

N° 345

SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1990 - 1991

Annexe au procès-verbal de la séance du 29 mai 1991.

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes (1) instituée par l'article 6 bis de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 modifiée, sur la jurisprudence européenne récente en matière de libre circulation des personnes

Par M. Paul MASSON,

Sénateur.

(1) Cette délégation est composée de : MM. Jacques Genton, *président* ; Michel Caldagues, Claude Estier, Michel Poniatowski, Xavier de Villepin, *vice-présidents* ; Ernest Cartigny, Marcel Daunay, Jean Garcia, Jacques Habert, Michel Miroudot, Jacques Oudin, André Rouvière, René Trégouët, *secrétaires* ; Hubert d'Andigné, Germain Authié, Jean-Pierre Bayle, Maurice Blin, André Bohl, Guy Cabanel, Jean Delaneau, Charles Descours, Jean Dumont, Ambroise Dupont, Philippe François, Jean François-Poncet, Jacques Golliet, Yves Guéna, Emmanuel Hamel, Rémi Herment, André Jarrot, Jean-Pierre Masseret, Paul Masson, Daniel Millaud, Louis Minetti, Georges Othily, Robert Pontillon.

Communautés européennes - Libre circulation des personnes - Immigration - Jurisprudence Communauté européenne - Politique migratoire - Séjour des étrangers - Rapports d'information.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION	3
I - ANALYSE DES DIRECTIVES ORGANISANT LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES	5
A - Elaboration et base juridique	5
B - Orientations générales	6
C - Analyse de quelques aspects juridiques des directives	8
II - JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	15
A - La qualification de "travailleur"	15
B - Droit de demeurer	16
1. L'interdiction des discriminations entre travailleurs ...	16
2. Droit de séjour et minimum de ressources	17
C - Etudiants	18
D - Libre circulation et protection sociale	20
E - Libre circulation et ordre public	24
1. Contrôle des personnes	25
2. Vers une politique communautaire des migrations ? ...	26
III - JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	28
IV - LES TRAVAUX DE LA DÉLÉGATION	30
ANNEXE	
Analyse de la jurisprudence citée	35

INTRODUCTION

"Marché commun" seulement, tout d'abord, l'espace communautaire n'était ouvert qu'à la libre circulation des travailleurs, des marchandises et des capitaux, et non à celle de tous les citoyens des Etats membres.

L'affirmation progressive, à partir du Traité de 1957, d'une nécessaire évolution vers une véritable Union européenne a rendu plus apparente la contradiction entre un espace économique unifié, et le maintien de frontières intra-communautaires s'opposant aux déplacements des citoyens des Etats membres autres que touristiques ou fondés sur la libre circulation des travailleurs, salariés ou indépendants, seule garantie par le Traité de Rome.

Mais les progrès vers la reconnaissance d'un "droit de séjour généralisé" étaient suspendus à la résolution d'éventuels conflits de compétence en matière d'ordre public à l'égard des étrangers que demeurent les ressortissants communautaires dans les Etats membres autres que ceux dont ils ont la nationalité, et à la prise en charge des coûts, pour les régimes sociaux, de flux migratoires éventuellement déséquilibrés.

Ainsi, le rapport du Comité Adonnino approuvé par le Conseil européen du 30 mars 1985, tout en préconisant l'instauration d'une véritable "citoyenneté européenne", signalait-il que : "l'octroi d'un droit de séjour généralisé ne saurait aboutir à créer des déséquilibres dans les régimes sociaux des pays d'accueil".

La contradiction entre l'exigence de libre circulation, les compétences nationales en matière d'ordre public, d'une part, et la prise en charge sociale des migrations d'autre part, est devenue plus évidente encore après la mise en oeuvre de l'Acte Unique européen. En effet ce texte, qui complète le Traité de Rome, proclame l'instauration d'un "espace sans frontières intérieures, dans lequel la libre circulation... des personnes... est assurée" mais précise également que cette libre circulation est "assurée selon les dispositions du (...) Traité", c'est-à-dire du Traité de Rome modifié par l'Acte Unique.

Traité modifié certes, et sur bien des points, mais muet sur l'organisation d'un droit de séjour généralisé, disposant seulement que les mesures relatives "à la libre circulation des personnes..." sont expressément soustraites aux nouvelles procédures et en particulier

à la règle de la majorité qualifiée des représentants des Etats au Conseil.

Il s'agit là d'une concession à la volonté des Etats de ne pas se voir imposer des mesures dans un domaine qui peut être sensible politiquement et économiquement.

Cependant, l'objectif de la suppression des frontières physiques au 31 décembre 1992, et par conséquent du contrôle, aux postes douaniers intra-communautaires, des mouvements de personnes, ainsi que la valeur symbolique donnée à une libération totale des déplacements à l'intérieur de l'espace communautaire, comme élément fondamental d'une citoyenneté européenne au sein d'une véritable union politique, rendaient désormais la contradiction entre espace économique unifié et entraves à la libre circulation des personnes de moins en moins soutenable.

Tandis que les Etats membres s'attachaient à organiser, à partir des propositions de la Commission, un "droit de séjour généralisé" en conciliant le principe de libre circulation des personnes dans un futur espace communautaire sans frontières intérieures, avec le maintien de certaines prérogatives nationales, la Cour de Justice, le plus souvent sur saisine de la Commission, anticipait largement un droit qu'elle contribuait ainsi à orienter selon son interprétation "constructive" du Traité de Rome et du principe de non discrimination entre les citoyens des Etats membres.

On retracera tout d'abord les grandes lignes des directives adoptées le 28 juin 1990 avant de résumer la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes portant sur les matières régies par ces directives (dont on trouvera l'analyse en annexe), et d'évoquer enfin les décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme dont les effets s'étendent à la libre circulation sur le territoire communautaire, partie du champ d'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

I - ANALYSE DES DIRECTIVES ORGANISANT LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

A - Elaboration et base juridique

Le Traité de Rome ne posait les principes de la liberté de circulation, de séjour et d'établissement, sur tout le territoire communautaire qu'au profit des seuls travailleurs, salariés ou indépendants. Ces libertés furent très tôt organisées, et étendues aux membres de la famille des travailleurs. Le droit pour un travailleur migrant de demeurer pendant sa retraite sur le territoire de l'Etat où il avait exercé sa profession fut également reconnu.

Dès 1979, la Commission avait proposé l'extension du champ d'application de ces principes avec l'adoption d'une directive reconnaissant un droit général de séjour à tout citoyen d'un Etat membre sur l'ensemble du territoire communautaire.

En raison des multiples problèmes de prise en charge des coûts induits par les flux éventuels de personnes inactives et l'absence totale de prise en considération de ces coûts dans la proposition de la Commission, ce projet de directive, malgré les quelque 165 réunions du Conseil qui lui furent consacrées pendant une décennie, ne put aboutir.

La Commission finit par retirer sa proposition initiale pour lui substituer trois propositions visant respectivement à étendre le droit de séjour sur tout le territoire communautaire aux étudiants, aux inactifs ainsi qu'aux retraités (il s'agit de personnes à la retraite mais désirant séjourner dans un autre Etat membre que celui où elles ont exercé leur profession. Un règlement organise déjà le droit des travailleurs migrants à demeurer sur le territoire d'un Etat dont ils n'ont pas la nationalité mais où ils ont précédemment exercé leur activité professionnelle, par extension des droits reconnus aux travailleurs migrants).

Le but essentiel de cette scission en trois textes était de permettre, par la distinction de leur base juridique, l'adoption à la majorité qualifiée des deux projets les plus importants - étudiants et retraités, seul celui visant les "autres inactifs" relevant encore de l'unanimité.

L'accord sur la substance des trois propositions de directives s'est finalement fait, non sans difficultés, puisqu'il n'a pas fallu moins de cinq réunions au cours de l'année 1989. Lors du dernier Conseil tenu sous Présidence française les 21 et 22 décembre 1989 les

ministres se sont accordés sur un système précisant la répartition des coûts sociaux liés aux flux induits par l'exercice du droit de séjour.

En revanche, le Conseil a manifesté la volonté de réexaminer les bases juridiques proposées par la Commission, dans le sens d'un "renforcement de l'exigence d'unanimité plutôt que dans le sens souhaité par le Parlement" comme l'a indiqué alors le ministère français des Affaires européennes.

Les trois directives ont finalement été adoptées par le Conseil le 28 juin 1990 sur la seule base de l'article 235 du Traité. Cet article, qui permet à la Communauté de prendre des dispositions concourant à l'établissement du marché unique bien qu'elles ne trouvent pas leur source dans une compétence normalement prévue par les Traités, dispose que les mesures considérées requièrent l'unanimité du Conseil.

Si la Commission n'avait prévu cette base juridique que pour le seul texte intéressant les "inactifs", le Parlement européen, lui, a exprimé son désaccord total pour un changement de base juridique qui, d'une part, écarte la procédure de coopération au profit d'une seule consultation du Parlement et, d'autre part, requerrait l'unanimité du Conseil pour chacun des trois textes.

On jugera de la profondeur de ce désaccord par le fait que le Parlement européen a introduit un recours devant la Cour de Justice contre la procédure finalement suivie par le Conseil.

Le choix fait par le Conseil de l'article 235 du Traité comme base juridique des directives généralisant le droit de séjour des citoyens communautaires traduit évidemment une interprétation plus stricte que celle du Parlement européen et de la Commission des compétences communautaires. Ce choix traduit également la volonté de certains Etats d'obtenir un certain équilibre dans les concessions réciproques la recherche de l'unanimité garantissant notamment une prise en compte des coûts induits par les flux éventuels de bénéficiaires..

Les trois directives adoptées lors de la réunion du Conseil du 28 juin 1990 et qui constitueraient "un pas décisif dans la perspective de la libre circulation des citoyens à travers la Communauté" peuvent être analysées ainsi :

B - Orientations générales

1. Droit de séjour des "non actifs"

Les Etats membres accordent le droit de séjour aux ressortissants des Etats membres qui ne bénéficient pas de ce droit en

vertu d'autres dispositions du droit communautaire, ainsi qu'aux membres de leur famille à condition qu'ils disposent pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'Etat membre d'accueil et de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil.

Le droit de séjour demeure tant que les bénéficiaires de ce droit répondent aux conditions prévues par la directive.

2. Droit de séjour des travailleurs ayant cessé leur activité professionnelle

Les Etats membres accordent le droit de séjour à tout ressortissant d'un Etat membre qui a exercé dans la Communauté une activité en tant que travailleur salarié ou non salarié ainsi qu'aux membres de sa famille à condition qu'ils disposent d'une pension d'invalidité de pré-retraite ou de vieillesse ou d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle de niveau suffisant pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil, et qu'ils disposent d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'Etat membre d'accueil.

Le droit de séjour demeure tant que les bénéficiaires de ce droit répondent aux conditions prévues par la directive.

3. Droit de séjour des étudiants

Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour faciliter l'exercice du droit de séjour afin de garantir l'accès à la formation professionnelle de façon non discriminatoire. A cet effet, ils reconnaissent le droit de séjour à tout étudiant ressortissant d'un Etat membre qui ne dispose pas de ce droit sur la base d'une autre disposition du droit communautaire, ainsi qu'à son conjoint et à leurs enfants à charge, qui, par déclaration ou, au choix de l'étudiant, par tout autre moyen au moins équivalent, assure à l'autorité nationale concernée disposer de ressources afin d'éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil, à condition qu'il soit inscrit dans un établissement agréé pour y suivre, à titre principal, une formation professionnelle et qu'ils disposent d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'Etat membre d'accueil.

