent qu'à l'égard du droit d'exportabilité des prestations sociales des travailleurs (ou des membres de la famille des travailleurs) non-résidents. Dans l'arrêt *Ioannidis* précédemment examiné, la Cour dit pour droit que « les enfants à charge des travailleurs migrants qui résident en Belgique tirent leur droit aux allocations d'attente de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011), indépendamment du fait que, dans ce cas de figure, il existe un lien réel avec le marché géographique du travail concerné »⁵⁹⁰. S'agissant du droit d'accès aux prestations sociales des travailleurs migrants ou des membres de leur famille qui résident dans l'État membre allocataire, ledit État ne peut pas leur imposer l'exigence d'un lien avec le marché du travail national, tandis qu'une telle exigence est permise à l'égard des demandeurs d'emploi migrants non-nationaux⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ Les réserves liées à l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique ainsi que l'accès aux emplois dans l'administration publique. Voir l'article 45 TFUE.

Voir cependant CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité dans lequel la Cour admet d'examiner une discrimination directe en raison de la nationalité à l'égard d'une considération objective légitime tenant à la vérification des liens entre les étudiants migrants et l'État membre allocataire. Voir *infra*, Titre II, Chapitre I.

⁵⁸⁹ CJCE, 27 novembre 1997, *Meints*, aff. C-57/96, précité.

⁵⁹⁰ CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, aff. C-258/04, précité, pt. 36.

⁵⁹¹ Cette affaire concerne le droit d'accès aux avantages sociaux des enfants des travailleurs migrants dans l'État membre du travail, malgré la résidence des parents sur le territoire d'un autre État membre. Vu que les enfants résident dans l'État membre de travail, il n'est pas question de l'exportabilité des avantages sociaux au profit des

500. De plus, la généralisation de l'exigence d'un lien réel à l'égard des travailleurs frontaliers peut être perçue comme un moyen de renforcer la légitimité de leur droit d'exportabilité des prestations sociales. Comme l'a pertinemment remarqué Madame O'Brien, le travailleur frontalier se trouve dans une situation atypique du fait de la migration partielle. Il est « quelque chose de paradoxal de la citoyenneté de l'Union. Il est à la fois l'apothéose de la liberté de circulation et l'exception anormale au principe de l'intégration sociale »⁵⁹². Il demande le bénéfice des avantages sociaux de la part de l'État membre de travail pour s'intégrer dans un autre État membre, celui de résidence. Dans ses conclusions sur l'affaire *Hartmann*⁵⁹³, l'avocat général Geelhoed propose en effet d'adapter le droit aux avantages sociaux garanti par le règlement n°492/2011 aux travailleurs migrants en tant qu'instrument de l'intégration dans la vie sociale du pays d'accueil, à la situation particulière des travailleurs frontaliers qui conservent leur résidence dans leur État membre d'origine où ils sont déjà intégrés. Même s'il reconnaît que la notion d'avantage social ne doive pas être interprétée restrictivement, il estime que le droit à l'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux des travailleurs non-résidents devrait être circonscrit aux avantages liés aux conditions de travail. Les avantages qui sont liés à leurs droits en tant que membres de la société relèveraient eux de la compétence de l'État de résidence. L'éventuel cumul des avantages sociaux de la part de l'État membre de travail et celui de résidence serait injuste.

501. La Cour refuse toutefois de distinguer le statut de travailleur frontalier du statut de travailleur migrant lors de la détermination du champ d'application du droit de libre circulation des travailleurs ou de la qualification d'une discrimination⁵⁹⁴. La Cour préfère en effet prendre en compte les intérêts étatiques de restreindre le droit de libre circulation et d'égalité de traitement des travailleurs non-résidents au stade de la justification étatique. L'admission de l'exigence d'un lien réel à l'égard des travailleurs migrants peut être considérée ainsi comme une façon de rééquilibrer la volonté d'assurer aux citoyens migrants

enfants des travailleurs frontaliers dans un autre État membre à l'instar de ce qui se passe dans l'affaire *Meeusen*, mais de leur droit d'accès aux avantages sociaux sur le territoire de l'État membre d'accueil.

⁵⁹² C. O'Brien, «Comment on cases C-212/05, Hartmann, C-213/05, Geven and C-287/05, Hendrix», *CMLR*, 2008, p. 499-514, spéc. p. 499.

⁵⁹³ Concl. de l'avocat général Geelhoed du 28 septembre 2006 sous CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, Rec. p. I-6303, pts. 45 et s.

⁵⁹⁴ Dans le même sens, la Cour adopte une interprétation large du champ d'application du droit de libre circulation des travailleurs et une qualification extensive de la violation du droit de l'Union de manière à inclure également dans ce champ les demandeurs d'emploi (CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité, CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, aff. C-258/04, précité), ou les travailleurs qui transfèrent leur résidence dans un autre État membre dans un but étranger à l'exercice d'une activité économique (CJCE, 21 février 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, précité).

la protection maximale attachée au régime de libre circulation des travailleurs et la nécessité de donner aux États membres une marge de justification pour défendre leur politique de redistribution. Reconnaître aux États la possibilité de conditionner l'exportabilité des prestations sociales des travailleurs migrants par la preuve d'un lien réel revient à leur permettre de s'assurer d'une certaine forme de liens de ces derniers avec le territoire, malgré leur résidence sur le territoire d'un autre État membre. L'exigence de liens adéquats compte tenu de la nature des prestations en jeu permet de rendre compte des considérations légitimes qui justifient le principe de territorialité de l'octroi de certaines prestations, qui est d'ailleurs sanctionné par le législateur de l'Union⁵⁹⁵.

502. D'ailleurs, l'exigence d'un lien réel ne conduirait pas nécessairement à nier le droit d'exportabilité aux travailleurs migrants. D'une part, ces derniers disposent en principe d'un lien avec l'État membre de travail à travers l'exercice de leurs activités économiques dans cet État. D'autre part, à travers le contrôle de la proportionnalité, la Cour s'assure que les conditions imposées comme moyen de vérifier l'existence d'un lien avec l'État membre de travail ne restreint pas la liberté de circulation des travailleurs au-delà de ce qu'exige l'objectif légitime⁵⁹⁶, en aboutissant à priver purement et simplement les travailleurs non-résidents de tout droit aux prestations. Cette exigence implique par exemple qu'outre la condition de résidence, les travailleurs frontaliers peuvent démontrer leurs liens avec l'État membre concerné par les autres moyens tel un lien de travail suffisamment significatif⁵⁹⁷. Dans les arrêts *Hartmann* et *Geven*, la conclusion de la conformité de la législation nationale litigieuse au droit de l'Union et notamment à l'exigence de proportionnalité s'appuie principalement sur le fait que la condition de résidence n'est pas le seul moyen d'établir le lien avec l'État membre de travail et que la condition alternative de l'activité professionnelle non mineure peut être remplie également par les travailleurs frontaliers.

503. Même si la généralisation du mécanisme du lien réel à l'égard des travailleurs migrants témoigne de « la tentative encore hésitante, de la Cour de justice de l'Union européenne de

⁵⁹⁵ L'article 70 du règlement de coordination de systèmes de sécurité sociale (n°883/2004) réserve le bénéfice de prestations spéciales à caractère non contributif aux personnes qui résident sur le territoire de l'État membre compétent pour servir ces prestations. Ces dernières sont exclues de la levée des clauses de résidence du fait d'un lien de ces prestations spéciales à caractère non contributif avec l'assistance sociale.

Force est d'ailleurs de constater que le lien réel peut jouer en faveur des travailleurs frontaliers, en justifiant l'exportabilité des prestations dont l'octroi peut être soumis, conformément au règlement de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale, à la résidence sur le territoire des bénéficiaires. Voir CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité (Titre II, Chapitre II, Section I).

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité.

rechercher effectivement et concrètement les indices d'intégration sociale au même titre que les nationaux »⁵⁹⁸, on assiste à un certain rapprochement des régimes de justifications étatiques des restrictions du droit aux prestations sociales qui sont applicables aux différentes catégories de bénéficiaires du droit de l'Union. Ce rapprochement conduit à une appréciation plus casuistique du droit d'exportabilité des avantages sociaux des travailleurs migrants, lequel dépend de la combinaison de plusieurs facteurs, tels la nature de la prestation en jeu, le lien entre le demandeur et l'État allocataire, le lien entre la prestation demandée et le territoire national, l'existence de la règle d'exportabilité dans le règlement de coordination. Dans l'arrêt *Geven*, en plus de l'absence de résidence sur le territoire, le lien par le travail d'un non-national avec l'État allocataire est relativement faible. Il en va autrement pour les intéressés dans les affaires *Hartmann* et *Hendrix*. Le fait que Monsieur Hartmann est un ressortissant allemand, occupant un poste de fonctionnaire de l'État allemand et ne déplace sa résidence en Autriche qu'après le mariage, démontre qu'il dispose des liens de rattachement avec l'État allemand malgré la résidence sur le territoire d'un autre État membre.

⁵⁹⁸ M. Benlolo Carabot, «Vers une citoyenneté européenne de résidence?», *RAE*, 2011, p. 7-28, spéc. p. 17.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

504. Les critères d'inclusion et d'exclusion sont employés par l'État providence en vue de déterminer ceux qui font partie du cercle de la solidarité et pourront prétendre au bénéfice de la solidarité sociale de la part des autres membres. Nonobstant la prohibition de principe des critères d'accès aux prestations sociales discriminatoires ou restrictifs de la liberté de circulation des citoyens, le droit de l'Union n'impose pas aux États membres d'ouvrir purement et simplement leur système de protection sociale à tous les citoyens migrants. La possession du statut de citoyen de l'Union, combinée avec l'exercice du droit de circuler et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu du traité, ne suffit pas à conférer en tant que tels aux citoyens migrants le droit au bénéfice des prestations sociales transfrontalières. Les États sont effectivement en droit de subordonner l'octroi de prestations sociales aux citoyens migrants à l'existence d'un lien réel entre ceux-ci et la communauté nationale de solidarité.

505. L'exigence d'un lien réel comme condition d'accès à l'État providence concilie, d'un côté, l'impératif d'assurer la protection sociale aux citoyens qui usent de leur droit de libre circulation indépendamment de leur statut économique, de leur nationalité, ou de leur résidence, et de l'autre côté, de la nécessité de respecter une volonté et une capacité limitée des États de prendre en charge les frais sociaux engendrés par les ressortissants d'autres États membres ou les non-résidents qu'ils considèrent comme ne relevant pas ou plus de la communauté nationale de la solidarité.

506. Au-delà de la limitation de l'ouverture de l'État providence, le lien réel constitue également le critère de sélection ou de filtrage des bénéficiaires qui « méritent » de se voir accorder une solidarité nationale.

CHAPITRE II

L'OUVERTURE SÉLECTIVE DES FRONTIÈRES SOCIALES

507. En tant que « critère de filtrage » des bénéficiaires de l’État providence, le lien réel permet aux États membres de préserver leur pouvoir de choisir les personnes qui méritent d’être intégrées dans le cercle de solidarité nationale⁵⁹⁹. Il s’agit effectivement de distinguer les citoyens migrants qui méritent d’être intégrés et considérés comme désormais « membres » de la communauté étatique de solidarité des « touristes sociaux » qui font usage du droit de libre circulation dans le seul but de profiter des prestations sociales dispensées par un État membre. L’exigence d’un lien réel comme critère d’inclusion permet de réintroduire une distinction légitime entre les citoyens migrants, malgré la prohibition du principe des discriminations en raison de la nationalité et des restrictions à la libre circulation des citoyens. Seuls les citoyens migrants qui font preuve d’un lien ou d’une intégration adéquate et

⁵⁹⁹ Il en est de même en ce qui concerne la faculté des États membres de déterminer le corps politique national dans le cadre des élections au Parlement européen. Le lien réel sert comme critère de détermination des titulaires des droits politiques. Dans l’affaire *Eman et Sevinger*, la Cour confirme la faculté des États membres de limiter le droit de vote et d’éligibilité aux élections au Parlement européen aux seuls nationaux qui ont ou qui ont eu le lien avec eux au moyen de la condition de résidence sur le territoire dans lequel sont organisées les élections. L’absence ou l’insuffisance de liens réels justifie alors la restriction des droits politiques (CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger c/ College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, aff. C-300/04, Rec. p. I-8055).

À l’inverse, la possession d’un lien réel avec le territoire de l’État justifie une extension des droits politiques, qui sont en principe réservés aux ressortissants des États membres, aux ressortissants d’États tiers (CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, aff. C-145/04, Rec. p. I-7917). C’est en cause dans cette affaire, la contestation de l’extension du droit de vote aux élections du Parlement européen par le Royaume-Uni, suite à la condamnation par la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH, Gde Ch., 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, req. 24833/94, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-63460>), aux ressortissants du Commonwealth résidant à Gibraltar et ne possédant pas la citoyenneté de l’Union. La Cour reconnaît l’existence de deux types de lien réel ; d’une part, « un « lien historique spécial » entre les ressortissants d’États tiers (anciennes colonies) et certains États membres, tel celui entre les ressortissants de Commonwealth et le Royaume-Uni, et d’autre part, un « lien spécifique avec le territoire » que l’État membre exige comme condition d’octroi du droit de vote. La Cour admet qu’il est possible pour un État membre d’étendre les droits des citoyens de l’Union aux résidents sur certain territoire qui ont des liens historiques et territoriaux spécifiques avec l’État membre en question.

Comme l’a remarqué le Professeur Azoulai, eu égard à l’accent sur les liens entre le bénéficiaire et l’État membre d’accueil, le droit de vote aux élections au Parlement européen dans un État membre devrait s’analyser comme « la marque de l’intégration dans une communauté nationale déterminée ». Si le Royaume-Uni est autorisé à étendre le corps électoral aux citoyens du Commonwealth et résidents à Gibraltar qui ne sont pas ressortissants de l’un des États membres de l’Union, c’est en raison de l’existence d’un lien étroit de ces personnes avec le Royaume-Uni, dont la tradition constitutionnelle autorise les citoyens du Commonwealth à voter et à se présenter aux élections législatives. Ces personnes ne peuvent cependant pas voter aux élections européennes dans un autre État membre s’ils y résidaient, en l’absence de lien de même type avec cet autre État. Voir L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d’intégration sociale», in *Chemins d’Europe : mélanges en l’honneur de Jean-Paul Jacqué, op.cit.*, p. 1-28, spéc. p. 14.

suffisante dans l'État allocataire peuvent prétendre au bénéfice des prestations sociales de la part de cet État. Pour les autres, l'État est en droit de leur refuser l'octroi des prestations.

508. La faculté pour les États de sélectionner les bénéficiaires de l'État providence au moyen du critère du lien réel doit toutefois s'exercer dans le respect des principes de libre circulation des citoyens et de prohibition des discriminations en raison de la nationalité. En effet, la possibilité pour les États de « sélectionner » les citoyens migrants pouvant être intégrés dans le cercle de la solidarité ne doit pas constituer le prétexte pour « fermer » les frontières sociales aux citoyens migrants, en les excluant systématiquement du droit au bénéfice des prestations sociales. La mise en œuvre du mécanisme du lien réel ne doit pas aboutir à la négation pure et simple de la protection sociale des citoyens migrants qui, par leur usage du droit de circulation interétatique aux fins non économiques, ne répondent pas ou plus aux critères traditionnels d'appartenance tenant à la nationalité et/ou la résidence sur le territoire.

509. La Cour de justice est amenée dès lors à encadrer la sélection des bénéficiaires de l'État providence, à travers le contrôle des conditions d'octroi des prestations sociales imposées aux citoyens migrants. L'enjeu consiste dans la définition des critères que les États membres peuvent légitimement établir comme moyen de vérification de l'existence d'un lien réel. Il ressort de la jurisprudence que ces critères ne peuvent plus être basés sur la contribution économique des citoyens migrants, mais plutôt sur les liens de nature sociale (Section I). Par ailleurs, étant donné que l'appartenance à l'État providence ne peut plus être pensée dans le cadre fermé de l'État Nation, mais dans le contexte de mobilité transnationale des citoyens, ces critères doivent être définis de manière à permettre l'inclusion des citoyens migrants non-nationaux et non-résidents (Section II).

SECTION I

LIEN RÉEL, NOUVEAU CRITÈRE D'APPARTENANCE

510. La consécration du mécanisme du lien réel témoigne de l'effort de la jurisprudence de concilier la demande de réciprocité et l'attachement interpersonnel qui est à la base de la protection sociale de l'État providence et la libre circulation entre les communautés politiques. Plutôt que de se voir obligés d'ouvrir inconditionnellement ses frontières sociales, les États ont la faculté de sélectionner les citoyens qui peuvent être considérés comme

« membres » de la communauté de solidarité, à travers le nouveau critère d'appartenance, nommé lien réel.

511. La vérification de l'existence de liens entre les migrants prétendant à la solidarité sociale nationale avec l'État membre allocataire peut être appréhendée sous l'angle d'une recherche d'une certaine « assimilabilité» des citoyens migrants à d'autres membres de l'État providence, en raison plus précisément des liens qu'ils établissent avec l'État membre allocataire (Paragraphe I). L'assimilabilité des citoyens repose sur l'existence d'un lien préalable avec l'État auquel la demande de solidarité est adressée. Compte tenu de la consécration, avec l'institution de la citoyenneté européenne, de la liberté de circulation indépendante de l'exercice d'une activité économique transfrontalière, ce lien ne peut plus être de nature économique, mais sociale (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'exigence de l'assimilabilité des citoyens migrants aux autres bénéficiaires de l'État providence

512. La faculté pour les États membres de soumettre l'octroi de prestations sociales aux citoyens migrants à la preuve qu'ils disposent d'un lien spécifique avec la société implique que les citoyens migrants ne se trouvent pas automatiquement dans une situation comparable à celle des autres bénéficiaires de l'État providence du seul fait de la possession de la citoyenneté européenne et de l'exercice de la liberté de circulation en vertu du traité. L'État providence peut en effet exiger la preuve qu'ils se trouvent, en raison des liens de rattachement spécifique avec l'État de la part duquel ils demandent la solidarité, dans une situation « comparable ou assimilable » à celle des autres membres de la communauté solidaire. La question qui sous-tend l'appréciation du lien réel consiste à savoir si, à l'égard d'une prestation sociale donnée, les personnes qui seraient normalement exclues du cercle de la solidarité nationale, faute d'avoir la nationalité ou de résider sur le territoire de l'État allocataire, peuvent toutefois être considérées comme se trouvant dans une situation similaire aux membres de cette communauté de solidarité, compte tenu précisément des liens avec l'État membre allocataire. L'existence de liens adéquats et suffisants avec l'État membre allocataire place en fait les citoyens migrants, à l'égard d'une prestation donnée, dans la situation comparable avec les bénéficiaires sédentaires et justifie que les citoyens migrants ont droit d'accès à ladite prestation, indépendamment de la nationalité ou de la résidence sur le territoire de l'État allocataire.

513. D'après Madame Calves, « n'importe quelle situation est à la fois semblable et différente d'une autre en fonction du point de vue selon lequel on se place »⁶⁰⁰. Deux facteurs sont en effet pertinents afin d'apprécier la comparabilité des situations entre les citoyens migrants et les membres de la communauté nationale de solidarité. Il s'agit, d'une part, de la nature des prestations objet de la demande, et d'autre part, de l'existence et de l'intensité des liens que les citoyens migrants ont créés et maintiennent avec l'État allocataire. La nature des prestations dont le bénéfice est demandé conditionne en effet la faculté des États d'exiger des liens spécifiques, d'une intensité donnée, comme condition d'octroi des prestations. En d'autres termes, les liens que les citoyens migrants doivent prouver, afin d'être considérés comme assimilables aux membres de la communauté nationale de solidarité dépendent du type de prestations sociales dont ils cherchent à bénéficier. À l'égard des prestations liées à la sauvegarde de l'ordre public (telles que la défense, la police, la justice) ou des prestations sociales de base (telles que les soins urgents, la fourniture de la nourriture ou du logement aux sans-abris pour éviter la mort de faim ou de froid), l'État a le même devoir à l'égard de toutes personnes soumises à sa juridiction ou qui se présentent sur le territoire. Pour l'accès à ces prestations, les citoyens migrants, visiteurs temporaires ou résidents, sont considérés en général comme se trouvant dans la même situation que les nationaux⁶⁰¹. Quant aux prestations de solidarité qui s'appuient largement sur l'élément de solidarité entre les membres, telles les prestations minimales de subsistance, l'allocation d'incapacité ou les soins non urgents, les citoyens migrants ne trouvent pas automatiquement dans la même situation que les nationaux bénéficiaires du seul fait de la possession de la citoyenneté commune. Le risque de la pratique du tourisme social et l'éventuelle conséquence pour l'équilibre financier de l'État en cas d'octroi inconditionnel justifient que les États peuvent exiger la preuve d'un lien de rattachement adéquat et suffisant avec sa société comme condition d'octroi des prestations. À cet égard, l'assimilabilité des citoyens migrants aux autres membres de la communauté de solidarité dépend du degré auquel les citoyens migrants peuvent démontrer leur rattachement à la société de l'État membre allocataire. Plus le lien entre les migrants avec l'État allocataire

⁶⁰⁰ G. Calves, «Le principe de non-discrimination : un principe vide», in *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, L. Potvin-Solis (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2010, p. 47-53.

⁶⁰¹ Voir CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, précité, concernant le droit d'un touriste à l'indemnité versée par l'État pour compenser les dommages causés aux victimes d'agression. CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, précité, concernant le droit d'utiliser une langue spécifique dans les rapports avec les autorités publiques.

Il en est de même pour les prestations culturelles ou éducatives qui ne sont pas liées au lien de solidarité, telle la condition d'entrée dans les musées. CJCE, 6 janvier 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-388/01, Rec. p. I-721.

est fort, plus ils sont susceptibles d'être considérés comme se trouvant dans une situation comparable aux bénéficiaires actuels de l'État providence.

514. À travers le mécanisme du lien réel, la Cour est amenée, en quelque sorte, à examiner la comparabilité de la situation des citoyens migrants et celle des nationaux ou résidents au stade de la justification étatique. Seulement, si l'examen, la plupart du temps absent ou implicite, de la comparabilité des situations des intéressés au stade de l'application du principe de non-discrimination se fait de manière abstraite, l'examen de la comparabilité des citoyens par le biais d'appréciation de l'existence d'un lien réel au niveau de la justification prend en compte les situations concrètes des migrants.

Paragraphe II : L'exigence d'un lien social préalable

515. Avec l'instauration de la citoyenneté européenne, les droits de libre circulation et d'égalité de traitement ne sont plus le privilège réservé aux acteurs économiques migrants, mais se voient généralisés au profit de tous citoyens, y compris les inactifs, qui circulent au sein de l'Union même dans un but non professionnel. En tenant compte de la dissociation entre la liberté de circulation et l'exercice d'une activité économique transfrontalière, les liens que les États membres peuvent légitimement exiger comme condition du bénéfice des prestations sociales ne peuvent plus, tout au moins non exclusivement, être ceux de nature économique⁶⁰². Les liens exigés, de même que les critères de vérification de tels liens, doivent pouvoir être satisfaits par les citoyens migrants indépendamment de leur situation professionnelle. Dans l'arrêt *Bidar*, la Cour réfute l'allégation du gouvernement du Royaume-Uni selon laquelle il serait légitime pour un État membre, en ce qui concerne l'octroi des prêts d'entretien aux étudiants, de s'assurer que la contribution des parents ou des étudiants, au moyen des prélèvements opérés par l'impôt, est ou sera suffisante pour justifier l'octroi de prêts subventionnés⁶⁰³. La Cour dit pour droit que l'intégration des étudiants migrants dans la société de l'État membre d'accueil peut être démontrée à travers leur séjour légal et le fait qu'ils ont effectué une partie importante de leurs études dans l'État membre d'accueil. Il ressort de la jurisprudence que ce sont les liens sociaux ou l'intégration sociale des citoyens dans la société de l'État membre allocataire qui doivent être privilégiés comme condition

⁶⁰² Il n'en reste toutefois pas moins que les liens économiques (par ex. par l'exercice antérieur ou actuel des activités professionnelles dans l'État membre allocataire) doivent être pris en compte par les autorités nationales, conformément au principe de proportionnalité, en vue d'appréciation des liens entre les citoyens migrants et ledit État membre malgré l'absence de la nationalité (*Sala, Grzelczyk*) ou la résidence sur le territoire d'un autre État membre (*Hendrix*).

⁶⁰³ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 55.

d'octroi des prestations. En effet, contrairement à ce qui se passe à l'égard des travailleurs migrants, l'extension de la solidarité sociale nationale aux citoyens migrants ne repose pas sur la logique des échanges ou de la réciprocité économique. L'admission des citoyens migrants comme bénéficiaires de l'État providence repose en fait sur leur intégration sociale indépendamment de leur contribution au budget social de l'État allocataire. Dans ce sens, « la citoyenneté combinée avec une expérience tangible que l'individu partage avec l'État membre devient une passerelle légitime vers l'inclusion dans la communauté domestique de solidarité »⁶⁰⁴.

516. L'intégration sociale ou l'existence des liens de rattachement avec l'État auquel les citoyens migrants demandent la reconnaissance en tant que membres de la communauté de solidarité s'analyse à la fois comme *condition* et *objectif* de la citoyenneté sociale européenne.

517. D'un côté, à la différence de l'extension inconditionnelle des avantages sociaux aux travailleurs migrants en vue de faciliter leur intégration sociale, le droit des citoyens migrants inactifs d'être intégrés dans la communauté de solidarité doit être « gagnée » ou « acquise »⁶⁰⁵. L'admission des citoyens migrants est subordonnée à la preuve de leur volonté et de leur effort d'intégration et d'établissement *préalable* des liens avec la société de l'État membre allocataire. Compte tenu de l'impact de l'ouverture des frontières sociales aux citoyens migrants sans une contrepartie économique et de la volonté d'éviter la pratique de tourisme social, l'exigence de lien réel cherche à s'assurer d'un certain enracinement et des liens de rattachement des citoyens migrants, qui ne peuvent pas réclamer l'attachement à la communauté de solidarité étatique par la nationalité ou la contribution économique.

518. De l'autre côté, loin d'être une simple condition d'octroi des prestations sociales et par-là d'un simple instrument de régulation de l'accès aux prestations sociales de l'État providence, l'intégration sociale peut être concomitamment perçue comme un « véritable objectif assigné aux États de l'Union »⁶⁰⁶. Le professeur Azoulai propose d'analyser la citoyenneté de l'Union

⁶⁰⁴ M. Dougan, «The Spatial Restructuring of National Welfare States within the European Union: The Contribution of Union Citizenship and the Relevance of the Treaty of Lisbon», in *Integrating welfare functions into EU law : from Rome to Lisbon*, U. Neergaard, R. Nielsen, L. Roseberry (dir.), Copenhagen: DJØF Publishing, 2009, p. 147-187, spéc. p. 158.

⁶⁰⁵ M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéc. p. 135.

⁶⁰⁶ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, op.cit., p. 1-28, spéc. p. 19. D'après lui, « un « certain degré d'intégration » est le point de départ suffisant pour fonder et, en quelque sorte, forcer l'intégration la plus complète possible des

comme un « statut d'intégration sociale »⁶⁰⁷ qui octroie un double privilège aux citoyens qui se trouvent dans une situation régie par le droit de l'Union. Ce statut confère aux citoyens, d'une part, le droit d'être pris en considération par les autorités de l'État dont ils ne sont pas membres, selon les critères de nationalité ou de la résidence, et d'autre part, le droit de recevoir une protection de la part de ces autorités, dès lors qu'ils remplissent certaines conditions posées par le droit de l'Union, sans être tenus d'une obligation particulière en contrepartie vis-à-vis de ces autorités⁶⁰⁸. À travers le mécanisme du lien réel, la citoyenneté exige la prise en considération de la réalité de l'intégration par les États. Ces derniers sont tenus d'apprécier si, au regard d'une prestation sociale donnée, les citoyens migrants sont suffisamment intégrés dans la société pour justifier le bénéfice d'une telle prestation. L'« exigence d'intégration transnationale »⁶⁰⁹ des citoyens qui font preuve de liens réels et effectifs avec les États membres paraît même dépasser l'exigence d'égalité ; c'est dans ce sens que malgré l'existence d'une raison objective qui justifie la différenciation entre les citoyens migrants et nationaux, telle que la non-satisfaction des conditions légalement sanctionnées pour le bénéfice du droit de séjour ou d'égalité de traitement, le droit de la citoyenneté sollicite la prise en compte des situations spécifiques des citoyens placés dans une situation transnationale en vue de les intégrer dans la société nationale⁶¹⁰.

519. Certains auteurs estiment néanmoins le concept de lien réel inadéquat et insuffisant en tant que critère d'appartenance à l'État providence. Le lien réel basé sur l'intégration sociale est considéré comme un « substitut pauvre à une analyse rigoureuse de la signification de la solidarité sociale dans une Union où coexistent plusieurs niveaux de protection sociale »⁶¹¹. Comme l'a remarqué la Professeure Barbou des Places, la solidarité est à la fois « un donné et un construit » ; les mécanismes de redistribution permettant l'assistance aux plus faibles, qui constituent le « construit », doivent reposer sur un « donné » qui est la solidarité de fait, c'est-à-dire un sentiment d'appartenance à la communauté de pairs qui rend acceptable l'idée de

citoyens de l'Union dans leur société d'accueil. Il n'y a pas loin de là à la reconnaissance d'un droit à l'intégration ».

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 2.

⁶⁰⁹ L. Azoulai, «Marges de la citoyenneté européenne - obligations étatiques, équité transnationale, euro-bonds», in *La citoyenneté européenne [2e forum annuel de Trans Europe expert, TEE, à Paris le 1er avril 2011]*, op.cit., p. 63-76, p. 65.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 73.

⁶¹¹ M. Dougan, E. Spaventa, «New model of social solidarity in the EU», in *Social welfare and EU law*, op.cit., p. 181-218, spéci. p. 203-204.

payer pour les plus démunis⁶¹². Dans ce sens, « il n'y a pas de mécanismes de solidarité qui ne soient précédés d'une solidarité matérielle acceptée par les membres de la communauté solidaire »⁶¹³. Or, fonder une solidarité sur une certaine forme d'intégration non-économique est certainement délicat. Par rapport à l'intégration basée sur une contribution économique, l'intégration sociale repose sur des valeurs moins tangibles. La Professeure Benlolo Carabot considère que le processus de la construction du statut social transnational de citoyen « s'éloigne de la dimension identitaire et exclusive qui caractérise l'appartenance nationale, sans pour autant proposer une identité alternative clairement définie »⁶¹⁴.

520. Certes, à la différence de la citoyenneté nationale, la citoyenneté européenne n'est pas née des liens d'affinité interpersonnels entre les nationaux des différents États membres. Or, l'octroi du statut de citoyens aux ressortissants des États membres implique « au moins quelque chose si ce n'est pas tout ce que représente la citoyenneté nationale »⁶¹⁵. L'avocat général La Pergola soutient que l'objectif ultime des dispositions relatives à la citoyenneté consiste à « instaurer une assimilation croissante entre les citoyens de l'Union, quelle que soit leur nationalité »⁶¹⁶. Même si le couplage entre le lien réel et la citoyenneté de l'Union est de nature différente et n'équivaut pas aux liens traditionnels d'appartenance découlant de la nationalité ou la résidence, il témoigne de la déférence jurisprudentielle envers les considérations qui sous-tendent le mécanisme de la solidarité nationale dans l'effort de conciliation entre les intérêts divergents. Force est en effet d'observer qu'à partir du moment où les critères traditionnels d'appartenance tenant à la nationalité et la territorialité sont peu conciliables avec l'exigence de mobilité au sein de l'Union, permettre le maintien de ces critères sous prétexte de l'insuffisance de la citoyenneté combinée avec l'intégration, déboucherait nécessairement à priver les droits reconnus par l'ordre juridique de l'Union de tout leur sens.

521. L'appartenance des États membres à l'Union européenne exige une relecture du concept d'appartenance à l'État providence. Le droit d'intégration sociale d'origine supranationale que

⁶¹² S. Barbou des places, «Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : des affinités sélectives?», in *La solidarité dans l'Union européenne: éléments constitutionnels et matériels*, *op.cit.*, p. 217-244, spéc. p. 229.

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ M. Benlolo Carabot, «Vers une citoyenneté européenne de résidence?», article précité, spéc. p. 20.

⁶¹⁵ F. de Witte, «The end of EU citizenship and the means of non-discrimination», *MJECL*, 2011, p. 86-108, spéc. p. 87.

⁶¹⁶ Concl. de l'avocat général La Pergola du 6 juin 1996 sous CJCE, 30 janvier 1997, *Stöber*, aff. jointes C-4/95 et C-5/95, précité, pt. 50.

la jurisprudence attache au statut de citoyen de l'Union n'est envisageable qu'à raison de la « transnationalisation » du concept d'appartenance à l'État providence.

SECTION II

LIEN RÉEL, CRITÈRE D'APPARTENANCE CONCILIÉ AVEC L'EXIGENCE DE MOBILITÉ

522. L'impératif de garantir aux citoyens le maintien ou l'acquisition d'un droit aux prestations sociales dans l'exercice de leur liberté de circulation et de séjour au sein de l'Union exige des États qu'ils revoient le concept de solidarité et d'appartenance à l'État providence. Si les États peuvent exiger des liens adéquats comme condition d'octroi d'une prestation donnée et définir les critères qu'ils estiment représentatifs de tels liens, ces derniers doivent être déterminés de manière à ne pas exclure purement et simplement les non-nationaux ou les non-résidents du champ de la protection sociale. La citoyenneté de l'Union doit en effet, l'affirme l'avocat général Poiares Maduro, « inciter les États membres à ne plus concevoir le lien légitime d'intégration uniquement dans le cadre étroit de la communauté nationale mais aussi dans celui plus large de la société des peuples de l'Union »⁶¹⁷.

523. Le lien réel constitue à cet égard un nouveau critère d'appartenance se substituant aux critères absolus de nationalité ou de résidence. Il repose fondamentalement sur une relecture de la conception de l'appartenance à l'État providence à la lumière de l'exigence de la mobilité des citoyens, en vue de concilier le respect de la souveraineté de l'État providence à l'égard de la détermination des membres de la communauté de solidarité avec l'impératif d'offrir une protection sociale aux citoyens qui se placent dans une situation transnationale. Son avantage consiste dans le fait qu'il repose sur des critères à contenu flexible, susceptible de tenir compte de la diversité des systèmes nationaux de protection sociale et des différentes perceptions de la solidarité de chaque État membre.

524. Pour les citoyens migrants ressortissants d'autres États membres qui s'installent dans l'État membre d'accueil, la question est de savoir de quelle manière ils peuvent devenir « membres » de cette société et bénéficier de la protection de l'État providence, indépendamment de la possession de la nationalité de cet État (Paragraphe I). Quant à ceux

⁶¹⁷ Concl. de l'avocat général Poiares Maduro du 28 février 2008 sous CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, Rec. p. I-3993, pt. 23.

qui transfèrent leur résidence dans un autre État membre, il s'agit d'apprécier de quelle manière ils peuvent maintenir la qualité de membres aux fins du bénéfice des prestations sociales, malgré le détachement avec le territoire de l'État membre allocataire (Paragraphe II).

Paragraphe I : Lien réel, appartenance malgré l'absence de la nationalité

525. Contrairement à ce que pourraient laisser penser les premiers arrêts relatifs aux droits sociaux transfrontaliers des citoyens⁶¹⁸, les citoyens migrants ressortissants d'autres États membres et les nationaux de l'État membre d'accueil ne sont pas systématiquement sur un pied d'égalité à l'égard des prestations sociales octroyées par cet État. La faculté pour l'État membre de subordonner l'octroi de prestations sociales aux citoyens migrants inactifs à l'exigence d'un lien réel⁶¹⁹ implique la dissociation entre le droit de résider sur le territoire d'un État membre dont les citoyens n'ont pas la nationalité et le droit à l'égalité de traitement en matière sociale avec les nationaux de cet État. Le droit d'accès aux prestations de solidarité dispensées par l'État membre d'accueil doit être en effet « gagné » par les citoyens migrants. Il faut qu'ils prouvent que, malgré l'absence de la nationalité ou de la contribution par leur travail à l'économie de l'État membre d'accueil, ils méritent d'être désormais admis comme membres de l'État providence, à raison de l'intégration, de la création dans la durée de liens de rattachement et de la participation à la vie sociale de l'État membre d'accueil. En l'absence de liens par le travail, c'est en fait notamment à travers la résidence sur le territoire de l'État membre d'accueil que les citoyens inactifs s'intègrent dans la nouvelle société et tissent des liens de rattachement avec cet État⁶²⁰.

526. Étant donné la prohibition de la condition de nationalité par le droit de l'Union, les États s'appuient le plus souvent sur la résidence, assortie parfois de l'exigence d'une certaine durée, comme condition du bénéfice des prestations de solidarité. La Cour constate à plusieurs reprises que la résidence constitue en principe un critère légitime de vérification de l'existence

⁶¹⁸ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, pt. 63, CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, pt. 32. La Cour pose qu'un citoyen de l'Union *qui réside légalement* sur le territoire de l'État membre d'accueil peut se prévaloir de l'article 18 du traité pour se voir accorder les prestations sociales relevant du domaine d'application *ratione materiae* du traité dans les mêmes conditions que les nationaux de cet Etat.

⁶¹⁹ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité, CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité, CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, précité.

⁶²⁰ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité, CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité.

d'un lien entre les citoyens migrants avec l'État membre d'accueil⁶²¹ ; que ce soit avec le marché géographique du travail de cet État, en ce qui concerne l'allocation de recherche d'emploi⁶²², ou avec sa société, en ce qui concerne les aides octroyée aux étudiants⁶²³. La résidence se substitue à la nationalité en tant que critère d'inclusion des citoyens migrants ressortissants d'autres États membres dans la communauté nationale de solidarité. Contrairement à la première, l'intégration par voie de résidence est volontaire et ouverte à tous⁶²⁴. La résidence pendant une certaine durée sur le territoire de l'État membre d'accueil constitue souvent une justification de jouissance d'un statut social des citoyens migrants et le fondement de l'obligation de solidarité transnationale de la part de l'État membre d'accueil envers ces derniers.

527. À l'instar de ce qui se passe pour la détermination de l'applicabilité du principe de non-discrimination en raison de la nationalité visé à l'article 18 TFUE, la Cour adopte une conception large de la résidence. La Cour n'insiste pas sur l'origine du droit de résider, laquelle peut se trouver dans le droit de l'Union ou dans le droit national ou international⁶²⁵. Par ailleurs, la Cour ne transpose pas dans le domaine du droit de la citoyenneté, la définition plus précise et restrictive de la résidence qu'elle a dégagée dans le cadre d'interprétation du règlement de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale. La Cour juge en effet à l'occasion de l'affaire *Swaddling* que la notion de l'État membre de résidence, au sens de l'article 10 du règlement n°1408/71, s'entend de l'État dans lequel les personnes concernées résident habituellement et dans lequel se trouve également le centre habituel de leurs intérêts⁶²⁶. Il convient de considérer en particulier la situation familiale du travailleur, les raisons qui l'ont amené à se déplacer, la durée et la continuité de sa résidence, le fait de disposer, le cas échéant, d'un emploi stable et l'intention du travailleur, telle qu'elle ressort de toutes les circonstances. L'enjeu de la définition de la résidence dans le cadre des règles de coordination consiste en effet dans la détermination de l'État dont la législation régira le droit aux prestations sociales des citoyens. Il ressort qu'en vertu des règles de coordination, l'État

⁶²¹ Sous réserve de respect de l'exigence de proportionnalité. Voir *infra*, Titre II.

⁶²² CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

⁶²³ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité.

⁶²⁴ G. Davies, «Any place I hang my hat? or: Residence is the new nationality», *ELJ*, 2005, p. 43-56, spec. p. 43. La Cour n'adopte cependant pas une telle approche, voir *infra*, Paragraph II, A), de cette Section.