Le droit de séjour est limité à la durée de la formation poursuivie.

La directive ne fonde pas un droit au paiement par l'Etat membre d'accueil de bourses d'entretien aux étudiants bénéficiant du droit de séjour.

Cette présentation appelle cependant un commentaire un peu plus détaillé de dispositions qui ont fait l'objet de négociations parfois difficiles.

C - Analyse de quelques aspects juridiques des directives

On analysera un certain nombre des éléments des textes issus des délibérations du Conseil qui risquent précisément d'entrer en contradiction avec l'interprétation que la Cour de Justice des Communautés européennes fait d'ores et déjà du Traité de Rome et du droit dérivé, étendant au maximum la libre circulation pourtant reconnue aux seuls travailleurs dans l'état actuel du droit communautaire.

1. Ressources des bénéficiaires

Dans la formulation arrêtée par le Conseil le 21 décembre 1989, les trois textes posaient, en préambule, le principe que les bénéficiaires "ne doivent pas devenir une charge déraisonnable pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil". Le Parlement européen a voté le 13 juin 1990 la suppression de cette réserve, précisant au contraire que, en attendant la réduction des disparités de protection sociale, celles-ci "ne devraient pas pouvoir constituer un obstacle à la libre circulation et au droit de résidence des ressortissants communautaires". En revanche, il n'a pas précisé comment seraient financées les charges publiques nouvelles induites dans les Etats membres ; il est vrai qu'aucun article 40 ne sévit au Parlement européen...

Néanmoins, le Conseil refusa d'adopter ces positions maximalistes. Ainsi, aux termes des textes finalement adoptés, les Etats membres pourront subordonner l'octroi du droit de séjour à la condition que les bénéficiaires disposent d'un minimum de ressources suffisant pour ne pas être à la charge de l'aide sociale, et d'une assurance maladie "couvrant l'ensemble des risques dans l'Etat d'accueil".

Si la preuve de ces ressources peut être demandée aux retraités et aux "autres inactifs", en revanche, une simple déclaration suffit pour les étudiants (mais en principe, du moins selon le texte du Conseil, il ressort que le recours à l'aide sociale pourrait éteindre le droit de séjour).

2. Carte de séjour

Le droit de séjour sera constaté par la délivrance d'une "carte de séjour des Communautés européennes" et, lorsqu'un membre de la famille n'aura pas la nationalité d'un Etat membre, il lui sera délivré un document de séjour ayant la même validité que celui délivré au ressortissant dont il dépend. Pour sa délivrance, l'Etat membre ne peut exiger que la présentation d'un document d'identité et la preuve que l'intéressé répond aux conditions énumérées dans les directives. Le Parlement européen avait voté le 13 juin que "la présentation de la carte ... ne peut être requise au passage des frontières ni lors des contrôles de police". On se perd en conjectures sur la portée d'un document qui n'aurait jamais pu être demandé...

Les représentants des Etats au Conseil, responsables, eux, de l'ordre public et de l'équilibre des régimes sociaux rejetèrent là encore les amendements maximalistes du Parlement européen.

3. Définition des bénéficiaires

Les trois textes octroient respectivement le droit de séjour dans l'Etat membre de leur choix non seulement aux étudiants, aux retraités et aux "autres inactifs", mais également à leurs "ayants droit", à savoir le conjoint et les enfants à charge pour les étudiants, et, en outre, pour les retraités et les "autres inactifs", les ascendants à charge.

Le Parlement européen dans ses délibérations avait voté, outre la suppression de la condition d'être "à charge" pour la famille des "inactifs", l'extension du droit de séjour aux "partenaires jouissant, soit dans l'Etat membre de provenance ou dans l'Etat membre d'accueil, de la reconnaissance administrative ou juridique", ainsi qu'aux enfants à charge de ces "partenaires".

On retrouve les problèmes sur lesquels achoppe la réforme du Règlement 1612-68 dont le Parlement entend également étendre le bénéfice aux concubins. Dans les rapports de ses commissions et lors de débats sur les trois directives "droit de séjour", le Parlement a expressément entendu étendre le bénéfice non seulement du droit de libre circulation et de séjour, mais des droits aux prestations sociales qui en découlent aux partenaires qui vivent avec le bénéficiaire "dans une relation juridique ou administrative reconnue par l'Etat membre d'origine ou l'Etat membre d'accueil". Au nom d'une conception réputée "moderne" de la famille, la réglementation française et l'interprétation ferme et constante qu'en ont donnée les plus hautes juridictions civiles et administratives seraient écartées. Les unions homosexuelles "reconnues

administrativement" dans certains Etats membres ouvriraient ainsi non seulement droit à la libre circulation mais droit à toutes les prestations "familiales" de l'Etat d'accueil, même refusant cette reconnaissance à ses nationaux. Il est vrai que les "enfants à charge" dans ce cas seraient sans doute peu nombreux... à moins qu'au nom de la non discrimination, l'adoption ne leur soit à son tour consentie.

Là encore les propositions maximalistes du Parlement européen n'ont pas été retenues par le Conseil qui a limité le bénéfice du droit de séjour au conjoint et aux enfants à charge de l'étudiant et, en ce qui concerne les retraités et les inactifs, au conjoint et aux ascendants et descendants à charge.

Le Parlement entendait enfin étendre la liberté de circulation et de séjour aux réfugiés et apatrides reconnus dans un Etat membre ainsi qu'aux "non ressortissants qui étaient domiciliés avant d'avoir atteint l'âge de six ans dans un Etat membre" et appelait la Commission à proposer la reconnaissance de "droits identiques aux ressortissants des pays tiers".

Néanmoins, il convient de souligner que ces directives ne généralisent le droit de séjour qu'au profit des seuls "ressortissants communautaires". Le statut et les droits des ressortissants d'Etats tiers légalement établis dans l'un des Etats membres restent encore à définir ainsi que les conditions de leur libre circulation dans un espace sans frontières où le contrôle des déplacements de personnes devrait disparaître le 31 décembre 1992 avec les douanes intracommunautaires.

Cette question délicate fait actuellement l'objet de travaux parallèles de la part du Conseil et de la Commission ; parallélisme qui n'est d'ailleurs pas exempt de conflits de compétences, certains Etats considérant qu'il s'agit de matières relevant essentiellement de la coopération intergouvernementale tandis que la Commission s'efforçait d'attirer dans le champ des politiques et des procédures communautaires, les différentes mesures qui définiront les droits des migrants en provenance des Etats tiers.

4. Durée du droit de séjour

Les trois textes du Conseil posent en principe que "le droit de séjour demeure tant que les bénéficiaires répondent aux conditions prévues...". Afin de contrôler cette condition, les trois textes prévoient également des limites à la durée de la carte de séjour : au moins un an, renouvelable annuellement pour la durée de la formation pour les étudiants et leurs ayants droit, cinq ans, renouvelables, pour les retraités et les autres inactifs et leurs ayants droit ; mais l'Etat d'accueil peut demander la "revalidation de la carte au terme des deux premières années de séjour", période probatoire, en

quelque sorte, qui permet de vérifier la réalité des conditions de ressources et d'assurance.

Le Parlement européen avait adopté des amendements bouleversant cet équilibre entre le droit de séjour et les charges financières induites en déclarant la carte des étudiants valable pour la durée des études poursuivies, celle des retraités et autres inactifs prorogeable "automatiquement" pour des périodes de dix ans après la première période de cinq ans, supprimant au passage la "revalidation" initiale...

Le texte adopté par le Parlement disposait aussi que le droit des conjoints, enfants et ascendants, demeure "acquis" après divorce ou décès du bénéficiaire principal, et indéfiniment, semble-t-il (alors même que le droit du bénéficiaire était soumis à renouvellement).

Selon le Parlement européen, la disparition de la condition de ressources ne devrait pas plus éteindre le droit de séjour, l'Etat d'accueil devant accorder l'aide sociale nécessaire au bénéficiaire et à ses ayants droit ; liberté est reconnue cependant à cet Etat de demander le remboursement des sommes ainsi versées auprès de l'Etat d'origine des migrants... avec le succès que l'on devine.

Le Conseil n'a pas été gagné par cette générosité idéale, responsable qu'il est, lui, d'en procurer le financement par des prélèvements obligatoires supplémentaires et les deux directives retraités et inactifs définissent même le minimum de ressources : "Les ressources du demandeur sont considérées comme suffisantes lorsqu'elles sont supérieures au niveau de ressources en deçà duquel une assistance sociale peut être accordée par l'Etat membre d'accueil à ses ressortissants, compte tenu de la situation personnelle du demandeur" et, le cas échéant de celle de sa famille.

Lorsque ces dispositions ne peuvent s'appliquer dans un Etat membre, "les ressources du demandeur sont considérées comme suffisantes lorsqu'elles sont supérieures au niveau de la pension minimale de sécurité sociale versée par l'Etat membre d'accueil."

5. Etendue des droits

Si les trois textes précisent les articles de la directive 68-360 prévoyant les modalités d'accès aux emplois, qui seraient applicables aux bénéficiaires du droit de séjour et à leurs ayants droit, le Parlement européen quant à lui entendait les placer pleinement sous "le même régime administratif" que les travailleurs communautaires, en leur reconnaissant "tous les droits", notamment du règlement 1612-68, à savoir tous les droits aux prestations sociales

alors même que les bénéficiaires du droit de séjour n'auraient jamais contribué aux régimes des Etats d'accueil, et ne pourraient après leur établissement qu'y contribuer très faiblement, s'agissant d'étudiants, de retraités ou d'inactifs.

Le Conseil, sans suivre cette proposition d'extension pure et simple des droits sociaux à tous les bénéficiaires du droit de séjour, s'est contenté... d'ignorer le problème, semblant considérer que l'exigence d'une couverture sociale dans l'Etat d'origine lors de l'entrée dans l'Etat d'accueil, combinée à celle d'un minimum de ressources, rendaient improbable le recours aux prestations sociales de ce dernier Etat. Il y a fort à craindre que cet optimisme ne soit démenti tant en raison des disparités de protections sociales (certaines prestations sont, dans les Etats périphériques souvent d'une extrême modicité, quand elles existent !) que sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de Justice, spécialement "constructive", en matière de non discrimination dans l'accès aux prestations sociales, voire "d'exportabilité" des droits, une fois réunies les conditions d'ouverture dans un Etat.

Cette lacune quant à une éventuelle totalisation des droits sociaux des personnes se déplaçant d'un Etat membre à l'autre au titre des nouvelles directives apparaît particulièrement regrettable et ne manquera pas de provoquer des incohérences dans les situations individuelles, voire des difficultés choquantes. Ces difficultés seront autant d'encouragements pour la Cour de Justice à faire le droit à la place des organes normalement compétents avec les risques de non prise en considération de l'équilibre financier des différents régimes de protection sociale que comporte ce droit prétorien, déjà très développé en matière de droits sociaux.

6. *Ordre public*

Les trois directives précisent que les Etats membres peuvent déroger à la libre circulation "pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique", exception conforme à l'exception générale que prévoit l'article 36 du Traité de Rome et les directives qui régissent déjà la libre circulation des travailleurs.

7. *Entrée en vigueur*

La Commission proposait le 1er janvier 1991 ; le Conseil a arrêté fin 1989 que les trois textes entreraient en vigueur le 30 juin 1992, date que le Parlement entendait ramener au 30 juin 1991, par sa délibération du 13 juin 1990. Le Conseil a finalement maintenu la date du 30 juin 1992 pour l'entrée en vigueur des trois directives.

Mais le Parlement européen, rejoint dans sa demande par la Commission, a saisi la Cour de Justice pour faire annuler une procédure dont le changement de base juridique, en particulier, lui a déplu. Au cas où la Cour de Justice accueillerait ce recours, de nouveaux délais d'entrée en vigueur seraient sans doute à prévoir.

o
o o

Tels sont les points sur lesquels l'accord a finalement pu se faire au Conseil le 28 juin 1990 après des délibérations prolongées et parfois difficiles, le vote à l'unanimité ayant permis d'obtenir des concessions réciproques et un équilibre à peu près satisfaisant pour tous les Etats membres, qu'ils soient potentiellement terre d'accueil de bénéficiaires du droit général de séjour ou au contraire Etats d'origine de ces bénéficiaires.

En revanche, l'analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes conduit à s'interroger sur la viabilité de cet équilibre laborieusement obtenu. En effet, sur tous les points évoqués plus haut, des arrêts de la Cour ont déjà largement défini les droits des citoyens européens se déplaçant d'un Etat membre à l'autre. Une véritable politique jurisprudentielle se dégage d'arrêts qui, soit ont étendu au maximum le bénéfice de la libre circulation reconnu aux seuls travailleurs par le Traité, et étendu aussi au maximum l'interprétation du principe de non discrimination en matière de droits sociaux et des règlements et directives qui l'organisent, soit dessinent ce que sera très vraisemblablement l'interprétation jurisprudentielle de l'application des trois nouvelles directives, si on extrapole la jurisprudence antérieure.

Dès lors, le délicat équilibre issu des délibérations prolongées du Conseil pourrait bien ne pas résister à de nouveaux développements de la jurisprudence de la Cour de Justice, à la faveur des difficultés d'application du droit de séjour généralisé qui lui seront tôt ou tard soumises.

Enfin, ces droits nouveaux se développeront non seulement dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes mais également dans celui des décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme dont la juridiction

s'étend bien évidemment d'abord aux Etats de la Communauté, tous signataires de la Convention européenne des droits de l'Homme, même si cette compétence est plus large que le territoire communautaire.

II- JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice fait apparaître une interprétation particulièrement constructive des dispositions du Traité comme des directives déjà applicables et permet d'augurer, lorsque des contentieux fourniront à la Cour de Luxembourg l'occasion d'interpréter les nouvelles directives sur le droit de séjour généralisé, des difficultés dans la mise en oeuvre de certaines de leurs dispositions, spécialement en ce qui concerne le minimum de ressources des bénéficiaires et leur couverture sociale.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour a-t-elle peu à peu étendu la qualification de "travailleur" emportant l'ouverture du droit de séjour et d'établissement ; sa jurisprudence n'a pas été moins audacieuse en matière de non discrimination au regard du droit de demeurer.

La Cour a de même rendu une abondante jurisprudence en faveur des étudiants bénéficiaires d'un droit de séjour à titre d'ayant-droit d'un travailleur communautaire, jurisprudence marquée par une interprétation systématiquement extensive de ces droits.

Mais, c'est surtout en matière d'égalité d'accès aux prestations sociales que la jurisprudence de la Cour est la plus "constructive", aiguillonnée en ce sens d'ailleurs par les requêtes de la Commission, n'hésitant pas à annuler des dispositions, adoptées à l'unanimité des Etats membres et expressément visées au surplus dans des traités ratifiés par les Parlements des douze Etats membres. La Cour affirme ainsi la primauté de son interprétation prétorienne des "objectifs du droit communautaire" sur les délibérations non seulement du Conseil unanime, mais des douze parlements nationaux.

A - La qualification de "travailleur"

Au fil des espèces qui lui ont été soumises, généralement sur renvoi préjudiciel de juridictions nationales saisies par des requérants se réclamant de la libre circulation reconnue aux travailleurs par le Traité de Rome, la Cour de justice a été amenée à préciser cette qualification, créatrice de droits, et en particulier du droit de séjour sur le territoire d'un Etat membre dont le travailleur n'a pas la nationalité.

Elle a ainsi reconnu cette qualification (affaire 196-87, Steymann, cf. analyse en annexe) aux membres des communautés religieuses, et en a tiré la conséquence que la libre prestation de

service devait leur être permise et avec elle la libre circulation d'un Etat membre à l'autre.

Elle a en revanche dénié la qualification de travailleur, et par conséquent le droit de demeurer dans un Etat autre que celui dont le requérant était originaire, au bénéficiaire d'un programme de rééducation pour toxicomane comportant quelques heures d'activités subventionnées (affaire 344-87, BETTRAY, cf. analyse en annexe).

Dans deux affaires récentes, la Cour a développé une interprétation si largement compréhensive de la notion de travailleur qu'un commentateur a pu écrire que cette jurisprudence aboutissait d'ores et déjà à reconnaître "un droit de séjour généralisé" aux ressortissants communautaires.

Ainsi, la qualification de travailleur a été reconnue par la Cour de justice à un toxicomane belge qui, ayant suivi une amie en Grande-Bretagne, y a séjourné trois ans sans activité connue autre que délictuelle et, menacé d'expulsion, s'est prévalu de son "intention de rechercher du travail" pour bénéficier de la prolongation du droit de séjour qu'il réclamait (cf. affaire C.292-89 en annexe).

La Cour de Luxembourg a de même reconnu la qualification de "travailleur" à une "serveuse indépendante", de nationalité française, qui exerçait ce qu'il est convenu d'appeler "le plus vieux métier du monde" en Belgique et s'y était vu refuser la prolongation de son séjour, en raison de l'irrégularité de sa situation, notamment au regard de la législation sociale (cf. affaire C.363-89 en annexe).

B - Le droit de demeurer

1. L'interdiction des discriminations entre travailleurs

La Cour a rendu, le 30 mai 1989, dans l'affaire 33-88 (cf. analyse en annexe), un arrêt qui aboutit à reconnaître un droit de séjour illimité sur le territoire d'un Etat membre au profit de travailleurs ressortissants communautaires pourtant engagés pour des fonctions temporaires.

La Cour a ainsi annulé les dispositions de la réglementation italienne qui limitaient à une durée maximale de cinq ans les contrats des lecteurs de langue étrangère auprès des universités.

Selon la Cour, en effet, le principe d'égalité de traitement qui fonde la réglementation communautaire aménageant la libre circulation des travailleurs, "n'est pas respecté lorsqu'une catégorie déterminée de travailleurs, ressortissant, pour l'essentiel, à

d'autres Etats membres est exclue des garanties dont bénéficient les autres travailleurs", à savoir la permanence de l'emploi (cf. affaire 33-88, analyse en annexe).

2. *Droit de séjour et minimum de ressources*

Là encore, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice sur l'étendue des droits des travailleurs permet d'éclairer ce que pourrait être l'application des dispositions concernant le minimum de moyens d'existence et de couverture sociale exigible des bénéficiaires du droit de séjour généralisé sur la base des trois directives adoptées le 28 juin 1990.

Si la Cour a refusé d'assimiler l'exercice d'activités d'ergothérapie à un travail fondant le droit de séjour, elle avait en revanche, très tôt, dès son arrêt du 23 mars 1982, considéré qu'un travail à temps partiel ne procurant au travailleur qu'une rémunération inférieure au minimum d'existence selon la législation de l'Etat d'accueil ne faisait pas perdre au ressortissant communautaire sa qualité de travailleur et, par conséquent, son droit de demeurer.

Confirmant cette interprétation à l'occasion de plusieurs espèces (dont on trouvera l'analyse en annexe), la Cour a encore décidé par l'arrêt du 18 mai 1989 dans l'affaire 249-86 (cf. analyse en annexe), que la règle allemande qui ne permettait la prorogation de l'autorisation de séjour des membres de la famille d'un travailleur que si les conditions nécessaires à la délivrance initiale de cette autorisation étaient toujours réunies, était contraire à la réglementation communautaire.

Dès lors, estime la Cour, la condition de disposer d'un logement considéré comme normal, prévue par la réglementation communautaire, s'impose uniquement comme condition d'accueil des membres de la famille auprès du travailleur et exclut tout réexamen ultérieur, même en cas d'événement postérieur à l'installation.

Cette interprétation est particulièrement préoccupante si elle devait prévaloir lorsque la Cour sera saisie d'éventuelles difficultés d'application des directives du 28 juin 1990.

Ces trois directives prévoient en effet que l'exercice du droit de séjour est subordonné à des conditions de ressources et d'assurances, et que ce droit demeure "tant que les bénéficiaires répondent aux conditions prévues".

Ces difficultés apparaissent d'autant plus prévisibles que les trois directives font référence à la directive 64-221 qui interdit

de refuser ou de retirer l'autorisation de séjour pour des motifs économiques.

C - Etudiants

La Cour a été saisie de nombreux litiges portant sur l'égalité d'accès aux différents avantages que certains Etats membres ont établis au profit des étudiants et des personnes suivant une formation professionnelle.

Avant la promulgation de la directive "étudiants" en juin 1990, la libre circulation et le droit de séjour n'étaient ouverts qu'aux enfants de ressortissants communautaires ayant la qualité de travailleur dans l'Etat membre d'accueil ainsi qu'aux jeunes désirant suivre une formation professionnelle.

Au fil des espèces qui lui ont été soumises, la Cour a donné une interprétation particulièrement large de la qualification de la "formation professionnelle" qui justifie le libre accès prévu par le règlement n° 1612-68. Elle a ainsi décidé qu'un enseignement de la bande dessinée, un stage de travail du chant et de la voix, ou encore des études de langues et littérature romanes et germaniques constituaient des formations professionnelles.

La Cour a encore assimilé aux bénéficiaires du droit de libre circulation, reconnu aux travailleurs communautaires pour suivre une formation professionnelle, des étudiants suivant une formation de médecine vétérinaire (cf. affaire 24-86, analyse en annexe). La Cour a finalement déclaré que les formations dispensées dans le cadre de l'enseignement supérieur devaient être regardées comme préparant, "sauf exception", à des qualifications professionnelles et ouvrir droit par conséquent à la libre circulation.

Cette confusion ne manquera pas non plus de provoquer des disparités dans la situation des personnes régies soit par la réglementation sur la formation professionnelle, soit par la directive "étudiants", et on peut gager que la Cour interprétera ces disparités comme autant de discriminations contraires aux "objectifs" d'une réglementation dont elle se réserve l'interprétation.

S'agissant des diverses aides financières que nombre d'Etats membres ont instituées au profit des étudiants et des jeunes suivant une formation professionnelle, la jurisprudence de la Cour a longtemps semblé hésiter sur la portée du principe de non discrimination du chef de la nationalité.

Après quelques hésitations, la Cour, dans deux arrêts récents (affaire 39-86 et affaires jointes 389 et 390-87, analysées en annexe), a, dans une interprétation particulièrement hardie du droit

communautaire, assimilé des aides instituées en Allemagne ou aux Pays-Bas au profit des étudiants à un "avantage social", qualification qui faisait passer ces aides dans la sphère d'application du Règlement 1612-68 qui organise l'égalité d'accès des travailleurs migrants aux avantages sociaux des Etats d'accueil.