⁶²⁵ Notons cependant que la non-satisfaction des conditions du séjour posées par le droit dérivé est susceptible de justifier le retrait ou le non renouvellement du droit de séjour des citoyens migrants et, par conséquent, permettre en principe un refus indirect des prestations sociales aux non nationaux économiquement inactifs. Voir CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

⁶²⁶ CJCE, 25 février 1999, *Swaddling c/ Adjudication Officer*, aff. C-90/97, Rec. p. I-1075, pt. 29.

membre dans lequel les étudiants poursuivent leurs études peut ne pas être considéré comme le lieu de résidence habituelle des étudiants, ce qui implique qu'ils n'ont pas droit de réclamer l'assistance sociale ou les aides d'entretien d'études dans cet État. L'appréhension de la résidence comme moyen de vérification de l'existence d'un lien avec l'État membre dans le cadre de la liberté de circulation des citoyens paraît s'appuyer au contraire sur une définition souple et large de celle-ci.

528. Certains auteurs considèrent que l'obligation imposée par le droit de l'Union à l'État membre d'accueil d'étendre la solidarité sociale aux citoyens migrants inactifs résidents ne s'appuie que sur le fait pour ces citoyens « d'être présents pendant une certaine période »⁶²⁷ sur le territoire de l'État membre. Force est toutefois de constater que la présence pendant une certaine durée ne donne pas en tant que telle aux citoyens migrants droit d'accès aux prestations sociales dans les mêmes conditions que les nationaux, mais un droit d'être pris en considération, de voir ses situations personnelles examinées par les autorités de l'État membre d'accueil⁶²⁸. Ce qui justifie l'inclusion des citoyens migrants dans le cercle de la solidarité nationale, ce sont les liens sociaux qu'ils ont créés avec l'État membre d'accueil, à travers leur résidence sur le territoire au fil des années, lesquels permettent de témoigner de la volonté et de l'effort de ces citoyens de s'intégrer dans la société de l'État qui devient leur centre d'intérêts. L'admission des citoyens migrants comme membres de la communauté nationale de solidarité peut être considérée comme « la marque de l'intégration dans une communauté nationale déterminée »⁶²⁹ ou encore comme une sorte de récompense de l'effort de l'intégration des citoyens migrants inactifs dans la société de l'État membre d'accueil⁶³⁰. On rejoint ainsi le propos du Professeur Azoulai selon lequel l'intégration préalable des citoyens migrants non-nationaux dans l'État membre d'accueil constitue, au-delà d'une condition d'octroi des prestations sociales, « le point de départ suffisant pour fonder et, en quelque sorte, forcer l'intégration la plus complète possible des citoyens de l'Union dans leur

⁶²⁷ Traduction de « being and time ». Voir A. Somek, «Solidarity decomposed: being and time in European citizenship», *ELR*, 2007, p. 787-818, spéc. p. 807 et s.

⁶²⁸ C. O'Brien, «Real Links, Abstract Rights and False Alarms: The Relationship Between the ECJ's "Real Link" Case Law and National Solidarity», *ELR*, 2008, p. 643-665, spéc. p. 648.

⁶²⁹ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, op.cit.*, p. 1-28, spéc. p. 14. Il en est de même pour le droit de vote aux élections au Parlement européen dans un Etat membre des ressortissants des États tiers ayant un lien historique avec un Etat membre (CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, aff. C-145/04, précité) ou le droit de vote des citoyens migrants aux élections municipales organisées dans l'État membre de résidence à propos duquel Le Professeur Azoulai soutient que « la justification démocratique est seconde par rapport à la volonté de favoriser l'intégration de certains étrangers dans la société nationale ».

⁶³⁰ Voir K. Groenendijk, «Legal Concepts of Integration in EU Migration Law », *EJML*, 2004, p. 111-126 qui traite de la question de l'intégration des ressortissants des États tiers.

société d'accueil» et par-là l'affirmation d'« un droit à l'intégration » au profit de ces citoyens⁶³¹.

529. Même s'il repose sur une logique quelque peu différente, l'existence d'un lien réel entre les citoyens migrants et l'État allocataire constitue également un critère d'appartenance dans le contexte de l'exportabilité des prestations sociales.

Paragraphe II : Lien réel, appartenance malgré la résidence hors le territoire

530. Le concept de lien réel tel qu'il est appliqué dans le contexte de l'accès des non-nationaux aux prestations de l'État membre accueil se réfère à l'idée de la création, avec la perspective de renforcement dans la durée, des liens des rattachement entre les migrants et ledit État membre, à travers notamment la résidence sur le territoire de cet État. Ainsi perçu, le concept de lien réel ne paraît pas trouver sa place dans le contexte où les individus quittent le territoire national et transfèrent leur résidence dans un autre État membre. Dans un tel cas, les liens avec l'État membre d'origine paraissent s'atténuer voire même rompus.

531. Force est néanmoins de constater que le concept de lien réel peut tout autant s'appliquer dans le contexte de résidence des bénéficiaires hors du territoire. Les citoyens migrants non-résidents qui ont créé et conservent de réels attachements économiques ou sociaux avec l'État allocataire doivent pouvoir exporter les prestations qui ne nécessitent pas la présence de bénéficiaires sur le territoire dans leur État de résidence⁶³². Deux problèmes semblent cependant se poser quant aux critères d'appréciation des liens dans ce contexte. D'une part, vu que le litige concernant l'exportabilité des prestations sociales oppose la plupart du temps les ressortissants nationaux à leur État membre d'origine, la question se pose quant à la pertinence du concept de lien réel du fait de la présomption de l'existence d'un lien entre les nationaux et l'État de leur nationalité (A). D'autre part, étant donné que la résidence constitue le critère prépondérant et légitime de vérification du lien entre les non-nationaux et l'État membre d'accueil, la question se pose quant à sa validité dans le contexte de l'exportabilité des prestations sociales, dès lors que son application est susceptible de déboucher sur l'exclusion des non-résidents du bénéfice des prestations sociales (B).

⁶³¹ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, op.cit.*, p. 1-28, spé. p.19.

⁶³² CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité, pt. 57.

A.) *La nationalité, critère à prendre en compte dans l'évaluation du lien réel*

532. L'appréciation de l'existence d'un lien de rattachement des ressortissants nationaux à l'État membre d'origine⁶³³ peut étonner du fait de l'évidence présumée. Une partie de la doctrine s'oppose à la prise en considération de la nationalité dans l'appréciation du lien d'un national avec son État membre. D'après Monsieur Davies⁶³⁴, afin d'éliminer toute discrimination en raison de la nationalité, il importe non seulement de substituer la résidence à la nationalité en tant que condition d'octroi des prestations sociales, mais il convient encore de supprimer tout privilège attaché à la nationalité au profit des ressortissants nationaux qui ont exercé le droit de libre circulation et sont ensuite retournés dans leur État membre d'origine. L'auteur prône la rupture avec l'idée que les nationaux maintiennent des liens permanents avec l'État membre d'origine ; une fois citoyen national, toujours citoyen, même s'ils ne résident plus sur le territoire. Il réfute l'idée du privilège des nationaux de retour dans leur pays d'origine par rapport aux non-nationaux. D'après lui, quand les nationaux émigrent, ils devraient être assimilés aux ressortissants d'autres États membres et soumis aux mêmes exigences d'intégration graduelle par voie de résidence dans la société de l'État membre dont ils ont la nationalité. Dans cette optique, il faut à la fois traiter les ressortissants d'autres États membres qui font preuve d'un degré d'intégration suffisant comme les nationaux et traiter les nationaux qui ont exercé le droit de libre circulation dans d'autres États membres comme les étrangers. Selon lui, l'intégration basée sur la résidence, contrairement au critère de nationalité, est volontaire et ouverte à tous.

533. La jurisprudence accorde cependant une place à la nationalité dans l'évaluation d'un lien de rattachement entre un national et son État membre d'origine. La nationalité d'un État membre ne peut pas certes être érigée en tant que telle en une condition d'accès aux prestations sociales relevant du champ d'application du droit de l'Union, sous peine de violer l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité. Il n'en est pas moins que la

⁶³³ La majorité de la jurisprudence relative aux restrictions territoriales du droit aux prestations sociales oppose l'État membre d'origine et ses ressortissants. Force est toutefois de constater que le litige sur l'exportabilité des prestations sociales concerne également les non-nationaux et l'État membre de résidence. Voir CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité. Une ressortissante polonaise s'était mariée à un ressortissant allemand bénéficiaire de la pension de réversion due aux victimes de guerre. Suite au décès de son mari, elle est retournée vivre en Pologne et a constaté la diminution substantielle du montant de la pension de la part de l'État allemand. Selon la législation allemande, le droit à la pension complète est subordonné à la possession d'un domicile ou d'une résidence habituelle en Allemagne. La résidence du bénéficiaire dans un État autre que l'Allemagne et désigné par une ordonnance (la Pologne en fait partie) ne donne droit qu'à une prestation partielle.

⁶³⁴ G. Davies, «Any place I hang my hat? or: Residence is the new nationality», article précité.

possession de la nationalité d'un État membre peut constituer une preuve d'un lien de rattachement réel et effectif. Elle peut être pertinemment prise en compte, en fonction des prestations dont l'exportabilité est en jeu, pour évaluer l'existence d'un lien entre le national et l'État membre d'origine⁶³⁵.

534. Pour les prestations dont l'octroi implique un lien d'appartenance fort à la communauté nationale de solidarité, telle la prestation allouée aux victimes civiles de guerre, la possession de la nationalité de l'État membre d'allocataire joue en faveur de leur exportabilité dans l'État membre de résidence. L'affaire *Nerkowska*⁶³⁶ concerne le refus des autorités polonaises d'accorder à une ressortissante nationale une prestation au profit des victimes civiles de la guerre au motif qu'elle ne réside pas de manière continue sur le territoire national pendant toute la période de versement de ladite prestation comme l'exige la législation nationale. La Cour reconnaît à cet égard que s'agissant des « prestations non régies par le droit de l'Union », les États ont « une ample marge d'appréciation en ce qui concerne la fixation des critères d'évaluation d'un tel rattachement, tout en étant tenus de respecter les limites imposées » et il est « légitime pour un État membre, par le moyen de *conditions liées à la nationalité ou à la résidence* de la personne concernée, de limiter la réparation octroyée à des victimes civiles de la guerre ou de la répression à des personnes considérées comme manifestant un certain degré de rattachement à la société de cet État membre »⁶³⁷. Il en résulte que la possession de la nationalité de l'État membre allocataire peut constituer un critère adéquat pour évaluer le lien entre le demandeur d'une prestation allouée aux victimes civiles de guerre avec ledit État. De la même manière, la Cour relève, dans l'arrêt *Morgan*, où est en cause le droit d'exportabilité de l'aide à la formation octroyée aux étudiants souhaitant effectuer des études dans d'autres États membres, qu'à l'égard des ressortissants nationaux qui ont été élevés et ont accompli leurs études dans l'État allocataire, la preuve de l'intégration dans sa société qu'un État membre pourrait légitimement exiger comme condition d'octroi d'une telle aide aux études doit être considérée comme établie⁶³⁸. Sans la mention expresse de la nationalité, la Cour admet que le fait d'être élevé et éduqué dans un

⁶³⁵ Même si la possession de la nationalité de l'État allocataire peut ne pas suffire pour justifier le droit au bénéfice de toutes les prestations. En effet, Monsieur Dougan observe que l'appréciation souple de la proportionnalité qui débouche sur la validation de la condition de résidence dans l'affaire *De Cuyper* laisse penser que l'État membre peut exiger d'autres liens au-delà du lien de base de la nationalité. Voir M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéc. p. 161.

⁶³⁶ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité.

⁶³⁷ *Ibid.*, pts. 38-39.

⁶³⁸ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. C-11/06, précité, pt. 45.

État membre peut attester du lien entre l'étudiant demandeur de l'aide aux études et la société de l'État allocataire⁶³⁹.

535. Il est sans conteste que la prise en considération de la nationalité comme critère d'établissement des liens avec l'État membre peut résulter en une reconnaissance d'un certain privilège aux nationaux. À l'égard des nationaux qui ont effectué leur séjour d'études sur le territoire d'un autre État membre et sont ensuite retournés dans leur État membre d'origine, le lien de rattachement avec le marché géographique du travail de ce dernier État peut être démontré, entre autres, par le fait qu'ils possèdent la nationalité et les centres d'intérêt dans cet État⁶⁴⁰. De la même manière, la possession de la nationalité peut constituer un critère pertinent pour établir le lien avec l'État membre allocataire en vue de justifier l'exportabilité des prestations octroyées aux victimes civiles de guerre ou des aides aux études dans un autre État membre, alors que les résidents non-nationaux doivent établir le lien préalable par la résidence pendant une période probablement plus longue avant de pouvoir prétendre à un tel droit.

536. La prise en compte de la nationalité est cependant pragmatique et conciliatrice de différents objectifs recherchés par le droit de l'Union. *Pragmatique*, parce que la possession de la nationalité d'un État membre constitue effectivement le lien de rattachement le plus fort de l'individu à cet État. La citoyenneté de l'Union ne supprime ni ne remplace la nationalité des États membres et ne cherche pas à le faire. L'intégration réussie exige de tenir suffisamment compte de la place de la nationalité, tant qu'elle ne restreint pas de manière inacceptable les objectifs du droit de l'Union. *Conciliatrice*, parce que le principe d'égalité de traitement, qui est sans conteste un élément fondamental du statut de citoyen et pierre angulaire du droit de l'Union, n'est pas toutefois l'unique objectif recherché par le droit de l'Union. Il convient par exemple de concilier avec l'impératif de garantir la liberté de circulation et de séjour des citoyens au sein de l'Union. Si l'exercice de la liberté de circulation et de séjour en vertu du traité par les citoyens entraîne la suppression des liens que les nationaux ont développés avec leur État d'origine, un tel exercice serait au détriment des citoyens migrants.

⁶³⁹ L'avocat général Colomer dans ses conclusions sur cette affaire avance cependant que certaines restrictions territoriales peuvent être érigées en critères d'appréciation des liens entre l'État membre et ses propres ressortissants telle la résidence pendant une certaine durée ou le séjour habituel de l'étudiant dans l'État avant d'entamer la formation dans un autre État. Concl. de l'avocat général Colomer du 20 mars 2007 sous CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. C-11/06, Rec. p. I-9161, pts.114-115.

⁶⁴⁰ Le cas de l'intéressée dans l'affaire *D'Hoop* (CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité).

537. Face aux refus d'octroi des prestations sociales en raison de l'exercice de la liberté de circulation ou de la résidence des demandeurs sur le territoire d'un autre État membre, ce qui importe est d'apprécier si au vu des liens qu'ils ont développé et maintiennent avec l'État membre allocataire, les nationaux qui ont quitté l'État membre en vue de séjourner temporairement ou de s'installer sur le territoire d'un autre État membre, peuvent être cependant assimilés aux nationaux résidents qui ont droit auxdites prestations. La situation des nationaux migrants ne doit pas être comparée dans ce contexte avec celle des ressortissants d'autres États membres, mais avec celle des nationaux sédentaires. S'agissant des nationaux qui ont fait usage du droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre et qui se sont vu refuser le bénéfice des prestations sociales lors du retour dans leur État membre d'origine pour cette raison, telle est l'hypothèse de l'affaire *D'Hoop*, la question principale ne consiste pas à savoir s'ils sont traités de manière plus favorable que les ressortissants d'autres États membres, mais plutôt de savoir s'ils sont pénalisés en raison de l'exercice du droit qui leur est reconnu par le traité, en étant désavantagés par rapport aux ressortissants nationaux sédentaires. Refuser de prendre en compte leur nationalité afin d'apprécier les liens qui les unissent à leur État d'origine impliquerait de traiter les nationaux qui ont migré de manière moins favorable que leurs compatriotes qui choisissent de ne pas exercer le droit de libre circulation conféré par le traité. Il ne s'agit ni de prôner les liens permanents entre les ressortissants nationaux avec leur État membre d'origine, indépendamment du lieu où ils ont leur centre d'intérêts, ni d'accorder le traitement privilégié aux nationaux de retour dans leur pays d'origine par rapport aux ressortissants d'autres États membre. Il s'agit plutôt de garantir que l'exercice de la libre circulation ne soit pas au détriment des citoyens migrants.

538. Une autre question qui est susceptible de se poser à l'égard de l'évaluation des liens entre les non-résidents et l'État allocataire concerne le rôle de la résidence.

B.) La résidence, critère en principe valide d'évaluation du lien réel

539. De la même manière que pour les non-nationaux et l'État d'accueil, la possession par les non-résidents d'un lien réel avec l'État allocataire justifie qu'ils puissent conserver ou acquérir le droit aux prestations sociales octroyées par cet État. Il convient seulement d'appréhender le concept de lien réel sous un autre angle et de l'adapter au contexte de résidence des bénéficiaires hors du territoire de l'État concerné. Les liens entre les non-

résidents et l'État allocataire peuvent en effet être les liens présents mais aussi ceux du passé. Ils peuvent être appréhendés par les critères divers qui ne se limitent pas à la résidence sur le territoire. Il peut s'agir de la nationalité, de la résidence préalable d'une certaine durée ou de la poursuite d'une activité économique sur le territoire de cet État.

540. La question se pose cependant quant à la faculté des États membres d'exiger la résidence sur le territoire comme preuve de lien de rattachement avec le territoire et par-là comme condition d'octroi des prestations. La transposition des critères retenus pour évaluer les liens entre les non-nationaux et l'État membre d'accueil dans le cadre des relations entre les non-résidents et l'État membre d'origine paraît *a priori* peu pertinente ; dans le premier cas, la résidence constitue un élément d'intégration, de rattachement des non-nationaux au cercle de la solidarité nationale, tandis que dans le second, la condition de résidence implique d'exclure ceux qui ont quitté et séjournent sur le territoire d'autres États membres du bénéfice des prestations sociales et est susceptible de restreindre la liberté des citoyens de quitter un État membre en vue de circuler et de séjourner sur le territoire d'autres États membres. Or, répondre par la négative à cette question paraît susciter une contradiction, comme l'a soulevée Monsieur Dougan, entre permettre aux États de conditionner le bénéfice des prestations sociales des non-nationaux à l'existence d'un lien réel notamment à travers la résidence d'une certaine durée sur le territoire, et, en même temps, refuser à ces États la possibilité d'exiger des citoyens qui souhaitent exporter des prestations la preuve d'un lien réel avec son territoire par la condition de résidence⁶⁴¹.

541. Force est effectivement de constater que, d'après la jurisprudence, le critère de résidence ne constitue pas moins un critère approprié pour apprécier les liens réels avec l'État allocataire dans le cadre de la justification des restrictions territoriales, même s'il a *a priori* pour effet d'exclure du bénéfice des prestations les personnes résidant hors du territoire national. Dans l'affaire *Tas-Hagen*⁶⁴², où il est question du refus d'octroi des prestations pour victimes civiles de guerre aux nationaux non-résidents, après avoir accepté que l'octroi de telles prestations puisse être limité aux seules personnes qui ont eu un lien avec le peuple de l'État durant et après la guerre, la Cour reconnaît la légitimité d'une condition de résidence comme moyen d'attester le degré de rattachement des victimes civiles de guerre à la société qui leur témoigne sa solidarité. La Cour confirme par la suite à l'occasion de l'affaire

⁶⁴¹ M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéc. p.135.

⁶⁴² CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité.

*Nerkowska*⁶⁴³, qui concerne le droit d'exportabilité d'une ressortissante nationale d'une prestation octroyée aux victimes civiles de la guerre ou de la répression, la validité du critère de résidence pour garantir l'existence d'un lien de rattachement entre la société de l'État membre concerné et le bénéficiaire de ladite prestation.

542. Ceci dit, il convient toutefois de préciser que la validité de la condition de résidence comme critère de vérification des liens avec l'État allocataire n'implique pas que le refus d'exporter les prestations sur le territoire d'un autre État membre serait nécessairement justifié au regard du droit de l'Union. L'obligation faite aux autorités nationales de mettre en œuvre les critères de vérification de liens en conformité avec le principe de proportionnalité peut aboutir à permettre l'exportabilité des prestations malgré la légitimité de principe de la condition de résidence. Il en est notamment ainsi lorsque l'exigence de la résidence est posée ou appliquée de manière arbitraire ou lorsqu'il existe d'autres facteurs pertinents, au vu de la nature des prestations en cause, qui permettent d'attester de l'existence de liens entre le demandeur et l'État allocataire mais que les autorités nationales négligent⁶⁴⁴.

⁶⁴³ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité.

⁶⁴⁴ Dans les deux affaires citées, les mesures nationales exigeant la résidence sur le territoire sont jugées comme non proportionnées aux objectifs légitimes poursuivis. L'exigence de la résidence sur le territoire « à la date de la demande » dans l'affaire *Tas Hagen* n'est pas un signe suffisamment indicatif du rattachement des demandeurs à l'État membre qui octroie la prestation, du fait qu'elle est susceptible « de conduire à des résultats divergents pour des personnes établies à l'étranger et dont le niveau d'intégration dans la société de l'État membre qui octroie la prestation considérée est en tous points comparable ». Quant à l'affaire *Nerkowska*, la Cour décide que malgré sa résidence sur le territoire d'un autre État membre, le fait que l'intéressée « possède la nationalité de l'État membre qui octroie la prestation en cause ainsi que d'avoir vécu dans cet État pendant plus de vingt ans, en étudiant et en travaillant » peut suffire à établir des liens de rattachement entre ce dernier et l'État allocataire. Voir *infra*, Titre II, Chapitre I.

CONCLUSION DU TITRE I

543. Étant donné la limitation des ressources et de la solidarité qui sous-tendent l'octroi des droits sociaux, aucun État providence n'est disposé à ouvrir inconditionnellement ses frontières, ni n'est capable de fournir les prestations sociales à tous les demandeurs, sans mettre en péril la viabilité financière et le bon fonctionnement des systèmes nationaux de protection sociale. La sauvegarde de l'État providence requiert de maintenir la faculté des États de limiter l'accès à et de sélectionner les personnes qui peuvent être admises dans la communauté nationale de solidarité au moyen de l'exigence d'une certaine forme d'appartenance. Les critères d'appartenance doivent cependant être conciliés avec la logique de mobilité interétatique ; dans ce sens qu'ils doivent être définis de sorte à permettre la couverture sociale de citoyens qui exercent le droit de libre circulation et de séjour sur le territoire d'un autre État membre.

544. À cet égard, la jurisprudence consacre le lien réel en critère alternatif et pragmatique d'appartenance à l'État providence. Les États membres peuvent réservé le droit aux prestations sociales à ceux qui font preuve de liens réels ; ceux qui ne disposent pas d'un lien adéquat et suffisant peuvent se voir opposer le refus d'octroi des prestations malgré la prohibition de principe des discriminations en raison de la nationalité ou des entraves à la libre circulation. Le lien réel permet ainsi de réintroduire une distinction légitime entre les citoyens en fonction de l'intégration sociale, des liens sociaux, et non plus selon la nationalité ou les contributions économiques.

545. La faculté des États membres de subordonner l'octroi des prestations données à l'exigence d'un lien réel dépend concrètement de la question de savoir s'il est raisonnable de lier le bénéfice desdites prestations à une certaine forme d'appartenance à la communauté nationale de solidarité en prenant en compte notamment la nature des prestations ainsi que les risques de tourisme social et l'impact sur l'équilibre financier du système de protection sociale des États membres en cas d'octroi inconditionnel.

546. Par ailleurs, l'étendue du droit des citoyens migrants au bénéfice de la solidarité sociale de la part d'un État membre n'est pas homogène à l'égard de tous. Elle dépend notamment de l'intensité des liens que chaque citoyen migrant dispose avec l'État allocataire.

TITRE II

UNE OUVERTURE VARIABLE DES FRONTIÈRES DE L'ÉTAT PROVIDENCE

547. La faculté des États membres à conditionner l'ouverture de leurs frontières sociales aux citoyens migrants à l'existence de liens de rattachement suffisants implique qu'une telle ouverture ne peut être uniforme à l'égard de tous. L'étendue du droit d'accès des non-nationaux ou non-résidents aux prestations sociales mises en place par l'État providence dépend en pratique des liens dits « d'appartenance »⁶⁴⁵ de chaque citoyen migrant avec l'État allocataire. Ces liens démontrent en fait le degré auquel les citoyens migrants, qui ne satisfont pas aux conditions de nationalité ou de résidence, sont attachés à ou intégrés dans la société de l'État allocataire de manière à être inclus dans le cercle de la solidarité étatique (Chapitre I). Les liens d'appartenance ne sont cependant pas le seul facteur déterminant du degré d'ouverture de l'État providence. Il convient en effet de prendre encore en compte, plus particulièrement en ce qui concerne le droit d'exportabilité des prestations sociales, les liens dits « solidaristiques et territoriaux »⁶⁴⁶ entre les prestations demandées et l'État allocataire, lesquels justifient la limitation de leur octroi sur le territoire de cet État (Chapitre II).

⁶⁴⁵ Voir M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéc. p. 151.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

CHAPITRE I

L'OUVERTURE DÉTERMINÉE PAR LES LIENS ENTRE LES CITOYENS MIGRANTS ET L'ÉTAT ALLOCATAIRE

548. L'obligation de solidarité financière des États membres envers les citoyens migrants non-nationaux ou non-résidents varie en fonction des liens que ces derniers développent et entretiennent avec les États. La solidarité transnationale à laquelle peut prétendre chaque citoyen migrant est proportionnelle au degré d'intégration ou aux liens de rattachement avec l'État allocataire ; plus les liens avec l'État auquel il demande le bénéfice des prestations sociales sont forts, plus son statut sera rapproché de celui des membres de la communauté de solidarité étatique, et plus son droit aux prestations sociales sera justifié, malgré l'absence de la nationalité ou de la résidence sur le territoire de cet État.

549. Les approches jurisprudentielle et législative du degré d'ouverture de l'État providence s'appuient sur ce principe d'une solidarité proportionnelle aux liens entre les citoyens et l'État membre allocataire. Cependant, la Cour de justice et le législateur de l'Union divergent à l'égard de la manière dont lesdits liens doivent être exigés et évalués, ainsi qu'à l'égard de la détermination de l'intensité des liens qui est considérée comme suffisante pour justifier le droit aux prestations sociales des citoyens migrants. Cette divergence peut conduire à des résultats différents à l'égard du degré d'ouverture de l'État providence aux citoyens migrants se trouvant dans les mêmes situations.

550. La Cour de justice, qui a appréhendé la première la question à travers l'examen des justifications étatiques aux restrictions au droit de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens, adopte une approche casuistique du degré d'ouverture de l'État providence. Elle exige l'appréciation au cas par cas du droit aux prestations sociales des citoyens migrants, en tenant compte des liens « concrets » que chacun des derniers établit avec l'État membre allocataire. Il en résulte une gradation nuancée du degré d'ouverture de l'État providence (Section I). Le législateur de l'Union intervient par la suite par le biais de l'adoption de la directive 2004/38 en vue de rationaliser la construction jurisprudentielle. La directive érige le critère de durée de résidence en critère général d'appréciation des liens et fixe un seuil uniforme du droit d'accès aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil. Le degré

d'ouverture de l'État providence aux citoyens est par conséquent déterminé de manière systématique (Section II).

SECTION I

UNE APPROCHE JURISPRUDENTIELLE CONCRÈTE

551. La jurisprudence encadre la mise en œuvre du pouvoir étatique de limitation et de sélection des bénéficiaires de l'État providence par le contrôle de la proportionnalité des mesures nationales refusant l'octroi de prestations sociales aux citoyens migrants. Le contrôle de proportionnalité permet en effet à la Cour d'exercer un droit de regard et influe sur l'étendue de l'obligation de solidarité financière des États membres envers les citoyens migrants. Au moyen de ce contrôle, la Cour met en balance les intérêts des États membres à circonscrire leur obligation de solidarité financière et ceux des citoyens migrants à bénéficier de la protection sociale lorsqu'ils se placent dans une situation transnationale. Elle s'assure que l'obligation de solidarité imposée à l'État membre ne soit pas étirée au-delà de limite qui est acceptable en mettant en péril l'équilibre financier ou le bon fonctionnement du système national de protection sociale, et, en même temps, que l'État ne porte pas au droit de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens une atteinte qui va au-delà de ce qui est nécessaire.

552. Concrètement, la Cour apprécie si l'exigence d'un lien donné, d'une intensité donnée, comme condition d'octroi d'une prestation, qui a entraîné en pratique le refus de la prestation au citoyen migrant, ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour s'assurer de l'appartenance du demandeur de prestation à la communauté nationale de solidarité et pour préserver l'équilibre financier et le bon fonctionnement de l'État providence. Il s'agit de déterminer si une telle exigence n'est pas « excessivement restrictive » du droit de libre circulation et d'égalité de traitement eu égard à l'objectif légitime de vérification du lien de rattachement entre les citoyens migrants et l'État membre allocataire.

553. L'appréciation de la proportionnalité des mesures nationales refusant l'octroi de prestations sociales aux citoyens migrants porte, d'une part, sur le procédé par lequel les décisions sur le droit aux prestations sociales des citoyens sont prises et, d'autre part, sur l'intensité des liens que l'État membre peut légitimement exiger comme condition d'octroi des prestations. Le principe de proportionnalité exige que les autorités nationales tiennent

compte des situations individuelles concrètes des citoyens migrants dans la mise en œuvre des conditions d'éligibilité aux prestations sociales (Paragraphe I). Le degré d'ouverture de l'État providence n'est pas préétabli par la jurisprudence mais s'apprécie au cas par cas ; il est proportionnel aux liens entre les citoyens migrants et l'État allocataire (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'encadrement du processus de sélection des bénéficiaires de l'État providence

554. Le contrôle de la proportionnalité de l'exercice du pouvoir étatique de limitation de l'ouverture de l'État providence porte, en premier lieu, sur la manière dont les autorités nationales exigent et évaluent les liens réels entre les citoyens migrants et l'État allocataire. Pour être considérées comme proportionnées à l'objectif légitime de s'assurer de l'existence de liens de rattachement des demandeurs de prestations sociales avec l'État allocataire, les conditions d'éligibilité doivent reposer sur des critères appropriés et pertinents pour la vérification de tels liens, d'une part (A), et doivent être appliquées d'une manière qui ne porte pas aux droits de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens une atteinte qui va au-delà de ce qu'exige l'objectif légitime admis, d'autre part (B).

A.) *La prohibition des critères arbitraires*

555. Les États membres disposent en principe d'une marge d'appréciation pour déterminer les liens qu'ils souhaitent exiger comme condition d'inclusion des citoyens migrants dans le cercle national de solidarité, de même que les critères de vérification de tels liens. La Cour s'assure, d'une part, la concordance entre les liens que les autorités nationales cherchent à vérifier et la nature ou les objectifs des prestations sociales en question⁶⁴⁷. Elle vérifie, d'autre part, de la concordance entre les critères choisis comme moyen de vérification de liens et les liens recherchés. Les conditions d'éligibilité aux prestations sociales doivent être appropriées, pertinentes, et suffisamment représentatives des liens recherchés, cela compte tenu de la nature des prestations sociales objet de la demande.

556. S'agissant des allocations au profit des demandeurs d'emploi qui visent à les intégrer dans le marché du travail de l'État membre, la Cour reconnaît que constitue une justification légitime le besoin des autorités nationales de s'assurer de l'existence d'un « lien réel entre le

⁶⁴⁷ Précisons que les objectifs des prestations doivent être examinés en fonction de leurs résultats et non de la structure formelle des prestations Concl. de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer du 12 mars 2009 sous CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupantze c/ Arbeitsgemeinschaft* aff. jointes C-22/08 et C-23/08, Rec. p. I-4585, pt. 57.

demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné »⁶⁴⁸. Elle estime à cet égard que l'exigence d'une résidence pendant une certaine durée est apte à vérifier l'existence de liens entre les demandeurs d'emploi et le marché géographique du travail de l'État membre concerné, étant donné que le lien avec le marché du travail d'un État membre ne peut s'établir et être vérifié qu'après une certaine période de résidence sur le territoire où les intéressés cherchent un emploi⁶⁴⁹.

557. Quant aux aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants, la Cour admet qu'en vue d'éviter que l'octroi de telles aides aux étudiants provenant d'autres États membres ne devienne une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État, il est légitime pour un État membre de ne pas les octroyer « qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet État »⁶⁵⁰. Elle précise cependant qu'à la différence de ce qui est permis s'agissant des demandeurs d'emploi, les États membres ne peuvent pas exiger des étudiants concernés qu'ils établissent un lien avec leur marché du travail. Selon la Cour « dès lors que les connaissances acquises par un étudiant au cours de ses études supérieures ne destinent généralement pas celui-ci à un marché géographique du travail donné, la situation d'un étudiant sollicitant une aide visant à couvrir ses frais d'entretien n'est pas comparable à celle du demandeur d'une allocation d'attente accordée aux jeunes qui sont à la recherche de leur premier emploi ou d'une allocation de recherche d'emploi »⁶⁵¹. Elle reconnaît la légitimité de l'exigence d'une résidence préalable sur le territoire de l'État allocataire pendant une certaine durée comme critère de vérification du degré d'intégration suffisante des étudiants migrants. Cependant, elle sanctionne l'exigence que l'intéressé y soit « établi » au sens de la législation britannique, étant donné l'impossibilité pour les ressortissants d'autres États membres qui résident au Royaume-Uni aux fins d'études de satisfaire à une telle condition, quel que soit leur degré d'intégration réelle dans la société de l'État membre d'accueil. Cette restriction ne peut dès lors être justifiée au regard de l'objectif légitime de vérification du degré d'intégration des demandeurs d'aides dans la société. Elle vise plutôt à « exclure toute possibilité pour un ressortissant d'un autre État membre d'obtenir, en tant qu'étudiant, le statut de personne établie [...] et, par conséquent, de bénéficier du droit à l'aide couvrant ses frais

⁶⁴⁸ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, pt. 38, CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité, pt. 67. C'est nous qui soulignons.

⁶⁴⁹ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

⁶⁵⁰ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 57.

⁶⁵¹ *Ibid.*, pt. 58.

d'entretien »⁶⁵². Étant donné son caractère arbitraire, la condition d'être établi sur le territoire national est jugée disproportionnée.

558. Il en est de même en ce qui concerne l'exigence de la résidence sur le territoire à la date de l'introduction de la demande comme condition d'octroi des prestations pour les victimes civiles de guerre en cause dans l'affaire *Tas-Hagen*⁶⁵³. La Cour ne conteste pas l'aptitude d'une exigence de résidence pour assurer le lien de rattachement des demandeurs de prestations avec la société de l'État concerné. Cependant, l'exigence de la résidence *à la date de l'introduction de la demande de prestation* ne représente pas nécessairement le degré de rattachement du demandeur à la société qui lui témoigne ainsi sa solidarité. Exiger la résidence sur le territoire, non pas de manière préalable ni continue, mais uniquement à la date de la demande de prestation, implique que le lieu où les demandeurs résidaient antérieurement à la demande ou le changement ultérieur de résidence n'affectera pas le droit à la prestation litigieuse et son éventuelle exportabilité dans un autre État membre. Une telle condition de résidence est susceptible « de conduire à des résultats divergents pour des personnes établies à l'étranger et dont le niveau d'intégration dans la société de l'État membre qui octroie la prestation considérée est en tous points comparable »⁶⁵⁴. Un ressortissant national qui a vécu dans son État d'origine depuis sa naissance et notamment pendant la guerre et n'a décidé que récemment de résider dans un autre État membre ne sera plus éligible à la prestation de la même manière qu'une autre personne, avec le même degré d'intégration, qui continue à résider sur le territoire. Le fait qu'il ne réside pas sur le territoire national au moment de la demande n'efface pas pourtant le lien qu'il a entretenu avec la société de son État d'origine, ni le préjudice subi à cause de la guerre. Ainsi la condition de résidence, appréhendée de manière purement formelle, ne reflète pas réellement les liens que les individus peuvent entretenir avec la société. Le caractère disproportionné des conditions restrictives semble être établi dès lors qu'elles conduisent à traiter de manière moins favorable les citoyens migrants par rapport aux sédentaires, alors que leur niveau d'intégration est comparable. Dans ces conditions, une telle exigence n'est pas un signe suffisamment indicatif du rattachement des demandeurs de prestations à l'État membre débiteur.

559. L'examen de l'aptitude des conditions d'éligibilité à vérifier les liens de rattachement se fait *in abstracto* au regard de la nature et des objectifs des prestations en jeu. Les conditions

⁶⁵² *Ibid.*, pt. 61.

⁶⁵³ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, pt. 38.

d'éligibilité seront jugées disproportionnées si elles ne sont pas les critères appropriés pour vérifier les liens recherchés. Le contrôle de la nécessité desdites conditions s'apprécie *in concreto* compte tenu de la situation réelle des citoyens migrants.

B.) La prohibition des critères excessivement restrictifs

560. Pour satisfaire à l'exigence de proportionnalité, les législations nationales régissant l'octroi des prestations sociales ne doivent pas être appliquées de manière excessivement restrictive des droits des citoyens. Le principe de proportionnalité requiert, d'une part, une flexibilité et une adaptabilité des règles nationales abstraites aux situations concrètes des citoyens migrants (1), et d'autre part, le respect d'une certaine règle procédurale (2).

1.) Une exigence de flexibilité et d'interchangeabilité des conditions d'éligibilité

561. Tout en permettant pertinemment et adéquatement de vérifier l'existence de liens réels entre les citoyens migrants et l'État allocataire, les conditions que les États membres peuvent légitimement imposer à l'accès aux prestations de l'État providence doivent encore être appliquées d'une manière qui ne porte pas aux droits de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens une atteinte qui va au-delà de ce qu'exige l'objectif de vérification des liens.

562. La jurisprudence interprète l'exigence de proportionnalité dans ce sens que les critères choisis pour vérifier les liens entre les demandeurs de prestations et l'État allocataire doivent être non exclusifs, flexibles, et, réfutables. Est considérée ainsi comme disproportionnée, la législation nationale qui impose une condition unique et exclusive d'éligibilité aux prestations sociales, en écartant tout autre élément représentatif des liens entre les citoyens migrants et l'État allocataire. Dans l'affaire *D'Hoop*, la Cour juge que la législation nationale qui réserve le droit aux allocations d'attente aux seules personnes qui terminent les études secondaires dans un établissement se trouvant sur le territoire, ou qui sont à la charge des travailleurs migrants résidant en Belgique, ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité. La condition portant sur le lieu d'accomplissement des études privilégie indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement du demandeur d'allocations d'attente au marché géographique du travail de l'État membre concerné. Elle est trop générale et exclusive en vue de vérifier l'existence de liens avec le marché du travail de

l'État membre⁶⁵⁵. Quant à la condition d'avoir des parents travailleurs migrants qui résident sur le territoire national, si elle atteste certes d'un degré réel et effectif de rattachement au marché géographique du travail, elle s'avère toutefois trop restrictive et ne peut justifier le refus d'octroi de la prestation à l'intéressée. Cette dernière, quand bien même elle ne serait pas à la charge de travailleurs migrants résidant dans l'État allocataire, peut démontrer un lien réel avec le marché du travail de cet État, après un cycle d'études secondaires terminé dans cet État préalablement à la poursuite des études supérieures dans un autre État membre.

563. Dans l'arrêt *Geven*⁶⁵⁶, la Cour juge au contraire conforme à l'exigence de proportionnalité la législation nationale qui prévoit des conditions alternatives pour la démonstration de l'existence du lien recherché. La législation allemande subordonne l'octroi de l'allocation d'éducation à la condition que les bénéficiaires aient un domicile ou un lieu de résidence habituel en Allemagne, ou, à défaut, d'être liés par un contrat de travail prévoyant au moins 15 heures de travail par semaine. L'affirmation de la proportionnalité de la mesure nationale, eu égard à l'objectif de réserver la prestation à ceux qui, par le choix de leur domicile, ont établi un lien effectif avec la société allemande, repose principalement sur le fait que ladite législation ne traite pas la résidence comme critère exclusif d'évaluation de l'existence d'un lien et prend également en compte la contribution économique des individus. Selon la Cour, « il y a lieu de constater que le législateur allemand ne s'est pas limité à une application stricte de la condition de résidence pour l'octroi de l'allocation d'éducation, mais a admis des exceptions permettant aux travailleurs frontaliers d'en bénéficier aussi »⁶⁵⁷. Les options offertes par le droit national pour être éligibles aux allocations d'éducation, soit la résidence sur le territoire, soit l'exercice d'un travail d'au moins 15 heures par semaine, sont jugées conformes à l'exigence de proportionnalité⁶⁵⁸.