Cette jurisprudence sollicitant quelque peu la lettre du droit communautaire pour étendre les droits des étudiants sous l'empire de la seule réglementation organisant la libre circulation des travailleurs ne laisse pas d'augurer des difficultés d'application de la directive organisant un droit spécifique de séjour au profit des étudiants.

En effet, la quasi-confusion entre "enseignement académique" et "formation professionnelle" rendra particulièrement ardue la définition des champs d'application respectifs des directives régissant la libre circulation des travailleurs dont la Cour a largement sollicité la lettre au profit des étudiants par rapport à la nouvelle directive spécifique "étudiants". Or, cette distinction n'est pas sans portée puisque les conditions d'assurance et de ressources, qui sont en principe exigibles des "étudiants", ne le sont pas des travailleurs migrants ou de leurs enfants poursuivant des études.

De même, paraît bien fragile la disposition de la directive "étudiants", qui exclut que l'étudiant bénéficiaire du droit de séjour s'en prévale pour demander le bénéfice des "bourses d'entretien" éventuellement octroyées aux étudiants dans l'Etat membre d'accueil, puisque d'ores et déjà la Cour de justice semble faire prévaloir systématiquement l'égalité de traitement entre étudiants nationaux et étudiants-ayants-droit de travailleurs migrants.

Il semble peu probable que la Cour de justice, confrontée à des disparités entre, d'une part, étudiants nationaux et ayants-droit de travailleurs migrants, et d'autre part étudiants régis par la nouvelle directive, ne voit pas là autant d'inégalités de traitement contraires, sinon à la lettre du droit communautaire, du moins à ses objectifs tels que la Cour s'en fait l'interprète.

D - Libre circulation et protection sociale

On renverra au rapport d'information de M. André ROUVIÈRE, au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes (n° 463, seconde session ordinaire de 1989-1990, adopté le 5 juillet 1990) pour l'analyse des disparités considérables qui affectent tant la définition que le montant et le financement des diverses prestations sociales dans les Etats membres.

On observera seulement que tant que le droit de libre circulation et de séjour n'était reconnu qu'aux seuls travailleurs, on pouvait considérer qu'un certain équilibre était maintenu, les bénéficiaires de prestations contribuant également au financement des régimes de protection de l'Etat d'accueil.

Il en va tout autrement dès lors que les droits de libre circulation et de séjour sont étendus, avec l'adoption des trois directives, du 28 juin 1990, à des bénéficiaires, étudiants, retraités et inactifs qui ne contribueront évidemment que très faiblement au financement des régimes de protection sociale de l'Etat d'accueil.

Le silence ou l'ambiguïté des trois directives à l'égard de la protection sociale des bénéficiaires du droit de séjour généralisé ne laisse pas d'inquiéter.

Sans doute, le Conseil, avec un bel optimisme, feint-il de considérer que les exigences inscrites dans le texte des directives ("ressources suffisantes", sur la foi d'une simple déclaration de l'étudiant, évaluées selon des critères un peu plus précis pour les retraités, et, pour tous, souscription d'une "assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'Etat membre d'accueil") suffiront à garantir que les bénéficiaires "ne deviennent pas, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil", selon l'expression commune aux trois textes.

Mais les trois directives ne précisent pas autrement où cette assurance devra être souscrite, ni quels risques exactement devront être couverts, alors même que cette couverture varie considérablement d'un Etat membre à l'autre, tant dans la définition des risques, que dans l'étendue et le montant de la prestation correspondante.

On peut augurer de la jurisprudence de la Cour de Justice que si des situations devaient mettre en lumière des disparités dans la couverture de certains risques sur le territoire d'un Etat, à raison du mécanisme d'assurance en cause selon qu'il s'agit d'un national ou d'un travailleur migrant, par rapport à un étudiant ou un inactif provenant d'un autre Etat membre, ces disparités seraient jugées comme autant de discriminations contraires sinon à la lettre des directives (ou ... à leur silence !) du moins à "l'objectif" du droit communautaire.

En effet la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité d'accès aux droits sociaux est dominée par l'interprétation qu'elle donne systématiquement du droit communautaire et de ses "objectifs" : il ne s'agit pas seulement d'éliminer les mesures qui pourraient apparaître comme des obstacles à la libre circulation, mais

de dégager une interprétation qui favorise cette libre circulation, fût-ce au détriment des droits des ressortissants de l'Etat membre d'accueil, auxquels les régimes nationaux de sécurité sociale pourraient seuls opposer des règles de non-exportabilité, non cumul, durée d'assurance ou de résidence...

Mais, outre la pression sur les régimes sociaux, déjà mal en point, des Etats les plus généreux, résultant de l'extension prévisible des prestations à des bénéficiaires n'ayant pas contribué à leur financement et n'y contribuant à peu près pas après leur entrée dans l'Etat d'accueil, la préoccupation la plus grave vient sans doute de l'effet de la jurisprudence de la Cour de Justice sur "l'exportabilité" des prestations sociales.

En effet, s'agissant des travailleurs, les Etats membres lorsqu'ils avaient organisé la coordination des régimes de protection sociale, avaient prévu que les droits à retraite acquis sur le territoire de l'Etat où l'activité avait été exercée, étaient conservés par le travailleur communautaire même s'il allait s'installer, après sa retraite dans un autre Etat membre, retournant par exemple dans son pays d'origine. Ce qui a pour effet que les pensions de retraites sont "exportables".

Mais la Cour de Justice a jugé, conformément à son interprétation "constructive" du droit communautaire que les compléments de ressources, y compris de caractère non contributifs, comme certains avantages du régime français, l'allocation du "Fonds national de solidarité" et l'"allocation aux vieux travailleurs salariés", étaient également exportables, si le travailleur migrant remplissait les conditions d'ouverture de ce droit dans l'Etat où il avait exercé son activité.

La Cour a de même invalidé une disposition expresse d'un Règlement du Conseil adopté à l'unanimité, le Règlement 1408-71, qui prévoyait une exception en faveur de la partie française en ce qui concerne le paiement des allocations familiales : en raison du montant très élevé, d'ailleurs non contesté, de ces allocations en France, alors qu'elles sont dix fois inférieures, voire quasi inexistantes dans certains autres Etats membres, il était prévu que, à l'égard d'un ressortissant communautaire travaillant en France mais fixant la résidence de ses enfants dans un autre Etat membre, les allocations familiales lui seraient versées au taux de l'Etat de résidence des enfants et non aux taux français.

La Cour a même annulé cette disposition dans son application aux nouveaux Etats membres, alors même qu'elle figurait expressément dans les traités d'adhésion du Portugal et de

l'Espagne, textes par conséquent ratifiés après vote de tous les parlements nationaux.

Mieux encore, la Cour a fait remonter les effets de son annulation à la date, soit en 1986, du premier arrêt déclarant les prestations familiales exportables à taux plein, à l'égard d'un travailleur espagnol employé en RFA, à l'époque où l'Espagne n'était pas membre des communautés, au nom de "l'acquis communautaire" (Arrêt du 13-11-1990, affaire C-99-89).

En annulant une disposition expresse des traités d'adhésion, la Cour s'institue juge des traités au nom de l'interprétation des "objectifs" du droit communautaire qu'elle s'estime habilitée à faire, sans aucun fondement discernable dans les articles du Traité de Rome qui définissent sa compétence.

Outre "l'exportabilité" des allocations familiales à taux plein et de prestations non contributives comme le fonds national de solidarité, confirmée par l'Arrêt du 12-7-1990 (affaire C-236-88), la Cour a complété cette véritable politique jurisprudentielle par deux arrêts récents touchant au bénéfice d'allocations de chômage et de formations pour des ayants droit de travailleurs migrants, résidant dans l'Etat d'origine du travailleur, allocations mises à la charge du régime de l'Etat d'accueil du travailleur. et désormais "exportables", elles aussi (cf. affaire C.12-89 et C.388-89 analysées en annexe).

Enfin, comment ne pas voir les risques que comporte une politique jurisprudentielle, systématiquement aiguillonnée par la Commission qui, à défaut de promouvoir une problématique harmonisation par le haut des prestations sociales, défère systématiquement les clauses des réglementations nationales qui limiteraient l'accès aux prestations non contributives d'un Etat membre, de ressortissants communautaires n'ayant que peu ou pas d'attaches avec cet Etat si ce n'est, du moins, l'attrance pour ses prestations.

Ainsi, la Cour de justice qui avait déjà annulé une clause de résidence figurant dans la réglementation belge qui instituait un minimum de moyens d'existence est-elle actuellement saisie d'un recours de la Commission tendant à faire déclarer contraire au droit communautaire la condition de résidence que la réglementation française impose à l'octroi de l'allocation du Fonds national de solidarité, depuis l'entrée en vigueur de la loi 87-39 du 27 janvier 1987.

Au cas où la Cour de justice, dans la ligne des arrêts sur le "minimex" belge (cf. affaire 249-83 et 122-84, analysées en annexe), invalidait la condition de résidence posée à l'octroi du fonds

national de solidarité français comme le lui demande la Commission, et comme l'y invite l'Avocat général par ses conclusions dans l'affaire C.307-89, présentées le 24 avril 1991, il y aurait tout lieu de craindre que certains ne trouvent là une puissante incitation au "tourisme social", en raison de la modicité des ressources dont disposent notamment les personnes âgées "inactives" ou retraitées, dans certains Etats membres.

Or, ce sont précisément ces catégories qui vont pouvoir exercer à partir de juillet 1992, le droit de séjour dans n'importe quel Etat membre.

Si venaient à se combiner l'exportabilité du F.N.S. avec l'annulation de toute condition de résidence, on devine les effets de cette jurisprudence sur le régime français de protection sociale.

Des migrants pourraient exciper momentanément des conditions d'exercice de l'une des directives généralisant l'entrée et le séjour, se faire bientôt reconnaître le droit au F.N.S., puis s'en retourner dans leur Etat d'origine et s'y faire mandater les allocations exportables, et notamment le F.N.S.

La seule limite à cette dérive apparaît bien fragile, à savoir la preuve, à l'entrée, de ressources suffisantes et d'une assurance, tant en raison des ambiguïtés voire des lacunes dans la définition de ces conditions, que de la référence à la directive de 1964 qui interdit en fait d'exécuter la disposition qui permettrait de suspendre le droit de séjour si les conditions d'entrée ne sont plus réunies ; et surtout en raison de l'extension prévisible de la jurisprudence de la Cour de justice qui a toujours fait prévaloir la libre circulation, notamment sur toute considération économique avancée par les Etats membres, considérations qu'elle estime étrangères au droit communautaire (cf. Arrêt du 12 juillet 1990 - Commission contre République française, Aff.C.236-88).

On ajoutera encore à cet exposé une observation à propos de la proposition de la Commission (13 mai 1991) recommandant l'instauration dans tous les Etats membres d'un minimum de ressources : il serait ouvert à tout ressortissant communautaire qui réside en conformité avec les dispositions nationales et le droit communautaire, sur le territoire de l'Etat membre.

Nulle mention donc d'une quelconque durée de résidence. Outre les difficiles problèmes que poserait cette proposition quant au choix de la base juridique et par conséquent aux procédures d'adoption et aux règles de majorité, on ne soulignera pas les oppositions et les tensions qu'elle peut soulever.

E- Libre circulation et ordre public

On observera au sujet de ce domaine important que le Traité de Rome prévoit expressément qu'il puisse être dérogé aux principes et aux règles de la libre circulation, pour des motifs légitimes, au premier rang desquels la moralité publique, l'ordre public et la sécurité publique (art. 36 et 48 du Traité). Les Etats membres peuvent donc édicter des interdictions ou restrictions fondées sur ces motifs, sous le contrôle de la Cour de Justice.

Les textes qui ont organisé la liberté de circulation rappellent tous cette limite et les trois directives du 28 juin 1990 disposent, elles aussi, expressément que les "Etats membres peuvent y déroger pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique". Ces directives renvoient cependant aux articles 2 à 9 de la Directive 64-221 qui prévoit que les motifs légitimes de refus d'entrée ou l'éloignement du territoire d'un Etat membre "ne peuvent être invoqués à des fins économiques" et que la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures, non plus que la péremption des documents exigibles.

Cette directive limite également les motifs de santé publique (on observera que cette définition de 1964 mentionne outre les "maladies quaranténaires" de l'O.M.S., la tuberculose et la syphilis, mais non le syndrome du déficit immunitaire acquis).

La directive mentionne également la toxicomanie parmi les motifs qui peuvent être allégués pour refuser le bénéfice de l'entrée ou du séjour. Force est bien cependant de considérer que les Etats ne semblent pas recourir souvent à cette disposition pour justifier le refus du renouvellement du droit de séjour et que la Cour, qui statue pourtant souvent "ultra petita" n'y a jamais eu recours non plus. (L'argument eût pourtant pu être développé dans l'affaire du toxicomane belge menacé d'éloignement du territoire britannique, malgré son "intention" de travailler, hélas infructueuse plusieurs années durant).

On analysera successivement la jurisprudence sur les contrôles de personnes et la recherche difficile d'une politique communautaire des migrations en provenance des Etats tiers.

1. Le contrôle des personnes

Sans attendre le démantèlement des "frontières physiques" et des contrôles aux postes de douanes intracommunautaire qui doit consacrer le 31 décembre 1992 l'avènement de "l'espace sans frontières intérieures", la Cour de

Justice a rendu quelques décisions, peu nombreuses, sur les mesures nationales de contrôle des migrations.

On retiendra trois espèces récentes pour illustrer une jurisprudence dans laquelle la Commission joue un rôle moteur, pour faire reconnaître un droit quasi absolu de libre circulation, exemptée qu'elle est de la responsabilité du maintien de l'ordre qui incombe, avec tous les problèmes que cette responsabilité comporte, aux États membres.

Dans le premier arrêt, rendu le 12 décembre 1989 (affaire C-265-88, cf. analyse en annexe), la Cour a jugé "déraisonnable" le délai de trois jours imposé par la réglementation italienne pour la déclaration de séjour des étrangers, s'agissant de ressortissants communautaires.

Dans un arrêt postérieur, rendu le 27 avril 1989 (Affaire 321-87), la Cour a statué sur la compatibilité avec le droit communautaire, de la réglementation belge selon laquelle, "tout étranger âgé de plus de quinze ans doit toujours être porteur de son titre de séjour ou d'établissement ou de tout autre document de séjour et présenter cette pièce à la réquisition de tous agents de l'autorité". Pour les nationaux, une obligation similaire résulte de l'arrêté royal du 29 juillet relatif aux cartes d'identité.

La Cour a rejeté le recours. Selon elle, en effet, dans la mesure où les contrôles litigieux ne sont pas systématiques, ils ne sauraient constituer une entrave à la libre circulation des personnes dans la Communauté.

Enfin, la Cour a été saisie par la Commission (cf. analyse de cette affaire 68-89 en annexe) d'une espèce qui l'amènera à examiner la compatibilité avec le principe de libre circulation et le droit communautaire, de la législation néerlandaise sur les étrangers, aux termes de laquelle les ressortissants communautaires doivent répondre aux questions des fonctionnaires chargés de la surveillance des frontières concernant l'objet et la durée de leur voyage ainsi que les moyens financiers dont ils disposent avant d'être autorisés à accéder au territoire néerlandais. Si la Cour suit l'avocat général dans ses conclusions, les Pays-Bas devront modifier leur législation de sorte qu'elle ne soit plus applicable aux ressortissants de la Communauté.

Il y a tout lieu de penser que la Commission provoquera de nouveaux développements de cette jurisprudence, lorsqu'entreront en vigueur les trois directives généralisant le droit de séjour, puisqu'elle déclare sans ambages dans le 6e rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit européen (Doc.Com.89-411, du 21.12.89) qu'elle "développe une approche dynamique dans la mise en

oeuvre du droit communautaire existant, comme en témoigne la mise en cause systématique du permis de séjour".

Or ce permis est également prévu dans les trois nouvelles directives.

2. *Vers une politique communautaire des migrations ?*

On observera que c'est le plus souvent sur des recours de la Commission que la Cour de justice est amenée à statuer sur les législations nationales de contrôle des migrations, avec l'objectif non dissimulé de les anéantir. La Commission entend en effet faire prévaloir la libre circulation des personnes dans un espace sans frontières intérieures, selon les termes inscrits à l'article 8 A du Traité de Rome par l'Acte Unique européen, sur toute autre considération et en particulier sur les pouvoirs que l'article 36 du Traité reconnaissait aux Etats membres pour assurer l'ordre public et la sécurité publique.

Alors même que le contrôle des migrations en provenance des Etats n'appartenant pas à la Communauté, ne ressortit nullement aux compétences communautaires, ni par conséquent à l'initiative de la Commission, mais seulement à la coopération intergouvernementale, la Commission, sur la seule base de l'article 118 du Traité, n'en avait pas moins édicté une "décision", donc directement applicable, imposant aux Etats membres une procédure de communication préalable et de concertation concernant toutes les mesures qu'ils envisageaient d'édicter en matière de politique migratoire.

Considérant que cette décision excédait les pouvoirs de la Commission et empiétait sur leurs compétences, ce ne sont pas moins que l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, le Danemark et la Grande-Bretagne qui déféraient l'acte de la Commission à la Cour de justice.

On trouvera, en annexe, l'analyse de l'Arrêt rendu par la Cour de justice, qui n'a pas suivi l'argumentation de la Commission.

La Cour précise ainsi les compétences respectives entre Communauté et Etats membres : "La politique migratoire ne peut relever du domaine social au sens de l'article 118 que dans la mesure où elle concerne la situation des travailleurs des pays tiers, pour ce qui est de l'influence qu'ils exercent sur le marché communautaire de l'emploi et sur les conditions de travail."

Malgré ces arrêts pourtant rendus à la demande des Etats membres, une certaine confusion semble avoir gagné la

répartition des compétences en matière de politique migratoire vis-à-vis des ressortissants des Etats tiers puisque le Conseil européen de Strasbourg, puis le Conseil des ministres du 4 décembre 1990, chargeaient la Commission, parallèlement aux travaux confiés au groupe des coordonnateurs, de mener diverses études :

- en vue d'établir les moyens permettant d'avoir une connaissance harmonisée des flux migratoires ;
- en vue de mieux préciser la portée de l'article 8 A du Traité C.E.E. pour ce qui est de la libre circulation des personnes, qu'il s'agisse des ressortissants des Etats membres ou de ressortissants d'Etats tiers.

Cependant, des divergences de vues, au sein même de la Commission ont, semble-t-il, retardé la publication d'une communication d'ensemble sur ces questions.

III- JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Mais l'exposé du régime actuel des flux migratoires et de la situation des migrants d'origine extra-communautaire dans la Communauté ne serait pas complet sans l'évocation de la "jurisprudence" de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Sans doute, les deux organismes siégeant à Strasbourg sont-ils étrangers au système communautaire puisqu'ils appartiennent à celui du Conseil de l'Europe et sont chargés d'appliquer la "Convention européenne des Droits de l'Homme" signée le 4 novembre 1950 et souscrite par les 25 Etats membres qui ont peu à peu adhéré au Conseil de l'Europe.

Les deux systèmes, cependant, ne peuvent être regardés comme étrangers puisque non seulement les douze Etats membres de la Communauté étant membres du Conseil de l'Europe et ayant ratifié la Convention européenne des Droits de l'Homme, la "jurisprudence" de la Commission et de la Cour de Strasbourg s'applique à eux en se combinant avec le droit communautaire, mais surtout, la Commission des Communautés a formellement adressé au Conseil, le 31 octobre 1990, une communication lui demandant de l'autoriser à négocier l'adhésion de la Communauté *per se* à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Il convient donc d'évoquer deux affaires récentes qui ne sont pas sans portée sur le régime juridique des migrants extra-communautaires.

En janvier et février de cette année, ces organes, au nom du droit à la protection de la vie familiale, inscrit dans la convention ont, non seulement annulé des décisions nationales d'expulsion de ressortissants non communautaires, décisions dont l'exécution était d'ailleurs suspendue, mais ont également alloué des sommes relativement importantes à titre de "réparation équitable" à des requérants, délinquants multi-récidivistes.

On sait que le Conseil d'Etat, sans doute inspiré par cette "jurisprudence", vient d'annuler une décision d'expulsion en se fondant également sur la protection de la vie familiale garantie par la Convention européenne des droits de l'Homme. Au moins cet arrêt n'est-il pas assorti d'indemnités au profit du requérant.

CONCLUSION

La libre circulation des personnes dans l'espace communautaire est une notion grave qui a jusqu'ici été traitée dans une certaine confusion.

La Commission a, durant des années, cherché à élargir son champ d'action en sollicitant la Cour.

Les Etats constatent que leurs réglementations propres sont progressivement démantelées sous le coup d'une jurisprudence qui interprète les textes et sollicite les faits.

La libre circulation des inactifs et des retraités dans tout l'espace communautaire, la confusion attendue entre études et formations professionnelles, peuvent conduire à certains déséquilibres financiers au détriment des régimes sociaux les plus généreux.

Les politiques d'immigration touchent à l'équilibre économique et sociologique des états membres.

Les pressions aux frontières communes seront considérables dans les décennies à venir. Au Sud mais aussi à l'Est, il faut considérer l'attrait supplémentaire que l'espace européen, allégé de ses frontières internes, représentera pour les nombreux candidats du voyage.

Une réflexion débarrassée de tout dogmatisme paraît aujourd'hui indispensable à beaucoup d'esprits raisonnables.

La différer conduirait sans doute, tôt ou tard, à des abus et à des effets pervers. Les réactions pourraient alors aboutir à une régression du droit communautaire.

IV - LES TRAVAUX DE LA DÉLÉGATION

M. Paul Masson a présenté son rapport lors de la réunion de la délégation tenue le 29 mai 1991.

Rappelant tout d'abord les objectifs et le cadre fixés par le Traité de Rome et l'Acte unique européen, le rapporteur a présenté les dispositions des trois directives adoptées le 28 juin 1990 et qui étendent le droit de libre circulation et de séjour à tous les citoyens communautaires, puisque en bénéficieront, à partir du 30 juin 1992, les étudiants, les inactifs et les retraités allant s'établir dans un autre Etat membre que celui où ils ont exercé leur activité professionnelle.