564. Le fait que le critère alternatif de l'établissement de liens, autre que la résidence, est explicitement prévu par la législation nationale en jeu dans l'arrêt *Geven* suscite cependant la question de savoir si, à supposer qu'une telle alternative n'aurait pas été prévue par la législation nationale, l'État membre serait tout de même tenu de prendre en compte d'autres

⁶⁵⁵ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité.

⁶⁵⁶ CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité. L'affaire concerne le refus d'une allocation d'éducation allemande à une ressortissante néerlandaise qui a travaillé en Allemagne pour un temps de travail hebdomadaire oscillant entre 3 et 14 heures, alors qu'elle résidait aux Pays-Bas.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, pt. 23.

⁶⁵⁸ Certains critiquent le contrôle relativement laxiste de la proportionnalité dans cet arrêt du fait que l'intéressée a effectué tout de même les heures hebdomadaires proches de 15 heures par semaine.

facteurs de rattachement, telle la contribution économique d'un non-résident, pour déterminer le droit aux prestations sociales des citoyens migrants. L'arrêt *Nerkowska*⁶⁵⁹ permet de répondre affirmativement à cette question. Dans cette affaire, la Cour juge disproportionnée à l'objectif légitime de vérifier l'existence de liens entre les bénéficiaires et la société de l'État membre allocataire, la législation qui impose la condition de résidence sur le territoire national pendant toute la période de versement de la prestation allouée aux victimes civiles de la guerre. La Cour ne conteste pas que la résidence constitue effectivement un critère de nature à révéler l'existence d'un rattachement des bénéficiaires d'une telle prestation avec la société de l'État⁶⁶⁰. Elle relève toutefois que, nonobstant sa résidence dans un autre État membre, le fait que l'intéressée possède la nationalité de l'État membre qui octroie la prestation et qu'elle y a vécu pendant plus de vingt ans, en étudiant et en travaillant peut suffire à établir des liens de rattachement suffisants de l'intéressée avec cet État. Dans ce contexte, refuser la prestation en question à l'intéressée du fait qu'elle ne réside pas pendant toute la période de versement sur le territoire sans prendre en compte la situation concrète de l'intéressée est considéré comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir un tel rattachement⁶⁶¹.

565. Le constat que la mesure nationale est disproportionnée ne découle pas du fait qu'*objectivement* la résidence n'est pas de nature à révéler le lien de rattachement, mais du fait que l'exclusivité de ce critère conduit à négliger *concrètement* d'autres facteurs représentatifs du lien de rattachement entre l'individu et l'État membre allocataire. En conséquence, les autorités nationales peuvent être amenées à prendre en compte les autres éléments qui attestent de l'existence de liens entre les citoyens migrants et l'État allocataire, même ceux qui ne sont pas prévus par la législation nationale, aux fins d'apprécier le droit aux prestations sociales des citoyens migrants. L'évaluation de l'existence d'un lien réel et effectif avec l'État allocataire repose sur un faisceau d'indices concordants. L'exigence de

⁶⁵⁹ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité.

⁶⁶⁰ L'avocat général Poaires Maduro considère au contraire que la condition de résidence pendant toute la durée du versement de la prestation ne paraît pas apte à établir l'existence d'un nécessaire lien de rattachement. « Pour mériter la reconnaissance et la solidarité nationales pour les souffrances endurées dont l'allocation de prestations porte témoignage, il suffit d'avoir été, en raison de sa nationalité et/ou de sa résidence, victime de répressions. C'est la qualité de victime comme membre, par sa résidence et/ou sa nationalité au moment des événements répressifs, de la société qui établit le lien de rattachement justifiant que celle-ci manifeste sa solidarité. Rien ne me paraît distinguer, au regard de l'objectif légitime de solidarité, un ressortissant polonais victime de déportation par le régime soviétique qui réside encore sur le territoire polonais et un autre ressortissant polonais victime de ladite déportation qui réside désormais dans un autre État membre » Concl. de l'avocat général Poaires Maduro du 28 février 2008 sous CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, pt. 23.

⁶⁶¹ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, pts. 41-43.

proportionnalité requiert une flexibilité dans la prise de décision à l’égard du droit aux prestations sociales des citoyens migrants dès lors que l’objectif recherché par la législation nationale peut être aussi atteint par d’autres voies. Le contrôle de la proportionnalité porte ainsi sur la manière dont les autorités nationales appliquent les législations nationales régissant l’octroi de prestations sociales aux cas concrets des citoyens, afin de s’assurer qu’une telle application ne soit pas « excessivement restrictive » des droits des citoyens, cela, compte tenu de leurs situations personnelles réelles. La question qui se pose n’est pas de savoir si une législation nationale régissant l’octroi de la prestation est, *abstraitemen*t, proportionnée à l’objectif légitime poursuivi, mais si cette législation, *appliquée d’une manière donnée aux situations concrètes des individus*, est proportionnée.

2.) Une exigence procédurale

566. Notons que dans certaines affaires, la Cour insiste également sur la dimension plus procédurale de la proportionnalité, en posant comme l’exigence de proportionnalité l’obligation pour les États membres d’observer certaines règles procédurales dans la prise de décision relative au droit aux prestations sociales des citoyens migrants. À l’occasion de l’arrêt *Collins*⁶⁶² la Cour précise que pour que la condition de résidence, en principe apte à vérifier le lien entre le demandeur de l’allocation de recherche d’emploi et le marché de l’emploi, soit considérée comme proportionnée, « son application par les autorités nationales doit reposer sur des critères clairs et connus à l’avance et la possibilité d’une voie de recours de nature juridictionnelle doit être prévue »⁶⁶³. Par la suite dans l’arrêt *Förster*, la Cour fait reposer, en partie, la proportionnalité de l’exigence de résidence ininterrompue d’une durée de cinq ans sur le fait que cette exigence se base sur des critères clairs et connus à l’avance. En permettant aux intéressés de connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations, son existence même est de nature à garantir un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence dans le cadre de l’octroi de bourses d’entretien aux étudiants⁶⁶⁴. Dans cette optique, le contrôle de proportionnalité constitue le moyen d’assurer une garantie procédurale aux citoyens dont les situations sont soumises à l’appréciation des autorités nationales. La

⁶⁶² CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

⁶⁶³ *Ibid.*, pt. 72. Dans l’espèce, même si la Cour n’a pas invalidé directement le test de résidence habituelle, elle souligne que ce test ne paraît pas se baser sur les critères suffisamment connus en avance faute d’être soumis à la définition législative.

⁶⁶⁴ CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité, pts. 56 et 57.

citoyenneté confère à cet égard aux citoyens migrants « un droit procédural d'avoir des droits » aux prestations sociales. La citoyenneté garantit une « égalité procédurale »⁶⁶⁵.

567. En conformité avec l'exigence de proportionnalité, les autorités nationales sont ainsi tenues à prendre en compte les situations personnelles des citoyens migrants, et plus spécifiquement leur état d'intégration et les liens de rattachement dont ils disposent avec l'État allocataire, en vue de déterminer leur droit de séjourner sur le territoire ou de bénéficier des prestations sociales à la charge de cet État. Les autorités des États membres peuvent en effet être amenées dans la pratique à adapter les règles abstraites préétablies aux situations particulières des individus. L'exigence de proportionnalité introduit un élément de souplesse dans le raisonnement juridique qui permet d'apporter une correction à la rigidité des textes. Elle laisse une plus ample marge de manœuvre au juge pour adapter le droit au cas d'espèce.

568. Force est de constater que le contrôle de la proportionnalité permet à la Cour d'encadrer et d'influer sur la manière dont les États mettent en œuvre leur pouvoir de limitation de l'accès à l'État providence par l'exigence de lien réel, sans dicter directement la solution substantielle⁶⁶⁶. L'exigence de proportionnalité peut à cet égard s'analyser comme un contrôle de « cohérence »⁶⁶⁷. Les États membres peuvent exiger les liens qu'ils estiment pertinents pour justifier l'extension de la solidarité aux migrants et définir les critères d'appréciation desdits liens. Le droit de l'Union exige toutefois qu'il existe une cohérence entre les liens recherchés et les moyens choisis pour les vérifier. En effet, en fonction de la nature des prestations objet du litige et du statut des demandeurs, l'exigence d'une condition d'éligibilité donnée, d'une intensité donnée, doit permettre réellement, pertinemment, et adéquatement de vérifier l'existence d'un lien spécifique entre les demandeurs avec cet État, sans restreindre les droits des citoyens au-delà de ce qui est nécessaire. À défaut d'une telle cohérence, il est possible de suspecter la volonté des autorités nationales, sous prétexte de poursuivre un objectif légitime, de discriminer les ressortissants d'autres États membres ou leurs propres ressortissants du fait qu'ils ont exercé ou exercent leur liberté de circulation et de séjour dans d'autres États membres. La législation nationale ne sera pas justifiée au regard d'une « considération objective indépendante de la nationalité des personnes concernées et

⁶⁶⁵ F. de Witte, «The end of EU citizenship and the means of non-discrimination», article précité, spé. p. 93.

⁶⁶⁶ C. O'Brien, «Real Links, Abstract Rights and False Alarms: The Relationship Between the ECJ's "Real Link" Case Law and National Solidarity», article précité, spé. p. 650.

⁶⁶⁷ Sur l'idée d'une exigence de « cohérence interne » voir L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, op.cit., p. 1-28, spé. p. 18.

proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »⁶⁶⁸ et est dès lors contraire au droit de l'Union. C'est sous cet angle qu'alors même qu'il ne vise pas en tant que tel à apprécier le caractère discriminatoire de la mesure, le contrôle de la proportionnalité peut permettre de déceler l'existence d'une discrimination dissimulée.

569. Au-delà de l'encadrement du processus de sélection des bénéficiaires de l'État providence, le principe de proportionnalité influe sur le degré d'ouverture de l'État providence par le contrôle de l'intensité des liens que l'État membre d'accueil peut exiger des citoyens migrants comme condition de leur inclusion dans la communauté nationale de solidarité.

Paragraphe II : La personnalisation du degré d'ouverture de l'État providence

570. L'accent placé sur les situations concrètes des individus conduit la Cour à apprécier la proportionnalité des mesures nationales restrictives des droits de libre circulation ou d'égalité de traitement des citoyens au cas par cas. Le refus d'octroi d'une prestation donnée en application des mêmes conditions d'éligibilité à deux individus peut être en conséquence jugé proportionné dans un cas et non dans un autre, compte tenu de situations spécifiques à chaque individu vis-à-vis de l'État membre allocataire. L'enjeu consiste dès lors à déterminer dans quelle circonstance, le refus d'octroi des prestations sociales aux citoyens migrants sera considéré comme disproportionné à l'égard de l'objectif légitime de sauvegarde de l'État providence.

571. La jurisprudence érige à cet égard le critère de « charge déraisonnable » (A) de même que celui de « lien de rattachement suffisant » (B) en critères d'appréciation de la proportionnalité des mesures nationales restrictives du droit à la solidarité sociale des citoyens migrants et, par-là, en critères de détermination de l'étendue de l'obligation de solidarité de l'État providence envers les citoyens migrants. Cette approche casuistique de l'examen de la proportionnalité conduit en pratique à neutraliser les dispositions législatives restrictives des droits de séjour et d'accès aux prestations sociales des citoyens migrants (C).

⁶⁶⁸ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, pt. 36.

A.) L'ouverture déterminée par la « raisonnableté de la charge »

572. L'existence d'une « charge déraisonnable » pour le système de protection sociale national est érigée par la jurisprudence en une limite à l'obligation de la solidarité des États membres envers les citoyens migrants inactifs, s'agissant de leur droit au maintien de séjour en cas de non satisfaction de l'ensemble des conditions économiques posées par le droit dérivé et leur droit d'accès aux prestations sociales nationales indépendamment de la nationalité ou de la résidence sur le territoire. Ce critère est dégagé pour la première fois à l'occasion de l'affaire *Grzelczyk*⁶⁶⁹. Cette affaire concerne le refus par l'autorité belge d'accorder le minimex, assistance sociale visant à assurer un minimum de moyens d'existence aux bénéficiaires, à un étudiant ressortissant français résident. L'intéressé a subvenu à ses besoins par des travaux à temps partiel durant les trois premières années de ses études universitaires en Belgique et a demandé à bénéficier de cette aide pour la dernière année au motif qu'il ne parviendrait plus à combiner travail et études à ce stade. Sa demande a été rejetée au motif qu'il n'avait pas la nationalité belge, ni la qualité de travailleur au sens du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011). Afin de justifier le refus des prestations sociales aux résidents impécunieux ressortissants d'autres États membres, les États invoquent l'article 4 de la directive 93/96 qui dispose que le droit de séjour en vertu de la directive demeure tant que les bénéficiaires de ce droit répondent aux conditions exigées. Le recours à l'assistance sociale atteste que l'intéressé ne remplit plus l'exigence de ressources suffisantes qui conditionne son droit de séjour et il est loisible aux autorités de l'État membre d'accueil d'y mettre fin. La révocation du droit de séjour prive de substance la question du droit à l'égalité de traitement de l'intéressé en matière de prestations sociales.

573. Force est de constater que, au-delà du droit au maintien de séjour des citoyens migrants inactifs sur le territoire de l'État membre d'accueil, ce qui est en jeu dans cette affaire c'est en fait la faculté pour cet État de refuser le droit à l'égalité de traitement en matière d'accès aux prestations sociales aux citoyens migrants par la révocation de leur droit de séjour suite à la demande d'assistance sociale, au motif qu'ils ne remplissent plus les exigences posées par les règles du droit dérivé. La Cour est saisie de la question délicate de l'articulation entre le droit des citoyens de circuler et séjourner librement entre les États membres sans à subir les discriminations à raison de leur nationalité, y compris en matière des droits sociaux, tel que

⁶⁶⁹ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité.

l'affirme la jurisprudence *Sala*⁶⁷⁰, et les limites imposées au droit de séjour des citoyens par le droit dérivé⁶⁷¹. En effet, nonobstant son élévation au rang du droit primaire, le droit de libre circulation et de séjour des citoyens n'est pas inconditionnel ; l'article 18 TCE (devenu 21 TFUE) renvoyant aux conditions prévues par les législations secondaires prises en application du traité. L'exercice par les citoyens inactifs et les membres de leur famille du droit de séjournier librement sur le territoire d'un autre État membre peut être subordonné, conformément à la directive 93/96 (codifiée et remplacée désormais par la directive 2004/38), aux conditions qu'ils disposent de ressources suffisantes et d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans cet État⁶⁷². D'après les textes de la directive, l'indépendance économique paraît conditionner à la fois l'obtention et le maintien du droit de séjour des citoyens inactifs. Selon son article premier, dont les termes sont communs aux trois directives des années 90, l'exigence des ressources suffisantes et d'une assurance maladie vise à éviter que les ressortissants communautaires inactifs « ne deviennent, *pendant leur séjour*, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil »⁶⁷³. Il est précisé, par ailleurs et notamment, que « le droit de séjour *demeure tant que* les bénéficiaires de ce droit répondent aux conditions prévues à l'article 1^{er} »⁶⁷⁴.

574. L'interprétation littérale de ces dispositions suggère que les États membres seraient en droit de révoquer ou de ne pas renouveler l'autorisation de séjour des citoyens qui ne répondent plus à l'ensemble des conditions prévues. La limitation du droit de séjour des citoyens serait admise par le traité, étant donné que l'article 21 TFUE lui-même soumet l'exercice du droit de libre circulation et de séjour des citoyens aux conditions prévues par le droit dérivé. À l'occasion d'un arrêt rendu en 1997, la Cour confirme que peut se voir refuser le droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre, une personne qui, contrairement aux exigences de la directive 90/365/CEE, ne bénéficiait pas d'une pension d'invalidité, de préretraite ou de vieillesse ou d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle

⁶⁷⁰ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité.

⁶⁷¹ La directive 2004/38⁶⁷¹ codifie et remplace désormais les directives 90/364, 90/365 et 93/96, relatifs au droit de libre circulation et de séjour des inactifs.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjournier librement sur le territoire des États membres, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77–123.

⁶⁷² Contrairement aux trois directives des années 90, la directive 2004/38 n'impose le respect de ces conditions que pour le séjour d'une durée supérieure à trois mois. Voir article 7, paragraphe 1, de la directive 2004/38.

⁶⁷³ C'est nous qui soulignons.

⁶⁷⁴ C'est nous qui soulignons. Voir l'article 3 de la directive 90/364 et l'article 4 des directives 90/365 et 93/96. La directive 2004/38, dans son article 14, paragraphe 2, réitère cette affirmation en posant que les citoyens de l'Union et les membres de leur famille ont un droit de séjour au-delà d'une durée de trois mois « *tant qu'ils répondent aux conditions posées* ».

d'un niveau suffisant pour qu'elle ne devienne pas, pendant son séjour, une charge pour l'assistance sociale de cet État⁶⁷⁵. De la même manière, appelée à apprécier la situation d'un indigent sans ressources logé dans un foyer de l'Armée du Salut qui recourt au système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil dans la jurisprudence *Trojani*⁶⁷⁶, la Cour reconnaît que le citoyen migrant inactif ne tire pas de l'article 21 TFUE le droit de séjournier sur le territoire d'un État membre dont il n'est pas ressortissant, faute de disposer de ressources suffisantes au sens de la directive 90/364. Un défaut de reconnaissance de ce droit ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par cette directive d'éviter une charge déraisonnable pour le système de protection sociale de l'État membre d'accueil.

575. Dans le cas d'espèce, vu la référence expresse du traité aux conditions et limitations prévues par le droit dérivé régissant le droit de séjour des citoyens, la Cour ne peut que confirmer la validité des exigences substantielles de ces textes du droit dérivé⁶⁷⁷. Elle constate que la directive 93/96 conditionne le droit de séjour des étudiants à la disposition de ressources suffisantes pour qu'ils ne deviennent pas une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil, et qu'elle n'exclut pas que cet État, estimant que l'étudiant ne remplit plus les conditions exigées, puisse prendre des mesures en vue de mettre fin à l'autorisation de séjour. Toutefois, la Cour affirme également que « de telles mesures ne peuvent en aucun cas devenir la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale de l'État membre d'accueil »⁶⁷⁸. S'appuyant sur le sixième considérant du Préambule de la directive 93/96, selon lequel les bénéficiaires du droit de libre circulation et de séjour ne doivent pas devenir une charge « déraisonnable » pour les finances publiques de l'État membre d'accueil, la Cour en déduit que la directive admet une « certaine solidarité financière » entre les ressortissants des États membres, « notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de

⁶⁷⁵ Voir CJCE, 4 novembre 1997, *Snares*, aff. C-20/96, précité, pt. 50.

⁶⁷⁶ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, précité.

⁶⁷⁷ Monsieur Dougan avance qu'il n'est pas toutefois exclu que le juge considère comme contraires au traité les législations européennes dont les conditions et limitations restreignent le droit de libre circulation des citoyens à tel point qu'elles affectent l'essence même de ce droit et équivalent à sa négation (Concl. de l'avocat général Cosmas du 16 mars 1999 sous CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, aff. C-378/97, précité, pt. 96), ou rendent son exercice impossible ou excessivement difficile (CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri c/ Land Baden-Württemberg*, aff. jointes C-482 et 493/01, Rec. p. I-5257). Voir M. Dougan, «The constitutional dimension to the case law on Union citizenship», article précité, spéc. p. 615.

⁶⁷⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, pt. 44.

séjour sont d'ordre temporaire »⁶⁷⁹. Elle conclut dans cette affaire à l'incompatibilité de la législation nationale avec le droit de l'Union.

576. L'arrêt *Baumbast*⁶⁸⁰ de 2002 s'inscrit dans la même ligne que son prédécesseur. Il concerne une remise en cause du droit de séjour d'un citoyen migrant et des membres de sa famille, non pas suite à leur demande *actuelle* du bénéfice de prestations sociales, mais plutôt en raison d'une demande *potentielle*, du fait qu'ils ne disposent pas d'une couverture sociale complète. La Cour considère que les limitations et conditions visées à l'article 18 TCE (21 TFUE) et prévues par la directive 90/364 sont justifiées par les intérêts légitimes des États membres d'éviter que les bénéficiaires du droit de séjour ne deviennent une charge « déraisonnable » pour leurs finances publiques⁶⁸¹. Cependant les autorités nationales sont tenues d'appliquer lesdites limitations et conditions dans les limites imposées par le droit de l'Union et conformément au principe de proportionnalité. Constatant que Monsieur Baumbast dispose de ressources suffisantes au sens de la directive 90/364, qu'il a travaillé et résidé légalement dans l'État membre d'accueil pendant plusieurs années avec les membres de sa famille, qu'il dispose pour lui et sa famille d'une assurance maladie complète dans un autre État membre de l'Union et qu'ils n'ont jamais eu recours au système de l'assistance sociale britannique, la Cour conclut que refuser à l'intéressé le bénéfice du droit de séjour, en vertu de l'application des dispositions de la directive 90/364, au motif que l'assurance maladie dont l'intéressé dispose pour lui et pour sa famille ne couvre pas les soins urgents au Royaume-Uni constitue « une ingérence disproportionnée »⁶⁸² dans l'exercice du droit de séjour que l'article 18 TCE (21 TFUE) reconnaît aux citoyens de l'Union.

577. Il ressort de ces deux arrêts que la volonté des États membres d'éviter que les bénéficiaires du droit de séjour ne deviennent une charge « déraisonnable » pour le système social national constitue un motif légitime de justification des restrictions au droit de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens. En même temps, la « raisonnabilité » ou non de la charge qui résultera du maintien du droit de séjour et de l'éventuel octroi des

⁶⁷⁹ *Ibid.*, pt. 44.

⁶⁸⁰ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, précité. Cette affaire porte sur le refus par l'autorité britannique de renouveler le permis de résidence à Monsieur Baumbast, un ressortissant allemand qui avait résidé au Royaume-Uni en tant que travailleur et avait été ensuite envoyé par ses entreprises allemandes pour des missions en Lesotho et en Chine. Sa demande a été rejetée du fait que lui et les membres de sa famille ne disposaient pas d'une assurance maladie pour les soins urgents administrés au Royaume Uni, alors qu'ils disposaient d'une assurance maladie complète en Allemagne où ils se rendaient pour se soigner et qu'ils n'ont jamais eu recours au système de protection sociale au Royaume-Uni.

⁶⁸¹ *Ibid.*, pt. 90.

⁶⁸² *Ibid.*, pt. 93.

prestations sociales au profit des citoyens migrants est érigée en un critère d’appréciation de la proportionnalité desdites mesures nationales.

578. L’accent mis par la Cour sur le qualificatif « déraisonnable » change fondamentalement la donne. En effet, l’interprétation littérale de l’article 1^{er} de la directive 93/96, qui pose que les conditions économiques imposées visent à éviter que l’octroi du droit de séjour des citoyens inactifs crée une « charge » pour les finances publiques de l’État membre d’accueil, paraît justifier d’écartier l’obligation de cet État de prendre en charge l’assistance sociale des ressortissants impécunieux d’autres États membres. L’obligation dégagée par la jurisprudence à partir du Préambule de la directive conduit au contraire à admettre une « certaine solidarité financière » entre les ressortissants des États membres. Il en résulte concrètement l’obligation de l’État membre de maintenir le droit de séjour et d’étendre éventuellement le bénéfice des prestations sociales aux citoyens migrants inactifs, dès lors qu’une telle mesure n’entraîne pas une charge « déraisonnable » pour les finances publiques de l’État membre d’accueil. Il ne suffit pas que le maintien du droit de séjour ou l’octroi des prestations sociales au profit des citoyens migrants indigents crée une « charge » pour l’État providence. Il convient encore que de telles mesures entraînent une « charge déraisonnable ».

579. Afin de justifier le refus de la solidarité sociale aux citoyens migrants, la charge incombe aux États membres de démontrer comment le maintien de leur droit de séjour ou l’octroi de la prestation à leur profit crée une charge déraisonnable pouvant affecter l’équilibre financier ou la viabilité de leur système social national. La détermination du caractère « raisonnable » ou non de la charge pour l’État providence que représentent le maintien du droit de séjour des citoyens migrants et l’octroi des prestations sociales à leur profit est dès lors décisive pour apprécier la légalité et la proportionnalité des mesures nationales restrictives du droit de libre circulation et d’égalité de traitement des citoyens⁶⁸³.

580. Premièrement, il ressort des arrêts examinés que l’existence d’une charge déraisonnable ne peut pas être déduite du seul fait que les citoyens migrants ne remplissent pas l’ensemble des conditions auxquelles les directives subordonnent leur droit de séjour sur le territoire de l’État membre d’accueil. La non-satisfaction de l’une des conditions prévues par les directives par les citoyens migrants ne pourrait justifier *per se* le retrait ou le non renouvellement de leur

⁶⁸³ Notons que la directive 2004/38 codifie la jurisprudence en érigeant le critère de charge déraisonnable en critère d’appréciation du droit au maintien de séjour des citoyens migrants ne remplissant les conditions de séjour requises. Voir le considérant 16 et l’article 14, paragraphe 1, de la directive.

droit de séjour, ou encore le refus du bénéfice des prestations sociales dans les mêmes conditions que les nationaux. En vue d'apprécier l'existence d'une charge déraisonnable, les autorités nationales sont tenues de prendre en considération les situations concrètes des intéressés. Les mesures prises pour mettre fin au séjour des citoyens migrants ne sont pas considérées comme proportionnées à l'objectif légitime d'éviter une charge déraisonnable pour les finances publiques de l'État membre d'accueil du seul fait que les citoyens migrants ne satisfont pas à l'ensemble des conditions économiques posées par les règles du droit dérivé. Les États membres sont tenus de prendre en compte les situations personnelles des citoyens migrants pour apprécier si le séjour auquel ces mesures mettent fin entraîne une charge déraisonnable pour l'État membre d'accueil. Si compte tenu des situations concrètes des intéressés, le maintien de leur droit de séjour ne crée pas une charge déraisonnable pour le système social de l'État membre, le retrait ou le non renouvellement du droit de séjour de citoyens serait, nonobstant la non-satisfaction de toutes les conditions prévues par les directives, disproportionné au regard de l'objectif d'éviter le déséquilibre financier du système d'assistance sociale nationale.

581. Deuxièmement, il paraît ressortir des arrêts *Grzelczyk* et *Baumbast* que la Cour prend en compte principalement l'importance de la charge financière qui résultera du maintien du droit de séjour ou de l'octroi des prestations d'assistance sociale au profit des citoyens migrants pour le système social national afin d'apprécier si une telle charge peut être considérée comme raisonnable. Si le besoin d'assistance sociale des citoyens migrants est limité dans l'importance ou dans la durée, la charge qu'ils représentent pour l'État providence sera considérée comme raisonnable. Dans l'affaire *Grzelczyk*, la Cour souligne en fait le caractère temporaire du besoin de l'étudiant migrant de recourir à l'assistance sociale de cet État. Il en est de même pour le défaut de couverture sociale complète pour Monsieur Baumbast et sa famille dans l'État membre d'accueil dès lorsqu'ils disposent d'une assurance sociale dans un autre État membre où ils se rendent pour se faire soigner.

582. Il convient de noter que l'appréciation de la proportionnalité des mesures restrictives des droits des citoyens effectuée dans ces arrêts s'écarte de l'approche habituelle de la Cour dans le domaine des libertés de circulation. Traditionnellement le test de proportionnalité vise à évaluer si la mesure nationale restrictive est apte à atteindre l'objectif légitime, tout en étant le moyen le moins restrictif de la liberté de circulation. Dans ces arrêts, toutefois, l'examen de la proportionnalité consiste à mettre en balance l'intérêt des citoyens à exercer leur droit de séjourner et à bénéficier d'une protection sociale durant un tel exercice, d'un côté, et, l'intérêt

des États membres à maintenir le bon fonctionnement et la viabilité du système de protection sociale national, de l'autre. Le caractère disproportionné de la mesure nationale résulte moins de son inaptitude à atteindre l'objectif recherché ou de l'existence d'un moyen moins restrictif pour y parvenir que du fait que les intéressés ne risquent pas de devenir une charge déraisonnable pour le système social de l'État membre d'accueil⁶⁸⁴.

583. Monsieur Hailbronner émet à cet égard des critiques en ce qui concerne le critère de charge déraisonnable. D'après l'auteur, il paraît difficile, voire impossible, pour les États membres de démontrer dans la pratique que l'octroi de l'assistance sociale à un citoyen migrant représente à lui seul une charge déraisonnable pour leur système de protection sociale. Si chaque octroi additionnel des prestations sociales représente une charge supplémentaire pour l'État providence, il est néanmoins difficile de démontrer que, pris individuellement, un recours d'un citoyen migrant à l'assistance sociale peut déstabiliser le système de protection sociale de l'État membre d'accueil. C'est l'addition des recours individuels à l'assistance sociale qui peut au final porter atteinte à l'équilibre financier du système social des États membres⁶⁸⁵.

584. L'avocat général Kokott⁶⁸⁶ soutient que les conditions auxquelles les directives subordonnent le droit de séjour des citoyens doivent être analysées en termes de prohibition contre « l'abus » de ce droit. Au regard de l'objectif de prévenir la pratique du « tourisme social », qui implique l'exercice du droit de libre circulation et de séjour dans le seul but de profiter d'une prestation sociale de niveau élevé dans un autre État membre, il convient d'apprécier si l'intéressé abuse de son droit de libre circulation et de séjour pour profiter des prestations sociales plus importantes dans l'État membre d'accueil. Dans les affaires commentées, Monsieur Grzelczyk a subvenu à ses besoins durant les trois premières années d'études. Monsieur Baumbast et sa famille n'ont jamais eu recours à l'assistance sociale dans le Royaume-Uni et se sont rendus en Allemagne pour se faire soigner. Les intéressés ne semblent pas abuser de leur droit de libre circulation dans le seul but de bénéficier des prestations sociales dans l'État membre d'accueil. Ils peuvent dès lors maintenir leur droit de séjour dans l'État membre d'accueil même si, *stricto sensu*, ils ne remplissent pas toutes les conditions de fond prévues par les directives.

⁶⁸⁴ C. Timmermans, «Lifting the veil of Union citizens' rights», in *Une communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, op.cit.*, p. 195-206, spéc. p. 201.

⁶⁸⁵ K. Hailbronner, «Union citizenship and access to social benefits», *CMLR*, 2005, p. 1245-1267, spéc. p. 1261.

⁶⁸⁶ J. Kokott, «EU citizenship -citoyens sans frontières ?», *European law lecture, Durham European law institute* (en ligne), article précité.

585. Quoiqu'il en soit, dans les arrêts rendus postérieurement, l'importance des liens de rattachement des citoyens migrants à l'État allocataire est érigée en critère d'appréciation de la proportionnalité du refus de la solidarité sociale aux citoyens migrants.

B.) L'ouverture proportionnelle aux liens de rattachement des citoyens migrants à l'État allocataire

586. Dans les arrêts postérieurs qui traitent de la légalité des refus des États membres d'octroyer les prestations sociales aux citoyens migrants en raison de leur nationalité ou de leur résidence hors du territoire, la Cour réitère l'affirmation selon laquelle il est loisible à tout État membre de veiller à ce que l'octroi des prestations sociales aux citoyens migrants « ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait conduire à une baisse générale du niveau global des prestations allouées par cet État »⁶⁸⁷, en réservant le droit aux prestations sociales aux citoyens migrants qui ont des liens de rattachement suffisants ou qui « ont démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet État »⁶⁸⁸.

587. Dans ce contexte, l'appréciation de la proportionnalité des mesures nationales refusant l'octroi des prestations sociales aux citoyens migrants consiste en quelque sorte à apprécier si de tels refus peuvent être considérés comme « raisonnables » compte tenu de l'état d'intégration ou des liens que les citoyens migrants ont créé et maintiennent avec l'État allocataire. L'appréciation de la raisonnableté de la charge repose sur l'importance des liens de rattachement ou sur le niveau d'intégration des citoyens migrants demandeurs de prestations dans l'État membre allocataire. À travers le contrôle de proportionnalité, il est en effet question d'examiner si l'exigence d'un lien de rattachement donné, qui conduit les autorités nationales à refuser l'octroi de la prestation au citoyen migrant, est excessive vus les liens que ce dernier entretient avec l'État membre. Une mesure nationale sera considérée comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour s'assurer de l'existence de liens entre les demandeurs de prestations et l'État allocataire, lorsque son application conduit à refuser l'octroi de prestations sociales aux citoyens alors même que ces derniers disposent des liens suffisants avec ledit État. Le juge est amené en effet à apprécier si, à l'égard d'une prestation donnée, les liens dont les citoyens disposent avec l'État membre suffisent à justifier leur droit à une telle prestation. Dans l'affirmative, le refus de leur accorder ladite prestation sera illégal ; au cas contraire, la restriction du droit à l'égalité de traitement des citoyens sera fondée.

⁶⁸⁷ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 56, CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité, pt. 42.

⁶⁸⁸ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité, pt. 57.

588. L'intensité des liens que les États peuvent exiger des citoyens migrants comme condition d'octroi d'une prestation donnée en conformité avec le principe de proportionnalité n'est cependant pas préalablement définie. La Cour ne précise pas à titre d'exemple la durée de résidence qui peut être imposée pour le bénéfice de telle ou telle prestation, et renvoie l'appréciation au juge et aux autorités nationales. Dans l'affaire *Collins* la Cour reconnaît que le lien avec le marché du travail d'un État membre ne peut s'établir et être vérifié qu'après une certaine période de résidence sur le territoire où les intéressés cherchent un emploi. Elle confirme la faculté de l'État de s'assurer de l'existence de liens entre les demandeurs d'emploi et son marché géographique du travail par la constatation que la personne en cause a, « pendant une période d'une durée raisonnable, effectivement et réellement cherché un emploi dans l'État membre en question » et qu'ils sont disponibles pour l'emploi. Toutefois, la Cour précise que la période de résidence requise « ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour que les autorités nationales puissent s'assurer que l'intéressé est réellement à la recherche d'un emploi dans le marché du travail de l'État membre d'accueil »⁶⁸⁹.

589. Parfois, il est possible de déduire de la jurisprudence l'intensité des liens exigibles qui peut servir de guide d'appréciation pour les autres cas. La Cour considère en effet dans l'arrêt *Bidar*⁶⁹⁰ que l'exigence de la résidence d'une durée de trois ans sur le territoire de l'État membre d'accueil est considérée comme proportionnée à l'objectif légitime de vérification d'un degré d'intégration des étudiants migrants demandeurs des aides d'entretien d'études dans la société de cet État. Il en résulte qu'après une résidence de trois ans ou plus, les citoyens migrants peuvent être considérés comme disposant d'un degré suffisant de rattachement avec l'État membre d'accueil pour justifier le droit au bénéfice des aides aux études octroyées par cet État dans les mêmes conditions que les nationaux.

590. Comme le remarque le Professeur Azoulai, l'examen de la proportionnalité par la jurisprudence n'est pas dépourvu de rationalité, mais elle repose sur une « rationalité complexe »⁶⁹¹ qui est « d'affaire d'espèce et d'équité »⁶⁹². L'étendue du droit d'accès à l'État providence des citoyens migrants repose sur la mise en balance entre, d'une part, l'importance quantitative ou la prolongation dans la durée de la charge financière que les citoyens migrants indigents représentent ou peuvent représenter pour le système de protection sociale national,

⁶⁸⁹ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité., pt. 72.

⁶⁹⁰ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité.

⁶⁹¹ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, op.cit.*, p. 1-28, p. 23.

⁶⁹² *Ibid.*

et, d'autre part le degré d'appartenance à l'État membre allocataire dont les citoyens migrants peuvent faire preuve par les liens de rattachement et la participation à la vie sociale de cet État. L'intensité du droit à la solidarité transnationale est proportionnelle à l'intensité des liens réels entre les citoyens migrants et l'État membre d'accueil et inversement proportionnelle à l'importance de la charge qu'ils représentent pour cet État. Plus sont importants les liens entre les citoyens et cet État, plus la charge qui résulte du maintien de leur droit de séjour ou de leur droit d'accès aux prestations sociales dispensées par cet État est susceptible d'être considérée comme raisonnable et justifiée.

591. Cette approche casuistique et individualisée de la proportionnalité conduit à une gradation nuancée du degré d'ouverture de l'État providence et de l'étendue du droit à la solidarité transnationale. À l'égard des citoyens migrants qui disposent de liens forts avec l'État membre d'accueil, notamment à travers une résidence de longue durée, l'étendue de leur droit à la solidarité de la part de cet État est importante. Leur droit de séjour est renforcé et ils peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable aux nationaux de l'État membre d'accueil en ce qui concerne la plupart des prestations⁶⁹³. Même s'ils ne satisfont pas aux conditions de ressources et d'assurance maladie exigées par la directive 2004/38, l'importance des liens qu'ils entretiennent avec l'État membre d'accueil rend la charge que représente le maintien de leur droit de séjour ou l'octroi de prestations sociales « raisonnable » et « acceptable ». L'exemple de cette catégorie de migrants est la requérante dans l'affaire *Sala*⁶⁹⁴. Même si la Cour n'avait pas à examiner l'existence de liens qu'elle entretenait avec l'État membre de résidence du fait qu'on était en présence d'une discrimination directe en raison de la nationalité, Madame Sala faisait preuve d'un degré d'intégration fort dans l'État membre d'accueil qui devient son centre d'intérêt, à travers la résidence depuis de longues années et l'emploi précédent. Un tel degré d'intégration et d'assimilabilité aux autres membres de la communauté nationale de solidarité permet de justifier son droit à l'allocation d'éducation dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État.

592. À l'opposé, les citoyens migrants qui viennent d'arriver ou qui ne séjournent que temporairement sur le territoire de l'État membre d'accueil, en tant que touristes ou destinataires de services transfrontaliers par exemple, n'ont pas ou n'ont qu'un droit très

⁶⁹³ L'exception faite pour les prestations directement liées à la nationalité. CJCE, 16 septembre 2004, *Baldinger*, aff. C-386/02, précité. Voir *infra*, Chapitre II, Section I, Paragraphe II.

⁶⁹⁴ CJCE, 12 mai 1998, *Sala*, aff. C-85/96, précité.

limité à la solidarité de l'État membre d'accueil. S'ils ont le droit de circuler et de séjournier sur le territoire de l'État membre de leur choix en vertu de l'article 21 TFUE, il est loisible pour l'État membre d'accueil, en cas de demande d'assistance sociale, de révoquer leur titre de séjour ou de ne pas le renouveler dès lors qu'en l'absence ou l'insuffisance de liens, le maintien de leur séjour et l'octroi d'une telle prestation sont susceptibles d'être considérés comme une charge « déraisonnable » pour l'État d'accueil. Ces citoyens n'ont pas en principe droit à l'égalité de traitement en matière de prestations non contributives basées sur la solidarité. À cet égard, la Cour affirme dans l'affaire *Collins*⁶⁹⁵ que l'État membre d'accueil est en droit de s'assurer de l'existence d'un lien suffisant entre le demandeur de l'allocation et son marché du travail par le fait que ce dernier recherche effectivement un emploi pendant une période raisonnable. Le fait que l'intéressé, un demandeur d'emploi ayant une double nationalité allemande et irlandaise, demande à bénéficier d'une allocation de recherche d'emploi au Royaume-Uni peu de temps après son arrivée, témoigne qu'il ne dispose que d'un lien relativement faible avec l'État d'accueil et son marché géographique de l'emploi, ce qui justifie la restriction de son droit d'accès aux prestations visant à faciliter l'accès au marché de l'emploi⁶⁹⁶.

593. Entre ces deux catégories, se trouvent les citoyens migrants qui ont un lien « intermédiaire » avec l'État membre. Ils disposent en fait d'un certain degré de liens de rattachement avec l'État membre d'accueil, notamment après une résidence d'une certaine durée sur le territoire de cet État. Ils maintiennent leur droit de séjour tant qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable et leur droit à l'égalité de traitement peut être limitée à certaines prestations et pour une certaine durée. Il ressort de la jurisprudence que l'importance de la charge sociale que ces citoyens représentent pour l'État providence est décisive pour apprécier la proportionnalité du refus de la solidarité qui leur est opposé⁶⁹⁷. C'est en raison du fait que Monsieur Baumbast a travaillé et résidé légalement dans l'État membre d'accueil

⁶⁹⁵ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

⁶⁹⁶ Remarquons toutefois que ces citoyens migrants peuvent bénéficier dans les mêmes conditions que les nationaux, en vertu des dispositions sur la citoyenneté et/ou celles relatives à la libre prestation des services, de certains avantages notamment ceux qui ne sont pas directement liés à la solidarité et accordés en une seule fois tels que le service de traduction dans la procédure devant la juridiction (CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, précité) ou l'entrée gratuite dans les musées (CJCE, 6 janvier 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-388/01, précité). Il doit en être de même pour les prestations de nécessité telles les soins urgents ou les prestations sociales visant à éviter le sans-abri ou la mort de faim.