Le rapporteur a souligné que ces textes s'inscrivent dans la logique de l'Acte unique européen et viennent compléter les règlements qui ont déjà aménagé la libre circulation des travailleurs. Il a évoqué également le parallélisme entre l'élaboration de ces directives et les dispositions d'application de l'Accord de Schengen, dispositions qui devraient d'ailleurs à terme se confondre avec les règles communautaires.

Exposant que l'application des trois nouvelles directives généralisant la libre circulation et le droit de séjour dans tout l'espace communautaire serait largement conditionnée par l'interprétation que serait amenée à en faire la Cour de justice des Communautés européennes, le rapporteur a évoqué les différents problèmes qui risquent de se poser, compte tenu des arrêts déjà rendus sur la base de la réglementation communautaire en vigueur.

Soulignant que la jurisprudence passée de la Cour de justice dessine ce que pourra être l'interprétation des trois directives, le rapporteur a estimé que les arrêts de la Cour seraient susceptibles de remettre en cause le laborieux équilibre qui a permis, au bout de dix ans de délibérations, de parvenir à leur adoption ; il a ainsi cité les arrêts élargissant la qualification de travailleur et a évoqué la jurisprudence déclarant transférables certaines prestations sociales non contributives, comme l'allocation du fonds national de solidarité. Enfin, à propos de l'ordre public, le rapporteur a décrit la différence entre la jurisprudence nuancée de la Cour de justice et la politique volontariste de la Commission visant à faire prévaloir de manière systématique la liberté de circulation.

Le rapporteur a alors souligné la fragilité de certaines dispositions des trois nouvelles directives portant notamment sur les conditions d'assurance et de ressources imposées aux candidats au

droit de séjour. Il s'est en outre inquiété des risques d'une dérive induite tant par la jurisprudence de la Cour que par la politique de la Commission aboutissant à étendre les compétences communautaires : les normes intervenant dans le domaine social étant interprétées comme comprenant, de proche en proche, le travail, l'emploi, et bientôt l'immigration.

Il a présenté l'élaboration des textes issus de l'Accord de Schengen comme un ressaisissement de la part des Etats membres de compétences et de procédures étrangères à celles que couvre le Traité de Rome.

M. Paul Masson, rapporteur, a enfin cité la récente jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme siégeant à Strasbourg concernant la compatibilité de mesures d'expulsion avec la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le rapporteur a conclu son exposé en soulignant la portée de la jurisprudence des juridictions européennes et l'influence qu'elles auront sur l'application des différentes normes appelées à régir la libre circulation des personnes dans l'espace communautaire comme dans "l'espace Schengen".

Un débat a suivi cette présentation.

M. Jacques Oudin, estimant que ce rapport mettait en lumière des problèmes que l'on pressent confusément sans toujours en connaître le détail, a souhaité qu'une présentation synthétique en soit rendue publique. M. Jacques Genton, président, lui a répondu que la nouvelle procédure des questions orales européennes permettrait éventuellement de répondre à ce souci. M. Paul Masson, rapporteur, a ajouté qu'il s'agissait d'une matière juridique particulièrement difficile, faite de cas spécifiques, qu'il lui avait semblé utile d'exposer dans la mesure où les éléments en sont souvent mal connus, mais qu'il ne s'agissait nullement d'exacerber un débat politique délicat.

M. Michel Poniatoski a déduit de l'exposé de la politique jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes qu'il apparaîtrait imprudent de confier à cette Cour l'interprétation du principe de subsidiarité et de la rendre juge de son application.

M. Xavier de Villepin a évoqué d'éventuelles contradictions entre l'état du droit communautaire, interprété par la Cour, et les dispositions d'application de l'Accord de Schengen et a demandé si précisément ces dispositions ne seraient pas de nature à

limiter certaines dérives, notamment par le renforcement de la coopération entre les Etats adhérents à l'Accord.

M. Paul Masson, rapporteur, a rappelé que les Etats de la Communauté avaient marqué leur souci de ne pas se dessaisir de ces questions, ocomme en témoigne le choix d'une procédure impliquant l'unanimité, pour l'adoption des trois directives "droit de séjour" (procédure d'ailleurs actuellement contestée devant la Cour de justice par le Parlement européen et la Commission). Cette réaction des Etats a pu inspirer aussi l'Accord de Schengen afin de déterminer les règles de la politique des flux migratoires plutôt dans le cadre intergouvernemental que dans celui des procédures communautaires. Rappelant que le 1er janvier 1993 est une date butoir, il a renouvelé sa crainte devant la difficulté de concilier la libre circulation dans un espace sans frontières intérieures, les effets de la jurisprudence européenne et les garanties contenues dans les directives.

M. Jean-Pierre Bayle a indiqué que les trois directives étaient des textes élaborés avec sérieux, à la différence d'autres propositions quelque peu démagogiques ; il a estimé que, si la jurisprudence aboutissait à quelques contradictions, elle pouvait avoir des effets positifs si elle obligeait certains Etats à abroger des dispositions par trop restrictives s'agissant des contrôles aux frontières, y compris à l'égard des ressortissants communautaires, et il a cité le questionnaire prévu par la législation néerlandaise, déféré par la Commission à la Cour de justice. Il a enfin souligné que la seule solution aux risques de migrations déséquilibrées résultant des disparités de protection sociale était l'harmonisation par le haut des législations sociales des Etats membres. Il a enfin rappelé son attachement, en tant que représentant des Français établis hors de France, à la liberté de circulation et à la liberté d'établissement, spécialement dans les Etats de la Communauté.

M. Jacques Genton, président, a souligné combien il était légitime que les travailleurs qui ont cotisé de longues années dans un Etat membre bénéficiant, après la cessation de leurs activités, de la plénitude de leurs droits à la retraite et du F.N.S. éventuellement et qu'ils puissent en obtenir le versement au lieu de leur résidence, s'ils la transfèrent dans un autre Etat membre.

M. Paul Masson, rapporteur, en est convenu sans réserve, soulignant qu'il ne se posait un problème que pour les migrants n'ayant jamais cotisé au régime sollicité.

M. Jean-Pierre Bayle a indiqué que les problèmes de la durée de résidence en France, comme celui de "l'exportation" du F.N.S. et du R.M.I. avaient déjà été soulevés, notamment par lui-même, à l'égard des Français établis hors de France, et avaient

conduit à envisager des mesures dérogatoires plutôt qu'une "exportabilité" généralisée.

M. Paul Masson, rapporteur, a conclu en confirmant que les problèmes se poseront tant que les niveaux de prestation demeureront aussi disparates.

Au terme de ce débat, le projet de rapport d'information a été adopté à l'unanimité par la délégation.

ANNEXE

ANALYSE DES ARRÊTS CITÉS

A - La qualification de "travailleur"

Au fil des espèces qui lui ont été soumises, généralement sur renvoi préjudiciel de juridictions nationales saisies par des requérants se réclamant de la libre circulation reconnue aux travailleurs par le Traité de Rome, la Cour de justice a été amenée à préciser cette qualification, créatrice de droits.

Ainsi, elle a dans l'affaire 196-87 STEYMANN rendu, le 5 octobre 1988, un arrêt aux termes duquel constituent des activités économiques, au sens de l'article 2 du Traité, les activités qu'accomplissent les membres d'une communauté fondée sur une religion ou "une autre inspiration spirituelle ou philosophique" dans le cadre des activités commerciales exercées par cette communauté, dans la mesure où les prestations accordées par la communauté à ses membres peuvent être considérées comme la contrepartie indirecte d'activités réelles et effectives. A ce titre, les ministres de ces communautés peuvent bénéficier de la libre circulation au titre de la libre prestation de services sur la base des articles 59 et 60 du Traité de Rome.

La définition très large de la Cour, évoquant en particulier "les activités qu'accomplissent les membres d'une communauté fondée... sur une inspiration spirituelle ou philosophique" pourrait causer des difficultés si les sectes venaient à s'en réclamer pour se voir reconnaître une pleine liberté d'action sur tout le territoire communautaire, au mépris des différences d'appréciation que portent les gouvernements nationaux sur leurs activités au regard de l'ordre public et de la moralité publique.

La Cour a dénié le droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre, au titre d'une prétendue qualification de travailleur, aux ressortissants d'un autre Etat qui bénéficiaient dans l'Etat d'accueil de mesures de réinsertion entrant dans le cadre d'un programme de rééducation des toxicomanes, et comportant des activités rémunérées par des "associations de travail" subventionnées par l'Etat (affaire 344-87 BETTRAY).

Affaire C.292-89

En revanche, saisie par un ressortissant belge, lui aussi toxicomane, la Cour a rendu une décision surprenante.

En effet, le requérant avait suivi en 1984 une amie en Angleterre dans la région de Liverpool avec "l'intention d'y trouver un travail". Poursuivi et condamné par la Cour de Liverpool à deux peines d'emprisonnement pour détention illégale et revente de drogue, la procédure avait fait apparaître que ce ressortissant belge résidait déjà depuis trois ans sur le territoire britannique sans permis de séjour (et sans non plus y exercer la moindre activité, du moins avouable). La législation britannique prévoyant un délai de six mois au-delà duquel les ressortissants communautaires qui n'ont pas trouvé de travail doivent quitter le territoire de la Grande-Bretagne, le Secrétaire d'Etat prit une décision d'expulsion, contestée par l'intéressé devant la Cour de justice des Communautés sur la base du droit de séjour reconnu aux travailleurs.

La Cour avait déjà décidé dans un arrêt ROYER du 8 avril 1976 qu'un travailleur demandeur d'emploi avait le droit de chercher un emploi dans un autre Etat membre, sans toutefois préciser la durée de cette extension du "droit de demeurer".

La Cour de justice, dans l'affaire C.292-89, a tranché ce point par un arrêt rendu le 26 février 1991. Ainsi la Cour écarte-t-elle l'argument selon lequel l'article 48 du Traité n'ouvrirait aux ressortissants communautaires le droit de se déplacer librement sur le territoire des Etats membres qu'en vue de répondre à des emplois effectivement offerts, et le droit de séjourner sur ces Etats que pour exercer effectivement un emploi. Le communiqué publié par la Cour de justice à la suite du rendu de cet arrêt indique même que : "une telle interprétation qui exclurait le droit pour un ressortissant d'un Etat membre de se déplacer librement et de séjourner sur le territoire des autres Etats membres aux fins d'y rechercher un emploi, ne saurait être retenue. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la libre circulation des travailleurs fait partie des fondements de la Communauté et, dès lors, les dispositions qui consacrent cette liberté doivent être interprétées largement."

En ce qui concerne un éventuel terme qui pourrait être posé dans le temps au droit de séjour exercé aux fins de la recherche d'un emploi, le communiqué relève que : "en l'absence de disposition communautaire fixant un délai", le délai de six mois établi par la législation britannique, s'il n'apparaît pas en principe comme insuffisant pour permettre aux intéressés de prendre connaissance dans l'Etat membre d'accueil des offres d'emploi correspondant à leurs qualifications professionnelles, n'a pas valeur de règle

communautaire et l'intéressé ne saurait être contraint de quitter le territoire de l'Etat membre d'accueil s'il apporte la preuve, même après l'écoulement de ce délai, qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a "des chances véritables d'être engagé".