⁶⁹⁷ En cas de présence des liens forts (justifiant l'assimilation quasi complète des citoyens migrants aux nationaux de l'État membre d'accueil), la charge, aussi importante soit-elle, est susceptible d'être considérée comme raisonnable ; en cas d'absence ou d'insuffisance de liens, le refus de la solidarité aux citoyens migrants peut être justifié, même si le coût réellement engendré sera faible.

pendant plusieurs années, qu'il dispose pour lui et sa famille de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète dans un autre État membre de l'Union et qu'ils n'ont jamais eu recours au système de l'assistance sociale britannique, que le refus de renouvellement du titre de séjour au motif que l'assurance maladie dont Monsieur Baumbast dispose pour lui et pour sa famille ne couvre pas les soins urgents dans l'État membre d'accueil est considérée comme une restriction disproportionnée de l'exercice du droit de séjour des citoyens. Monsieur Baumbast bénéficie du droit de séjour en vertu du traité même s'il ne remplissait pas l'ensemble des conditions posées par la directive parce qu'il a « presque » rempli ces conditions. De même, du fait que Monsieur Grzelczyk a résidé légalement sur le territoire britannique et a pu subvenir à ses besoins en exerçant des activités rémunérées durant ses trois premières années d'étude et ne demande à bénéficier de l'assistance sociale que pour sa dernière année, la Cour relève que le maintien de son droit de séjour, malgré la non-satisfaction de la condition de ressources, ne créera pas une charge déraisonnable pour le système de l'État membre d'accueil.

594. Cette approche casuistique et individualisée de la jurisprudence qui érige l'exigence d'une charge déraisonnable ou l'insuffisance des liens de rattachement en une nouvelle limite de l'obligation de l'ouverture de l'État providence repose en effet sur une interprétation jurisprudentielle neutralisant des dispositions législatives restrictives des droits de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens.

C.) Une neutralisation des dispositions législatives restrictives des droits des citoyens

595. Dans les affaires *Grzelczyk* et *Baumbast*, malgré le fait que les citoyens inactifs ne répondent pas à l'ensemble des conditions de fond posées par les directives⁶⁹⁸, les États membres ne peuvent pas pour autant, *discretionairement et automatiquement*, refuser ou mettre fin à leur droit de séjour, ni les exclure de l'accès aux prestations sociales. Conformément à l'exigence de proportionnalité, il incombe en pratique aux autorités nationales, au-delà de la constatation de non-satisfaction auxdites conditions, d'examiner les circonstances de chaque cas individuel et de s'interroger si la charge que les migrants présentent ou peuvent représenter pour les finances publiques de cet État peut être ou non considérée comme raisonnable. L'exigence de proportionnalité apporte à cet égard une correction au résultat que l'application mécanique des dispositions de la directive ou de la

⁶⁹⁸ L'insuffisance de ressources démontrée par le recours à l'assistance sociale de l'État membre d'accueil ou la non-possession d'une couverture sociale complète.

législation nationale aurait pu entraîner. Il en résulte en pratique un tempérament, voire une certaine neutralisation, de l'effet restrictif de ces textes sur le droit de séjour et d'égalité de traitement des citoyens inactifs⁶⁹⁹.

596. Le contrôle de la conformité des législations nationales prises en application du droit dérivé repose sur une approche dite « binaire »⁷⁰⁰ ou de « clivage »⁷⁰¹. La Cour accepte de soumettre au contrôle de proportionnalité les mesures nationales mettant en œuvre les dispositions de la directive en tant que limitation de l'exercice des libertés fondamentales des citoyens. Elle est ainsi amenée à apprécier les limites que le droit dérivé impose à la liberté de circulation des citoyens dans chaque cas individuel, sans devoir invalider directement les dispositions du droit dérivé. Le rattachement du droit de libre circulation et d'égalité de traitement au statut de citoyens leur confère le caractère fondamental et crée des obligations supplémentaires aux États membres dans l'application des conditions et limitations à leur égard. Les mesures restrictives du droit des citoyens, mêmes celles prises en application des dispositions du droit dérivé, sont appelées à se justifier au regard de la nécessité et de la proportionnalité à atteindre des objectifs légitimes. Il est noté que la méthode d'interprétation est novatrice. C'est la première fois que le principe de proportionnalité est appliqué aux législations de l'Union, non pas pour apprécier la compatibilité des règles du droit dérivé avec le traité, ni en tant qu'instrument d'interprétation, mais plutôt pour contourner les restrictions des droits des citoyens posées par les règles de droit dérivé, sans avoir à les invalider⁷⁰².

597. La soumission des mesures nationales qui se bornent à mettre en œuvre les règles du droit dérivé à l'examen de la proportionnalité, implique en effet un contrôle indirect des actes législatifs de l'Union. Il en résulte que même le législateur de l'Union n'est pas libre d'exclure de manière définitive certains bénéficiaires ou certains droits du champ d'application du traité. Les dispositions du droit dérivé devraient s'analyser plus comme une garantie minimale des droits que les citoyens peuvent opposer aux États membres ; si les citoyens répondent aux conditions posées par le droit dérivé, ils ont une garantie du droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre. Cependant, dans l'hypothèse où ils ne

⁶⁹⁹ Il est probable que tant que l'intéressé n'est pas privé de son permis de séjour ou n'a pas fait l'objet d'une mesure d'expulsion, il a le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux au regard de la prestation sociale, qui doit continuer à lui être accordée.

⁷⁰⁰ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136, spéc. p. 126 et s.

⁷⁰¹ M. Dougan, «The constitutional dimension to the case law on Union citizenship», article précité, spéc. p. 626.

⁷⁰² *Ibid.*

remplissent pas les conditions prévues par le droit dérivé, ils peuvent encore s'appuyer sur les dispositions du droit primaire pour faire examiner par le juge la légalité et la proportionnalité des mesures nationales restreignant leur droit de libre circulation et de séjour⁷⁰³.

598. Une partie de la doctrine critique vivement l'utilisation prétorienne de la citoyenneté et du principe de proportionnalité pour interpréter le droit dérivé contrairement à leurs termes et à leurs objectifs, et par-là, pour réécrire le droit dérivé⁷⁰⁴. Selon Madame Spaventa, si l'approche binaire, consistant à reconnaître aux citoyens la possibilité d'invoquer les dispositions du traité pour prétendre aux droits que le droit dérivé ne leur accorde pas, est « entièrement défendable du point de vue constitutionnel », cette jurisprudence est « plus problématique d'un point de vue politique puisqu'elle peut être perçue comme une interférence indue de la Cour dans un domaine qui devrait être réservé à la négociation politique »⁷⁰⁵. Les conditions et les restrictions prévues par les textes de droit dérivé traduisent en effet la volonté du législateur de limiter l'effet de la reconnaissance du droit général de libre circulation sur le budget social des États membres.

599. Toujours est-il que la citoyenneté resterait une coquille vide si les droits qui lui sont attachés restaient impraticables. L'obligation faite aux États membres de mettre en œuvre le droit dérivé conformément au principe de proportionnalité permet de préserver l'effet utile du droit de libre circulation et séjour et d'égalité de traitement reconnus aux citoyens, tout en maintenant la validité des dispositions du droit dérivé auquel renvoie le traité. Il est avancé que la tâche du législateur européen est de concrétiser les dispositions du droit primaire en édictant les règles du droit dérivé, par voie d'harmonisation ou de coordination des

⁷⁰³ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136, spéc. p. 128.

⁷⁰⁴ Voir K. Hailbronner, «Union citizenship and access to social benefits», article précité. Le maintien du droit de séjour des citoyens migrants, malgré l'insuffisance de ressources démontrée par le recours à l'assistance sociale de l'État membre d'accueil ou la non-possession d'une couverture sociale complète, équivaut selon l'auteur à un déni du droit des États membres de soumettre le droit de séjour en vertu de l'article 21 TFUE à des conditions et limitations pourtant autorisées par le droit dérivé. En plus la Cour s'appuie sur le préambule de la directive pour interpréter les limites posées dans le texte même de la directive pour lui donner une interprétation « forcée, voire détournée ».

Voir aussi J.-P. Lhernould, «L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne», *Dr. soc.*, 2001, p. 1103-1107, spéc. p. 1105.

⁷⁰⁵ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136, spéc. p.136.

législations nationales, en ce qui concerne les questions ou les domaines spécifiques⁷⁰⁶. La tâche de la Cour, en tant que gardienne et interprète du traité, la conduit à veiller à ce que les États membres ou le législateur, dans l'exercice de leur compétence, ne portent pas atteinte de manière excessive aux droits que les citoyens tiennent du traité, tout en cherchant à prendre en compte et à concilier les intérêts opposés.

600. Cette approche casuistique de la jurisprudence se caractérise par une attention plus grande envers les individus et les circonstances des affaires ayant donné lieu au litige au niveau national. Force est de constater que sa mise en œuvre est néanmoins susceptible de bouleverser le fonctionnement de l'administration nationale. D'un côté, l'approche personnalisée de la proportionnalité est susceptible d'influer sur la nature et l'intensité du contrôle juridictionnel des législations nationales par les juges nationaux en tant que juges de droit commun du droit de l'Union⁷⁰⁷. En effet, alors que les actes administratifs individuels font normalement l'objet de contrôles plus poussés prenant en compte les situations personnelles des intéressés, les actes législatifs d'application *erga omnes* font généralement l'objet de contrôles plus abstraits et une marge de discrétion plus grande est accordée au législateur. Toutefois, à partir du moment où le droit de l'Union exige la prise en considération par les autorités nationales des circonstances personnelles des individus lorsqu'elles appliquent une législation nationale pour que cette dernière soit considérée comme conforme au principe de proportionnalité, le contrôle juridictionnel de légalité des actes législatifs nationaux va se rapprocher de celui effectué à l'égard des actes administratifs individuels. En fonction des situations particulières des requérants, une législation nationale peut être ou non considérée comme compatible avec le droit de l'Union.

601. De l'autre côté, l'obligation faite aux autorités des États membres d'examiner les situations personnelles des intéressés dans chaque cas individuel pour déterminer leur droit au maintien du séjour ou au bénéfice des prestations sociales paraît peu compatible avec la nécessité pratique d'administration de masse où la prise de décision est basée sur des critères préétablis. Elle est susceptible de « conduire à suspendre et à réviser les conséquences d'un processus de décision préétabli pour tenir compte des coordonnées propres d'une situation

⁷⁰⁶ D. Damjanovic, «Comment on Vatsouras and Koupatantze v. ARGE of 4 June 2009, Joined cases C22/08 & C23/08», article précité, spéci. p. 856.

⁷⁰⁷ E. Spaventa, «Seeing the wood despite the trees? On the scope of union citizenship and its constitutional effects», article précité, spéci. p. 41 et s.

donnée »⁷⁰⁸. Le problème de sécurité juridique est aussi à envisager dès lors que les conditions du bénéfice des prestations sociales sont susceptibles d'être remises en cause. Le droit aux prestations sociales de chaque citoyen dépend de l'appréciation des autorités nationales dans ce sens qu'une situation peut être appréciée différemment selon les États membres, voire selon les différentes autorités.

602. Le législateur de l'Union intervient par la suite pour rationaliser la construction jurisprudentielle du droit de séjour et d'égalité de traitement des citoyens migrants dans l'État membre d'accueil, par une approche plus schématique et catégorique du degré d'ouverture de l'État providence.

SECTION II

UNE APPROCHE LÉGISLATIVE ABSTRAITE

603. La directive 2004/38 du 29 avril 2004⁷⁰⁹ régule désormais l'exercice de la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union ainsi que leur droit à l'égalité de traitement en matière d'accès aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil. Son objectif est de rassembler les dispositions législatives et solutions jurisprudentielles existantes, de simplifier et de clarifier le régime de libre circulation des citoyens. Elle s'inscrit à la fois dans la continuité et en réaction contre la jurisprudence; elle codifie les développements jurisprudentiels, tout en les circonscrivant à certains égards dans le souci de sauvegarder les intérêts nationaux.

604. À l'instar de la jurisprudence, la directive 2004/38 repose sur le principe de la solidarité progressive et proportionnelle aux liens de rattachement des citoyens migrants avec l'État membre allocataire. Néanmoins l'approche du législateur européen s'écarte de celle du juge, d'une part, quant à la détermination de l'intensité des liens suffisante pour justifier le droit aux prestations sociales des citoyens migrants, et, d'autre part, concernant la manière dont les liens sont exigés et évalués. Tandis que la jurisprudence s'appuie sur une approche casuistique et personnalisée du degré d'ouverture de l'État providence, le législateur subordonne le droit d'accès des citoyens migrants aux prestations sociales dans l'État membre

⁷⁰⁸ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, op.cit.*, p. 1-28, spé. p. 23.

⁷⁰⁹ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, précité.

d'accueil au critère unique d'une résidence préalable de cinq années sur le territoire de cet État (Paragraphe I). La Cour de justice accepte par la suite de revoir sa lecture du traité et s'aligne, en partie, sur les dispositions de la directive (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'ouverture subordonnée à l'acquisition du droit de séjour permanent

605. D'après la directive 2004/38, le droit à l'égalité de traitement en matière sociale des citoyens migrants peut être temporairement restreint jusqu'à l'acquisition par ces derniers d'un droit de séjour permanent suite à la résidence de cinq années consécutives sur le territoire (A). Auparavant, le droit aux prestations d'assistance sociale et aux aides aux études des citoyens migrants relève de l'appréciation discrétionnaire des autorités nationales compétentes (B).

A.) *L'ouverture complète aux « résidents permanents »*

606. L'innovation la plus marquante de la directive 2004/38 par rapport à ses prédecesseurs consiste dans la consécration, par son article 16, du droit de séjour permanent au profit des citoyens migrants, de même que des membres de leur famille ressortissants d'États tiers, qui résident sur le territoire de l'État membre d'accueil de manière ininterrompue depuis cinq ans. Cet article précise que « la continuité du séjour n'est pas affectée par des absences temporaires ne dépassant pas au total six mois par an, ni par des absences plus longues pour l'accomplissement d'obligations militaires ou par une absence ininterrompue de douze mois consécutifs au maximum pour des raisons importantes, telles qu'une grossesse et un accouchement, une maladie grave, des études ou une formation professionnelle, ou le détachement pour raisons professionnelles dans un autre État membre ou un pays tiers ». Une fois acquis, le droit de séjour permanent ne se perd que par des absences d'une durée supérieure à deux ans consécutifs de l'État membre d'accueil.

607. L'acquisition du droit de séjour permanent place inconditionnellement⁷¹⁰ les citoyens migrants économiquement inactifs dans une situation comparable aux nationaux de l'État

⁷¹⁰ La comparaison peut être faite avec la reconnaissance, en vertu de la directive 2003/109, du droit de résidence permanent aux ressortissants des États tiers qui résident de manière légale et ininterrompue pendant cinq ans sur le territoire d'un pays de l'Union. Une fois acquis le statut de résidents de longue durée, ils ont le droit à l'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux, notamment en matière d'accès à un emploi salarié et à une activité non salariée ; d'emploi et de travail ; d'éducation et de formation professionnelle, de reconnaissance de diplômes et bourses ; de protection sociale et de soins de santé ; d'assistance sociale ;

membre d'accueil quant au droit à la solidarité sociale de la part dudit État. D'un côté, leur droit de séjourner, au-delà de trois mois, sur le territoire de l'État membre d'accueil n'est plus subordonné aux conditions prévues à l'article 7 de la directive, à savoir qu'ils disposent pour eux et pour les membres de leur famille de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de leur séjour, et, d'une assurance maladie complète dans cet État. Ils bénéficient en effet d'une protection renforcée contre les mesures d'éloignement ; l'État membre d'accueil n'est plus en mesure de leur retirer le droit de séjour même s'ils recourent à l'assistance sociale ou ne disposent pas d'une assurance maladie complète. De l'autre côté, ils bénéficient, en vertu de l'article 24 de la directive, du droit à l'égalité de traitement en matière de prestations sociales avec les nationaux de l'État membre d'accueil, y compris à l'égard de l'assistance sociale et les aides d'entretien aux études. En somme, les citoyens migrants résidents permanents bénéficient d'une assimilation complète aux nationaux de l'État membre d'accueil en matière sociale et sont considérés comme faisant partie de la communauté nationale de solidarité.

608. Contrairement à l'approche casuistique de la jurisprudence, exigeant la prise en compte de tous les facteurs, même ceux qui ne sont pas prévus par la législation compétente mais qui peuvent attester de l'existence de tels liens entre les citoyens migrants et l'État membre allocataire, la directive érige le critère d'une durée de résidence en critère unique de vérification du niveau d'intégration suffisant des citoyens migrants dans la société de l'État d'accueil. La résidence consécutive de cinq ans sur le territoire de l'État providence devient un seuil exclusif et décisif du droit à la solidarité transnationale des citoyens migrants économiquement inactifs. La non-satisfaction à l'exigence d'une durée de résidence crée une présomption irréfutable de l'insuffisance du lien avec l'État membre allocataire. Les autorités nationales ne sont pas tenues de prendre en compte les autres éléments qui peuvent éventuellement démontrer l'existence de liens réels entre l'intéressé et l'État membre allocataire.

d'avantages sociaux et fiscaux et d'accès aux biens et aux services. Ils peuvent également exercer un droit de séjour dans un autre État membre différent de celui qui lui a délivré le statut.

L'obtention du statut de résident de longue durée est toutefois subordonnée à la condition que lesdits ressortissants d'un pays extérieur à l'Union fournissent la preuve qu'ils disposent, pour eux et pour leur famille de ressources stables et suffisantes pour subvenir à leurs besoins sans recourir au système d'aide social de l'État de résidence et d'une assurance maladie (article 5, paragraphe 1, a) de la directive). Voir Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23.1.2004, p. 44–53.

609. En effet, l'approche de la jurisprudence repose sur une vision selon laquelle l'« équité » est assurée à travers l'adaptation de la législation nationale à la réalité d'intégration des citoyens migrants. D'où l'exigence de la prise en considération, en conformité avec le principe de proportionnalité, des situations individuelles concrètes des citoyens, lesquelles peuvent ne pas refléter fidèlement ou entièrement les critères fixés par la législation nationale. La directive 2004/38 privilégie quant à elle la schématisation et la standardisation du processus d'évaluation des liens entre les citoyens migrants et l'État membre allocataire. Le critère de durée de résidence est considéré par le législateur comme équitable et approprié pour attester le degré d'appartenance suffisant des citoyens migrants justifiant le bénéfice des prestations non contributives. L'équité résulte d'un traitement uniforme des citoyens migrants quant au droit et à l'étendue du droit aux prestations sociales⁷¹¹.

610. Force est de constater cependant que l'exigence d'une résidence de cinq années constitutives comme preuve d'une intégration suffisante des citoyens migrants ressortissants d'autres États membres dans la société de l'État membre d'accueil repose sur une approche « tout ou rien » quant à l'ouverture de l'État providence.

B.) L'ouverture discrétionnaire avant l'acquisition du droit de séjour permanent

611. Si le droit de séjour sur le territoire de l'État membre autre que celui de la nationalité des citoyens pour une période allant jusqu'à trois mois est reconnu par l'article 6 de la directive à tout citoyen, de même qu'aux membres de sa famille qui l'accompagnent ou le rejoignent, sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, le séjour au-delà de trois mois reste soumis, selon l'article 7 de la directive, aux conditions de ressources et d'une assurance maladie. Avant l'acquisition par les citoyens migrants du droit de séjour permanent conformément aux dispositions de l'article 16 de la directive, il est en principe loisible à l'État membre d'accueil de prendre une mesure d'éloignement à l'égard des citoyens inactifs et des membres de leur famille ressortissants d'États tiers qui ne satisfont pas à l'ensemble des conditions économiques requises. Remarquons toutefois que l'article 14 de la directive prévoit que « le recours au système d'assistance sociale par un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement ». Ces derniers ont droit au

⁷¹¹ Voir L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, op.cit.*, p. 1-28, spéc. p. 23 et 24.

maintien du séjour tant qu'ils « ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil ». La directive codifie à cet égard la jurisprudence *Grzelczyk et Baumbast* qui encadre le pouvoir des États membres de révoquer ou ne pas renouveler le droit de séjour des citoyens migrants et des membres de leur famille ressortissants comme conséquence de leur demande, actuelle ou éventuelle, du bénéfice de prestations sociales. La possibilité pour les États de mettre fin à leur séjour est subordonnée au fait qu'ils sont devenus une charge déraisonnable pour l'État membre d'accueil. D'après le considérant 16 du préambule de la directive, l'État membre d'accueil devrait examiner si, dans ce cas, « il s'agit de difficultés d'ordre temporaire et prendre en compte la durée du séjour, la situation personnelle et le montant de l'aide accordée, afin de déterminer si le bénéficiaire constitue une charge déraisonnable pour son système d'assistance sociale et de procéder, le cas échéant à son éloignement ». Ces dispositions législatives s'inscrivent dans la ligne de la jurisprudence, compte tenu de l'exigence de la prise en compte des situations personnelles concrètes des citoyens migrants afin d'apprécier leur droit à la solidarité transnationale. Sur ce point le législateur donne son aval à la construction prétorienne du régime de protection sociale des citoyens migrants.

612. L'examen des dispositions de l'article 24 de la directive qui traite du droit à l'égalité de traitement des bénéficiaires du droit de séjour en vertu de la directive conduit toutefois à nuancer la première impression. Si le paragraphe premier de cet article affirme au profit des citoyens migrants le droit à l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil dans le domaine d'application du traité⁷¹², son paragraphe 2 y apporte immédiatement des dérogations. D'après le paragraphe 2, « 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 du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses

⁷¹² L'article 24, paragraphe 1, de la directive 2004/38 pose que « sous réserve des dispositions spécifiques expressément prévues par le traité et le droit dérivé, tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la présente directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État membre dans le domaine d'application du traité. Le bénéfice de ce droit s'étend aux membres de la famille, qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui bénéficient du droit de séjour ou du droit de séjour permanent ».

Concernant son champ d'application *ratione personae*, la question se pose quant à l'applicabilité aux citoyens migrants qui ne tiennent pas leur droit de séjour en vertu de la directive, mais en vertu du droit national ou international.

d'études ou de prêts, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non-salariés, les personnes qui gardent ce statut, ou les membres de leur famille »⁷¹³.

613. L'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 vise en effet deux situations juridiques ; à savoir le droit à l'égalité de traitement des étudiants migrants à l'égard des aides d'entretien aux études, sous la forme de bourses d'études ou de prêts, d'une part, et le droit des demandeurs d'emploi migrants de bénéficier des prestations d'assistance sociale dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État, d'autre part.

614. En ce qui concerne les aides octroyées aux étudiants, l'article 24, paragraphe 2, de la directive exempte l'État membre d'accueil de l'obligation de traiter de manière non discriminatoire les étudiants migrants, tant qu'ils n'ont pas acquis leur droit de séjour permanent, conformément à l'article 16 de la directive. Ainsi les étudiants ne peuvent pas solliciter les aides visées, avant que soit écoulée la période de cinq ans de séjour. S'agissant des ressortissants des États membres qui tirent leur droit de séjour en vertu de la directive aux fins de chercher un emploi sur le territoire d'autres États membres, l'article 24, paragraphe 2, autorise l'État membre d'accueil à leur refuser les prestations d'assistance sociale durant les trois premiers mois de séjour ou durant la période nécessaire à la recherche active d'un emploi⁷¹⁴. Une incertitude subsiste toutefois sur la limitation dans la durée de l'autorisation accordée aux États membres à restreindre le droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi ; soit il s'agit d'une autorisation sans limitation dans la durée, c'est-à-dire aussi longtemps qu'ils continuent à chercher un emploi, et ils ne pourraient pas prétendre aux prestations d'assistance sociale dispensées par l'État membre d'accueil qu'une fois qu'ils y retrouvent un emploi ; soit, à l'instar de ce qui se passe pour le droit aux aides d'entretien des étudiants, cet article renverrait tacitement au délai nécessaire à l'obtention du droit de séjour permanent, de sorte qu'après cinq années à compter de l'entrée sur le territoire de l'État membre, toute personne continuant à chercher un emploi pourrait avoir accès aux prestations en question⁷¹⁵.

615. Le paradoxe est que les citoyens inactifs se voient reconnaître un droit de séjour aux fins de rechercher un emploi ou de poursuivre des études sur le territoire d'un État membre autre

⁷¹³ Soulignés par nous.

⁷¹⁴ Cette dernière période correspondant, conformément à la jurisprudence *Antonissen*, à celle où ils sont en mesure de faire la preuve qu'ils continuent à chercher un emploi et qu'ils ont des chances réelles d'être engagés (voir CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89, précité).

⁷¹⁵ Voir Concl. de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer du 12 mars 2009 sous CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupatantze c/ Arbeitsgemeinschaft* aff. jointes C-22/08 et C-23/08, précité, pts. 51 et s.

que le leur, sans pourtant pouvoir prétendre à la solidarité de la part de l'État d'accueil dès lors que la directive ne leur garantit aucun droit aux prestations d'assistance sociale, ni aux aides d'entretien aux études avant l'acquisition du droit de séjour permanent. Il ressort de ces textes que le droit à l'égalité de traitement des citoyens migrants tel que l'envisage la directive repose sur une approche « tout ou rien ». Après l'acquisition du droit de séjour permanent, les citoyens migrants voient leur droit de séjour sécurisé et bénéficient de l'égalité de traitement en matière de prestations sociales avec les nationaux de cet État. Cependant, préalablement à l'écoulement de cinq années de résidence, la directive ne leur offre aucune garantie de protection sociale proportionnelle à leur état d'intégration. Avant l'acquisition du droit de séjour permanent, la sécurité du droit de séjour des citoyens est inversement proportionnelle à la probabilité qu'ils réclament la solidarité de la part de l'État d'accueil et d'être considérés comme présentant une charge déraisonnable. Quant au droit au bénéfice des prestations sociales dans les mêmes conditions que les nationaux, le poids à accorder aux liens de rattachement ou à leur intégration sociale relève de l'appréciation souveraine des autorités de l'État membre d'accueil. Le choix d'octroyer ou non les prestations sociales aux citoyens non actifs qui bénéficient d'un droit de séjour sur leur territoire en vertu de la directive relève de la discrétion des États membres. Ces derniers peuvent décider librement du droit d'accès aux prestations des résidents inactifs de même que de l'étendue de tel droit⁷¹⁶.

616. La dérogation prévue au principe d'égalité de traitement reflète sans conteste la volonté du législateur de l'Union de circonscrire la jurisprudence qui consacre un droit à l'égalité de traitement expansive en matière de prestations sociales au profit des citoyens migrants. Une telle limitation, de même que celles prévues aux articles 7, paragraphe 1, et, 14 paragraphe 2, de la directive, cherche à assurer la marge et la maîtrise des États dans la détermination du droit de séjour et du droit d'accès aux prestations sociales des citoyens migrants sur leur territoire. Il n'en demeure pas moins que les restrictions que la directive 2004/38 apporte au droit de libre circulation et de séjour et au droit à l'égalité de traitement des citoyens suscitent la question de leur compatibilité avec les dispositions du traité telles qu'interprétées par la jurisprudence. Il est également question de l'articulation des règles de la directive avec les dispositions du règlement de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale.

⁷¹⁶ D'après le 21^e considérant du Préambule de la directive, « l'État membre d'accueil devrait être *libre* de déterminer s'il entend accorder aux personnes autres que celles qui exercent une activité salariée ou non salariée, celles qui conservent ce statut et les membres de leur famille des prestations d'assistance sociale au cours des trois premiers mois de séjour, ou de périodes plus longues en faveur des demandeurs d'emploi, ou des bourses d'entretien pour les études, y compris la formation professionnelle, avant l'acquisition du droit de séjour permanent ». C'est nous qui soulignons.

617. En ce qui concerne son articulation avec le règlement n°883/2004, la question qui est susceptible de se poser est de savoir comment concilier la possibilité reconnue à un citoyen inactif de se prévaloir des dispositions du règlement n°883/2004 pour bénéficier des prestations sociales à caractère non contributif dans l'État membre de résidence, avec les exigences de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète auxquelles la directive 2004/38 subordonne leur droit de séjour sur le territoire de cet État⁷¹⁷. En effet, s'agissant des prestations de subsistance minimale qui relèvent de la catégorie des prestations spéciales à caractère non contributif, le règlement de coordination les exclut du principe de l'exportabilité et prévoit qu'elles sont servies par l'institution du lieu de résidence du bénéficiaire et à sa charge⁷¹⁸. Or, dès lors que l'octroi des prestations de subsistance est en principe subordonné à la condition que le demandeur dispose de ressources inférieures à un seuil minimum, est-ce que le fait que le citoyen migrant demande le bénéfice desdites prestations dans l'État membre d'accueil démontre qu'il ne satisfait pas à l'exigence de ressources posée par la directive ? Dans l'autre sens, est-ce que le fait que les citoyens migrants bénéficient en vertu du règlement des prestations de subsistance de la part de l'État membre d'accueil leur permet de satisfaire à la condition de ressources suffisantes posée par la directive 2004/38 ? La même question se pose à l'égard de la couverture maladie qui peut découler de la perception des prestations sociales dans l'État membre d'accueil ou peut être accordée en vertu du règlement n°883/2004. Dans l'affirmative, est-ce que l'application du règlement de coordination conduit à vider les conditions de ressources et de couverture maladie posées par l'article 7 de la directive 2004/38 de leur sens?

618. Alors même qu'ils sont destinés tous les deux à régir la situation des citoyens qui circulent au sein de l'Union et sont susceptibles de s'appliquer à la même situation⁷¹⁹, aucun des deux actes, adoptés le même jour, ne prévoit une règle d'articulation avec l'autre⁷²⁰. Certains auteurs soutiennent toutefois qu'il convienne d'articuler ces deux actes dans le sens

⁷¹⁷ Voir sur cette question J.-C. Fillion, «La citoyenneté de l'Union européenne et la coordination des régimes de sécurité sociale», *JTT*, 1999, p. 393-403, H. Verschueren, «European (Internal) Migration Law as an Instrument for Defining the Boundaries of National Solidarity Systems», *EJML*, 2007, p. 307-346, spé. p. 324 et s.

⁷¹⁸ Conformément à l'article 70 du règlement n°883/2004.

⁷¹⁹ A partir du moment où le champ d'application personnel du règlement n°883/2004 a été étendu de sorte à concerner potentiellement tous les citoyens de l'Union, assurés ou anciens assurés d'un ou de plusieurs États membres, indépendamment de l'exercice d'une activité professionnelle.

⁷²⁰ Il en est aussi de même pour leurs prédécesseurs à savoir les directives 90/364, 90/365, et 93/96 régissant le droit de libre circulation et de séjour des inactifs et le règlement n°1408/71.

favorable au droit de libre circulation des citoyens⁷²¹. D'après eux, le fait que les citoyens migrants indigents remplissent les conditions d'éligibilité aux prestations sociales non contributives de subsistance octroyées par l'État membre d'accueil devrait leur permettre de satisfaire à la condition de ressources à laquelle la directive 2004/38 subordonne leur droit de séjour sur le territoire de cet État. S'il en était autrement, le règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale, qui exclut l'exportabilité des prestations spéciales à caractère non contributif et prévoit qu'elles sont servies par l'institution du lieu de résidence du bénéficiaire et à sa charge⁷²², serait privé de son effet utile. En d'autres termes, refuser au citoyen migrant le droit de bénéficier des prestations de subsistance minimale dans l'État membre d'accueil (et éventuellement l'affiliation à la couverture maladie locale qui est souvent déclenchée de manière automatique suite à l'accès aux prestations non contributives) conformément au règlement de coordination, alors qu'il répond aux conditions exigées par la législation nationale pour se voir octroyer de telles prestations, seulement parce qu'un tel bénéfice permet au citoyen migrant de satisfaire aux conditions de séjour posées par la directive, revient à priver le principe du bénéfice des prestations de subsistance minimale dans l'État membre de résidence en vertu du règlement de son effet utile car il est impossible de l'obtenir. Une telle conception équivaudrait à faire primer les conditions restrictives de la directive sur le mécanisme de coordination de sécurité sociale du règlement ; il s'agirait de subordonner le droit au bénéfice des prestations spéciales à caractère non contributif dans l'État membre de résidence sur le fondement du règlement de coordination des systèmes de sécurité sociales à la satisfaction préalable des conditions de séjour prévues par la directive 2004/38. Or, la directive elle-même ne prévoit pas une telle règle ; son article 7 exige que le citoyen migrant dispose de ressources suffisantes pour lui et pour sa famille sans préciser la provenance de telles ressources⁷²³.

⁷²¹ J.-C. Fillon, «La citoyenneté de l'Union européenne et la coordination des régimes de sécurité sociale», article précité ; H. Verschueren, «European (Internal) Migration Law as an Instrument for Defining the Boundaries of National Solidarity Systems», article précité.

⁷²² Conformément à l'article 70 du règlement n°883/2004.

⁷²³ Monsieur Fillon avance que l'interprétation par la jurisprudence du règlement n°1408/71 semble pouvoir nous guider dans la recherche d'une solution. Dans la jurisprudence *Snares* de 1997, la Cour est invitée à statuer sur la légalité de l'article 10 bis du règlement n°1408/71, qui exclut les prestations spéciales à caractère non contributif du principe de la levée des clauses de résidence. La Cour considère que l'exclusion de l'exportabilité de telles prestations par le règlement n'est pas contraire à l'article 42 TCE (48 TFUE), même si elle peut entraîner la diminution des ressources des migrants comme résultat des diversités des législations sociales nationales. L'auteur souligne que, explicitement, cet arrêt confirme la validité du règlement malgré le fait que son application est susceptible de faire perdre au migrant ses ressources suite au transfert de la résidence dans un autre État membre du fait qu'il ne satisfera peut-être plus à la condition de ressources suffisantes exigée par la directive. En même temps, l'auteur soutient que, implicitement, cet arrêt confirme l'applicabilité du règlement de coordination à la fois à l'égard de la règle de non exportabilité de ces prestations spéciales et aussi, et c'est ce qui

619. Par ailleurs, compte tenu de leurs approches divergentes, la question se pose également quant à l'articulation de la limitation par la directive 2004/38 du droit à l'égalité de traitement en matière de prestations sociales des citoyens migrants avec la jurisprudence. Du point de vue méthodologique, la question se pose de savoir, si et jusqu'où, la Cour accepterait de procéder, au moyen d'examen de la proportionnalité des législations nationales mettant en œuvre la directive, au contrôle indirect de la conformité des dispositions de l'article 24 de la directive 2004/38 au regard des dispositions du traité consacrant le droit de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens telles qu'interprétées par sa jurisprudence. La doctrine souligne que la Cour s'appuyait déjà dans les arrêts *Grzelczyk* et *Baumbast*⁷²⁴ sur le contrôle de la proportionnalité afin de procéder à une interprétation « neutralisant » des conditions restrictives du droit de séjour et du droit à l'égalité de traitement des citoyens prévues par les trois directives de 1990. Il est soutenu que la Cour pourrait résoudre la tension entre les dispositions de l'article 24, paragraphe 2 de la directive et sa jurisprudence en recourant à la technique de contrôle juridictionnel indirect. En s'appuyant sur la hiérarchie des normes, la Cour peut exiger que les restrictions des droits des citoyens, même autorisées par les règles du droit dérivé, ne doivent pas être appliquées de manière à porter aux droits des individus une atteinte qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes des États membres⁷²⁵. Les dispositions de la directive doivent être interprétées à la lumière de la citoyenneté de manière à les rendre compatibles avec les règles du traité telles qu'interprétées par sa jurisprudence.

620. Du point de vue pratique, peut se poser un problème de l'abaissement du niveau de protection sociale des citoyens migrants sur le fondement de la directive. Suite à l'arrêt *Bidar*, l'exigence que les demandeurs des aides d'entretien litigieuses soient « établis » sur le

nous intéresse ici, à l'égard de la possibilité pour le migrant de bénéficier d'une nouvelle prestation dans l'État membre de résidence conformément à la législation de cet État, dont le niveau peut être différent de celles accordées par l'État quitté.

⁷²⁴ Dans les affaires *Grzelczyk* et *Baumbast*, la Cour impose aux autorités nationales d'appliquer les conditions et les limitations du droit de séjour des citoyens prévues par les trois directives de 1990 à la lumière du principe de proportionnalité. Dans ce sens qu'est interdit tout retrait « systématique » du droit de séjour des citoyens inactifs malgré la non satisfaction de l'ensemble des conditions de séjour. La révocation ne serait pas valide si compte tenu des situations concrètes des individus le maintien de leur droit de séjour ne présentait pas une charge déraisonnable pour l'État d'accueil.

Dans l'arrêt *Bidar*, la Cour a aussi fait une interprétation neutralisante de l'article 3 de la directive 93/96 qui exclut l'octroi des aides d'entretien aux étudiants.

⁷²⁵ En ce qui concerne l'exportabilité de prestations sociales, voir CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité, CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité. En ce qui concerne le droit d'égal accès dans l'État membre d'accueil, voir CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité.

territoire⁷²⁶ en vue d'être éligible aux bourses d'études a été supprimée de la législation contestée. La résidence préalable sur le territoire pendant la durée de trois ans est susceptible d'attester d'un degré d'intégration suffisant des étudiants migrants et de justifier leur droit auxdites aides d'entretien. Force est de constater qu'avant la fin de la période de cinq ans de résidence, la directive 2004/38 permet au contraire une différence de traitement à l'égard des citoyens migrants. La question se pose dès lors sur la possibilité que les États reviennent, sur le fondement de la directive, sur le seuil de protection préalablement établi par la jurisprudence. En effet, à la différence de la directive 2003/88 relative au temps de travail⁷²⁷, la directive 2004/38 ne prévoit pas la clause de non régression. L'article 37 de la directive qui s'intitule « Dispositions nationales plus favorables » se contente d'affirmer que « les dispositions de la présente directive ne portent pas atteinte aux dispositions législatives, réglementaires et administratives d'un État membre qui seraient plus favorables aux personnes visées par la présente directive ». Il se limite ainsi à reconnaître aux États membres la faculté d'utiliser ou de maintenir des critères plus favorables que celui des cinq ans de résidence prévu par l'article 24, paragraphe 2, sans pour autant les obliger à le faire.

621. Invitée à statuer sur la conformité avec les dispositions du traité des dérogations au principe de l'égalité de traitement prévues par la directive, la Cour de justice opte pour un ralliement de principe aux dispositions de la directive, tout en créant une dérogation limitative au principe de la directive.

Paragraphe II : L'alignement partiel de la jurisprudence sur la directive 2004/38

622. La subordination des législations sociales nationales au respect du principe de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens, de même que la consécration du mécanisme du lien réel comme instrument de régulation de l'accès aux prestations sociales des citoyens migrants, en complément ou à la place des critères nationaux d'inclusion, illustrent une « juridictionnalisation » croissante de la question sociale. Il en résulte en pratique un certain transfert du pouvoir de régulation de l'accès aux prestations sociales de l'État providence du

⁷²⁶ Et que pendant la période de trois ans, la résidence au Royaume-Uni ou dans les îles n'ait pas visé, entièrement ou principalement, à recevoir une éducation à plein temps.

⁷²⁷ L'article 23 de la directive 2003/88 dispose concernant le niveau de protection que « la mise en œuvre de la présente directive ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs ». Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO L 299 du 18/11/2003, p. 9-19. Le considérant 29 du Préambule de la directive prévoit toutefois que cette dernière ne devrait pas affecter les dispositions nationales plus favorables.

législateur au juge. La construction de la citoyenneté sociale par voie jurisprudentielle pose à certains égards un problème de légitimité politique et démocratique. Il est avancé que les juridictions devraient en principe s'abstenir de contrôler les choix du législateur et des États membres dans la sphère de la politique sociale et distributive en l'absence de compétence normative et de maîtrise des politiques qui sous-tendent de tels choix⁷²⁸. La Cour a été « accusée de mettre en avant sa propre vision du marché interne au détriment de choix politiques formulés par les institutions législatives nationales et européennes »⁷²⁹.

623. Après l'entrée en vigueur de la directive 2004/38⁷³⁰, la Cour revoit sa lecture des dispositions du traité en tenant compte de la position du législateur de l'Union, telle qu'elle est exprimée à travers les dispositions de la directive. Elle procède d'une part à un alignement de sa jurisprudence avec l'approche de la directive s'agissant du droit des étudiants migrants d'obtenir des aides d'entretien sous la forme de bourses d'études ou de prêts (A). Elle adopte d'autre part une interprétation conciliatrice des dispositions de la directive relatives au droit à l'assistance sociale des demandeurs d'emploi avec sa jurisprudence interprétant les règles relatives à la libre circulation des travailleurs, de manière à limiter l'effet restrictif de la directive sur le droit à l'égalité de traitement des citoyens migrants (B).

A.) L'arrêt Förster, ou le revirement de la jurisprudence Bidar

624. Dans l'affaire *Förster*⁷³¹, il est question de la validité du refus de l'État membre d'accueillir d'accorder une bourse d'entretien à un citoyen migrant avant l'écoulement de la durée de cinq ans de résidence ininterrompue. Madame Förster est une ressortissante allemande qui s'est installée aux Pays-Bas pour s'inscrire à une formation d'institutrice et à un baccalauréat en pédagogie. Elle a exercé pendant ses études plusieurs activités salariées et a bénéficié, en sa qualité de travailleur migrant, d'une bourse d'entretien en vertu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) durant cet exercice. Elle a interrompu ensuite ses activités pour se consacrer à ses études. Elle s'est vu réclamer

⁷²⁸ A. J. Menéndez, «European citizenship after Martinez Sala and Baumbast: Has European law became more human but less social?», in *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, L. Azoulai, M. Poiares Maduro (dir.), Oxford ; Portland: Hart Publishing, 2010, p. 363-393, spéc. p. 390.

⁷²⁹ E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136, spéc. p. 120.

⁷³⁰ La directive 2004/38 est entrée en vigueur le 30 avril 2006.

⁷³¹ CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité.

par les autorités néerlandaises le remboursement de la bourse versée pour la période postérieure à la cessation de ses activités rémunérées. La législation néerlandaise subordonne l'octroi de la bourse d'entretien aux étudiants ressortissants d'autres États membres qui n'ont pas la qualité de travailleur migrant à la condition qu'ils ont séjourné légalement aux Pays-Bas pendant une période ininterrompue d'au moins cinq ans. Cette durée correspond en fait à celle nécessaire à l'obtention du droit de séjour permanent en vertu de la directive 2004/38. Selon l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38, les États ne sont pas tenus d'accorder les aides d'entretien aux études aux ressortissants économiquement inactifs d'autres États membres avant qu'ils aient obtenu un droit de séjour permanent, à savoir après cinq années de séjour consécutif sur le territoire de l'État membre concerné.

625. La question cruciale consiste à savoir si, à l'égard du droit aux aides d'entretien d'études, le lien réel entre un citoyen migrant et l'État membre allocataire peut être établi avant l'acquisition du droit de résidence permanente en vertu de la directive 2004/38. Il ressort de l'arrêt *Bidar* que, même avant l'acquisition d'un droit de séjour permanent, les citoyens inactifs migrants peuvent prétendre au droit à l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil en matière d'aides aux études sur le fondement de l'article 18 TFUE, s'ils font preuve d'une intégration suffisante dans la société de l'État membre d'accueil. La Cour estime en fait que la résidence d'une durée de trois ans sur le territoire d'un État membre peut être considérée comme manifestant un « certain degré d'intégration » des étudiants migrants dans l'État membre d'accueil⁷³². Cependant, contrairement à l'arrêt *Bidar*, la Cour est amenée à statuer sur l'affaire *Förster* après l'entrée en vigueur de la directive 2004/38⁷³³. Elle doit dès lors articuler sa propre jurisprudence relative au droit d'accès aux prestations sociales transfrontalières des citoyens migrants sur le fondement des articles 18 et 21 TFUE avec les dispositions de la directive limitant le droit à l'égalité de traitement des citoyens. Le sort de l'intéressée dépend en effet de la façon dont les liens qu'elle dispose avec l'État allocataire sont évalués ; si l'approche personnalisée qui prend en compte tous les facteurs démontrant les liens entre les citoyens migrants et l'État allocataire, mêmes ceux qui ne sont pas prévus par la directive 2004/38, s'imposait, le refus de la bourse d'études à l'intéressée

⁷³² Elle juge au contraire non justifiée au regard de l'objectif légitime de vérification du niveau d'intégration des demandeurs d'aides d'entretien la condition d'être établi au sens du droit national, étant donné que la législation nationale exclut les ressortissants d'autres États membres qui résident sur le territoire aux fins d'études d'être considéré comme établis malgré l'intégration réelle.

⁷³³ Même si cette dernière n'était pas applicable aux faits de l'espèce.

pourrait être jugé comme disproportionné ; si l'approche abstraite de la proportionnalité mise en avant par la directive devait l'emporter désormais, un tel refus serait justifié.

626. Force est de constater que derrière la question de l'intensité des liens de rattachement ou du niveau d'intégration que les États membres peuvent exiger des étudiants migrants comme condition d'octroi des aides d'entretien, est en réalité en jeu dans cette affaire la question de la validité de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 au regard de la jurisprudence interprétant les dispositions du traité relatives au droit d'égalité de traitement des citoyens. Étant donné que la condition d'une résidence préalable d'une durée de cinq ans, à laquelle la législation nationale subordonne l'octroi des aides d'entretien aux étudiants, est posée en conformité avec les dispositions de la directive, l'examen de la légalité de ladite législation avec le traité amène la Cour à statuer en effet indirectement sur la légalité de la directive. La divergence des positions de l'avocat général et de la Cour témoigne d'une certaine manière de la délicatesse de cette affaire.

627. S'appuyant sur la jurisprudence *Bidar*, l'avocat général Mazák considère que l'exigence d'une résidence de cinq ans est disproportionnée au regard de l'objectif pour l'État membre d'accueil de s'assurer de l'existence d'un certain degré d'intégration des étudiants ressortissants des autres États membres sur son territoire. Tout en reconnaissant que les États membres sont autorisés à appliquer des conditions générales n'exigeant pas un examen individuel plus approfondi, il souligne que la jurisprudence de la Cour semble aussi indiquer que la condition imposée ne doit pas avoir un caractère si général de manière à priver systématiquement les étudiants migrants, quel que soit le degré réel de leur intégration dans la société, de la possibilité de poursuivre leurs études dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre d'accueil⁷³⁴. Or, la condition de résidence depuis au moins cinq ans dans l'État membre d'accueil a pour effet d'exclure du droit à l'égalité de traitement les étudiants qui peuvent avoir atteint un degré élevé d'intégration dans la société bien avant le terme de cette période. Tel est spécialement le cas des étudiants qui ont aussi exercé des activités professionnelles dans l'État membre d'accueil en plus de leurs études.

628. D'après lui, le fait que l'article 24, paragraphe 2, de la directive n'oblige pas les États membres à accorder une bourse d'études avant que l'intéressé n'ait acquis un droit de séjour permanent n'affecte pas une telle constatation. Il avance que la directive ne peut porter

⁷³⁴ Concl. de l'avocat général Mazák du 10 juillet 2008 sous CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, Rec. p. I-8507, pts. 129-130.

atteinte aux exigences qui découlent de l'article 18 TFUE et du principe général de proportionnalité. Une interprétation conciliatrice de la directive de manière à la rendre compatible avec les exigences du principe de proportionnalité est envisageable ; la résidence continue d'une durée de cinq ans sur le territoire de l'État membre d'accueil crée une présomption de l'intégration suffisante en faveur des citoyens migrants. Avant l'écoulement de la durée de cinq ans, l'article 24, paragraphe 2, de la directive n'exclut toutefois pas que les citoyens migrants démontrent qu'ils disposent d'un degré d'intégration suffisant dans la société de l'État membre d'accueil à travers d'autres indicateurs que la durée de résidence. Une période de cinq ans de résidence continue dans l'État membre d'accueil est « plutôt l'extrême limite dans laquelle il peut être toujours possible d'affirmer qu'un étudiant poursuivant des études dans un autre État membre n'a pas atteint un degré suffisant d'intégration dans la société de cet État pour satisfaire aux conditions requises pour bénéficier de l'égalité de traitement, telle que prévue à l'article [18 TFUE], quant à des prestations sociales comme les bourses d'études »⁷³⁵.

629. Pour sa part, se retranchant derrière l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38, la Cour affirme que l'exigence d'une résidence ininterrompue de cinq ans par la législation néerlandaise « ne peut pas être considérée comme excessive » au regard de l'intérêt légitime des États membres de rendre l'octroi des bourses d'études conditionnel à un certain degré d'intégration des étudiants migrants dans leur société. Par ailleurs, la Cour souligne que la condition de résidence d'une durée de cinq ans exigée par la législation nationale se base sur des critères clairs et connus à l'avance. En permettant aux intéressés de connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations, son existence même est 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 rendant la condition de résidence proportionnelle. La Cour précise toutefois que la constatation de la proportionnalité de la législation nationale « n'affecte pas la faculté des États membres d'octroyer, s'ils le souhaitent, des bourses d'entretien aux étudiants provenant d'autres États membres qui ne remplissent pas la condition de résidence d'une durée de cinq ans »⁷³⁶.

630. L'arrêt *Förster* suscite plusieurs réserves et interrogations compte tenu de l'ambiguïté qu'il contient et des écarts, non suffisamment motivés, par rapport à l'approche traditionnelle

⁷³⁵ *Ibid.*, pt. 132.

⁷³⁶ CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité, pts. 56-59.

de la Cour. Une interrogation naît tout d'abord à l'égard de l'admission par la Cour qu'une discrimination directe en raison de la nationalité puisse être justifiée au regard des considérations objectives légitimes, en principe applicables seulement aux discriminations indirectes⁷³⁷. Dans le cas d'espèce, la condition d'une durée de résidence n'est imposée en effet par la législation nationale qu'aux citoyens migrants ressortissants d'autres États membres. À l'instar de ce que suggère l'avocat général Mazák dans ses conclusions, pourrait-on considérer que la Cour a implicitement présumé que les nationaux d'un État membre disposent d'un lien véritable avec la société de cet État de sorte que la législation nationale contestée pourrait être considérée comme applicable à la fois aux nationaux et non-nationaux, quitte à confondre la qualification d'une discrimination et sa justification? Pourrait-on y voir, au contraire, une annonce de l'évolution vers l'abandon de la distinction entre discrimination directe-indirecte en ce qui concerne les justifications des restrictions de l'accès aux prestations de l'État providence, dans le sens de l'extension du régime jurisprudentiel de justification objective légitime aux discriminations directes ? De la même manière que la Cour admet d'exclure du champ d'application de l'article 18 TFUE les prestations « typiquement nationales »⁷³⁸, telles les prestations allouées aux anciens combattants ou victimes civiles de la guerre ou de la répression, la volonté de rendre compte des considérations solidaristiques et financières qui sous-tendent la fermeture de l'État providence justifierait probablement la généralisation des motifs de justification reconnus dans le cadre de la justification des discriminations indirectes à l'égard de la justification des discriminations directes.

631. Par ailleurs, et plus important, il est à remarquer que le test de la proportionnalité effectué dans cet arrêt paraît très laxiste, voire quasi formel, et s'écarte clairement de l'approche traditionnelle de la jurisprudence. En se référant spécifiquement aux dispositions de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38, la Cour semble fonder l'affirmation de la proportionnalité de l'exigence de la résidence d'une durée de cinq ans, notamment et simplement, parce qu'une telle exigence est permise par la directive. À cet égard, la Cour s'abstient d'examiner si, compte tenu de la situation concrète de l'intéressée, il existe d'autres indicateurs de son intégration dans la société de l'État membre, lesquels peuvent rendre le refus de lui octroyer une aide d'entretien disproportionné au regard de l'objectif de vérifier

⁷³⁷ Voir M. Dougan, «Equal treatment of migrant students as regards educational grants: A turning point for union citizenship?», *JCMS Annual review of the European Union*, 2008, p. 184-192.

⁷³⁸ A.P. van der Mei, «Union citizenship and the legality of durational residence requirement for entitlement to student financial aid», *MJECL*, 2009, p. 477-496, spé. p. 493.

l'existence d'un degré d'intégration suffisant. En d'autres termes, c'est parce que le législateur considère qu'une telle exigence d'une durée de résidence est proportionnelle, que la Cour l'affirme comme telle. Il est vrai que la Cour se réfère également à l'exigence de nature procédurale pour apprécier la proportionnalité de la mesure nationale, en insistant sur la nécessité que la condition restrictive du droit aux prestations sociales des citoyens soit appliquée par les autorités nationales sur la base de critères clairs et connus à l'avance. Cependant, comme l'observe Monsieur van der Mei, cet encadrement procédural ne permet pas de compenser le laxisme dans l'évaluation substantive de la proportionnalité. L'encadrement « procédural » est reposé sur une logique différente et ne permet pas de remplacer le contrôle « substantif », qui porte sur la concordance entre le moyen et l'objectif ainsi que sur l'obligation d'appliquer une mesure la moins restrictive au droit des individus pour atteindre l'objectif légitime.⁷³⁹.

632. Force est de constater que la Cour accepte de revenir à une évaluation plus abstraite des choix des législateurs européens et nationaux. Elle abandonne alors l'approche « personnalisée » ou « au cas par cas » de la proportionnalité pour se rallier à une approche « standardisée » de la directive. L'approche de la directive a effectivement le mérite de garantir la sécurité juridique car l'octroi des prestations se base sur un critère standardisé indépendamment de l'appréciation des autorités nationales. Il n'en reste cependant pas moins que la standardisation se fait au détriment de la prise en compte de la réalité des situations des citoyens migrants. Le choix d'un critère unique et exclusif de résidence d'une longue durée conduit à écarter et à négliger les autres facteurs d'intégration qui peuvent être tout autant pertinents⁷⁴⁰ ; tels l'exercice préalable des activités rémunérées sur le territoire de l'État membre d'accueil, la résidence préalable dans une zone proche de la frontière de l'État membre d'accueil, les liens familiaux, ou l'intention d'installation dans ledit État etc. Madame Förster paraît être en effet de bonne foi, sans chercher à exploiter indûment la générosité de l'État membre d'accueil. Si sa situation concrète avait été prise en compte, le refus des aides d'entretien qui lui a été opposé serait très probablement jugé disproportionné, étant donné qu'elle s'est intégrée dans la société de l'État membre d'accueil du point de vue à

⁷³⁹ *Ibid.*, spéc. p. 489. Il est aussi avancé que les exigences procédurales doivent s'analyser plus sous l'angle du principe de la protection juridictionnelle effective et de bonne administration que sous l'angle de la proportionnalité. Voir S. Prechal, «Free Movement and Procedural Requirements: Proportionality Reconsidered», *LIEI*, 2008, p. 201-216.

⁷⁴⁰ C'est plus précisément sur ce point que l'avocat général Mazák estime que la condition unique de résidence d'une durée de cinq ans est disproportionnée. Concl. de l'avocat général Mazák du 10 juillet 2008 sous CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité.

la fois professionnel et personnel⁷⁴¹. À cet égard, la Cour « légitime le fait que les aides aux étudiants soient limitées à ceux qui ont un lien économique avec le pays, parce qu'ils sont eux-mêmes économiquement actifs ou parce qu'ils sont les enfants de citoyens économiquement actifs, et à ceux qui ont établi un véritable lien avec le pays d'accueil par un séjour très prolongé »⁷⁴².

633. Le ralliement de la Cour aux dispositions du droit dérivé donne satisfaction à une partie de la doctrine qui prône une plus grande déférence jurisprudentielle envers la volonté du législateur. Il est soutenu que dès lors que le droit dérivé a été adopté dans un domaine donné, la légalité d'une mesure nationale discriminatoire ou restrictive de la liberté de circulation doit s'apprécier d'abord et avant tout au regard du droit dérivé plutôt que des dispositions du traité. Une fois que le législateur européen a fait un choix politique, après avoir mis en balance les intérêts de l'Union et ceux des États membres, la Cour de justice devrait respecter ce choix. La Cour ne devrait intervenir pour remettre en cause indirectement la validité de la mesure nationale prise conformément à la législation du droit dérivé que si ce choix du législateur était « manifestement inapproprié »⁷⁴³. La citoyenneté de l'Union et le test de la proportionnalité ne devraient pas constituer le prétexte pour réécrire le droit dérivé⁷⁴⁴.

634. Il en résulte concrètement que le droit à des allocations d'entretien peut être désormais limité aux personnes ayant résidé depuis au moins cinq ans dans l'État d'accueil. La conséquence concrète de cet arrêt consiste dans la validité de l'exclusion, par l'État membre d'accueil, de la plupart des étudiants migrants du bénéfice des bourses d'entretien pendant leur séjour d'études, vu que la durée des formations est en général inférieure à cinq ans⁷⁴⁵. La Cour précise effectivement que le seuil prévu par la directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres octroient des bourses d'entretien aux étudiants provenant d'autres États membres qui ne remplissent pas la condition de résidence d'une durée de cinq ans. Mais le choix des conditions plus favorables est laissé à la discrétion des États membres. Dans ce

⁷⁴¹ Le fait d'avoir exercé des activités rémunérées, l'intention de rester au Pays-Bas

⁷⁴² E. Spaventa, «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, op.cit., p. 119-136, spéc. p.134.

⁷⁴³ M. Dougan, «The constitutional dimension to the case law on Union citizenship», article précité, spéc. p. 618 et s.

⁷⁴⁴ K. Hailbronner, «Union citizenship and access to social benefits», article précité, spéc. p. 1251.

⁷⁴⁵ Cette restriction du droit à l'égalité de traitement en matière d'aides pour les étudiants dans l'État membre d'accueil peut être relativisée dans le contexte où la Cour met un accent plus important sur la responsabilité de l'État membre d'origine, à travers l'admission de droit d'exportabilité plus important des prestations financières octroyées aux étudiants. Voir CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. C-11/06, précité.

contexte, une question se pose quant à l'avenir du mécanisme du lien réel et de l'approche personnalisée de la proportionnalité, tout au moins à l'égard du droit aux prestations allouées aux étudiants ; dès lors que le concept de lien réel n'équivaut qu'à la période de résidence exigée par la directive pour l'acquisition du droit de résidence inconditionnel, est-ce que ce concept a toujours une raison d'être ?

635. La question cruciale est de savoir si l'arrêt *Förster* est susceptible d'avoir un impact qui va au-delà du domaine des aides octroyées aux étudiants. En effet, la divergence entre la jurisprudence relative au droit d'accès aux prestations sociales des citoyens et les dispositions du droit dérivé existe à l'égard de plusieurs prestations. Elle ne se limite d'ailleurs pas au droit à l'égal accès des citoyens migrants non-nationaux aux prestations dans l'État membre d'accueil, lequel est régi par la directive 2004/38. Cette nécessité de conciliation existe également en ce qui concerne le droit d'exportabilité à la charge de l'État membre d'origine régulé par le règlement de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale⁷⁴⁶. Est-ce que l'arrêt *Förster* annonce un revirement de tendance jurisprudentielle et l'évolution vers un plus grand respect des mécanismes de régulation de l'accès à l'État providence tels que définis par les instances politiques ? Ou convient-il de circonscrire son impact au domaine des aides accordées aux étudiants compte tenu de la particularité de la mobilité éducationnelle où la plupart du temps les étudiants migrants se rendent dans l'État membre d'accueil et y restent seulement pendant la durée de leurs études⁷⁴⁷? Il est en effet difficile de tirer une conclusion générale sur la base d'un seul arrêt, quoique significatif dans le domaine des aides aux étudiants, sur le droit d'accès transfrontalier aux prestations sociales des citoyens migrants.

636. L'arrêt *Förster*⁷⁴⁸ a jugé compatible avec les articles 18 et 21 TFUE la limitation conformément à l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 de l'accès des citoyens migrants aux aides d'entretien. Néanmoins, reste à résoudre la question de la validité de la restriction du droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi migrants en matière d'assistance sociale. Face à la question de la généralisation de la portée de la jurisprudence

⁷⁴⁶ En ce qui concerne l'exportabilité de prestations sociales, voir CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité (allocation de chômage), CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité (allocation d'incapacité). En ce qui concerne le droit d'égal accès dans l'État membre d'accueil, voir CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité (allocation de recherche d'emploi).

⁷⁴⁷ Ils n'ont pas contribué préalablement au financement de l'éducation et des aides d'entretien de l'État membre d'accueil à travers les impôts, ni leurs parents, sans la garantie de la contribution future compte tenu de la possibilité de départ. Leur contribution à l'économie de l'État membre d'accueil est seulement indirecte à travers les impôts de consommation.

⁷⁴⁸ CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, précité.

Förster à l'égard du droit à l'assistance sociale des citoyens migrants, l'arrêt *Vatsouras* n'en apporte qu'une réponse partielle. Il se limite à écarter l'application de la disposition restrictive de la directive à l'égard de certaines prestations au profit des demandeurs d'emploi.

B.) L'arrêt Vatsouras, ou l'interprétation conciliatrice de la jurisprudence Collins et la directive 2004/38

637. La question de la conformité de la limitation du droit à l'assistance sociale des demandeurs d'emploi prévue par l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 avec le traité se pose à l'occasion de l'affaire *Vatsouras*⁷⁴⁹. Deux ressortissants grecs résidant en Allemagne ont exercé auparavant dans cet État une activité professionnelle contre une rémunération faible et pour une durée relativement courte. Après avoir perdu involontairement leur travail, ils ont bénéficié d'une assistance sociale pendant un certain temps. Leur droit aux prestations sociales a été ensuite retiré sur le fondement du code allemand de la sécurité sociale, qui exclut expressément du bénéfice des prestations en faveur des demandeurs d'emploi « les ressortissants étrangers dont le droit de séjour découle exclusivement de l'objectif de recherche d'un emploi ainsi que les membres de leurs familles »⁷⁵⁰. La disposition du droit allemand est en effet adoptée conformément à l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38, qui dispose que « 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) »⁷⁵¹. Conformément aux arrêts *D'Hoop*, *Collins* et *Ioannidis*⁷⁵², les ressortissants d'un État membre qui se rendent sur le territoire d'un autre État membre afin d'y chercher un emploi relèvent du champ d'application de l'article 45, paragraphe 2, du traité FUE et peuvent prétendre au droit à l'égalité de traitement s'agissant des prestations sociales de nature financière visant à faciliter l'accès au marché de l'emploi à partir du moment où ils démontrent un lien réel avec le marché géographique du travail de l'État membre d'accueil. D'après ces arrêts, un tel lien est considéré comme établi si les citoyens recherchent effectivement et réellement un emploi dans l'État membre d'accueil pendant une période raisonnable. Saisie de la question de la conformité de la législation nationale avec le traité, la

⁷⁴⁹ CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, précité.

⁷⁵⁰ L'article 7, paragraphe 1, du livre II du code allemand de la sécurité sociale.

⁷⁵¹ Les demandeurs d'emploi peuvent en effet maintenir le droit de séjour en vertu de la jurisprudence *Antonissen* sur le territoire de l'État membre d'accueil tant qu'ils sont en mesure de faire la preuve qu'ils continuent à chercher un emploi et qu'ils ont des chances réelles d'être engagés.

⁷⁵² CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, précité, CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, précité, CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, aff. C-258/04, précité.

juridiction nationale interroge la Cour sur la validité de ladite disposition de la directive avec les articles 18 et 45 TFUE.

638. L'avocat général Colomer propose d'interpréter les dispositions de l'article 24, paragraphe 2, de la directive conformément à la jurisprudence relative au droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi migrants. Il commence par réfuter l'interprétation de la juridiction nationale de renvoi selon laquelle cet article autorise le refus *per se* de l'égalité de traitement en matière d'assistance sociale aux demandeurs d'emploi migrants durant toute la période où ils cherchent un emploi sur le territoire de l'État membre d'accueil, ou, jusqu'à ce qu'ils obtiennent le droit de séjour permanent, à l'instar de l'approche validée par la jurisprudence *Förster* s'agissant du droit des citoyens inactifs et des membres de leur famille aux aides d'entretien aux études. Il fait prévaloir au contraire une interprétation restrictive des dispositions de la directive en conformité avec l'interprétation prétorienne des dispositions du traité, ce qui permettrait de confirmer la validité de la directive. En effet, lu à la lumière de la jurisprudence de la Cour, cet article permet l'accès des demandeurs d'emploi qui établissent un lien réel avec l'État membre d'accueil aux prestations sociales qui visent à faciliter l'insertion des bénéficiaires dans le marché du travail de cet État, tout en laissant aux autorités des États membres la faculté de définir les critères d'appréciation de l'existence d'un tel lien, à condition que ces critères ne soient pas discriminatoires.

639. En empruntant toutefois un chemin différent de son avocat général, la Cour aboutit également à la conclusion de la validité de l'article 24, paragraphe 2, de la directive en ce qui concerne la limitation du droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi. Affirmant qu'il est nécessaire d'interpréter la dérogation prévue à l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 en conformité avec l'article 45, paragraphe 2, du traité FUE, la Cour pose que « ne sauraient être considérées comme « prestations d'assistance sociale », au sens de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38, les prestations de nature financière qui, indépendamment de leur qualification dans la législation nationale, sont destinées à faciliter l'accès au marché du travail »⁷⁵³. Il en résulte dès lors la non-applicabilité des dispositions restrictives du droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi de l'article 24, paragraphe 2, de la directive aux prestations financières qui visent à faciliter l'accès au marché du travail. Ce constat amène la Cour à affirmer la conformité de cet article avec l'article 45, paragraphe 2, TFUE, tel qu'interprété par la jurisprudence *Collins*. En d'autres

⁷⁵³ CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, précité, pt. 45.

termes, dès lors que la dérogation prévue par la directive n'affecte pas le droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi migrants en matière de prestations destinées à faciliter l'accès à l'emploi, elle n'est pas entachée d'invalidité.

640. Force est de constater que la Cour neutralise la contradiction entre la directive et sa jurisprudence par une interprétation restrictive de l'exception au principe d'égalité de traitement prévue par la directive. La Cour joue sur la qualification des prestations qui relèvent de « prestations d'assistance sociale » au sens de l'article 24, paragraphe 2, de la directive, en excluant de cette catégorie les prestations de nature financière destinées à faciliter l'accès au marché de l'emploi. L'exclusion de ces prestations du champ d'application de la directive implique en conséquence l'applicabilité du mécanisme du lien réel et de l'appréciation personnalisée de la proportionnalité des mesures nationales. Une telle interprétation conciliatrice permet de limiter l'effet restrictif de la directive sur le droit à l'égalité de traitement des demandeurs d'emploi à un champ précis. Seules sont soumises au régime de la directive et peuvent être refusées aux citoyens migrants qui n'ont pas la qualité de travailleurs ou qui n'ont pas obtenu le droit de séjour permanent sur le territoire, les prestations d'assistance sociale qui ne sont pas de nature à faciliter l'accès au marché de l'emploi. Les demandeurs d'emploi migrants ont ainsi droit à la prise en considération de leur contribution à l'économie de l'État membre d'accueil et d'autres liens de rattachement avec cet État avant la fin du délai de cinq ans de résidence à l'égard des prestations de nature à faciliter l'accès à l'emploi.

641. La distinction entre les prestations d'assistance sociale et les prestations de nature à faciliter l'accès à l'emploi est cruciale pour déterminer l'applicabilité de la dérogation au principe d'égalité de traitement prévue à l'article 24, paragraphe 2, de la directive. Il ressort de l'arrêt *Vatsouras* que pour apprécier si une prestation a pour objectif de faciliter l'insertion de ses bénéficiaires dans le marché du travail, il convient de prendre en compte les résultats visés et non la structure formelle de la prestation. Les autorités des États membres seront en effet amenées à analyser les éléments constitutifs de chaque prestation en fonction de ses objectifs socio-politiques pour apprécier si elle a pour but la réintégration des bénéficiaires dans le marché du travail. Quelques réserves ont été émises par la doctrine à l'égard de la distinction opérée par la jurisprudence. On souligne tout d'abord les difficultés pratiques de la distinction en l'absence de définition de l'assistance sociale au sens de l'article 24, paragraphe

2, de la directive 2004/38⁷⁵⁴. On peut également légitimement poser la question de savoir s'il existe des prestations octroyées aux demandeurs d'emploi qui n'ont pas pour résultat de favoriser leur réintégration dans le marché du travail. Par ailleurs, du point de vue méthodologique, il peut être reproché à la Cour le manque d'effort d'explication et de justification sur la raison pour laquelle l'obligation d'interpréter les dispositions de la directive conformément au traité amène la Cour à distinguer les prestations d'assistance sociale de cette manière. Il est souligné que la référence à l'assistance sociale par l'article 24, paragraphe 2, de la directive doit s'entendre comme couvrant les prestations financières financées sur fonds publics octroyées aux demandeurs d'emploi. La Cour se contente de s'appuyer sur l'imprécision ou le silence du droit dérivé pour procéder à une interprétation conciliatrice de la différence entre le droit primaire tel qu'interprété par la Cour et le droit dérivé.

642. L'arrêt *Vatsouras* n'apporte qu'une réponse partielle à la question de l'impact de l'arrêt *Förster* au-delà du domaine des aides aux études. Étant donné que l'arrêt *Vatsouras* trouve son fondement dans les dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs, la question subsiste quant à l'articulation entre les dispositions de l'article 24, paragraphe 2, de la directive avec la jurisprudence relative au droit à l'égalité de traitement des citoyens migrants inactifs autres que les demandeurs d'emploi sur le fondement combiné des articles 18 et 21 TFUE. Il reste à savoir si les autres prestations d'assistance sociale qui relèvent du champ d'application de la directive seront exclues du principe d'égalité de traitement avant l'acquisition du droit de séjour permanent ou si la mesure nationale restreignant leur octroi peut être soumise à l'exigence de proportionnalité, ce qui permettrait leur octroi préalablement à la fin de la résidence de cinq ans.

⁷⁵⁴ Notons que la notion d'assistance sociale est également utilisée par la directive pour apprécier le droit de résidence des citoyens inactifs, la définition étroite de l'assistance sociale peut résulter en une limitation des circonstances dans lesquelles les États membres peuvent considérer que les citoyens deviennent une charge déraisonnable.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

643. Étant donné la faculté des États membres de subordonner le droit au bénéfice des prestations sociales des citoyens migrants à l'exigence des liens de rattachement suffisants avec leur société, l'ouverture de l'État providence aux citoyens migrants ne peut être immédiate, ni homogène. L'obligation de solidarité transnationale des États membres envers les citoyens migrants est proportionnelle aux liens que ces citoyens développent et entretiennent avec les États ; plus ces liens sont forts, plus leur droit aux prestations sociales, malgré l'absence de la nationalité ou de la résidence sur le territoire de cet État, sera justifié.

644. Partant du même principe de la solidarité proportionnelle aux liens de rattachement des citoyens migrants, la Cour de justice et le législateur européen appréhendent et évaluent ces liens selon des approches divergentes. La Cour de justice privilégie une approche casuistique et individualisée du degré d'ouverture de l'État providence, en exigeant la prise en considération de liens « concrets » que chaque citoyen migrant établit avec l'État membre allocataire. Il en résulte une gradation nuancée du degré d'ouverture de l'État providence. Le législateur de l'Union opte au contraire, à travers la directive 2004/38, pour une approche standardisée qui cherche à systématiser, rationaliser le régime jurisprudentiel du droit aux prestations des citoyens. Le critère de résidence de cinq années consécutives est érigé en critère général d'appréciation des liens, de même qu'en seuil uniforme de l'ouverture de l'État providence.

645. La jurisprudence s'aligne par la suite partiellement sur l'approche de la directive en ce qui concerne le droit des étudiants migrants aux allocations d'études, tout en maintenant son approche casuistique en ce qui concerne le droit aux prestations sociales des demandeurs d'emploi. Il en résulte une différenciation des régimes de la solidarité transnationale qui témoigne de la persistance d'une approche catégorielle privilégiant les citoyens de l'Union européenne qui exercent une activité économique ; les demandeurs d'emploi sont par exemple privilégiés par rapport aux étudiants ou autres inactifs compte tenu de la perspective, certes incertaine mais probable, de leur contribution future à l'économie de l'État membre allocataire.

646. Les liens d'appartenance qui démontrent le degré auquel les citoyens migrants sont d'une certaine manière assimilables aux autres bénéficiaires de l'État providence ne sont cependant

pas le seul facteur décisif du degré d'ouverture de l'État providence. Il convient de prendre encore en compte, au niveau des justifications étatiques, des liens « solidaristiques et territoriaux » entre les prestations demandées et l'État allocataire. Ces derniers motivent, à l'opposé des liens d'appartenance, la limitation de l'octroi des prestations aux seuls nationaux ou à ceux qui résident sur le territoire de l'État allocataire.

CHAPITRE II

L'OUVERTURE DÉTERMINÉE PAR LES LIENS ENTRE LES PRESTATIONS ET L'ÉTAT ALLOCATAIRE

647. Les liens réels dits « d'appartenance »⁷⁵⁵ entre les demandeurs de prestations et l'État allocataire ne constituent pas le seul facteur déterminant de l'étendue de la responsabilité sociale de l'État providence envers les citoyens migrants. Les liens entre les prestations sociales objet de la demande et l'État allocataire, dits les liens « solidaristiques et territoriaux/fonctionnels »⁷⁵⁶ influent également sur le degré d'ouverture de l'État providence. Ils sont susceptibles précisément de nuancer ou de contrebalancer le poids des liens entre les citoyens migrants et l'État membre allocataire dans l'appréciation du droit à la solidarité sociale des citoyens migrants, en justifiant la limitation de la protection sociale aux nationaux et/ou aux résidents. Les liens solidaristiques et territoriaux/fonctionnels entre les prestations sociales données et l'État allocataire sont pris en compte *en amont* notamment par le législateur de l'Union lors de la délimitation du champ d'application du principe d'égalité de traitement et de levée des clauses de résidence dans les textes du droit dérivé (Section I). Ils sont aussi pris en considération *en aval* par la jurisprudence lors du processus de la justification étatique des restrictions du droit de libre circulation des citoyens (Section II).

SECTION I

LA PRISE EN CONSIDÉRATION *EN AMONT* DES LIENS ENTRE LES PRESTATIONS ET L'ÉTAT ALLOCATAIRE

648. Les liens entre les prestations sociales et l'État membre allocataire justifient la circonscription de l'étendue de la protection sociale de l'État providence aux seuls nationaux ou résidents sur le territoire national (Paragraphe I). La prise en compte de ces liens se traduit par l'exclusion des prestations intimement liées à la nationalité ou au territoire et au système

⁷⁵⁵ Voir M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéc. p. 151.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

social national du champ d'application des règles de non-discrimination en raison de la nationalité et du principe de libre circulation (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les liens solidaristiques et territoriaux entre les prestations sociales et l'État allocataire

649. Même s'ils ne sont pas toujours explicitement abordés par la jurisprudence, les liens entre une prestation sociale donnée et l'État allocataire jouent un rôle primordial dans la délimitation de la responsabilité sociale de l'État providence envers les citoyens migrants. Inspirés de la classification proposée par Monsieur Dougan⁷⁵⁷, nous proposons d'appréhender les liens entre les prestations sociales et l'État allocataire en termes de liens « solidaristiques » et « territoriaux» ou « fonctionnels ». Les *liens solidaristiques* révèlent le degré auquel une prestation donnée « exprime les liens de solidarité entre les membres de la communauté nationale de solidarité »⁷⁵⁸. Les *liens territoriaux ou fonctionnels* concernent le degré auquel la prestation est « liée à l'environnement économique et social »⁷⁵⁹ et au système de protection sociale de l'État membre allocataire.

650. S'agissant des liens *solidaristiques* entre une prestation donnée et l'État membre allocataire, ils traduisent le degré de solidarité entre les membres de la communauté qui soutient l'octroi d'une prestation donnée. Plus les liens solidaristiques des prestations objet de la demande avec le système social national sont forts, plus la limitation de leur octroi à ceux qui sont considérés comme membres de la communauté nationale, par leur nationalité ou leur résidence sur le territoire national, est susceptible d'être justifiée. Dans ces conditions, les liens solidaristiques entre les prestations sociales et l'État allocataire influent sur l'intensité des liens d'« appartenance »⁷⁶⁰ dont les citoyens migrants doivent faire preuve avec ledit État afin de justifier leur droit au bénéfice de telles prestations. Plus les prestations objet de la demande présentent des liens solidaristiques forts avec l'État allocataire, plus il est nécessaire que leur condition d'octroi reflète le lien de réciprocité ou une certaine autre forme de solidarité diffuse, et, plus les liens que l'État allocataire peut exiger des citoyens migrants peuvent être importants.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, spéc. p. 151 et s.

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ CJCE, 27 septembre 1988, *Lenoir*, aff. 313/86, précité.

⁷⁶⁰ M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéc. p. 151.

651. À cet égard, le mode de financement des prestations, c'est-à-dire le caractère contributif ou non, paraît constituer un facteur pertinent pour déterminer les liens *solidaristiques* entre les prestations et l'État allocataire. Les liens solidaristiques se renforcent en général proportionnellement avec le caractère redistributif des prestations. Les prestations non contributives présentent des liens plus forts avec l'État allocataire que les prestations de nature contributive. Ces dernières sont basées sur le système d'assurance qui oblige en général les assurés à s'acquitter des primes et leur accorde le droit aux prestations lorsque se matérialisent les risques assurés tels que chômage, maladie, incapacité ou retraite. Le fait que les bénéficiaires contribuent, au moins en partie, au financement des prestations contributives leur confère le caractère de propriété et joue en faveur de leur exportabilité. Par contre, l'octroi des prestations de solidarité de nature non contributive n'est pas conditionné par la contribution préalable de leurs bénéficiaires au financement des mécanismes sociaux. Ces prestations sont financées par l'État. Elles présentent un lien moral fort avec la société de l'État allocataire du fait qu'elles expriment la solidarité entre les membres de la communauté qui acceptent de partager la richesse et de subventionner le bien-être des autres membres. Le lien avec l'État allocataire est d'ailleurs renforcé du fait que ces prestations représentent également une charge financière importante pour l'État. Il est nécessaire d'équilibrer le revenu de l'État providence provenant de l'impôt et les dépenses relatives aux prestations de solidarité pour éviter les responsabilités illimitées de l'État.

652. Quant aux liens *territoriaux ou fonctionnels*, ils expriment le degré auquel les prestations données sont liées à l'environnement économique et social et au système de protection sociale de l'État membre allocataire. La présence des liens territoriaux ou fonctionnels justifie la plus souvent la subordination du droit au bénéfice des prestations à la résidence sur le territoire et rend, par conséquent, peu pertinente leur exportabilité sur le territoire d'autres États membres. Les prestations ont un lien fort avec l'environnement économique et social de l'État allocataire lorsque la définition des besoins et le niveau de prestation à octroyer sont déterminés par référence au standard de vie de l'État allocataire ; l'exportabilité des prestations dans un autre État membre peut résulter en un paiement inadéquatement bas ou élevé par rapport au niveau de vie dans ledit État. La nécessité de contrôler la satisfaction des bénéficiaires aux conditions d'octroi ou de maintien des prestations justifie également le paiement des prestations dans l'État de résidence des bénéficiaires.

653. De même, sont intimement liées au territoire domestique les prestations qui sont octroyées dans un but de réalisation des politiques nationales ; l'exportabilité de ces

prestations au profit des personnes qui quittent le territoire fait perdre aux prestations leur raison d'être, dès lors que leur octroi ne remplit plus l'objectif recherché. Tel est ainsi le cas des allocations de naissance et d'éducation dont l'octroi constitue un instrument de politique familiale nationale visant à promouvoir la natalité dans le pays en cause dans les affaires *Geven* et *Hartmann*⁷⁶¹. Vu la présence d'un lien important entre les prestations en question et le territoire, l'exigence de la résidence comme condition d'octroi de la prestation paraît adéquate. Selon l'avocat général Geelhoed, « il serait absurde de prétendre que les États membres devraient, de quelque manière que ce soit, contribuer à la croissance démographique dans d'autres États membres en étendant leurs instruments de politique familiale à des personnes qui ne résident pas sur leur territoire »⁷⁶². Nonobstant une certaine ambiguïté dans la formulation du considérant concerné⁷⁶³, la Cour valide les objectifs poursuivis par le gouvernement défendeur dans ces affaires tenant au lien entre l'octroi de la prestation litigieuse et la réalisation d'une politique nationale⁷⁶⁴.