On notera qu'à cette occasion la Cour, suivant les conclusions de l'avocat général Marco DARMON, a refusé tout effet juridique à la déclaration unanime du Conseil et à laquelle la Commission avait elle-même souscrit, déclaration adoptée le 15 octobre 1968 en même temps que la directive 68-360, et qui fixait à trois mois la durée du droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre où un travailleur se serait trouvé au chômage puisque la Cour évoque "l'absence de disposition communautaire".

L'arrêt rendu par la formation la plus solennelle de la Cour de justice, à savoir la Cour plénière, au bénéfice du requérant belge condamné à Liverpool pour usage et revente de drogue et lui reconnaissant un droit de séjour prolongé, apparaît bien comme une interprétation fort audacieuse de la qualification de travailleur alors même que l'espèce déférée à la Cour semblait singulièrement dépourvue d'éléments de fait attestant de la réalité de l'intention de travailler mais comportait des éléments de fait, eux, non contestés, laissant présumer d'évidentes menaces pour l'ordre public.

Affaire C.363-89

Poursuivant son entreprise d'élargissement de l'interprétation du droit à la libre circulation des ressortissants communautaires au titre de la qualification de travailleur, la Cour de justice a consacré par un arrêt du 5 février 1991 la libre circulation et le droit de séjour des péripatéticiennes (affaire C.363-89).

La requérante, de nationalité française, qui déclarait exercer l'activité de "serveuse indépendante", s'était vu refuser la délivrance d'un titre de séjour en Belgique. L'office des étrangers en effet avait estimé que l'intéressée n'exerçait pas l'activité de serveuse indépendante mais qu'elle travaillait au contraire pour un "patron" vis-à-vis duquel elle se trouvait "dans un lien de subordination". Cette activité n'aurait pas été exercée en conformité avec la législation sociale en vigueur en Belgique, raison pour laquelle les autorités belges avaient ordonné à la requérante de quitter le territoire.

L'avocat général a conclu que : "le droit de séjour et la délivrance du titre correspondant ne sont pas subordonnés au respect de dispositions nationales du régime de sécurité sociale ; l'inobservation de ces dispositions, par un travailleur protégé par le droit communautaire, ne peut, à elle seule, justifier une mesure d'expulsion". Il concluait également que les dispositions du droit

communautaire "interdisent aux Etats membres d'exiger une inscription préalable à un régime de sécurité sociale comme condition à la délivrance du titre de séjour".

L'avocat général soutenait enfin que "les Etats membres ont l'obligation de délivrer le titre de séjour à quiconque démontre, sur la base des documents appropriés prévus par les dispositions communautaires applicables, bénéficié du droit de séjour, sans qu'il soit nécessaire, aux fins du droit communautaire, de qualifier l'activité exercée comme indépendante ou salariée ; l'inobservation de dispositions ou procédures nationales concernant l'inscription à un régime de sécurité sociale ne permet pas aux Etats membres de refuser la délivrance du titre de séjour ou, en tout cas, d'infliger des sanctions disproportionnées qui créeraient un obstacle à la libre circulation des travailleurs" (par sanction disproportionnée l'avocat général entend évidemment refus du droit de séjour et expulsion).

La Cour a suivi les conclusions de l'avocat général puisque l'arrêt déclare : "l'inscription préalable d'un ressortissant d'un Etat membre de la Communauté à un régime de sécurité sociale instauré par la législation de l'Etat d'accueil ne peut être imposée comme condition ni à l'obtention du droit de séjour ni à la délivrance du titre correspondant".

On observera que l'Etat belge n'a pas excipé de la nature réelle des fonctions exercées et d'éventuelles atteintes à la "moralité publique" ou à "l'ordre public", alors même que leur protection fonde, aux termes de l'article 36 du Traité de Rome, une dérogation au principe de libre circulation, dérogation dont la portée est laissée à l'appréciation des autorités nationales, sous le contrôle le cas échéant de la Cour de justice des Communautés. On peut penser que l'Etat belge n'a pas soulevé ce point de droit de peur de le voir écarté par la Cour au nom du principe de non discrimination.

En effet, la prostitution n'étant pas interdite aux ressortissants belges en Belgique, le refus de séjour opposé à des ressortissants communautaires du seul fait du "métier" exercé serait sans doute considéré par la Cour de justice comme une application discriminatoire du pouvoir reconnu aux autorités nationales de déroger au principe de libre circulation pour des motifs de moralité publique ou d'ordre public (cf paragraphe F, ci-dessous, "Libre circulation et ordre public").

On doit souligner que la Cour avait déjà reconnu le "droit de demeurer" de deux "travailleuses", toutes deux de nationalité française et exerçant leurs activités en Belgique, selon les termes de l'arrêt citant les autorités belges, "dans un bar suspect au point de vue des moeurs, où les serveuses s'exposent en vitrine et ont

la possibilité de s'isoler avec le client". Ne troublant pas plus l'ordre public que leurs collègues belges, le refus de séjour était une mesure discriminatoire (Arrêts du 18 mai 1982, Aff.115 et 116-81).

B - L'interdiction des discriminations entre travailleurs

Limitation des fonctions de lecteurs - Affaire 33-88

La Cour a rendu, le 30 mai 1989, un arrêt dans l'affaire 33-88 qui aboutit à reconnaître un droit de séjour illimité sur le territoire d'un Etat membre au profit de travailleurs ressortissants communautaires pourtant engagés pour des fonctions temporaires.

Ainsi, un ressortissant de nationalité espagnole et un autre de nationalité britannique, avaient été engagés pour exercer les fonctions de lecteur à l'université de Venise aux termes d'un contrat qui, selon la réglementation italienne, ne peut être prorogé au-delà de l'année universitaire pour laquelle il a été établi et n'est renouvelable chaque année que pendant une période maximale de 5 ans, les deux intéressés ont alors introduit un recours, soutenant en particulier que le rapport de travail qui les liait à l'université relevait du droit privé et, dès lors, que le terme qui leur était opposé les plaçait dans une situation défavorisée par rapport aux autres travailleurs.

La Cour, jugeant que l'emploi de lecteurs de langue étrangère auprès d'une université n'est pas un emploi dans l'administration publique et ne peut donc justifier une dérogation à la libre circulation des travailleurs et à la non discrimination dans l'accès aux emplois, a précisé que le principe de libre circulation exprimé par l'article 48, paragraphe 2, du Traité de Rome "s'oppose à l'application d'une disposition de droit national imposant une limite à la durée du lien de travail entre les universités et les lecteurs de langue étrangère, alors qu'une telle limite n'existe pas, en principe, en ce qui concerne les autres travailleurs."

Selon la Cour, cette discrimination ne saurait être justifiée ni par la nécessité, pour les universités, de disposer de lecteurs de langue étrangère ayant une connaissance et une pratique actualisées de la langue maternelle qu'ils enseignent ou de limiter le nombre de lecteurs de langue étrangère en fonction de l'afflux des étudiants, ni par le fait que ces lecteurs ne sont pas sélectionnés par voie de concours. Selon la Cour, enfin, le principe d'égalité de traitement qui fonde la réglementation communautaire aménageant la libre circulation des travailleurs, "n'est pas respecté lorsqu'une catégorie déterminée de travailleurs, ressortissant, pour l'essentiel, à d'autres Etats membres est exclue des garanties dont bénéficient les autres travailleurs."

Plutôt que d'admettre que les lecteurs de langue étrangère des universités se trouvent dans la même situation que de nombreux collaborateurs de l'enseignement supérieur dont les fonctions sont, elles aussi, limitées dans le temps (assistants, chargés de travaux dirigés, chargés de cours, animateurs de séminaires...), la Cour a choisi de comparer *in abstracto* la catégorie des lecteurs, très largement ou même complètement composée de ressortissants d'autres Etats membres, à la généralité des travailleurs de droit privé dont les contrats sont supposés être tous à durée indéterminée.

Pour faire prévaloir l'interprétation la plus large de la libre circulation des travailleurs et du principe de non discrimination à raison de la nationalité, la jurisprudence de la Cour a pour effet d'anéantir une disposition de l'organisation du service public de l'enseignement (la limitation de la durée des fonctions de lecteur) alors même que l'enseignement n'entre nullement dans les compétences communautaires. Cette jurisprudence a même pour effet indirect de proroger indéfiniment le contrat d'engagement de personnels enseignants en dehors des procédures nationales qui prévoyaient le recrutement par concours.

C - Droit de séjour et minimum de ressources

Là encore, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice sur l'étendue des droits des travailleurs permet d'éclairer ce que pourrait être l'application des dispositions concernant le minimum de moyens d'existence et de couverture sociale exigible des bénéficiaires du droit de séjour généralisé sur la base des trois directives adoptées le 28 juin 1990.

Si la Cour, comme on l'a vu précédemment, a refusé d'assimiler l'exercice d'activités d'ergothérapie dans le cadre d'un programme d'insertion pour les toxicomanes, à un travail fondant le droit de séjour, elle avait en revanche, très tôt, dès son arrêt du 23 mars 1982, considéré qu'un travail à temps partiel ne procurant au travailleur qu'une rémunération inférieure au minimum d'existence selon la législation de l'Etat d'accueil ne faisait pas perdre au ressortissant communautaire sa qualité de travailleur et, par conséquent, son droit de demeurer.

La Cour a ainsi décidé que "si aucune disposition communautaire ne définit les notions de "travailleur" et "d'activités salariées", ces notions n'en ont pas moins une portée communautaire. Comme ces notions circonscrivent le champ d'application d'une des libertés fondamentales établies par le Traité, leur contenu ne peut varier en fonction de critères relevant du seul droit national (salaire minimal, durée normale du travail). Par ailleurs, elles ne sauraient être interprétées restrictivement. Les dispositions communautaires

ne subordonnent le droit de séjour à aucune condition tenant au type de travail de l'intéressé ou au montant des revenus qu'il en tire "...Pour l'application des règles sur la libre circulation des travailleurs, la seule condition est donc que l'activité exercée soit réelle et effective et non pas purement marginale et accessoire."

La Cour devait confirmer et préciser quelques années plus tard, dans l'arrêt du 3 juin 1986, affaire 139-85, cette jurisprudence en déclarant que la perte d'un emploi à temps complet et le recours à des prestations d'assistance n'emportaient pas déchéance de la qualité de travailleur, ni par conséquent du droit de demeurer sur le territoire de l'Etat d'accueil.

Peu importe, selon la Cour, que les moyens d'existence complémentaires auxquels doit recourir le travailleur qui ne dispose pas, du fait de son travail à temps partiel, de moyens d'existence minimum, proviennent d'une aide financière à charge des fonds publics de l'Etat d'accueil.

Affaire 249-86

La Cour a encore décidé par l'arrêt du 18 mai 1989 dans l'affaire 249-86 que la règle allemande qui ne permettait la prorogation de l'autorisation de séjour des membres de la famille d'un travailleur que si les conditions nécessaires à la délivrance initiale de cette autorisation étaient toujours réunies, était contraire à la réglementation communautaire.

Le règlement 1612-68 prévoit, en effet que pour que les membres de la famille d'un travailleur puissent exercer leur droit de s'installer avec celui-ci, il convient que le travailleur dispose d'un logement considéré comme normal pour les travailleurs nationaux dans la région où il est employé, sans que cette disposition puisse entraîner de discriminations entre les travailleurs nationaux et les travailleurs en provenance d'autres Etats membres.

Dès lors, estime la Cour, la condition de disposer d'un logement considéré comme normal s'impose uniquement comme condition d'accueil des membres de la famille auprès du travailleur et exclut tout réexamen ultérieur, même en cas d'événement postérieur à l'installation.