654. L'appréciation des liens entre les prestations et l'État allocataire exige un examen détaillé du régime de la prestation en jeu ; son objectif social, critères d'éligibilité, méthode de financement et sa perception par la société⁷⁶⁵. L'appréciation des liens solidaristiques et territoriaux ou fonctionnels des prestations avec l'État allocataire est délicate et parfois subjective. D'après Monsieur Dougan, la prestation octroyée au profit des anciens combattants pour la souffrance et les services rendus au nom de l'État en temps de guerre est intimement liée à la nationalité. Son octroi est indépendant du paiement de contribution ou de la démonstration du besoin et n'est pas lié au lieu de résidence habituelle de l'individu. Au

⁷⁶¹ CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité, CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité. L'objectif des allocations de naissance et d'éducation serait de permettre aux parents de garder eux-mêmes leurs enfants, en renonçant à leur activité professionnelle ou en la réduisant afin de se consacrer à l'éducation de leurs enfants durant la première phase de leur existence.

⁷⁶² Concl. de l'avocat général Geelhoed du 28 septembre 2006 sous CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, Rec. p. I-6347, pt. 29.

⁷⁶³ La Cour pose au pt. 23 de larrêt *Geven* que « [i]ndépendamment de la question de savoir si les objectifs poursuivis par la législation allemande pourraient justifier une réglementation nationale basée exclusivement sur le critère de la résidence, il y a lieu de constater que, selon les explications fournies par la juridiction de renvoi, le législateur allemand ne s'est pas limité à une application stricte de la condition de résidence pour l'octroi de l'allocation d'éducation, mais a admis des exceptions permettant aux travailleurs frontaliers d'en bénéficier aussi ».

⁷⁶⁴ Remarquons que la même considération peut s'appliquer s'agissant de la restriction de l'octroi des aides accordées aux étudiants, lesquelles peuvent être destinées à répondre aux besoins de remplir les postes vacants, le manque de spécialistes dans des domaines spécifiques sur le territoire. L'octroi des aides aux étudiants ressortissants d'autres États membres peuvent ne pas permettre la réalisation de l'objectif recherché dès lors que ces étudiants peuvent retourner chez eux après les études.

⁷⁶⁵ M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéci. 156.

contraire, les prestations octroyées aux victimes civiles de guerre sont considérées comme une expression de la solidarité visant à compenser la perte de revenu au moment de la guerre et à améliorer la condition de vie des bénéficiaires. En tant que prestations de nature non contributive, la condition de résidence sur le territoire paraît justifiée⁷⁶⁶.

655. En somme, plus la prestation demandée présente des liens solidaristiques et territoriaux forts avec le système social national, plus la limitation de son octroi aux seuls nationaux ou résidents est susceptible d'être reconnue comme justifiée. En effet, si le droit aux prestations sociales des citoyens migrants se renforce proportionnellement à l'intensité de leurs liens « d'appartenance » dont ils disposent avec l'État allocataire, il est au contraire inversement proportionnel aux liens « solidaristiques et territoriaux » entre les prestations demandées et l'État allocataire.

Paragraphe II : L'exclusion des prestations intimement liées à l'État allocataire des règles d'égalité de traitement et de levée des clauses de résidence

656. L'existence de liens étroits entre certaines prestations avec la nationalité (A) ou le système social national de l'État allocataire (B) conduit le législateur de l'Union à exclure ces prestations du champ d'application des règles de coordination des systèmes de sécurité sociale, de même qu'à en limiter l'application.

A.) Les prestations intimement liées à la nationalité

657. Le règlement n°883/2004 relatif à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale prévoit, entre autres, les règles de non-discrimination en raison de la nationalité et de levée des clauses de résidence à l'égard des prestations qui relèvent de son champ d'application. Son article 3, paragraphe 5 exclut néanmoins du champ d'application des règles de coordination, les prestations qui sont « typiquement nationales » du fait de leurs liens étroits avec la communauté nationale de solidarité. À cet égard, outre les prestations d'assistance sociale et médicale, sont ainsi exclues du champ d'application du règlement les « prestations octroyées dans le cas où un État membre assume la responsabilité de dommages causés à des personnes et prévoit une indemnisation, telles que les prestations en faveur des victimes de la guerre et d'actions militaires ou de leurs conséquences, des victimes d'un délit,

⁷⁶⁶ *Ibid.*, spéc. p. 156.

d'un meurtre ou d'attentats terroristes, des personnes ayant subi un préjudice occasionné par les agents de l'État membre dans l'exercice de leurs fonctions ou des personnes ayant subi une discrimination pour des motifs politiques ou religieux ou en raison de leurs origines ». L'exclusion par le législateur de ces prestations, intimement liées à l'État allocataire, de l'application des règles de coordination de systèmes de sécurité sociale témoigne implicitement de la volonté de préserver la marge de liberté des États membres de décider de l'octroi de ces prestations comme ils l'entendent.

658. S'inscrivant dans la même ligne que le législateur européen, la Cour accepte d'exempter les autorités nationales de l'obligation d'observer le principe de libre circulation et d'égalité de traitement dans l'octroi des prestations qui sont intimement liées à la communauté nationale de solidarité. Invitée à statuer sur le régime autrichien d'indemnisation d'anciens prisonniers de guerre à l'occasion de l'affaire *Baldinger*⁷⁶⁷, la Cour admet d'écartier les prestations servies à des victimes de guerre du champ d'application des règles de libre circulation des travailleurs. Se pose dans cette affaire la question de la licéité du refus par l'autorité autrichienne d'octroyer une indemnisation des anciens prisonniers de guerre à un autrichien, qui a été détenu comme prisonnier de guerre durant la Seconde Guerre mondiale, mais qui a émigré de façon durable en Suède et a renoncé à la nationalité autrichienne au profit de la nationalité suédoise. Le refus est motivé par le fait que l'intéressé ne possède pas la nationalité de l'État membre concerné au moment de l'introduction de la demande, mais celle d'un autre État membre. Affirmant que la prestation en faveur d'anciens prisonniers de guerre ne relève ni du champ d'application de l'article 39, paragraphe 2, TCE (45 TFUE), ni de celui de l'article 4, paragraphe 4, du règlement n°1408/71 (3, paragraphe 5, du règlement n°883/2004), la Cour conclut à la compatibilité de la législation nationale litigieuse avec le traité. Cet arrêt paraît témoigner de la reconnaissance implicite par la Cour de l'existence d'un lien étroit entre la prestation en jeu et la communauté nationale de solidarité. Le fait que cette prestation exprime la solidarité des membres de la société envers les autres membres et présente un attachement moral fort avec la communauté nationale justifie qu'elle puisse être réservée aux seuls membres de ladite communauté. À l'égard d'une telle prestation, la Cour admet en effet que c'est la communauté nationale qui constitue le cadre de référence d'appartenance de ses membres de même que le cadre de délimitation de la solidarité.

⁷⁶⁷ CJCE, 16 septembre 2004, *Baldinger*, aff. C-386/02, précité.

659. Dans d'autres affaires concernant le droit d'exportabilité des prestations pour les victimes civiles de guerre, la Cour témoigne également d'une déférence envers le lien intime entre lesdites prestations et la communauté nationale de solidarité. Contrairement à ce qui se passe dans l'affaire *Baldinger*, la Cour n'exclut pas d'emblée ces prestations du champ d'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des citoyens. Elle prend cependant en considération l'existence d'un lien étroit entre les prestations et la possession de la nationalité de l'État membre allocataire lors de l'appréciation de la justification étatique des restrictions à la liberté de circulation des citoyens. Dans l'affaire *Nerkowska*, qui concerne le droit d'exportabilité d'une ressortissante nationale d'une prestation octroyée aux victimes civiles de la guerre ou de la répression, la Cour tient compte du lien particulier entre une telle prestation et la communauté nationale de solidarité, en affirmant que les États membres peuvent utiliser la nationalité comme critère d'évaluation des liens de rattachement entre les demandeurs de prestation et la société de l'État membre. La Cour dit pour droit que, s'agissant d'une telle prestation qui n'est pas en tant que telle régie par le droit de l'Union, les États ont « une ample marge d'appréciation en ce qui concerne la fixation des critères d'évaluation d'un tel rattachement, tout en étant tenus de respecter les limites imposées »⁷⁶⁸. Il est « légitime pour un État membre, par le moyen de conditions liées à la *nationalité* ou à la résidence de la personne concernée, de limiter la réparation octroyée à des victimes civiles de la guerre ou de la répression à des personnes considérées comme manifestant un certain degré de rattachement à la société de cet État membre »⁷⁶⁹.

B.) Les prestations intimement liées au territoire et au système social national

660. L'exclusion ou la limitation par les règlements de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale du droit d'exportabilité de certaines prestations témoigne pour sa part de la volonté législative de tenir compte des liens entre les prestations concernées et le système social national de l'État membre allocataire. La circonscription de l'étendue de la responsabilité de l'État providence au territoire de l'État répond effectivement au souci de l'équilibre budgétaire étant donné que les ressources pour financer les prestations de solidarité sont limitées. Mais au-delà de la considération financière, le principe de territorialité reflète également des considérations solidaristique et organisationnelle. Les prestations octroyées par l'État providence sont conçues dans le cadre d'une communauté circonscrite de solidarité.

⁷⁶⁸ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, pt. 38.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, pt. 39. C'est nous qui soulignons.

Elles sont souvent créées et octroyées dans l'objectif de réaliser une politique nationale donnée. Leurs caractéristiques et conditions d'octroi sont pensées dans le contexte national ; le montant de prestations financières est fixé en fonction du coût de la vie dans l'État allocataire ; le mécanisme de contrôle suppose souvent la présence de bénéficiaires sur le territoire.

661. Nous avons vu que l'article 64 du règlement n°883/2004 limite le droit d'exportabilité des prestations de chômage au profit des demandeurs d'emploi qui recherchent du travail dans un autre État membre que l'État allocataire à la période de trois mois. L'éventuelle prolongation de ce délai n'est toutefois que facultative et dépend de l'appréciation discrétionnaire des institutions compétentes. En cas de retour tardif, les chômeurs se voient sanctionner par la perte de l'ensemble du droit aux prestations en vertu de la législation de l'État compétent⁷⁷⁰. L'article 70 du règlement n°883/2004 exclut pour sa part les prestations spéciales à caractère non contributif, listées à l'annexe X⁷⁷¹, du principe de la levée des clauses de résidence posé à l'article 7 du règlement. En application de cette disposition, les citoyens non actifs qui dépendent de l'assistance sociale d'un État membre perdront leur droit au bénéfice de telles prestations dans l'État membre allocataire une fois qu'ils transfèrent leur résidence dans un autre État membre. C'est la législation sociale du nouvel État membre de résidence qui régira leur droit aux prestations spéciales.

662. Les contentieux relatifs à la qualification des prestations inscrites sur la liste des prestations spéciales non contributives et, par-là, la licéité de l'exigence de résidence comme condition de leur octroi au regard des règlements de coordination sont souvent portés devant la Cour. Dans son interprétation des règlements, la Cour se montre sensible aux liens entre la prestation objet du litige et le système social national. Dans l'affaire *Lenoir* de 1988⁷⁷², où il est question du refus d'exporter les prestations familiales opposé à un national retraité et titulaire d'une pension de vieillesse de l'État français au motif qu'il réside sur le territoire d'un autre État membre, la Cour, interprétant l'article 77 du règlement n°1408/71⁷⁷³, fait une distinction entre, d'un côté, l'allocation d'enfant périodique en espèces calculée

⁷⁷⁰ Sauf si la législation de l'État membre compétent prévoit une règle plus favorable.

⁷⁷¹ Règlement (CE) n° 988/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009, précité. Concernant les prestations listées à l'annexe X, voir http://www.cleiss.fr/pdf/rgt_883-2004_a10.pdf.

⁷⁷² CJCE, 27 septembre 1988, *Lenoir*, aff. 313/86, précité.

⁷⁷³ Cet article réserve au titulaire des prestations familiales ressortissant d'un État membre et demeurant sur le territoire d'un autre État membre le seul bénéfice du paiement par les organismes sociaux de son pays d'origine des allocations familiales, à l'exclusion d'autres prestations familiales.

exclusivement en fonction du nombre et de l'âge de l'enfant, et de l'autre côté, l'allocation de frais de scolarité qui est étroitement liée au lieu de résidence des personnes concernées. Si la première prestation est exportable du fait que son octroi est justifié indépendamment du lieu de résidence du bénéficiaire et des membres de sa famille, l'exclusion de la seconde du champ d'application des dispositions prévoyant l'exportabilité des prestations familiales du règlement n°1408/71 est justifiée. Dans la jurisprudence *Leclere*⁷⁷⁴, la Cour reconnaît expressément que la condition de résidence sur le territoire de l'État membre allocataire peut être exigée pour l'octroi des prestations qui sont étroitement liées à l'environnement social de l'État. S'agissant des travailleurs frontaliers qui résident sur le territoire d'un État autre que celui où ils exercent des activités économiques, ils ont droit aux avantages sociaux au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011)⁷⁷⁵. Mais ils risquent d'être confrontés à un problème particulier lorsque les avantages sociaux qu'ils réclament sont qualifiés comme prestations spéciales non contributives relevant du règlement n°1408/71 (devenu règlement n°883/2004) et dont l'octroi peut être soumis en vertu dudit règlement à une condition de résidence sur le territoire de l'État membre d'emploi. Dans l'affaire *Perez Naranjo*⁷⁷⁶, la Cour confirme la possibilité pour l'État membre d'emploi de subordonner l'octroi des prestations spéciales non contributives à la condition de résidence et par conséquent de les refuser aux travailleurs frontaliers.

663. Toutefois, il arrive que la Cour accepte de soumettre les restrictions territoriales, même celles prises conformément aux règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale, à l'examen de conformité avec les dispositions du traité relatives à la liberté de circulation⁷⁷⁷. Étant donné que les mesures nationales restrictives du droit de libre circulation des citoyens sont adoptées en conformité avec les règlements de coordination, examiner leur conformité avec le traité implique que la Cour est amenée à statuer indirectement sur la légalité des

⁷⁷⁴ CJCE, 31 mai 2001, *Leclere*, aff. C-43/99, précité, pt. 32.

⁷⁷⁵ Le quatrième considérant du règlement n°1612/68 prévoit expressément que le droit de libre circulation doit être reconnu « indifféremment » aux travailleurs permanents, saisonniers, frontaliers ou qui exercent leur activité à l'occasion d'une prestation de services, et son article 7 se réfère sans exception au « travailleur ressortissant d'un État membre » (CJCE, 24 septembre 1998, *Commission c/ France*, aff. C-35/97, Rec. I-5325).

⁷⁷⁶ CJCE, 16 janvier 2007, *Perez Naranjo c/ Caisse régionale d'assurance maladie Nord-Picardie*, aff. C-265/05, Rec. p. I-347, concerne une allocation supplémentaire de vieillesse du Fonds de solidarité vieillesse.

⁷⁷⁷ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité (Prestation de chômage dont l'exportabilité est limitée en vertu des articles 64 et 65 du règlement de coordination n°883/2004). CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité (Allocation prévue pour les jeunes handicapés, qualifiée comme prestation spéciale à caractère non contributif dont l'exportabilité est exclue en vertu de l'article 70 du règlement n°883/2004).

règlements⁷⁷⁸. Il est dès lors question d'articulation entre le principe de territorialité autorisé par les règlements de coordination et le droit d'exportabilité en vertu des règles de libre circulation du traité telles qu'interprétées par la Cour.

SECTION II

LA PRISE EN CONSIDÉRATION *EN AVAL* DES LIENS ENTRE LES PRESTATIONS ET LE TERRITOIRE AU STADE DE LA JUSTIFICATION ÉTATIQUE

664. La jurisprudence accepte de contrôler la conformité de l'exigence de résidence comme condition d'octroi de prestations avec les règles du traité, même lorsque les législations nationales se limitent à mettre en œuvre les dérogations au principe de l'exportabilité autorisées par les règlements de coordination⁷⁷⁹. Les refus des États membres d'exporter les prestations sociales sur le territoire d'autres États membres sont susceptibles d'être considérés comme entraves à la liberté de circulation des citoyens. Pour échapper à la condamnation, il faut qu'ils soient justifiés par des considérations objectives légitimes et proportionnées à de tels objectifs.

665. Force est néanmoins de constater que la Cour tient compte des considérations solidaristiques, territoriales et pratiques qui sous-tendent le principe de territorialité des règlements de coordination lors de l'appréciation des justifications étatiques. La Cour reconnaît à cet égard la légitimité *de principe* de la condition de résidence imposée en conformité avec les règles de coordination. Le respect de la proportionnalité invite toutefois à tenir compte des situations personnelles des citoyens migrants et à concilier les liens solidaristiques et territoriaux des prestations objet de la demande et les liens d'appartenance des citoyens migrants avec l'État allocataire (Paragraphe I). Par ailleurs, la prise en considération des liens « solidaristiques et territoriaux » des prestations avec le système de protection sociale nationale conduit la Cour à diminuer dans certains cas l'intensité du contrôle de la proportionnalité des mesures nationales refusant l'exportabilité des prestations sociales aux citoyens migrants (Paragraphe II).

⁷⁷⁸ Cette démarche qui repose sur la hiérarchie des normes rappelle la subordination des mesures nationales de révocation du droit de séjour des citoyens migrants en application des conditions posées par la directive 2004/38 au respect du principe de libre circulation et de l'exigence de proportionnalité. CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, précité.

⁷⁷⁹ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité, CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité.

Paragraphe I : L'articulation entre les liens solidaristiques et territoriaux des prestations et les liens d'appartenance des citoyens migrants

666. La limitation ou l'exclusion par les règlements de coordination du droit d'exportabilité de certaines prestations, telles les prestations de chômage ou les prestations spéciales à caractère non contributif, témoigne de l'existence de liens étroits entre lesdites prestations et l'environnement économique et social de l'État membre allocataire. Il n'en reste toutefois pas moins qu'accepter la règle de territorialité posée par le règlement comme s'imposant de manière absolue déboucherait sur une privation du droit de libre circulation que le traité confère aux citoyens de tout effet utile. Dans ces conditions, plutôt que d'exclure d'emblée du champ d'application du droit de libre circulation les prestations étroitement liées au territoire de l'État allocataire, la Cour préfère soumettre les législations nationales imposant la condition de résidence à l'examen de conformité avec le traité. Elle tâche par la suite de prendre en compte les liens entre les prestations et le territoire lors de l'examen des justifications étatiques au titre des motifs légitimes de dérogation aux règles de libre circulation. La Cour reconnaît à cet égard que constituent des justifications licites de la condition de résidence, la volonté du législateur de mettre en œuvre une politique sociale sur le territoire national au moyen de l'octroi de prestations sociales⁷⁸⁰, ou encore, la nécessité de contrôler les situations professionnelle et familiale des bénéficiaires de l'allocation en vue d'assurer le respect des conditions légales fixées pour le maintien du droit à l'allocation de chômage⁷⁸¹. En d'autres termes, le fait que les prestations dont l'exportabilité est refusée présentent des liens étroits avec le système social national, en tant qu'instrument de réalisation d'une politique sociale nationale ou en raison de la nécessité de contrôle administratif, est susceptible de justifier en principe la subordination de leur octroi à la condition de résidence des bénéficiaires sur le territoire.

667. Cette approche permet à la Cour de reconnaître un champ potentiellement plus large du droit d'exportabilité des prestations sociales au profit des non-résidents, sans se limiter à ce qui est permis par le législateur européen. La Cour dispose d'une marge de liberté quant au choix d'admettre telle ou telle considération comme motif légitime de dérogation aux règles de libre circulation. Par ailleurs, et surtout, la Cour est amenée à contrôler la conformité des

⁷⁸⁰ CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, précité, CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05, précité.

⁷⁸¹ CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité, pts. 41 et s. Voir également CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité.

mesures nationales avec l'exigence de proportionnalité. Cette dernière constitue un instrument principal à la disposition du juge afin d'apporter une correction aux dispositions législatives nationales ou européennes, en tenant compte des situations personnelles concrètes des demandeurs de prestations.

668. À travers l'examen des justifications étatiques, la Cour arbitre entre, d'un côté, les liens solidaristiques et territoriaux sanctionnés par les règlements de coordination, qui justifient la limitation de l'octroi des prestations au territoire national, et, de l'autre, les liens d'appartenance, qui justifient conformément à sa jurisprudence le droit d'exportabilité des prestations sociales des citoyens migrants dans leur État de résidence. Le récent arrêt *Hendrix*⁷⁸² est intéressant du fait qu'il illustre la manière dont la Cour articule les considérations qui sous-tendent le principe de territorialité du règlement de coordination avec la prise en compte des liens réels entre les citoyens migrants et l'État allocataire. Il démontre que, nonobstant la légitimité du principe de territorialité, la prise en compte des liens d'appartenance des individus avec l'État membre allocataire peut permettre l'exportabilité des prestations dont l'octroi peut être soumis conformément au règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale à la condition de résidence sur le territoire.

669. La prestation néerlandaise litigieuse qui est refusée à un national occupant un emploi aux Pays-Bas mais qui a transféré sa résidence en Belgique est une allocation d'incapacité dont la qualification comme prestation spéciale à caractère non contributif au sens de l'article 4, paragraphe 2 bis, du règlement n°1408/71 (devenu article 70 du règlement 883/2004) a été déjà établie⁷⁸³. Il en résulte qu'en vertu du règlement de coordination, le versement de la prestation disputée peut valablement être réservé aux personnes qui résident sur le territoire de l'État membre qui sert ladite prestation⁷⁸⁴. La Cour admet toutefois de soumettre la législation

⁷⁸² CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité. Cette affaire concerne la suppression du droit au bénéfice d'une allocation néerlandaise versée au titre d'une loi sur l'assurance contre l'incapacité de travail des jeunes handicapés, dite « Wajong » après le transfert de la résidence de son bénéficiaire sur le territoire d'un autre État membre. L'intéressé est un ressortissant néerlandais souffrant d'un léger handicap mental qui occupait un emploi aux Pays-Bas mais a déménagé en Belgique.

⁷⁸³ CJCE, 6 juillet 2006, *Kersbergen-Lap*, aff. C-154/05, précité, pts. 30-38. Spéciale, parce qu'elle s'apparente à une prestation de sécurité sociale en cas d'invalidité et à une aide sociale. Non contributive, car son financement est assuré par des ressources publiques et non par des cotisations sociales.

⁷⁸⁴ Si conformément à la jurisprudence *Meeusen*, le travailleur frontalier est en droit d'invoquer l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 (devenu règlement n°492/2011) pour contester une exigence de la résidence sur le territoire de l'État membre de travail comme condition du bénéfice d'un avantage social, l'article 42, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 dispose en effet qu'il « ne porte pas atteinte aux dispositions prises conformément à l'article [48] du traité [FUE] », dont font partie les règlements n°1408/71 et n°883/2004. Toutefois, la Cour fait valoir une autre conception d'articulation entre les règles de coordination et les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, en déclarant que le règlement de coordination des

nationale exigeant la condition de résidence en conformité avec le règlement de coordination à l'examen de conformité avec les dispositions du traité relatives à la liberté de circulation des travailleurs.

670. Au stade de l'examen de la justification, la Cour prend en compte cependant l'autorisation donnée par le règlement de coordination aux États d'imposer la condition de résidence pour l'octroi de la prestation litigieuse. Elle reconnaît que l'exigence de résidence est objectivement justifiée du fait que cette prestation est, d'une part, « étroitement liée au contexte socio-économique de l'État membre concerné, puisqu'elle dépend du salaire minimal et du niveau de vie aux Pays-Bas » et, d'autre part, qu'elle fait partie des prestations spéciales à caractère non contributif visées aux dispositions combinées des articles 4, paragraphe 2 bis, et 10 bis du règlement n°1408/71, dont les personnes auxquelles ce règlement est applicable bénéficient exclusivement sur le territoire de l'État membre dans lequel elles résident et au titre de la législation de cet État »⁷⁸⁵. La Cour admet ainsi que le principe de territorialité sanctionné par le règlement, à l'égard des prestations spéciales à caractère non contributif, témoigne des liens étroits entre lesdites prestations et l'environnement économique et social de l'État membre allocataire. Dans ce contexte, le fait que le règlement de coordination prévoit le paiement des prestations sociales données sur le territoire de l'État membre de résidence constitue en principe une justification licite du refus d'exporter lesdites prestations.

671. Toutefois, la validité de la condition de résidence dépend encore de la proportionnalité de son application à la situation concrète des citoyens migrants. La Cour affirme que l'exigence de proportionnalité requiert que « la mise en œuvre de ladite condition ne porte pas aux droits qu'une personne tient de la libre circulation des travailleurs une atteinte qui aille au-delà de ce qu'exige la réalisation de l'objectif légitime poursuivi par la loi nationale »⁷⁸⁶. Les autorités nationales sont amenées ainsi à tenir compte des situations personnelles concrètes des individus dans l'application de la législation nationale pour s'assurer que malgré l'absence de résidence de l'intéressé sur le territoire comme l'exige la législation nationale, lui refuser l'octroi de la prestation en question ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime. La Cour invite les juges nationaux à prendre en

systèmes de sécurité sociale, pris en application de l'article [48] TFUE, doit être interprété à la lumière de l'objectif d'assurer une liberté de circulation des travailleurs aussi complète que possible. La Cour en déduit dès lors que la condition de résidence pour le bénéfice de la prestation servie au titre de la Wajong ne peut être opposée à l'intéressé « que si elle est objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi ».

⁷⁸⁵ CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix*, aff. C-287/05, précité, pt. 55.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, pt. 56.

compte pour apprécier la proportionnalité des décisions nationales le fait que l'intéressé « a exercé son droit à la libre circulation des travailleurs et qu'il a conservé ses attaches économiques et sociales avec l'État allocataire »⁷⁸⁷.

672. Il ressort de ces affirmations que si l'existence de liens entre la prestation objet de la demande et l'environnement économique et social de l'État membre allocataire est susceptible de justifier la subordination de l'octroi d'une telle prestation à la condition de résidence, il convient encore de prendre en compte les liens que les bénéficiaires ont créé et maintiennent avec l'État allocataire afin de s'assurer que l'application de cette condition n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder l'intérêt de l'État allocataire de circonscrire territorialement sa responsabilité sociale. Les liens entre les prestations et le territoire sont pris en compte au titre des motifs légitimes de justification tandis que les liens d'appartenance entre les citoyens et l'État allocataire servent dans l'appréciation de la proportionnalité et peuvent éventuellement déboucher sur la reconnaissance du droit d'exporter les prestations malgré la validité de principe de la territorialité prévue par le règlement de coordination.

673. Force est de noter toutefois que la référence par la Cour à l'exception à la règle de non-exportabilité prévue par la législation nationale (c'est-à-dire l'hypothèse où l'application de la législation nationale conduit à une « injustice majeure »)⁷⁸⁸) laisse subsister un doute sur le point de savoir si, en l'absence d'une telle prévision par la législation nationale, comme c'est le cas en l'espèce, les autorités nationales seraient tenues tout de même de prendre en compte les situations des individus. Est-ce que, indépendamment de la clause dérogatoire au principe de territorialité, les autorités nationales doivent tenir compte des liens que les citoyens développent avec l'État allocataire dans la mise en œuvre de la législation nationale et de permettre éventuellement l'exportabilité des prestations malgré les liens entre les prestations sociales et l'environnement économique et social ? Jusqu'où les liens d'appartenance entre les citoyens et l'État membre allocataire, développés à travers d'autres critères que la résidence sur le territoire, justifient la remise en question du principe de territorialité ? Une question se pose également quant à la possibilité de généraliser la jurisprudence *Hendrix* à l'égard des

⁷⁸⁷ *Ibid.*, pt. 57. Reprenant la dérogation à la condition de résidence prévue par la législation nationale dans l'hypothèse où l'application de cette condition conduit à une «injustice majeure», la Cour considère que pour s'assurer de l'absence d'une telle injustice, il convient de tenir compte du fait que l'intéressé a exercé son droit à la libre circulation des travailleurs et qu'il « a conservé ses attaches économiques et sociales » à l'État allocataire.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, pt. 57.

citoyens migrants inactifs. Il convient d'observer les jurisprudences à venir afin de clarifier ces points.

674. Au-delà de la prise en compte explicite des liens solidaristiques et territoriaux entre les prestations sociales et l'État allocataire en tant que motifs légitimes de justification, la Cour paraît tenir compte également de ces liens dans la détermination de l'intensité du contrôle de la proportionnalité des mesures nationales restrictives du droit de libre circulation.

Paragraphe II : L'influence des liens solidaristiques et territoriaux des prestations sur l'intensité du contrôle de la proportionnalité

675. S'agissant de certaines justifications étatiques aux restrictions au droit d'exportabilité des prestations sociales des citoyens migrants, et plus précisément celles qui sont relatives à l'effectivité du système de protection sociale nationale⁷⁸⁹, il arrive que l'examen de la proportionnalité des mesures étatiques restrictives du droit de libre circulation des citoyens ne consiste pas dans l'évaluation de liens réels entre les demandeurs de prestations et l'État allocataire. Il s'inscrit au contraire dans le cadre traditionnel des justifications étatiques dans le domaine des libertés de circulation. Dans une telle hypothèse, l'examen de la proportionnalité des mesures nationales porte à la fois sur leur « efficacité » et leur « nécessité » à l'égard de l'objectif légitime ; pour qu'une législation nationale posant une condition restrictive de la liberté de circulation des citoyens soit considérée comme conforme au traité, il faut qu'elle soit apte à réaliser l'objectif légitime reconnu, tout en étant la mesure la moins restrictive de la liberté de circulation des citoyens pour atteindre cet objectif.

676. Lors de l'appréciation de la proportionnalité, la Cour prend également en compte les liens entre les prestations demandées et l'État allocataire. Afin de tenir compte de la position du législateur de l'Union à l'égard de l'étendue de la responsabilité sociale de l'État providence, la Cour paraît adapter implicitement l'intensité du contrôle de la proportionnalité en fonction de l'existence ou non des règles de l'exportabilité prévue par le règlement de coordination à l'égard des prestations litigieuses. L'intensité du contrôle varie selon que les prestations relèvent du champ d'application du règlement (A), ou en sont exclues (B).

⁷⁸⁹ À titre exemple, la nécessité de contrôle des situations professionnelles et familiales des bénéficiaires de l'allocation en vue d'assurer le respect des conditions légales fixées pour le maintien du droit à l'allocation de chômage. Voir CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité.

A.) *Les prestations dont le principe de territorialité est autorisé par le règlement : une acceptation libérale de la proportionnalité*

677. L'affaire *De Cuyper* concerne un ressortissant belge qui est admis au bénéfice d'allocations de chômage en Belgique. Comme il est âgé de plus de 50 ans, il est dispensé de l'obligation d'être disponible sur le marché de l'emploi belge et réside principalement en France. Néanmoins, l'octroi de telles allocations reste soumis à la condition de résidence habituelle sur le territoire, le défaut de laquelle motive le refus des prestations à l'intéressé. Ce dernier se fonde sur l'article 18 TCE (21 TFUE) afin de contester la décision de mettre un terme à son droit auxdites prestations du seul fait qu'il a déplacé sa résidence habituelle dans un autre État membre. L'article 69 du règlement n°1408/71 (devenu article 64 du règlement n°883/2004) prévoit le droit d'exportabilité des prestations de chômage au profit des chômeurs qui se rendent dans un État membre autre que l'État compétent pour y chercher un emploi pendant la période des trois premiers mois. La situation de Monsieur de Cuyper ne rentre cependant pas dans l'hypothèse où le règlement impose à l'État membre compétent de permettre l'exportation des prestations de chômage. Le constat que la législation nationale restreint le droit d'exporter les prestations sur le territoire d'un autre État membre, conformément aux dispositions du règlement, ne permet pas nécessairement de faire échapper cette législation aux dispositions du traité. Constatant que la réglementation nationale désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre, la Cour en déduit qu'elle constitue *a priori* une restriction aux libertés reconnues par l'article 18 TCE (21 TFUE) aux citoyens de l'Union qui, à défaut d'être justifiée, serait jugée contraire au traité.

678. À cet égard, la Cour affirme que « la nécessité de contrôler la situation professionnelle et familiale des chômeurs » en vue d'assurer le respect des conditions légales fixées pour le maintien du droit à l'allocation de chômage est susceptible de justifier une condition de résidence restrictive de la liberté de circulation des citoyens en vertu de l'article 18 TCE (21 TFUE)⁷⁹⁰. Elle considère que l'exigence de résidence des bénéficiaires sur le territoire de l'État allocataire est nécessaire au vue de permettre le contrôle des situations des bénéficiaires de l'allocation. La Cour affirme que l'efficacité du contrôle de la situation professionnelle et familiale des chômeurs repose dans une large mesure sur son caractère inopiné et sur la

⁷⁹⁰ *Ibid.*, pts. 41 et s.

possibilité qu'il soit effectué sur place⁷⁹¹. D'après la Cour, «des mesures moins contraignantes, telles que la production de documents ou d'attestations, priveraient le contrôle de son caractère inopiné et le rendraient par conséquent moins efficace»⁷⁹². Dans ces conditions, l'obligation de résidence dans l'État membre où se trouve l'institution débitrice satisfait à l'exigence de proportionnalité.

679. L'affirmation de la proportionnalité de la mesure nationale dans cette affaire a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales. En l'espèce, la résidence sur le territoire de l'État allocataire paraît importer peu dès lors que la législation nationale exempte les bénéficiaires âgés de plus de 50 ans de l'obligation d'être présents sur le marché du travail. En vue d'assurer le contrôle des situations professionnelle et familiale des bénéficiaires, d'autres mesures moins restrictives de la liberté de circulation des citoyens sont en effet envisageables ; peuvent à titre d'exemple être citées la coopération entre les autorités des États membres en matière de contrôle ou l'invitation des bénéficiaires à se rendre dans l'État membre allocataire pour le contrôle de leur situation⁷⁹³. Par ailleurs, la validation de la clause de résidence en raison de la nécessité de vérifier les situations des bénéficiaires est susceptible d'aboutir à permettre en pratique les États membres d'imposer la résidence des bénéficiaires sur le territoire de l'État allocataire pour toutes les prestations dont l'octroi ou le maintien est lié aux situations professionnelles ou familiales des bénéficiaires.

680. Force est de constater que le fait que la législation nationale se limite à mettre en œuvre la possibilité ouverte par le règlement de coordination de restreindre l'exportabilité de l'allocation de chômage explique probablement l'acceptation libérale de la proportionnalité dans cette affaire⁷⁹⁴. Il s'agirait de la déférence de la jurisprudence envers la limitation du droit d'exportabilité des allocations de chômage prévue par le règlement de coordination de sécurité sociale. La conformité au règlement crée une présomption en faveur de la validité de la condition de résidence. L'examen de la justification et de la proportionnalité de la législation nationale se limite, dans ce contexte, à savoir si le règlement, relayé par la législation nationale, est appliqué de manière inappropriée aux migrants. Sans expressément

⁷⁹¹ *Ibid.*, pt. 45.

⁷⁹² *Ibid.*, pt. 46.

⁷⁹³ En pratique, loin de prévoir un contrôle inopiné sur le lieu de la résidence des chômeurs, la législation belge n'exige depuis le 1^{er} avril 2006 que la présence de chômeurs avec le certificat de résidence auprès de la commune de résidence comme moyen de vérification de la satisfaction de la condition de résidence. Voir A. Jaume, «La territorialité des droits sociaux au regard du droit communautaire», article précité, spéc. p. 77.

⁷⁹⁴ M. Dougan, «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, op.cit., p. 119-165, spéc. p. 145-146.

le dire, la Cour prend en considération des dispositions du règlement lors de l'examen des justifications étatiques.

681. Le renforcement de l'exigence de proportionnalité à l'égard des prestations qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale semble aller dans le sens de l'argument avancé.

B.) Les prestations exclues du champ d'application du règlement : l'acceptation stricte de la proportionnalité

682. Dans les affaires ultérieures où est en jeu le refus d'exportabilité des prestations qui ne rentrent pas dans le champ d'application du règlement de coordination, l'examen de la proportionnalité des mesures nationales exigeant une condition de résidence en vue de contrôler les situations des bénéficiaires semble reposer sur une approche plus stricte. Est en jeu dans les affaires *Nerkowska*⁷⁹⁵ et *Zablocka*⁷⁹⁶ l'exportabilité des prestations pour les victimes de guerre qui sont exclues du champ d'application des règles de coordination en vertu de l'article 3, paragraphe 5, du règlement n°883/2004. Nous avons vu qu'à l'égard de ces prestations qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement, la Cour paraît éprouver plus de liberté pour contrôler la conformité des conditions de résidence au regard des règles relatives à la libre circulation du traité⁷⁹⁷.

683. Dans l'affaire *Nerkowska*, la Cour juge que la condition de résidence sur le territoire de l'État allocataire pendant la période de versement d'une prestation d'invalidité octroyée aux victimes civiles de la guerre ou de la répression est disproportionnée eu égard aux objectifs légitimes de vérifier, entre autres⁷⁹⁸, si les bénéficiaires continuent à remplir les conditions d'octroi de cette prestation. Pour ce qui concerne le contrôle médical et administratif, rien n'empêche que l'État membre invite les bénéficiaires qui résident dans un autre État membre à se rendre sur le territoire national afin de se soumettre à un contrôle médical ou administratif, y compris sous peine de suspension du versement de la prestation en cas de refus injustifié de la part dudit bénéficiaire⁷⁹⁹. Il ne saurait ainsi être valablement soutenu que

⁷⁹⁵ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité.

⁷⁹⁶ CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité.

⁷⁹⁷ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité.

⁷⁹⁸ La nécessité de vérifier l'existence d'un lien de rattachement des demandeurs à la société de l'État membre concerné constitue un autre motif légitime. Toutefois le fait que l'intéressée possède la nationalité de l'État membre qui octroie la prestation et qu'elle a vécu dans cet État pendant plus de vingt ans, en étudiant et en travaillant, peut suffire à établir des liens de rattachement suffisants avec cet État.

⁷⁹⁹ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06, précité, pts. 44-45.

l'objectif poursuivi ne peut pas être atteint par d'autres moyens qui, tout en étant moins contraignants, sont aussi efficaces.

684. Il en est de même s'agissant de la diminution du montant de la pension de réversion due aux victimes de guerre en raison de la résidence sur le territoire d'un autre État membre en cause dans l'affaire *Zablocka*⁸⁰⁰. L'État défendeur avance comme justifications aux restrictions de la liberté de circulation des citoyens deux arguments liés à l'environnement économique et social de l'État allocataire. D'une part, il souligne la nécessité de permettre un contrôle suffisant de la situation professionnelle et sociale des ayants droit (revenu). D'autre part, la diminution de la prestation en cas de résidence sur le territoire de l'un des États membres mentionnés dans la liste est motivée par la volonté de fournir une prestation appropriée aux bénéficiaires domiciliés en dehors de l'État en tenant compte des différences entre le coût de la vie, le revenu et le montant moyen des prestations sociales versées dans cet État membre et celui dans lequel réside l'ayant droit. Un tel objectif est reconnu comme légitime en principe étant donné que l'environnement économique et social est généralement pris en compte dans le calcul des prestations sociales non contributives en particulier celles visant à garantir un minimum de moyens de subsistance aux bénéficiaires. Cependant, la Cour juge que la réglementation nationale va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime. Elle circonscrit l'application de la suspension desdites prestations aux ayants droit résidant sur le territoire de certains États membres (PECO) sans tenir compte de l'existence des États non mentionnés dans lesquels le coût de la vie est plus faible que celui de certains des États membres qui y sont visés. La réglementation nationale opère de façon arbitraire et la diminution du niveau de prestations ne correspond pas à la réalité de niveau de vie de différents États membres. De même, le fait pour la réglementation nationale d'appliquer la règle de diminution ou de suspension de la prestation relativement à seulement certains États rend non fondé l'argument tenant à la nécessité de permettre un contrôle suffisant de la situation professionnelle et sociale des ayants droit. En effet un tel contrôle devrait s'appliquer de manière identique dans tous les États membres, qu'ils soient visés ou non dans la réglementation nationale. Dans ces conditions, la suspension des prestations constitue une mesure qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour effectuer un tel contrôle.

⁸⁰⁰ CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka*, aff. C-221/07, précité.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

685. L'étendue de la solidarité transnationale qui est reconnue aux citoyens migrants est en principe proportionnelle aux liens de rattachement à l'État allocataire dont ils peuvent faire preuve. Il n'en reste pas moins que les liens solidaristiques et territoriaux entre les prestations sociales objet de la demande et l'État membre allocataire influent également sur le droit à la solidarité financière des citoyens migrants. Le législateur européen privilégie l'exclusion des prestations étroitement liées à la nationalité ou au territoire de l'État allocataire du champ d'application des règles de non-discrimination et de levée des clauses de résidence prévues par les textes du droit dérivé. Il arrive aussi qu'il en limite l'application à l'égard de certaines prestations.

686. La Cour préfère au contraire inclure dans la mesure du possible les législations nationales régissant l'octroi des prestations dans le champ d'application du traité. Cette approche lui permet d'exercer un droit de regard et de devenir arbitre final dans la conciliation entre les intérêts divergents. Cela ne signifie cependant pas que la Cour se permet d'ignorer la position des législateurs nationaux et européen. La Cour prend en fait en compte les liens entre les prestations et l'État allocataire au stade de la justification étatique en tant que motifs légitimes de dérogation à l'interdiction des entraves à la libre circulation des citoyens, de même que lors de la détermination de l'intensité du contrôle de proportionnalité des mesures nationales. La Cour s'assure de la conciliation entre les liens solidaristiques et territoriaux des prestations et les liens d'appartenance des citoyens migrants pour déterminer si un refus d'octroi des prestations ayant des liens étroits avec la nationalité et le territoire ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.

CONCLUSION DU TITRE II

687. L'impératif de conciliation entre les intérêts des citoyens à bénéficier d'une protection sociale étendue et ceux des États membres à sauvegarder leur système social national implique que l'accès aux prestations sociales de l'État providence ne peut être reconnu à tous de manière homogène. L'étendue de la solidarité transnationale que chaque citoyen peut opposer à un État membre dépend, d'une part, du degré de ses liens de rattachement à cet État et, d'autre part, du degré auquel les prestations sont liées au système national de protection sociale. Plus les liens entre les prestations et la communauté nationale de solidarité délimitée nationalement et territorialement sont étroits, moins le droit d'accès des non-nationaux ou le droit d'exportabilité au profit des non-résidents est justifié, et plus forts doivent être les liens entre les citoyens migrant qui ne sont pas considérés comme faisant partie de la communauté nationale de solidarité et cet État.

688. Les liens « solidaristiques et territoriaux» entre les prestations et l'État providence sont appréhendés par la jurisprudence de manière relativement statique, soit au titre des considérations objectives légitimes qui justifient les restrictions territoriales du droit aux prestations sociales des citoyens migrants, soit en tant que justification du critère de nationalité comme moyen de vérification des liens d'appartenance entre les citoyens et l'État allocataire à l'égard des prestations intimement liées à la nationalité. Les liens réels « d'appartenance », sont appréhendés de manière plus dynamique à travers l'appréciation de la proportionnalité et sont susceptibles d'apporter un assouplissement au principe de territorialité ou à l'exception au principe d'égalité de traitement posés par les règles du droit dérivé.

689. Le droit aux prestations sociales transfrontalières des citoyens migrants dépend en somme de la combinaison de plusieurs facteurs, tels le lien entre les prestations demandées et le système social national, le lien entre le demandeur et l'État allocataire, ou encore l'existence des règles du droit dérivé régissant le droit d'accès à et d'exportabilité desdites prestations.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

690. S’agissant d’assurer la protection sociale au profit des citoyens migrants, la question la plus délicate consiste à savoir comment concilier le régime de protection sociale supranationale avec la structure fondamentalement fermée de l’État providence. Dans le contexte où la solidarité est ancrée au niveau national et où la protection sociale incombe aux États providence nationaux, il s’agit de savoir comment rendre la citoyenneté sociale conciliable avec la sauvegarde de l’État providence. Le processus de justifications étatiques est à cet égard décisif pour déterminer le droit d’accès et d’exportabilité des prestations sociales des citoyens migrants. Il constitue un terrain de confrontation et de conciliation entre les intérêts divergents en vue de trouver un point d’équilibre, quoiqu’imparfait, qui est acceptable pour tous.

691. À travers l’appréciation des justifications étatiques, la Cour s’efforce en effet de tenir compte des considérations solidaristiques, financières, et pratiques qui justifient la fermeture des frontières sociales de l’État providence, tout en exigeant une adaptation du cadre de raisonnement et de fonctionnement des systèmes sociaux nationaux au contexte de mobilité transnationale des citoyens. Les États se voient reconnaître la faculté d’imposer les conditions d’octroi des prestations sociales qui sont indirectement discriminatoires ou restrictives de la liberté de circulation des citoyens pour s’assurer de l’existence d’un lien réel entre les citoyens migrants et la communauté nationale de solidarité. Ils peuvent également moduler l’étendue de la solidarité transnationale qu’ils doivent aux citoyens migrants en tenant compte des liens que ces derniers disposent avec eux, ainsi que des liens entre les prestations objet de la demande et les systèmes sociaux nationaux.

692. La Cour s’appuie principalement sur le contrôle de la proportionnalité pour encadrer le pouvoir des États membres de limiter l'accès à l'État providence au moyen de l'exigence des conditions d'octroi des prestations. Le principe de proportionnalité occupe en effet une place centrale dans le raisonnement juridique qui est caractérisé par « une attention plus grande envers les individus et les circonstances des affaires ayant donné lieu au litige au niveau national »⁸⁰¹. L’analyse de la proportionnalité permet à la jurisprudence d’introduire dans son

⁸⁰¹ E. Spaventa, «The constitutional impact of Union citizenship», in *The role of courts in developing a European social model : theoretical and methodological perspectives*, U. Neergard, R. Nielsen, L. Roseberry (dir.), Copenhagen: DJØF Publishing 2010, p. 141-167.

raisonnement un élément de souplesse et de correction à la rigidité des textes, de sorte à contourner les règles du droit dérivé limitant le droit d'accès ou d'exportabilité des prestations sociales. Il cherche à concilier entre les intérêts individuels et les intérêts généraux et à trouver un équilibre qui répond le mieux aux objectifs sociaux et légaux de l'ordre juridique dans lequel il se situe.

693. Interprète et gardienne des traités, la Cour s'assure du respect de leurs règles par le législateur européen et les États membres. Il n'en reste pas moins qu'elle est amenée à tenir compte de la position de ces derniers sur l'étendue et la répartition de la responsabilité entre les États membres telle qu'elle est exprimée notamment par la directive 2004/38 et les règlements de coordination des systèmes européens de sécurité sociale. Ces actes du droit dérivé interagissent avec la jurisprudence tant pour entériner que pour circonscrire, voire contrecarrer, la jurisprudence extensive. Face à la réaction hostile du législateur et des États membres, la Cour accepte également de montrer plus de déférence envers ces derniers et s'aligner aux règles de droit dérivé. En effet pousser trop loin l'obligation de solidarité des États membres envers les citoyens migrants non-nationaux ou non-résidents sans qu'il existe un sentiment de solidarité correspondant suffisamment fort risque de diluer toute la solidarité et provoquer le sentiment hostile envers les citoyens migrants. La construction de l'Union européenne devrait nécessairement se faire selon la méthode « Monnet-Schuman » des « petits pas » et par prudence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

694. Au moment où ils instituaient la citoyenneté européenne, les États membres n'imaginaient probablement pas que cette citoyenneté supranationale allait devenir un jour, sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union européenne, un statut *social* fondamental des citoyens. Nonobstant la compétence limitée et finalisée des institutions de l'Union dans le domaine social, la jurisprudence a su instrumentaliser les principes de libre circulation et de non-discrimination afin de doter la citoyenneté de l'Union de la dimension sociale qui lui faisait défaut. Associée à la dynamique de l'intégration négative, la citoyenneté de l'Union devient une source de droits sociaux pour ses titulaires, en conférant aux citoyens qui font preuve des liens réels et effectifs suffisants avec l'État allocataire un droit d'accès aux prestations sociales en vigueur dans ledit État, indépendamment de leur situation professionnelle, de leur nationalité ou de leur lieu de résidence⁸⁰². La citoyenneté de l'Union se transforme en citoyenneté sociale européenne qui habilite les citoyens à avoir une vie sociale normale dans la société des États membres de leur choix, sans craindre la marginalisation sociale. Elle constitue « un statut d'intégration sociale »⁸⁰³ que les citoyens peuvent invoquer à la fois vis-à-vis de l'État dont ils sont ressortissants et des États où ils choisissent de s'installer, afin de « s'émanciper des liens de sujétion et de rattachement traditionnels »⁸⁰⁴ avec un État membre, en quittant son territoire, afin de nouer, avec les sociétés d'autres États membres de leur choix, de nouveaux liens de rattachement qui sont indépendants de la nationalité et peuvent être non seulement économiques mais encore et notamment civils et sociaux, sans se voir priver de la protection sociale. Les citoyens deviennent participants actifs à la construction du régime de protection sociale européenne à travers la contestation des conditions nationales d'octroi des prestations sociales qui restreignent leurs droits de circulation et d'égalité de traitement et la revendication de l'accès aux droits sociaux dispensés par les États providence devant les juges de l'Union.

⁸⁰² Concernant l'accès des citoyens inactifs aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil, voir CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, précité, CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, précité ; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, précité. En ce qui concerne l'exportabilité de prestations sociales dans l'État membre de résidence différent de l'État allocataire, voir CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, précité, CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper*, aff. C-406/04, précité, CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. C-11/06, précité.

⁸⁰³ L. Azoulai, «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, op.cit., p. 1-28, spéci. p. 1.

⁸⁰⁴ L. Azoulai, «Marges de la citoyenneté européenne - obligations étatiques, équité transnationale, euro-bonds», in *La citoyenneté européenne [2e forum annuel de Trans Europe expert, TEE, à Paris le 1er avril 2011]*, op.cit., p. 63-76, spéci. p. 64.

695. L'avènement de la citoyenneté sociale européenne a indéniablement un impact considérable sur les États providence européens et sur le lien traditionnel entre la protection sociale et la citoyenneté nationale. Les États providences nationaux restent l'ancrage et la source de la protection sociale en Europe, mais se voient transformer à certains égards en « États providence semi-souverains »⁸⁰⁵. La dynamique de l'intégration négative qu'engendre la citoyenneté de l'Union limite l'autonomie juridique et la capacité matérielle des États providence de déterminer librement les bénéficiaires et de limiter spatialement la consommation des prestations sociales sur leur territoire. En conformité avec leur obligation d'observer les règles du traité relatives à la liberté de circulation et au droit à l'égalité de traitement des citoyens, les États providence européens ne peuvent plus exclure automatiquement les citoyens migrants de leur système de protection sociale, *du seul fait* que ces derniers ne possèdent pas la nationalité de l'État membre sur le territoire duquel ils choisissent de s'installer ou qu'ils résident sur le territoire d'un État membre autre que celui auquel ils demandent la protection sociale. Ils sont tenus de prendre en compte l'état de l'intégration des citoyens migrants ou l'existence de liens réels afin de décider si ces derniers ne peuvent pas être admis à la communauté de solidarité malgré le défaut de nationalité ou de résidence sur le territoire.

696. Conçus originairement pour organiser la redistribution sociale entre les membres sédentaires à l'intérieur d'une communauté étatique de solidarité, les États providence européens sont amenés à desserrer le lien entre la protection sociale et leurs frontières traditionnelles. Ils sont amenés à « transnationaliser » leur système social, en prenant en compte les intérêts des citoyens à bénéficier d'une couverture sociale dans l'exercice du droit de libre circulation et de séjour qui leur est reconnu par le traité dans la formulation de leur politique sociale nationale et dans l'organisation de leur système de protection sociale, notamment lorsqu'ils définissent les conditions d'acquisition et de jouissance du droit aux prestations. Plutôt que des espaces entièrement fermés, les États providence européens sont amenés à s'ouvrir les uns aux autres et forment un « espace social européen » où la solidarité sociale ne se limite plus aux frontières étatiques et est susceptible de s'étendre au-delà des nationaux ou du territoire.

⁸⁰⁵ S. Leibfried, P. Pierson, «États providence semi-souverains: Elaborer des politiques sociales dans une Europe multi-niveaux», in *Politiques sociales européennes : entre intégration et fragmentation*, op.cit., p. 47-87, spéc. p. 47.

697. Cette « érosion de la souveraineté et de l'autonomie»⁸⁰⁶ des États providence européens ne se traduit toutefois pas par le démantèlement complet des frontières des systèmes de solidarité étatiques. Le droit de l'Union reconnaît l'impératif de permettre une certaine forme de clôture de l'État providence nécessaire au fonctionnement et à la viabilité des mécanismes de redistribution sociale, en admettant les nouveaux critères de rattachement, nommés « liens réels », lesquels se substituent aux critères absolus de nationalité et de résidence. Plus qu'un démantèlement pur et simple des frontières de la communauté de solidarité, la citoyenneté sociale européenne exige de redéfinir le cercle des bénéficiaires de l'État providence à travers les critères qui tiennent compte aussi de l'impératif de permettre une libre circulation des citoyens au sein de l'Union. Le droit souverain des États providence de définir leurs frontières subsiste, mais il n'est plus absolu et doit être concilié avec l'impératif de l'intégration sociale des citoyens.

698. Si la perspective de la création d'un système de protection sociale harmonisé au niveau de l'Union paraît à présent encore lointaine et difficilement envisageable, l'apport très conséquent de la jurisprudence consiste à construire l'Europe sociale par le bas, par la prise de conscience par les citoyens migrants du bénéfice concret de leur appartenance à l'Union⁸⁰⁷, y compris en matière sociale. C'est probablement, par petites touches, par petits pas, que se réalisera l'aspiration exprimée par les pères fondateurs d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, spéc. p. 48.

⁸⁰⁷ Les études empiriques effectuées par N. Rother, T.M. Nebe montrent en effet que l'exercice du droit de circuler et de séjourner dans d'autres États membres peut contribuer de manière significative au développement chez les citoyens migrants de l'attitude pro-européenne et du sentiment d'attachement plus fort à l'Union européenne, cela malgré la prédominance de l'attitude eurosceptique dans l'État membre d'origine qui pourrait influencer la perception des individus préalablement à la migration. Par rapport aux citoyens sédentaires qui n'ont jamais quitté leur État membre de la nationalité, un nombre sensiblement plus grand des citoyens migrants s'identifient avec l'Union européenne (uniquement ou en combinaison avec l'identité de l'État membre d'origine et/ou l'identité de l'État membre d'accueil), estiment en connaître plus sur l'Union européenne et se sentent attachés à l'Union européenne.

Voir N. Rother, T.M. Nebe, «More mobile, more European? Free movement and EU identity», in *Pioneers of European integration : citizenship and mobility in the EU*, E. Recchi, A. Favell (dir.), Cheltenham, UK ; Northampton, MA: E. Elgar, 2009, p. 120-155. Les études se basent sur les sondages auprès des citoyens migrants ressortissants de l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, la France et le Royaume-Uni et les ressortissants d'autres États membres qui s'installent dans ces 5 Etats membres. Les données concernant les citoyens sédentaires sont prises à partir d'Eurobaromètre 61 de 2004 et Eurobaromètre 58 de 2002.

⁸⁰⁸ Préambule du traité CEE.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

BARNARD C., *The substantive law of the EU*, 3^e ed, Oxford ; New York ; Auckland: Oxford university press, 2010, 674 p.

BLUMANN C., DUBOIS L., *Droit matériel de l'Union européenne*, 6^e ed, Paris: Montchrestien, 2012, 805 p.

CRAIG P., DE BÚRCA G., *The evolution of EU law*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 1999, 824 p.

DRUESNE G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, 8^e ed, Paris: Presses Universitaires de France, 2006, 629 p.

FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles: Académia-Bruylant, 2002, 902 p.

HENNION S., LE BARBIER-LE BRIS M. et DEL SOL M., *Droit social européen et international*, Paris: Presses Universitaires de France, 2010, 470 p.

JACQUÉ J-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e ed, Paris: Dalloz, 2010, 757 p.

SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^e ed, Paris: Presses Universitaires de France, 2001, 779 p.

SPAVENTA E., Free movement of persons in the European Union, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, 182 p.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme* 11^e ed, Paris: Presses Universitaires de France, 2012, 935 p.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, OUVRAGES COLLECTIFS, THÈSE ET MONOGRAPHIES

ARNULL A., *The European Union and its Court of Justice*, 2e ed, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2006, 699 p.

BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles: Bruylant, 2006, 782 p.

BRUBAKER R., *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne*, Paris: Belin, 1997, 319 p.

CARLIER J.-Y, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Belgique: Larcier, 2007, 485 p.

Commission européenne, *Les Européens vus par eux-mêmes*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001, 60 p.

FERRERA M., *Les nouvelles frontières du social. L'intégration européenne et les transformations de l'espace politique de la protection sociale*, Paris: Presses de Sciences Po, 2009, 388 p.

GOLYNKER O., *Ubiquitous citizens of Europe : the paradigm of partial migration*, Belgique: Antwerp : Intersentia, 2006, 282 p.

GUILD E., *The Legal Elements of European Identity*: EU Citizenship and Migration Law, Pays-Bas: Kluwer Law International, 2004, 288 p.

HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice*, Paris: L.G.D.J., 2003, 555 p.

ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne. Thèses, Bruxelles: Bruylant, 2007, 795 p.

KLEINMAN M., *A European welfare State? : European Union social policy in context*, Basingstoke; New York: Palgrave, 2002, 246 p.

MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, Bruxelles: Ed. de l'Université de Bruxelles, 1999, 249 p.

MAGNETTE P., *La citoyenneté : une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles: Bruylant, 2001, 283 p.

MAGNETTE P., *Le régime politique de l'Union européenne*, 3^e ed, Paris: Presses de Sciences Po, 2009, 319 p.

MAILLARD S., *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 472 p.

MARSHALL T. H., *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, 154 p.

MARZO C., *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Aix en Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, 578 p.

MAVRIDIS P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne : étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Athènes: Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2003, 792 p.

McEWEN N., MORENO L., *The territorial politics of welfare*, London; New York: Routledge, 2005, 252 p.

MERRIEN F-X., *L'État providence*, Paris: Presses Universitaires de France, 2007, 121 p.

MYRDAL G., *Planifier pour développer : de l'Etat-providence au Monde-providence*, Paris: Ed. Ouvrieres, 1963, 264 p.

O'LEARY S., *The evolving concept of community citizenship : from the free movement of persons to union citizenship*, The Hague : London : Boston: Kluwer Law international, 1996, 347 p.

POIARES MADURO M., *We the court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford: Hart Pub, 1998, 194 p.

VAN DER MEI A.P., *Free Movement Of Persons Within The European Community : Cross-Border Access To Public Benefits*, Oxford: Hart Publishing, 2003, 528 p.

WALZER M., *Spheres of justice : a defense of pluralism and equality*, New York: Basic Books, 1983, 345 p.

WEILER J. H. H., *The Constitution of Europe. "Do the new cloths have an emporor?" and other essays on European integration.*, Cambridge ; New York ; Melbourne: Cambridge university press, 1999, 364 p.

III. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES DE JURISPRUDENCE

ACH N., «La citoyenneté européenne au service d'une Europe sociale», *Journal de droit européen*, 2006, p. 129-134.

AZOUALAI L., «Citoyenneté de l'Union», *Annuaire de droit européen*, 2004, Vol. 2, p. 758-767.

AZOUALAI L., «En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale! A propos de la libre circulation des patients dans l'Union», *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, p. 843-851.

AZOUALAI L., «Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p. 29-45.

AZOUALAI L., «Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne», *Revue internationale de droit économique*, 2011, p. 543-557.

BADINTER R., BENLOLO CARABOT M., «La Cour de justice et la construction de la citoyenneté européenne», *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 123-126.

BARBOU DES PLACES S., «Nationalité des États membres et citoyenneté de l'Union dan la jurisprudence communautaire : la consécration d'une nationalité sans frontières», *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 29-49.

BARNARD C., «Comment on Bidar v. London Borough of Ealing», *Common Market Law Review*, 2005, p. 1465-1489.

BENLOLO CARABOT M., «Vers une citoyenneté européenne de résidence?», *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 7-28.

BESSON S., UTZINGER A., «Future challenges of European citizenship - facing a wide-open pandora's box », *European Law Journal*, 2007, p. 573-590.

BINDER D.S., «The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action»(en ligne), 1995, [réf. du 7 octobre 2011], disponible sur: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/95/9504ind.html>.

BORGETTO M., LAFORE L., «L'État-providence, le droit social et la responsabilité», *CNRS INFO* (en ligne), juillet 2002, [réf. du 27 juillet 2012], disponible sur: <http://www.cnrs.fr/Cnrspresso/n403/pdf/n403rd03.pdf>.

CASTRO-OLIVEIRA A., «Workers and other persons : step-by-step from movement to citizenship», *Common Market Law Review*, 2002, p. 77-127.

CAVALLINI J., «Portée de la citoyenneté européenne», *La Semaine Juridique Social*, 2011, p. 1195.

CHRISTENSEN A., MALMSTEDT M., «Lex loci laboris versus lex loci domicilii - an inquiry into the normative foundations of European social security law», *European Journal of Social Security*, 2000, p. 69-112.

CORNELISSEN R., «The principle of territoriality and the Community Regulations on social security (Regulations 1408/71 and 574/72)», *Common Market Law Review*, 1996, p. 439-471.

DAMJANOVIC D., DE WITTE B., «Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty»(en ligne), 2008, [réf. du 30 septembre 2010], disponible sur: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/10008>.

DAMJANOVIC D., «Comment on Vatsouras and Koupatantze v. ARGE of 4 June 2009, Joined cases C22/08 & C23/08», *Common Market Law Review*, 2010, p. 847-861.

DAUTRICOURT C., «Chronique des arrêts. Arrêt "Förster"», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, p. 133-138.

DAVIES G., «Any place I hang my hat? or: Residence is the new nationality», *European Law Journal*, 2005, p. 43-56.

DE GROVE-VALDEYRON N., «La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité?», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 299-327.

DE WITTE F., «The end of EU citizenship and the means of non-discrimination», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, p. 86-108.

Direction de l'information légale et administrative, «L'Etat providence», *Vie publique* (en ligne), [réf. du 30 mai 2006], disponible sur: <http://www.vie-publique.fr/dcouverte-institutions-finances-publiques/approfondissements/etat-providence.html>.

DOUGAN M., «Fees, grants, loans and dole cheques: who covers the costs of migrant education within the EU», *Common Market Law Review*, 2005, p. 943-986.

DOUGAN M., «The constitutional dimension to the case law on Union citizenship», *European Law Review*, 2006, p. 613-641.

DOUGAN M., «Equal treatment of migrant students as regards educational grants: A turning point for union citizenship?», *JCMS Annual review of the European Union*, 2008, p. 184-192.

DOUGAN M., «Cross-border educational mobility and the exportation of student financial assistance», *European Law Review*, 2008, p. 723-738.

DOUGAN M., SPAVENTA E., «Educating Rudy and the non-English Patient: a Double Bill on Residency Rights under Article 18 EC», *European Law Review*, 2003, p. 704-705.

DRIGUEZ L., MICHEL V., «La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché ?», *Europe*, 2011, étude 9.

EPINEY A., «The scope of article 12 EC: some remarks on the influence of European citizenship», *European Law Journal*, 2007, p. 611-622.

Européennes institut d'études juridiques, «Situation purement interne: sur quel pied danser?», *Journal du marché intérieur* (en ligne), 2011, [réf. du 5 mai 2011], disponible sur: <http://jmieuropa.typepad.com/jmi/2011/05/situation-purement-interne-sur-quel-pied-danser.html>.

FAIST T., «Social citizenship in the European Union: Nested membership?», *Journal of Common Market Studies*, 2001, p. 37-58.

FILLON J.-C., «La citoyenneté de l'Union européenne et la coordination des régimes de sécurité sociale», *Journal des tribunaux du travail*, 1999, p. 393-403.

FINES F., «Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires?», *Revue des affaires européennes*, 2003/2004, p. 37-46.

FREEMAN G.P., «Migration and the Political Economy of the Welfare State», *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 1986, p. 51-63.

FRIES S., SHAW J., «Citizenship of the Union: First steps in the European Court of Justice», *European Public Law*, 1998, p. 533-559.

GAUDIN H., «Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire», *Revue des affaires européennes*, 2003/2004, p. 7-21.

GERKRATH J., «Égalité de traitement», Répertoire Dalloz communautaire (en ligne), 2002, [réf. du 10 mars 2010], disponible sur Dalloz.

GIUBBONI S., «Free movement of persons and European solidarity», *European Law Journal*, 2007, p. 360-379.

GOLYNKER O., «Jobseekers' rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity », *European Law Review*, 2005, p. 111-122.

GOLYNKER O., «Student loans: the European concept of social justice according to Bidar», *European Law Review*, 2006, p. 390-401.

GROENENDIJK K., «Legal Concepts of Integration in EU Migration Law », *European Journal of Migration and Law*, 2004, p. 111-126.

HAILBRONNER K., «Union citizenship and access to social benefits», *Common Market Law Review*, 2005, p. 1245-1267.

HASSENTEUFEL P., «L'État providence ou les métamorphose de la citoyenneté», *L'Année sociologique*, 1996, p. 127-149.

HENNION-MOREAU S., «Les droits des étudiants-citoyens aux aides d'État dans l'UE», *Revue de droit sanitaire et social*, 2005, p. 577-585.

HOFSTOTTER B., «A cascade of rights, or who shall care for little Catherine? Some reflections on the Chen case», *European Law Review*, 2005, p. 548-558.

ILIOPOULOU A., TONER H., «Commentaire CJCE Rudy Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve», *Common Market Law Review*, 2002, p. 609-620.

ILIOPOULOU A., TONER H., «A new approach to discrimination against free movers?», *European Law Review*, 2003, p. 389-397.

JACOBS F.G., «Citizenship of the European Union--A Legal Analysis», *European Law Journal*, 2007, p. 591-610.

JAUME A., «La territorialité des droits sociaux au regard du droit communautaire», *Journal des tribunaux du travail*, 2007, p. 69-78.

KAUFF-GAZIN F., «Modalités de libre circulation des étudiants», *Europe*, 2009, comm. 3.

KAUFF-GAZIN F., MOSBRUCKER A.-L., «Fiscalité directe», *Europe*, 2009, p. 9-11.

KESSLER F., «Sur les conditions d'accès d'un citoyen de l'Union européenne au bénéfice d'une prestation d'aide sociale», *Revue de droit sanitaire et social*, 2005, p. 245-252.

KESSLER F., «Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable», *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 14.

KOKOTT J. , «EU citizenship -citoyens sans frontières ?», *European law lecture, Durham European law institute* (en ligne), 2005, [réf. du 6 février 2010], disponible sur: http://www.dur.ac.uk/resources/deli/annuallecture/2005_DELI_Lecture.pdf.

LACROIX J., «Une citoyenneté européenne est-elle possible ?», *La vie des idées.fr* (en ligne), 2009, [réf. du 3 juin 2009], disponible sur: http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20090603_lacroix.pdf.

LENAERTS K., «Fundamental rights to be included in a Community catalogue», *European Law Review*, 1991, p. 367-390.

LENAERTS K., «L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples», *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 3-41.

LHERNOULD J.-P., «L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne», *Droit social*, 2001, p. 1103-1107.

LHERNOULD J.-P., «L'accès des inactifs aux prestations sociales depuis le règlement 883/2004», *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, p. 653.

LHERNOULD J.-P., «La libre circulation du patient en Europe», *Petites affiches*, 16 juin 2008, n°120. p. 5.

LHERNOULD J.-P., «La coordination des régimes nationaux de sécurité sociale hors des règlements n° 1408/71 et n° 883/2004 : constat de faiblesse ou tremplin pour de nouvelles ambitions ?», *La Semaine Juridique Social*, 2009, p. 1449.

MARTIN D., «A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence», *European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 136-144.

MARTIN D., «Comments on Ioannidis (Case C-258/04 of 15 September 2005)», *European Journal of Migration and Law*, 2006, p. 237-242.

MARTIN D., «Comments on Förster Case C-158/07 of 18 November 2008 », *European Journal of Migration and Law*, 2009, p. 95-100.

MARTIN D., «Fasc. 601: Libre circulation des travailleurs», *JurisClasseur Europe Traité* (en ligne), [réf. du 14 Juillet 2010], disponible sur JurisClasseur.

MARTINSEN D. S., «EU Cross-Border Welfare, Union Citizenship and National Residence Clauses»(en ligne), 2007, [réf. du 17 mai 2011], disponible sur: <http://aei.pitt.edu/7964/1/martinsen-d-05i.pdf>.

MARZO C., «Vers une citoyenneté sociale européenne ?», *Droit social*, 2007, p. 218-224.

MARZO C., «La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne. Réflexions autour de l'arrêt Förster», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 439-458.

MASSE J.-P., SERGIO C. et ANAÏS F.A., «Implementation of Directive 2004/38 in the context of EU Enlargement: A proliferation of different forms of citizenship?»(en ligne), 2009, [réf. du 21 avril 2009], disponible sur: <http://www.libertysecurity.org/article2470.html>.

MAVRIDIS P., «La libre circulation des patients : la boucle est-elle bouclée ?», *Petites affiches*, 13 juin 2008, n° 119. p. 4.

MERTENS DE WILMARS J., «Commentaire de larrêt Cowan», *Cahiers de droit européen*, 1990, p. 393-402.

MEULMAN J., DE WAELE H., «Funding the life of Brian: Jobseekers, Welfare Shopping and the Frontiers of European citizenship», *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, p. 275-288.

MUIR E., «Statut et droit du demandeur d'emploi-travailleur-citoyen : confusion ou rationalisation», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, p. 249-274.

NIC SHUIBHNE N., «Case comment on Schwarz, Commission v Germany, and Morgan & Bucher», *Common Market Law Review*, 2008, p. 771-786.

O'BRIEN C., «Comment on cases C-212/05, Hartmann, C-213/05, Geven and C-287/05, Hendrix», *Common market law review*, 2008, p. 499-514.

O'BRIEN C., «Real Links, Abstract Rights and False Alarms: The Relationship Between the ECJ's "Real Link" Case Law and National Solidarity», *European Law Review*, 2008, p. 643-665.

O'LEARY S., «The relationship between community citizenship and the protection of fundamental rights in community law», *Common market law review*, 1995, p. 519-554.

O'LEARY S., «Putting flesh on the bones of European Union citizenship», *European Law Review*, 1999, p. 68-79.

O'LEARY S., «Developing an ever closer Union between the peoples of Europe? A reappraisal of the case law of the Court of justice on the free movement of persons and EU citizenship», *Yearbook of European Law*, 2008, p. 167-193.

O'LEARY S., «Equal treatment and EU citizens: A new chapter on cross-border educational mobility and access to student financial assistance», *European Law Review*, 2009, p. 612-627.

O'LEARY S., «The past, present and future of the purely internal rule in EU law», *Irist jurist*, 2009, p. 13-46.

PENNINGS F., «Coordination of Unemployment Benefits Under Regulation 883/2004», *European Journal of Social Security*, 2009, p. 177-203.

PENNINGS F., «EU Citizenship : Access to Social Benefits in Other EU Member States», *International journal of comparative labour law*, 2012, p. 307-334.

PRECHAL S., «Free Movement and Procedural Requirements: Proportionality Reconsidered», *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, p. 201-216.

RIGAUX A., «Une nouvelle application apaisée de la jurisprudence Keck et Mithouard», *Europe*, 2008, p. 34-35.

SAKSLIN M., «The Concept of Residence and Social Security: Reflections on Finnish, Swedish and Community Legislation», *European Journal of Migration and Law*, 2000, p. 157-183.

SCHÖNBERGER C., «European citizenship as federal citizenship. Some citizenship lessons of comparative federalism», *European Review of Public Law*, 2007, p. 61-81.

Service des affaires européennes Sénat français, «La protection sociale»(en ligne), [réf. du décembre 1995], disponible sur: <http://www.senat.fr/lc/lc10/lc10.html>.

SIMON D., «Vers une autonomisation limitée des droits attachés à la citoyenneté européenne ?», *Europe* (en ligne), 2004, [réf. du 19 octobre 2010], disponible sur JurisClasseur.

SOMEK A., «Solidarity decomposed: being and time in European citizenship», *European Law Review*, 2007, p. 787-818.

SPAVENTA E., «From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European constitution», *Common Market Law Review*, 2004, p. 743-773.

SPAVENTA E., «Seeing the wood despite the trees? On the scope of union citizenship and its constitutional effects», *Common Market Law Review*, 2008, p. 13-45.

STARKLE G., «Extension du principe de non-discrimination en droit communautaire au ressortissant d'un État membre licitement installé dans un autre État membre», *Cahiers de droit européen*, 1984, p. 672-695.

STEINER J., «Recipients of Services - Some More Equal than Others», *European Law Review*, 1985, p. 348-352.

STJERNØ S., «The idea of solidarity in Europe», *European Journal of Social Law*, 2011, 3. p. 156-176.

STRUMIA F., «European Social Citizenship: Solidarity in the Realm of Faltering Identity», *European Journal of Social Law*, 2011, p. 122-140.

SUDRE F., «La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam», *La Semaine Juridique*, ed. gén, 1998, I 100.

TOMUSCHAT C., «Radical equality under article 12 EC ? The case of Martínez Sala», *Common Market Law Review*, 2000, p. 449-457.

TONER H., «Judicial interpretation of European Union citizenship - transformation or consolidation?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2000, p. 158-182.

TUORI K., «La Constitution économique parmi les Constitutions européennes», *Revue internationale de droit économique*, 2011, p. 559-599.

VAN DER MEI A.P., «Regulation 1408/71 and coordination of special non-contributory benefits», *European Law Review*, 2002, p. 551- 566.

VAN DER MEI A.P., «Union Citizenship and the De-Nationalization of the Territorial Welfare State», *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 203-211.

VAN DER MEI A.P., «Union citizenship and the legality of durational residence requirement for entitlement to student financial aid», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2009, p. 477-496.

VERSCHUEREN H., «European (Internal) Migration Law as an Instrument for Defining the Boundaries of National Solidarity Systems», *European Journal of Migration and Law*, 2007, p. 307-346.

VERSCHUEREN H., «Free movement of persons in the European Union and social rights: an area of conflicting secondary law instruments?», *ERA Forum*, 2011, p. 287-299.

WEATHERILL S., «Commentaire de l'arrêt Cowan», *Common Market Law Review*, 1989, p. 563-581.

WHELAN A., «Commentaire de l'arrêt Martinez Sala», *Revue des affaires européennes*, 1999, p. 228-238.

WIND M., «Post-national citizenship in Europe: the EU as a welfare rights generator?», *Columbia Journal of European Law*, 2009, p. 239-264.

ZAMPINI F., «La jurisprudence de la Cour de justice et les étudiants», *Revue des affaires européennes*, 2005, p. 63-82.

IV. CONTRIBUTIONS À DES MONOGRAPHIES, OUVRAGES COLLECTIFS

AKANDJI-KOMBE J.F., «L'émergence de la citoyenneté européenne. De Rome à Maastricht», in *La citoyenneté européenne*, AKANDJI-KOMBE J.F, LECLERC S. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2006, 167 p., p. 9-21.

AZOUALAI L., «La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale», in *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V. et MICHEL V. (dir.), Paris: Dalloz, 2010, 787 p., p. 1-28.

AZOUALAI L., «La formule de l'entrave», in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, AZOUALAI L. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2011, 362 p., p. 1-21.

AZOUALAI L., «Marges de la citoyenneté européenne - obligations étatiques, équité transnationale, euro-bonds», in *La citoyenneté européenne [2e forum annuel de Trans Europe expert, TEE, à Paris le 1er avril 2011]*, FAUVARQUE-COSSON B., PATAUT E. et ROCHFELD J. (dir.), Paris: Société de législation comparée, DL, 2011, 129 p., p. 63-76.

BARBOU DES PLACES S., «Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire», in *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, POTVIN-SOLIS L. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2010, 700 p., p. 65-89.

BARBOU DES PLACES S., «Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : des affinités sélectives?», in *La solidarité dans l'Union européenne: éléments constitutionnels et matériels*, BOUTAYEB C. (dir.), Paris: Dalloz, 2011, 340 p., p. 217-244.

BARNARD C., «EU citizenship and the principle of solidarity», in *Social welfare and EU law*, DOUGAN M., SPAVENTA E. (dir.), Oregon: Hart publishing, 2005, 290 p., p. 157-180.

BARNARD C., «Solidarity and new governance in social policy», in *Law and new governance in the EU and the US*, DE BÚRCA G., SCOTT G. (dir.), Oxford ; Portland: Hart, 2006, 434 p., p. 153.

BELOV M., «EU citizenship - market agent, political player or a new dimension of the personal identity. Is there any chance for a "supranational Nation" on EU level?», in *Europe: a continent of immigration?*, SNYDER F., THYM D. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2011, 474 p., p. 405-430.

BOUTAYEB C., «La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne - Eléments pour une théorie», in *La solidarité dans l'Union européenne: éléments constitutionnels et matériels*, BOUTAYEB C. (dir.), Paris: Dalloz, 2011, 340 p., p. 5-37.

CALVES G., «Le principe de non-discrimination : un principe vide», in *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, POTVIN-SOLIS L. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2010, 700 p., p. 47-53.

COMMAILLE J., «Préface», in *La protection sociale en Europe: le temps des réformes*, DANIEL C., PALIER B. (dir.), Paris: la Documentation française, 2001, 260 p., p. 7-13.

CURRIE S., «The transformation of Union citizenship», in *50 years of the European treaties : looking back and thinking forward*, DOUGAN M., CURRIE S. (dir.), Oxford; Portland, Oregon: Hart publishing, 2009, 439 p., p. 365-391.

D'OLIVEIRA H.U.J., «Is reverse discrimination still permissible under the Single European Act», in *Forty years on, the evolution of postwar private international law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en International Privaatrecht (dir.), Deventer: Kluwer, 1990, 217 p., p. 71-86.

DAVIES G., «The Price of Letting Courts Value Solidarity: The Judicial Role in Liberalizing Welfare», in *Promoting solidarity in the European Union*, ROSS M., BORGGMANN-PREBIL Y. (dir.), Oxford; New York ; Auckland [etc]: Oxford University Press, 2010, 312 p., p. 106-121.

DE BÚRCA G., «Towards European welfare?», in *EU law and the welfare state: in search of solidarity*, DE BÚRCA G. (dir.), Oxford: Oxford University Press, 2005, 250 p., p. 1-9.

DÉVOLUY M., «Aux sources de la polysémie du modèle européen», in *L'Europe économique et sociale : singularités, doutes et perspectives*, DÉVOLUY M., KOENIG G. (dir.), Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2011, 320 p., p. 11-61.

DOUGAN M., «Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?», in *The outer limits of European Union law*, BARNARD C., ODUDU O. (dir.), Oxford ; Portland (Or.): Hart publishing, 2009, 446 p., p. 119-165.

DOUGAN M., «The Spatial Restructuring of National Welfare States within the European Union: The Contribution of Union Citizenship and the Relevance of the Treaty of Lisbon», in *Integrating welfare functions into EU law : from Rome to Lisbon*, NEERGAARD U., NIELSEN R. et ROSEBERRY L. (dir.), Copenhagen: DJØF Publishing, 2009, 378 p., p. 147-187.

DOUGAN M., SPAVENTA E., «New model of social solidarity in the EU», in *Social welfare and EU law*, DOUGAN M., SPAVENTA E. (dir.), Oregon: Hart publishing, 2005, 290 p., p. 181-218.

ENTZINGER H., «L'ouverture des frontières et l'État providence», in *Migrations sans frontières : essais sur la libre circulation des personnes*, PÉCOUD A., DE GUCHTENEIRE P. (dir.), Paris: UNESCO, 2009, 383 p., p. 169-188.

FAUVARQUE-COSSON B., ROCHFELD J., «L'actualité de la citoyenneté européenne (Préface)», in *La citoyenneté européenne [2e forum annuel de Trans Europe expert, TEE, à Paris le 1er avril 2011]*, FAUVARQUE-COSSON B., PATAUT E. et ROCHFELD J. (dir.), Paris: Société de législation comparée, DL, 2011, 129 p., p. VII - XII.

FERRARI-BREEUR C., «L'éducation et la formation professionnelle comme instrument de la citoyenneté européenne», in *La citoyenneté européenne*, PHILIP C., SOLDATOS P. (dir.), Montréal: Chair Jean Monnet, 2000, 269 p., p. 177-192.

GAROT M.-J., «A new basis for European citizenship: residence», in *European citizenship: an institutional challenge*, LA TORRE M. (dir.), The Hague: Kluwer law international, 1998, 476 p., p. 229-248.

GIUBBONI S., «A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice», in *Promoting solidarity in the European Union*, ROSS M., BORGmann-PREBIL Y. (dir.), Oxford ; New York ; Auckland [etc]: Oxford University Press, 2010, 312 p., p. 166-197.

GUILD E., «Citizenship and fundamental rights», in *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, CARLIER J.-Y., GUILD E. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2006, 322 p., p. 45-63.

HAILBRONNER K., «Union citizenship and social rights», in *L'avenir de la libre circulation de personnes dans l'U.E.*, CARLIER J.-Y., GUILD E. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2006, 322 p., p. 65-78.

HAILBRONNER K., «Free Movement of EU Nationals and Union Citizenship», in *International migration law: developing paradigms and key challenges*, CHOLEWINSKI R., PERRUCHOUD R. et MACDONALD E. (dir.), The Hague: T.M.C. Asser, 2007, p. 313-328.

HALFMANN J., «Welfare State and territory», in *Immigration and welfare*, BOMMES M., GEDDES A. (dir.), London, New York: Routledge, 2005, 253 p., p. 34-50.

HERNU R., «Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'UE?», in *Actualité du droit des étrangers*, BENLOLO CARABOT M., PARROT K. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2011, 164 p., p. 41-66.

ILIOPOULOU A., «Entrave et citoyenneté de l'Union», in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, AZOULAI L. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2011, 362 p., p. 191-223.

JOPPKE C., «Immigration Challenges the Nation-State», in *Challenge to the Nation-State: immigration in Western Europe and the United States*, JOPPKE C (dir.), Oxford: Oxford university press, 1998, 360 p., p. 5-48.

KVIST J., SAARI J., «The Europeanisation of social protection: domestic impacts and national responses», in *The Europeanisation of social protection*, KVIST J., SAARI J. (dir.), Bristol: Policy Press, 2007, 308 p., p. 229-248.

LEIBFRIED S., PIERSON P., «États providence semi-souverains: Elaborer des politiques sociales dans une Europe multi-niveaux», in *Politiques sociales européennes : entre intégration et fragmentation*, LEIBFRIED S., PIERSON P. (dir.), Paris: L'Harmattan, 1998, 426 p., p. 47-87.

LENAERTS K., «Union citizenship and the principle of non discrimination on grounds of nationality», in *Festschrift til Claus Gulmann*, ANDERSEN L. L., BAUDENBACHER C. et BERNIZ U. (dir.), København: Forlaget Thomson, 2006, 518 p., p. 289-309.

MENÉNZ A. J., «European citizenship after Martinez Sala and Baumbast: Has European law became more human but less social?», in *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, AZOULAI L., POIARES MADURO M. (dir.), Oxford ; Portland: Hart Publishing, 2010, 512 p., p. 363-393.

O'KEEFFE D., «Union Citizenship», in *Legal issues of the Maastricht treaty*, O'KEEFFE D., TWOMEY P. M. (dir.), London ; New York ; Singapore: Wiley Chancery Law, 1994, 374 p., p. 87-107.

O'LEARY S., «Solidarity and citizenship rights in the Charter of fundamental rights of the European Union», in *EU law and the welfare state : in search of solidarity*, DE BURCA G. (dir.), Oxford ; New York: Oxford University Press, 2005, 250 p., p. 39-87.

PENNINGS F., «Inclusion and exclusion of persons and benefits in the new co-ordination regulation», in *Social welfare and EU law*, DOUGAN M., SPAVENTA E. (dir.), Oregon: Hart publishing, 2005, 290 p., p. 241-260.

POIARES MADURO M., «L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'UE», in *L'Union européenne et les droits de l'homme*, ALSTON P. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2001, 983 p., p. 465-489.

REDDING V., «Justice et citoyens : mettre le citoyen au cœur du projet européen», in *La citoyenneté européenne [2e forum annuel de Trans Europe expert, TEE, à Paris le 1er avril 2011]*, FAUVARQUE-COSSON B., PATAUT E. et ROCHFELD J. (dir.), Paris: Société de législation comparée, DL, 2011, 129 p., p. 83-87.

RITLENG D., «Les États membres face aux entraves», in *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, AZOULAI L. (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2011, 362 p., p. 303-324.

ROBERTS S., «Bref historique de la coordination de la sécurité sociale», in *50 ans de la coordination de la sécurité sociale*, JORENS Y. (dir.), Espagne: OPUE, 2010, 259 p., p. 8-29.

ROSS M., «The struggle for EU citizenship: Why solidarity matters», in *A constitutional order of states: essays in EU law in honour of Alan Dashwood*, ARNULL A., BARNARD C. et DOUGAN M. (dir.), Oxford ; Portland (Or.): Hart publishing, 2011, 634 p., p. 283-300.

ROTHER N., NEBE T.M., «More mobile, more European? Free movement and EU identity», in *Pioneers of European integration : citizenship and mobility in the EU*, RECCHI E., FAVELL A. (dir.), Cheltenham, UK ; Northampton, MA: E. Elgar, 2009, 312 p., p. 120-155.

RUBIO-MARIN R., «Equal citizenship and the difference that residence makes», in *European citizenship : an institutional challenge*, LA TORRE M. (dir.), The Hague: Kluwer law international, 1998, 476 p., p. 201-227.

SHAW J., «A view of the citizenship classics: Martinez Sala and subsequent cases on citizenship of the Union», in *The past and future of EU law*, POIARES MADURO M., AZOULAI L. (dir.), Oxford; Portland: Hart Publishing, 2010, 512 p., p. 356-362.

SPAVENTA E., «Impact des articles 12, 18, 39 et 43 du traité CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», in *50 ans de coordination de la sécurité sociale : Passé - Présent - Futur*, YVES J. (dir.), Luxembourg Office des publications de l'Union européenne, 2010, 259 p., p. 119-136.

SPAVENTA E., «The constitutionnal impact of Union citizenship», in *The role of courts in developing a European social model : theoretical and methodological perspectives*, NEERGARD U., NIELSEN R. et ROSEBERRY L. (dir.), Copenhagen: DJØF Publishing 2010, 356 p., p. 141-167.

TIMMERMANS C., «Lifting the veil of Union citizens' rights», in *Une communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, COLNERIC N., EDWARD D. et PUSSOCHEZ J.-P. (dir.), Berlin: BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 648 p., p. 195-206.

TIMMERMANS C., «Martinez Sala and Baumbast revisited», in *The past and future of EU law*, POIARES MADURO M., AZOULAI L. (dir.), Oxford; Portland: Hart Publishing, 2010, 512 p., p. 345-355.

WATHELET M., «Citoyenneté européenne et libre circulation dans la jurisprudence», in *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, CARLIER J.-Y., VERWILGHEN M. (dir.), Luxembourg: OPOCE, 2000, 326 p., p. 277-285.

V. DOCUMENTS OFFICIELS DE L'UNION EUROPÉENNE

A. Traités

Traité instituant la Communauté économique européenne (1957)

Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée 1992) (JO n° C 224 du 31 août 1992)

Traité sur l'Union européenne (traité de Maastricht) (JO n° C 191 du 29 juillet 1992)

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes (JO n° C 340 du 10 novembre 1997)

Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes (JO n° C 80 du 10 mars 2001)

Traité établissant une Constitution pour l'Europe (JO n° C 310 du 16 décembre 2004)

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (JO n° C 306 du 17 décembre 2007)

Traité sur l'Union européenne et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (versions consolidées de 2010) (JO n° C 83 du 30 mars 2010)

B. Chartes

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JO n° C 83 du 30 mars 2010)

C. Règlements et directives

Règlement n° 3 du Conseil du 25 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, JO n° 30 du 16.12.1958, p. 561.

Règlement (CEE) n° 1247/92 du Conseil du 30 avril 1992 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (92/1247/CE), JO L 136 du 19.5.1992, p. 1-6.

Règlement (CEE) n° 1390/81 du Conseil du 12 mai 1981 étendant aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille le règlement (CEE) n°1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 143 du 29.05.1981, p. 1-32.

Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L* 149 du 5.7.1971, p. 2-50.

Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JO* n° L 257 du 19.10.1968, p. 2-12.

Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L* 74 du 27.3.1972, p. 1-83.

Règlement (CE) n° 307/1999 du Conseil du 8 février 1999 modifiant le règlement (CEE) 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et le règlement (CEE) n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, en vue d'étendre leur application aux étudiants, *JO L* 38 du 12.2.1999, p. 1-5.

Règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil du 13 avril 2005 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, et le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, *JO L* 117 du 4.5.2005, p. 1-12.

Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L* 314 du 7.6.2004, p. 1-123.

Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L* 284 du 30.10.2009, p. 1-42.

Règlement (CE) n° 988/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, et déterminant le contenu de ses annexes, *JO L* 284 du 30.10.2009, p. 43-72.

Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, *JO L* 141 du 27.5.2011, p. 1-12.

Directive 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, *JO L* 180 du 13.7.1990, p. 26 -27.

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 du 13.7.1990, p. 28-29.

Directive 93/96 du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, *JO L* 317 du 18.12.1993, p. 59-60.

Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JO L* 299 du 18/11/2003, p. 9-19.

Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO L* 16 du 23.1.2004, p. 44–53.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *JO L* 158 du 30.4.2004, p. 77–123.

Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *JO L* 88 du 4.4.2011, p. 45–65.

D. Rapports

Commission européenne, «Rapport Eurobaromètre Standard 77, "La citoyenneté européenne" »(en ligne), Printemps 2012, [réf. du 8 novembre 2012], disponible sur: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb77/eb77_citizen_fr.pdf.

VI. TEXTES INTERNATIONAUX

Convention européenne d'assistance sociale et médicale (signée à Paris le 11 décembre 1953), disponible sur: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/014.htm>.

INDEX DE JURISPRUDENCE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

(Les arrêts sont classés par ordre chronologique)

I. ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6-64, Rec. p. 1141
19, 46
- CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder c/ Ville d'Ulm - Sozialamt*, aff. 29-69, Rec. p. 419
140
- CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, aff. 152-73, Rec. p. 153
263
- CJCE, 3 juillet 1974, *Casagrande c/ Landeshauptstadt München*, aff. 9-74, Rec. p. 773
68, 160, 185
- CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c/ Dassonville*, aff. 8/74, Rec. p. 837
196
- CJCE, 9 octobre 1974, *Caisse régionale d'assurance maladie de Paris c/ Biason*, aff. 24-74, Rec. p. 999
386
- CJCE, 4 décembre 1974, *van Duyn c/ Home Office*, aff. 41-74, Rec. p. 1337
231
- CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini c/ SNCF*, aff. 32-75, Rec. p. 1085
33, 185
- CJCE, 21 octobre 1975, *Petroni c/ Office national des pensions pour travailleurs salariés*, aff. 24-75, Rec. p. 1149
412
- CJCE, 17 février 1977, *di Paolo c/ Office national de l'emploi*, aff. 76/76, Rec. p. 315
84
- CJCE, 16 mars 1978, *Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland c/ Pierik*, aff. 117/77, Rec. p. 825
418
- CJCE, 31 mai 1979, *Ministère public c/ Even et Office national des pensions pour travailleurs salariés*, aff. 207/78, Rec. p. 2019
343

- CJCE, 19 juin 1980, *Testa, Maggio et Vitale c/ Bundesanstalt für Arbeit*, aff. jointes 41/79, 121/79 et 796/79, Rec. p. 1979
370
- CJCE, 14 janvier 1982, *Reina c/ Landeskreditbank Baden-Württemberg*, aff. 65/81, Rec. p. 33
33, 185
- CJCE, 23 mars 1982, *Levin c/ secrétaire d'État à la justice*, aff. 53/81, Rec. p. 1035
494
- CJCE, 5 mai 1983, *Piscitello c/ Istituto nazionale della previdenza sociale*, aff. 139/82, Rec. p. 1427
386
- CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri c/ État belge et et Asbl Institut supérieur de sciences humaines appliquées*, aff. 152/82, Rec. p. 2323
71-72, 74
- CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone c/ Ministero del Tesoro*, aff. jointes 286/82 et 26/83, Rec. p. 377
61, 70, 421
- CJCE, 7 février 1984, *Duphar c/ État néerlandais*, aff. 238/82, Rec. p. 523
470, 474
- CJCE, 13 février 1985, *Gravier c/ Ville de Liège*, aff. 293/83, Rec. p. 593
69-74, 160, 186
- CJCE, 7 mars 1985, *Hoeckx c/ Centre public d'aide sociale de Kalmthout*, aff. 249/83, Rec. p. 973
33, 185, 337, 386, 398
- CJCE, 11 juillet 1985, *Ministère public c/ Mutsch*, aff. 137/84, Rec. p. 2681
191-192
- CJCE, 8 juin 1987, *Centre public d'aide sociale de Courcelles c/ Lebon*, aff. 316/85, Rec. p. 2811
209, 212, 218, 491
- CJCE, 2 février 1988, *Blaizot c/ Université de Liège*, aff. 24/86, Rec. p. 379
75, 160
- CJCE, 21 juin 1988, *Brown c/ The Secretary of State for Scotland*, aff. 197/86, Rec. p. 3205
160, 172, 173, 179
- CJCE, 21 juin 1988, *Lair c/ Universität Hannover*, aff. 39/86, Rec. p. 3161
160, 172, 173, 179

- CJCE, 27 septembre 1988, *Lenoir c/ Caisse d'allocations familiales des Alpes-Maritimes*, aff. 313/86, Rec. p. 5391
365, 649, 662
- CJCE, 2 février 1989, *Cowan c/ Trésor public*, aff. 186/87, Rec. p. 195
36, 63-66, 83, 85, 89, 106, 160, 186, 192-4, 205, 239
- CJCE, 15 mars 1989, *Echternach et Moritz c/ Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, aff. jointes 389/87 et 390/87, Rec. p. 723
68
- CJCE, 27 avril 1989, *Commission c/ Belgique*, aff. 321/87, Rec. p. 997
82
- CJCE, 26 février 1991, *The Queen c/ Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen*, aff. C-292/89, Rec. p. I-745
209, 211, 614, 637
- CJCE, 7 mars 1991, *Masgio c/ Bundesknappschaft*, aff. C-10/90, Rec. p. I-1119
274
- CJCE, 26 février 1992, *Raulin c/ Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, aff. C-357/89, Rec. p. I-1027
98
- CJCE, 26 janvier 1993, *Werner c/ Finanzamt Aachen-Innenstadt*, aff. C-112/91, Rec. p. I-429
240-241, 244, 400, 494
- CJCE, 1 mars 1993, *Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, Rec. p. I-1663
274
- CJCE, 10 mars 1993, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-111/91, Rec. p. I-817
398
- CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig*, aff. C-168/91, Rec. p. 1191
141-142, 193
- CJCE, 14 février 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt c/ Schumacker*, aff. C-279/93, Rec. p. I-225
187
- CJCE, 4 mai 1995, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen c/ Gaal*, aff. C-7/94, Rec. p. I-1031
68
- CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165
275

- CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c/ Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4921
274
- CJCE, 7 mars 1996, *Commission c/ France*, aff. C-334/94, Rec. p. 1307
187, 662
- CJCE, 2 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-278/94, Rec. p. I-4307
209, 212
- CJCE, 30 janvier 1997, *Stöber et Pereira c/ Bundesanstalt für Arbeit*, aff. jointes C-4/95 et C-5/95, Rec. p. 511
271, 520
- CJCE, 5 juin 1997, *Land Nordrhein-Westfalen c/ Uecker et Jacquet c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. jointes C-64/96 et C-65/96, Rec. p. I-3171
101, 103
- CJCE, 4 novembre 1997, *Snares c/ Adjudication Officer*, aff. C-20/96, Rec. p. I-6057
388, 574, 618
- CJCE, 27 novembre 1997, *Meints c/ Minister van Landbouw*, aff. C-57/96, Rec. p. I-6689
298, 300, 336, 362, 393, 492, 498
- CJCE, 28 avril 1998, *Kohll c/ Union des caisses de maladie*, aff. C-158/96, Rec. p. I-1931
423, 431, 474, 476
- CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala c/ Freistaat Bayern*, aff. C-85/96, Rec. p. I-2691
80-85, 92, 93, 155, 162, 163, 216, 226, 233, 247, 251, 299, 327, 485, 525, 573, 591
- CJCE, 24 novembre 1998, *Procédure pénale c/ Bickel et Franz*, aff. C-274/96, Rec. p. I-7637
88, 106, 143, 189-197, 202-206, 252, 592
- CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve c/ Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren*, aff. C-18/95, Rec. p. I-345
274, 275, 400
- CJCE, 25 février 1999, *Swaddling c/ Adjudication Officer*, aff. C-90/97, Rec. p. I-1075
527
- CJCE, 8 juin 1999, *Meeusen c/ Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, aff. C-337/97, Rec. p. I-3289
33, 298, 393, 492, 498-499, 669
- CJCE, 21 septembre 1999, *Procédure pénale c/ Wijzenbeek*, aff. C-378/97, Rec. p. I-6207
78, 229, 575

- CJCE, 27 janvier 2000, *Graf c/ Filzmoser Maschinenbau GmbH*, aff. C-190/98, Rec. p. I-493
196, 287
- CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, aff. C-135/99, Rec. p. I-10409
169, 242, 251-252, 277, 352-355
- CJCE, 8 mars 2001, *Jauch c/ Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*, aff. C-215/99, Rec. p. I-1901
388
- CJCE, 31 mai 2001, *Leclere c/ Caisse nationale des prestations familiales*, aff. C-43/99, Rec. p. I-4265
388, 662
- CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms c/ Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, aff. C-157/99, Rec. p. I-5473
421, 430
- CJCE, 12 juillet 2001, *Vanbraekel c/ Alliance nationale des mutualités chrétiennes*, aff. C-368/98, Rec. p. I-5363
434-435, 443
- CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, Rec. p. I-6193
22, 86-87, 112, 164-170, 198, 252, 265, 299, 401, 469, 485, 525, 572, 575, 581, 584, 593, 595, 611, 619, 663, 694
- CJCE, 19 mars 2002, *Inasti c/ Hervein et Hervillier SA* aff. C-393/99 Rec. p. I-2829
293
- CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, Rec. p. I-6279
144
- CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop c/ Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, Rec. p. I-6191
104, 214, 217, 252, 257, 262-269, 283, 310, 479, 483, 487, 525, 535, 537, 556, 562, 568, 637
- CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, Rec. p. I-7091
21, 230-234, 470, 576-584, 593, 595, 611, 619, 663
- CJCE, 6 janvier 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-388/01, Rec. p. I-721
513, 592
- CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello c/ État belge*, aff. C-148/02, Rec. p. I-11613
110-116, 124, 133

- CJCE, 23 octobre 2003, *Inizan c/ Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*, aff. C-56/01, Rec. p. I-12403
430, 432
- CJCE, 23 mars 2004, *Collins c/ Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-138/02, Rec. p. I-2703
199, 209-213, 479, 487, 491, 501, 525-526, 556, 566, 588, 592, 619, 637, 639
- CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri c/ Land Baden-Württemberg*, aff. jointes C-482 et 493/01, Rec. p. I-5257
575
- CJCE, 29 avril 2004, *Pusa c/ Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö*, aff. C-224/02, Rec. p. I-5763
251, 267-268, 310
- CJCE, 29 avril 2004, *Skalka c/ Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft*, aff. C-160/02, Rec. p. I-5613
388
- CJCE, 8 juillet 2004, *Gaumain-Cerri c/ Kaufmännische Krankenkasse et Barth c/ Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*, aff. jointes C-502/01et C-31/02, Rec. p. I-6483
348-351
- CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani c/ Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, aff. C-456/02, Rec. p. I-7573
94-99, 204, 574, 694
- CJCE, 16 septembre 2004, *Baldinger c/ Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*, aff. C-386/02, Rec. p. I-8411
254, 343, 591, 658-659
- CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, Rec. p. I-9925
109, 116, 122, 124
- CJCE, 15 mars 2005, *Dany Bidar c/ London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills*, aff. C-209/03, Rec. p. I-2119
172-179, 199, 470, 487, 515, 525-526, 557, 586, 589, 620, 625, 627, 694
- CJCE, 7 juillet 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-147/03, Rec. p. I-5969
471
- CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp c/ Finanzamt München V*, aff. C-403/03, Rec. p. I-6421
107, 291-292
- CJCE, 15 septembre 2005, *Office national de l'emploi c/ Ioannidis*, aff. C-258/04, Rec. p. I-8275
213, 217, 487, 491, 499, 501, 637

- CJCE, 21 février 2006, *Hosse c/ Land Salzburg*, aff. C-286/03, Rec. p. I-1771
395
- CJCE, 21 février 2006, *Ritter-Coulais c/ Finanzamt Germersheim*, aff. C-152/03, Rec. p. I-1711
244-247, 392, 400, 494, 501
- CJCE, 27 avril 2006, *Standesamt Stadt Niebüll*, aff. C-96/04, Rec. p. I-3561
309
- CJCE, 16 mai 2006, *Watts c/ Bedford Primary Care Trust et Secretary of State for Health*, aff. C-372/04, Rec. p. I-4325
421, 432, 470, 474, 476
- CJCE, 6 juillet 2006, *Kersbergen-Lap c/ Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, aff. C-154/05, Rec. p. I-6249
388, 394, 669
- CJCE, 18 juillet 2006, *De Cuyper c/ Office national de l'emploi*, aff. C-406/04, Rec. p. I-6947
278-280, 282, 303, 375-381, 476, 487, 533, 619, 635, 663-664, 666, 677, 694
- CJCE, 7 septembre 2006, *N c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, aff. C-470/04, Rec. p. I-7409
246, 400
- CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger c/ College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, aff. C-300/04, Rec. p. I-8055
507
- CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, aff. C-145/04, Rec. p. I-7917
507
- CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas c/ Raadskamer WUBO van de Pensioen-en Uitkeringsraad*, aff. C-192/05, Rec. p. I-10451
251, 257, 278-280, 282, 303, 342, 480, 487, 541, 548, 558
- CJCE, 9 novembre 2006, *Turpeinen*, aff. C-520/04, Rec. p. I-10685
243
- CJCE, 16 janvier 2007, *Perez Naranjo c/ Caisse régionale d'assurance maladie Nord-Picardie*, aff. C-265/05, Rec. p. I-347
662
- CJCE, 18 juillet 2007, *Geven c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-213/05, Rec. p. I-6347
298, 334-5, 475, 493-503, 563-4, 653, 666
- CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann c/ Freistaat Bayern*, aff. C-212/05, Rec. p. I-6303
119, 246, 327, 334-335, 392, 394-395, 400, 475, 492-503, 653, 666

- CJCE, 11 septembre 2007, *Hendrix c/ Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, aff. C-287/05, Rec. p. I-6909
246, 298, 389-402, 501, 503, 515, 531, 619, 635, 663-664, 668, 670, 673
- CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz c/ Finanzamt Bergisch Gladbach*, aff. C-76/05, Rec. p. I-6849
251-252, 280, 283
- CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan c/ Bezirksregierung Köln*, aff. C-11/06, Rec. p. I-9161
251, 280, 287, 344-346, 480, 534, 634, 803
- CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska c/ Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, aff. C-499/06, Rec. p. I-3993
251-252, 280, 303, 476, 487, 534, 541-542, 564, 659, 666, 682, 683
- CJCE, 11 septembre 2008, *Petersen c/ Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Niederösterreich*, aff. C-228/07, Rec. p. I-6989
380
- CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, Rec. p. I-7639
309
- CJCE, 18 novembre 2008, *Förster c/ Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, aff. C-158/07, Rec. p. I-8507
178, 487, 498, 525-526, 566, 586, 624-636, 638, 642
- CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-221/07, Rec. p. I-9029
251-252, 280, 302-303, 476, 532, 666, 682, 684
- CJCE, 16 décembre 2008, *Huber c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-524/06, Rec. p. I-9705
221
- CJCE, 23 avril 2009, *Rüffler c/ Dyrektor Izby Skarbowej we Wrocławiu Ośrodek Zamiejscowy w Wałbrzychu*, aff. C-544/07, Rec. p. I-3389
251, 307-311, 315
- CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, Rec. p. I-4171
475
- CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupatantze c/ Arbeitsgemeinschaft (ARGE)*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, Rec. p. I-4585
212, 215, 487, 525, 555, 614, 636-642
- CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier c/ Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, aff. C-208/07, Rec. p. I-6095
294-295, 408-412

- CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-269/07, Rec. p. I-7811
496
- CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann c/ Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, Rec. p. I-1449
18, 118-122, 124, 126, 132-3, 138
- CJUE, 5 octobre 2010, *Commission c/ République française*, aff. C-512/08, Rec. p. I-8833
439, 441
- CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano c/ Office national de l'emploi* aff. C-34/09, Rec. p. I-1177
122-129, 132-133, 135, 138-139
- CJUE, 7 avril 2011, *Francesco Guarnieri & Cie c/ Vandevelde Eddy VOF*, aff. C-291/09,
Rec. p. I-2685
288
- CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-
434/09, non encore publié
131-134, 138
- CJUE, 12 mai 2011, *Runovič-Vardyn et Wardyn c/ Vilniaus miesto savivaldybės
administracija*, aff. C-391/09, non encore publié
288, 313-317
- CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci c/ Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, non
encore publié
135-136, 140, 149

II. ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CEDH, Gde Ch., 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, req. 24833/94, disponible sur
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-63460>
507
- CEDH, 4^e Section, 4 November 2008, *Carson c/ Royaume-Uni*, req. 42184/05, disponible sur
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-89310>
303
- CEDH, Grande Chambre, 16 mars 2010, *Carson c/ Royaume-Uni*, req. 42184/05,
disponible sur
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"dmdocnumber":\["864612"\],"itemid":\["001-97796"\]}.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)
303

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

-A-

- Aide et assistance sociale : 14, 341, 384-385, 486, 607, 611-614
- Avantage social : 33, 337

-B-

- Beveridgien : 6, 7, 13
- Bismarckien : 6, 7, 13

-C-

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 27, 149, 473
- Citoyenneté : 12, 13
 - Citoyenneté de marché : 19, 36, 468
 - Citoyenneté politique : 20
 - Citoyenneté sociale : 21, 694
- Coordination des systèmes de sécurité sociale : 34, 224, 323-327

-D-

Discrimination

- à rebours : 102, 138, 143
- en raison de la nationalité
 - o Champ d'application personnel de l'article 18 TFUE : 53 et s.
 - o Champ d'application matériel de l'article 18 TFUE : 91 et s.
- en raison de la circulation : 264, 306-311

-E-

- Égalité de traitement
 - Ancien travailleur : 298, 300, 336-338

- Demandeur d'emploi : 208-219, 611-616, 637-642
- Destinataire de services transfrontaliers : 60-66, 88-89, 106
- Étudiant : 68-76, 172-179, 611-616

Entrave : 270-295

État providence : 4-15

Extranéité : 101-151

Exportabilité :

- prestations familiales : 362-367
- prestations de chômage : 368-381
- prestations spéciales à caractère non contributif : 384-397
- prestations de maladie en nature : 407 et s.

-I-

Intégration

- droit à : 200, 518, 528, 694
- négative : 30
- positive : 23

-J-

Justification

- considérations d'ordre solidaire et financier : 466-471
- considérations d'effectivité des systèmes de protection sociale nationaux : 473-476

-L-

Levée des clauses de résidence : 326

Liberté de circulation des citoyens

- conditions de ressources et d'assurance maladie : 39, 595-601
- effet direct : 229-234

Lien réel

- inactif : 479-488
- travailleur frontalier : 490-503

-P-

Prestation de nature contributive : 4, 651

Prestation de nature non contributive : 4,
14-15, 651

Prestation spéciale à caractère non
contributif : 385-386

Proportionnalité : 548 et s.

-S-

Sécurité sociale : 38

Soins de santé transfrontaliers : 404 et s.

Solidarité

- Charte des droits fondamentaux :
27, 43
- entre les citoyens de l'Union : 469,
484, 548, 551, 575

-T-

Territorialité : 13, 223

Traité

- d'Amsterdam : 144
- de Lisbonne : 27, 41, 112, 148-9
- de Maastricht 17, 148
- de Nice : 26

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

L'OUVERTURE DES FRONTIÈRES DE L'ÉTAT PROVIDENCE, EXIGENCE DE LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE

Paragraphe II : L'égalité de traitement indépendante du franchissement des frontières	65
A.) L'assouplissement progressif de l'exigence de l'élément transnational	67
1.) La conception large du franchissement des frontières	67
2.) Du franchissement des frontières étatiques à la présence d'un élément d'extranéité.....	69
B.) La neutralisation conditionnelle de l'exigence de l'extranéité.....	72
1.) L'invocabilité du droit de l'Union en cas de remise en question du statut et des droits des citoyens.....	72
a.) La perte <i>de jure</i> du statut de citoyen : arrêt Rottmann	72
b.) La perte <i>de facto</i> du statut de citoyen : arrêt Zambrano	75
c.) La privation de l'essentiel des droits de citoyens comme condition de l'invocabilité du droit de l'Union : arrêts McCarthy et Dereci	79
2.) Vers l'invocabilité du statut de citoyen en cas de violation des droits fondamentaux indépendamment de l'élément d'extranéité ?.....	83
Conclusion du Chapitre I.....	93
<i>Chapitre II : L'extension des droits sociaux alloués aux citoyens.....</i>	95
Section I : Une relecture du champ <i>ratione materiae</i> de l'article 18 TFUE à la lumière de la citoyenneté	95
Paragraphe I : L'inclusion des prestations allouées aux travailleurs dans le champ d'application de l'article 18 TFUE	96
A.) La généralisation des avantages sociaux : arrêts Sala et Grzelczyk.....	96
B.) La généralisation des aides aux études : arrêt Bidar	102
Paragraphe II : L'inclusion des « corollaires » de la liberté de circulation dans le champ d'application de l'article 18 TFUE.....	107
A.) Les corollaires de la liberté de circulation économique : arrêts Cowan et Gravier.....	107
B.) Les corollaires de la liberté de circulation citoyenne : arrêt Bickel et Franz.....	112
C.) La portée incertaine de la méthode « corollaire »	117
Section II : Une relecture du champ <i>ratione materiae</i> de l'article 45 TFUE à la lumière de la citoyenneté	122
Conclusion du Titre I.....	131

TITRE II : LA LIBRE CIRCULATION DES CITOYENS ET LA DÉTERRITORIALISATION DE L'ÉTAT PROVIDENCE.....	133
<i>Chapitre I : L'interdiction des restrictions à la liberté de circulation des citoyens : instrument de déterritorialisation du droit aux prestations sociales</i>	135
Section I : L'article 21 TFUE, instrument efficace au service de la déterritorialisation	136
Paragraphe I : L'invocabilité directe de l'article 21 TFUE	136
Paragraphe II : L'invocabilité étendue de l'article 21 TFUE	139
A.) Ratione personae : la prise en compte d'une migration non-économique ..	140
B.) Ratione materiae : la prise en compte des domaines « affectés » par la circulation des citoyens	145
Section II : L'appréhension des restrictions territoriales émanant de l'État membre d'origine.....	151
Paragraphe I : De l'interdiction des discriminations liées à la circulation	152
Paragraphe II : À la prohibition des restrictions à la circulation	155
A.) L'article 21 TFUE, fondement autonome de prohibition des restrictions à la libre circulation des citoyens.....	156
B.) La conception extensive des restrictions territoriales contraires à l'article 21 TFUE	160
1.) L'appréciation souple des éléments constitutifs des restrictions à la libre circulation citoyenne	161
2.) L'encadrement de la qualification des restrictions territoriales	162
a.) L'exigence des effets restrictifs substantiels sur la libre circulation citoyenne	162
b.) La réserve tenant aux disparités entre les législations nationales	164
Section III : L'appréhension des restrictions territoriales émanant de l'État membre d'accueil.....	167
Paragraphe I : Les restrictions à la sortie : l'article 21 TFUE, fondement alternatif à l'article 18 TFUE	168
Paragraphe II : Les restrictions de l'entrée : l'article 21 TFUE, fondement concurrentiel avec l'article 18 TFUE.....	172
A.) La prohibition des discriminations en raison de la circulation sur le fondement de l'article 21 TFUE.....	172

B.) La prohibition des discriminations en raison de la nationalité sur le fondement de l'article 21 TFUE : vers un alignement de la liberté de circulation des citoyens avec la liberté de circulation des acteurs économiques ?	176
Conclusion du Chapitre I.....	179
<i>Chapitre II : L'articulation des instruments de déterritorialisation : la liberté de circulation et la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale</i>	181
Section I : La complémentarité des instruments de déterritorialisation	185
Paragraphe I : La substitution des règles de la libre circulation aux règles de coordination inapplicables	185
A.) Par les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs	186
1.) Les personnes exclues du champ d'application des règles de coordination	186
2.) Les prestations exclues du champ d'application des règles de coordination	187
B.) Par les dispositions relatives à la libre circulation des citoyens.....	189
1.) Les prestations pour les victimes de la guerre	189
2.) Les aides aux étudiants	191
Paragraphe II : L'interchangeabilité des instruments de déterritorialisation.....	192
Section II : La déterritorialisation au-delà des règles de coordination.....	195
Paragraphe I : Les prestations dont l'exportabilité est restreinte.....	197
A.) L'exportabilité limitée en vertu des règlements de coordination.....	197
1.) L'exportabilité sélective des prestations familiales des retraités migrants	197
2.) L'exportabilité temporairement circonscrite des prestations de chômage	200
B.) L'exportabilité généralisée en vertu de la libre circulation des citoyens	203
Paragraphe II : Les prestations dont l'exportabilité est exclue.....	206
A.) La non-exportabilité des prestations spéciales à caractère non contributif.	206
B.) L'exportabilité en vertu de la libre circulation des travailleurs : cas des travailleurs migrants « atypiques ».....	210
1.) La jurisprudence Hendrix	210
2.) La portée : la prévalence de la libre circulation des travailleurs.....	213
Paragraphe III : Les prestations dont l'exportabilité est conditionnée : la prise en charge des soins de santé transfrontaliers	217

A.) L'exportabilité des prestations de maladie en nature en cas de résidence dans un autre État membre que l'État membre compétent	218
B.) L'exportabilité des prestations de maladie en nature en cas de séjour dans un autre État membre que l'État membre compétent	221
1.) En vertu des règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale	223
2.) En vertu de la jurisprudence appliquant la libre prestation de services ...	224
a.) La prise en charge des soins ambulatoires indépendamment de l'autorisation préalable	225
b.) L'encadrement du système d'autorisation préalable à l'égard des soins hospitaliers	228
c.) Le remboursement complémentaire au profit des assurés autorisés à recevoir des soins dispensés dans un autre État membre	230
3.) En vertu de la directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers.....	232
Conclusion du Chapitre II	237
Conclusion du Titre II	239
Conclusion de la première Partie	241

SECONDE PARTIE

LA CITOYENNETÉ SOCIALE EUROPÉENNE LIMITÉE PAR LA SAUVEGARDE DE L'ÉTAT PROVIDENCE

TITRE I : UNE OUVERTURE LIMITÉE DES FRONTIÈRES DE L'ÉTAT PROVIDENCE.....	247
<i>Chapitre I : L'ouverture conditionnelle des frontières sociales</i>	249
Section I : La préservation de la fonction sociale de l'État, impératif de restriction de l'ouverture de l'État providence	249
Paragraphe I : Les considérations d'ordre solidaristique et financier.....	249
Paragraphe II : Les considérations d'effectivité des systèmes de protection sociale nationaux	253

Section II : Lien réel, condition de l'ouverture de l'État providence.....	256
Paragraphe I : Lien réel, condition d'octroi des prestations sociales imposée aux inactifs	257
Paragraphe II : Lien réel, condition d'octroi des prestations sociales imposée aux travailleurs.....	264
Conclusion du Chapitre I.....	275
<i>Chapitre II : L'ouverture sélective des frontières sociales</i>	277
Section I : Lien réel, nouveau critère d'appartenance.....	278
Paragraphe I : L'exigence de l'assimilabilité des citoyens migrants aux autres bénéficiaires de l'État providence	279
Paragraphe II : L'exigence d'un lien social préalable	281
Section II : Lien réel, critère d'appartenance concilié avec l'exigence de mobilité .	285
Paragraphe I : Lien réel, appartenance malgré l'absence de la nationalité.....	286
Paragraphe II : Lien réel, appartenance malgré la résidence hors le territoire	289
A.) La nationalité, critère à prendre en compte dans l'évaluation du lien réel .	290
B.) La résidence, critère en principe valide d'évaluation du lien réel.....	293
Conclusion du Titre I.....	297
TITRE II : UNE OUVERTURE VARIABLE DES FRONTIÈRES DE L'ÉTAT PROVIDENCE ..	299
<i>Chapitre I : L'ouverture déterminée par les liens entre les citoyens migrants et l'État allocataire</i>	301
Section I : Une approche jurisprudentielle concrète	302
Paragraphe I : L'encadrement du processus de sélection des bénéficiaires de l'État providence	303
A.) La prohibition des critères arbitraires	303
B.) La prohibition des critères excessivement restrictifs	306
1.) Une exigence de flexibilité et d'interchangeabilité des conditions d'éligibilité	306
2.) Une exigence procédurale.....	309
Paragraphe II : La personnalisation du degré d'ouverture de l'État providence ..	311
A.) L'ouverture déterminée par la « rationalité de la charge ».....	312
B.) L'ouverture proportionnelle aux liens de rattachement des citoyens migrants à l'État allocataire	319

C.) Une neutralisation des dispositions législatives restrictives des droits des citoyens.....	323
Section II : Une approche législative abstraite.....	327
Paragraphe I : L'ouverture subordonnée à l'acquisition du droit de séjour permanent.....	328
A.) L'ouverture complète aux « résidents permanents »	328
B.) L'ouverture discrétionnaire avant l'acquisition du droit de séjour permanent	330
Paragraphe II : L'alignement partiel de la jurisprudence sur la directive 2004/38337	
A.) L'arrêt Forster, ou le revirement de la jurisprudence Bidar.....	338
B.) L'arrêt Vatsouras, ou l'interprétation conciliatrice de la jurisprudence Collins et la directive 2004/38	346
Conclusion du chapitre I	351
<i>Chapitre II : L'ouverture déterminée par les liens entre les prestations et l'État allocataire</i>	
.....	353
Section I : La prise en considération <i>en amont</i> des liens entre les prestations et l'État allocataire.....	353
Paragraphe I : Les liens solidaristiques et territoriaux entre les prestations sociales et l'État allocataire	354
Paragraphe II : L'exclusion des prestations intimement liées à l'État allocataire des règles d'égalité de traitement et de levée des clauses de résidence	357
A.) Les prestations intimement liées à la nationalité	357
B.) Les prestations intimement liées au territoire et au système social national	359
Section II : La prise en considération <i>en aval</i> des liens entre les prestations et le territoire au stade de la justification étatique.....	362
Paragraphe I : L'articulation entre les liens solidaristiques et territoriaux des prestations et les liens d'appartenance des citoyens migrants	363
Paragraphe II : L'influence des liens solidaristiques et territoriaux des prestations sur l'intensité du contrôle de la proportionnalité	367
A.) Les prestations dont le principe de territorialité est autorisé par le règlement : une acceptation libérale de la proportionnalité	368
B.) Les prestations exclues du champ d'application du règlement : l'acceptation stricte de la proportionnalité.....	370

Conclusion du Chapitre II	373
Conclusion du Titre II	375
Conclusion de la seconde Partie.....	377
Conclusion générale.....	379
Bibliographie	383
Index de jurisprudence.....	401
Index alphabétique.....	411
Table des matières	413