D - Etudiants

Au fil des espèces qui lui ont été soumises, la Cour a donné une interprétation particulièrement large de la qualification de la "formation professionnelle" qui justifie le libre accès prévu par le règlement n° 1612-68. Elle a ainsi décidé qu'un enseignement de la bande dessinée, un stage de travail du chant et de la voix, ou encore

des études de langues et littérature romanes et germaniques constituaient des formations professionnelles.

Affaire 24-86

La confusion entre "enseignement académique" d'une part et "formation professionnelle" d'autre part se trouve aggravée depuis l'arrêt du 2 février 1988 dans l'affaire 24-86 par lequel la Cour a sans ambages qualifié d' "enseignement professionnel" des études universitaires, en l'occurrence une formation de médecine vétérinaire. Elle a en effet considéré que ni le Traité, notamment son article 128, ni les objectifs poursuivis en matière de libre circulation des personnes ne permettent de limiter la notion de formation professionnelle de façon à exclure tout enseignement universitaire. Elle a en outre relevé que, "sauf exception," les études universitaires préparent à une qualification professionnelle.

L'accès à la formation professionnelle étant d'ores et déjà consacré par la réglementation communautaire et emportant droit de circuler et de séjourner, on voit que l'extension de la qualification de formation professionnelle jusqu'à se confondre, "sauf exception", avec des formations universitaires ne peut manquer de soulever de délicats problèmes de définition du champ d'application de la nouvelle directive "étudiants".

Cette confusion ne manquera pas non plus de provoquer des disparités dans la situation des personnes régies soit par la réglementation sur la formation professionnelle, soit par la directive "étudiants", et on peut gager que la Cour interprétera ces disparités comme autant de discriminations contraires aux "objectifs" d'une réglementation dont elle se réserve l'interprétation.

S'agissant des diverses aides financières que nombre d'Etats membres ont instituées au profit des étudiants et des jeunes suivant une formation professionnelle, la jurisprudence de la Cour a longtemps semblé hésiter sur la portée du principe de non discrimination du chef de la nationalité.

Ainsi, dans l'arrêt rendu le 21 juin 1988, (affaire 39-86), la Cour s'est prononcée sur les conditions d'accès aux aides financières destinées à couvrir les besoins quotidiens des étudiants pendant leurs études. La Cour a considéré que si les bourses d'entretien, instituées par la réglementation allemande, constituent des "avantages sociaux" au sens de l'article 7 paragraphe 2, du règlement 1612-68, l'égalité de traitement qui en résulte est toutefois limitée aux seuls travailleurs communautaires au chômage qui désirent se reconvertir pour acquérir une nouvelle qualification professionnelle, ou à ceux qui ont quitté librement leur travail dans l'Etat d'accueil en vue de poursuivre leurs études à temps plein, pour

autant que celles-ci soient liées au travail antérieur et puissent être qualifiées de formation professionnelle.

La Cour en avait conclu qu'en l'état du droit communautaire, l'article 7 du Traité combiné avec son article 128, ne prescrivait l'égalité de traitement entre étudiants nationaux et communautaires qu'à l'égard des frais d'inscription ou des bourses destinées à couvrir ceux-ci, sans que ces dispositions puissent donc s'appliquer aux "bourses d'entretien".

La Cour avait cependant, d'ores et déjà, reconnu, par l'arrêt du 20 juin 1985, le bénéfice de l'indemnité temporaire que la Belgique avait établi au profit des personnes sans emploi qui attendent de commencer leurs études supérieures, au fils d'un travailleur italien résidant en Belgique.

La Cour de justice avait en effet estimé que ces indemnités temporaires constituent un "avantage social" au sens du règlement 1612-68 et qu'elles doivent donc être accordées aux travailleurs ressortissants d'un Etat membre sur la même base qu'aux travailleurs nationaux.

Un nouveau pas a été franchi dans l'extension de l'égalité de traitement avec l'arrêt du 21 juin 1988 - affaire 39-86 - par lequel la Cour a écarté l'application d'une disposition allemande qui réservait l'aide prévue pour les candidats à une formation professionnelle ne possédant aucun autre moyen pour subvenir à leurs besoins, aux seules personnes qui résidaient sur le territoire fédéral depuis au moins cinq ans à la date de leur demande et y avaient exercé une activité régulière.

Assimilant des études de langues et de littérature romanes et germaniques débouchant sur une qualification professionnelle à une formation fondant le droit de séjour, la Cour a décidé que constitue un avantage social au sens du règlement 1612-68 une aide accordée pour l'entretien et pour la formation de celui qui poursuit des études universitaires sanctionnées par une qualification professionnelle, dans la mesure où elle est attribuée en fonction de critères sociaux et tend à favoriser la promotion sociale.

Dans un arrêt plus récent, du 15 mars 1989 (affaires jointes 389 et 390-87), la Cour, admettant le maintien du droit d'entrée et de séjour de l'enfant d'un travailleur retourné dans son Etat d'origine, a donné une interprétation qui apparaît comme particulièrement large de l'égalité de traitement dont bénéficient les travailleurs communautaires et les membres de leur famille.

Soulignant qu'aux termes du règlement 1612-68 l'égalité de traitement s'étend pour les enfants des travailleurs

communautaires à l'accès à toutes formes d'enseignement, que celui-ci soit de nature professionnelle ou relève de l'éducation générale, la Cour écarte le refus des autorités néerlandaises d'accorder à deux étudiants de nationalité allemande le bénéfice de la législation néerlandaise prévoyant une aide destinée à couvrir des frais de natures très diverses, et notamment ceux d'accès à l'enseignement, ceux d'entretien de l'étudiant et, le cas échéant, des personnes qui sont à sa charge, ceux exposés en vue de l'acquisition de livres et autres matériels pédagogiques, et enfin ceux couvrant, le cas échéant, les coûts de l'assurance maladie.

La Cour a pris soin de rappeler sa jurisprudence, selon laquelle une aide accordée pour l'entretien ou pour la formation en vue de la poursuite d'études de niveau secondaire ou post secondaire, doit être regardée comme un avantage social au sens du règlement n° 1612-68. Considérant que les travailleurs migrants ont droit à cet "avantage social" dans les mêmes conditions que les ressortissants nationaux, la Cour décide que le même principe doit s'appliquer aux enfants de ces travailleurs dans l'enseignement du pays d'accueil en vertu du même règlement qui "dans toute autre interprétation, serait privé de tout effet".

La Cour se livre à une interprétation particulièrement constructive de ce règlement puisqu'elle estime que le statut d'enfant de travailleur communautaire "entraîne tout particulièrement la reconnaissance, par le droit communautaire, de la nécessité de bénéficier des aides étatiques aux études en vue d'une intégration de ces enfants dans la vie sociale du pays d'accueil."

Au terme de ce raisonnement, la Cour a décidé que "des aides accordées pour couvrir les frais d'enseignement et d'entretien de l'étudiant sont à considérer comme des avantages sociaux auxquels les enfants des travailleurs communautaires ont droit dans les mêmes conditions que celles dans lesquelles ces mêmes avantages sont accordés aux ressortissants nationaux".

E - Libre circulation et protection sociale

Outre "l'exportabilité" des allocations familiales à taux plein et de prestations non contributives comme le fonds national de solidarité, confirmée par l'Arrêt du 12-7-1990 (affaire C-236-88), la Cour a complété cette véritable politique jurisprudentielle par deux arrêts récents touchant au bénéfice d'allocations de chômage et de formations pour des ayants droit de travailleurs migrants, résidant dans l'Etat d'origine du travailleur, allocations mises à la charge du régime de l'Etat d'accueil du travailleur. et désormais "exportables", elles aussi.

Affaire C.12-89

Ainsi, la Cour a été saisie d'un refus des autorités allemandes de verser les allocations de chômage prévues en Allemagne pour les jeunes de seize à vingt et un ans, aux enfants, résidant en Italie, d'un travailleur employé en République fédérale.

Les autorités allemandes alléguaient non seulement que la prestation ne ressortissait pas aux allocations familiales proprement dites, seules susceptibles de coordination, et partant, d'exportation, mais que la condition de se tenir à la disposition des services allemands de l'emploi n'était pas remplie. La Cour a jugé, par l'arrêt du 22 février 1990, (affaire C-12-89) que la qualification d'allocation familiale ne devait pas être remise en cause (on voit l'importance de la qualification juridique des prestations), et, au sujet de la condition territoriale, que "cette condition doit être considérée comme remplie, dès lors que l'enfant du travailleur se tient à la disposition de l'agence pour l'emploi de l'Etat membre où il réside". Cette prestation pour jeunes chômeurs est donc assimilée à une allocation "exportable".

Affaire C.308-89

Saisie, également, du refus d'autorités allemandes d'accorder à l'enfant d'un travailleur italien, le bénéfice de l'aide à la formation pour des études accomplies hors d'Allemagne, dans le cas d'espèce, des études de médecine à l'université de Sienne, donc dans l'Etat d'origine de la requérante, la Cour a, là encore, fait prévaloir son interprétation des "objectifs" du droit communautaire sur les conditions pourtant expressément précisées dans les textes régissant la coordination des droits aux avantages sociaux des travailleurs migrants.

La Cour estime, en effet, dans l'Arrêt du 13.11.1990 (affaire C-308-89), que "l'article 12 du règlement n° 1612/68 édicte une règle générale qui, dans le domaine de l'enseignement, impose à tout Etat membre d'assurer l'égalité de traitement entre ses ressortissants et les enfants des travailleurs ressortissants d'un autre Etat membre établis sur son territoire. Dès lors, lorsqu'un Etat membre offre, à ses ressortissants, la possibilité de bénéficier d'une aide à la formation dispensée à l'étranger, l'enfant d'un travailleur communautaire doit bénéficier du même avantage s'il décide de suivre des études hors de l'Etat d'accueil".

"Cette interprétation ne saurait être infirmée par le fait que le candidat à la formation décide de suivre des cours dans

l'Etat membre dont il est le ressortissant. Ni la condition de résidence posée par l'article 12 ni l'objectif poursuivi par le règlement n° 1612/68 ne justifient une telle limitation, qui, par ailleurs, aboutirait à une autre forme de discrimination à l'encontre des enfants des travailleurs communautaires par rapport aux ressortissants de l'Etat membre d'accueil".

La Cour conclut de ce raisonnement que "l'article 12 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, doit être interprété en ce sens que les enfants visés par cette disposition doivent être assimilés aux nationaux en matière d'aide à la formation, non seulement lorsque la formation a eu lieu dans l'Etat d'accueil, mais également lorsque celle-ci est dispensée dans un Etat dont ils sont ressortissants".

On observera que la Cour, non seulement, assimile la bourse convoitée aux avantages qui doivent faire l'objet d'un traitement égal, sans discrimination entre étudiants nationaux et les enfants des travailleurs migrants, mais, range cette prestation parmi celles qui sont exportables, y compris dans l'Etat d'origine.

Dès lors, comment ne pas assimiler les mécanismes de transferts de prestations imposés par la jurisprudence de la Cour de Justice à des subventions sur le compte des régimes de protection sociale les plus généreux, au profit d'Etats qui se montrent plus empressés à réclamer ces transferts et leur généralisation, comme le montre les discussions actuelles au sein du Conseil sur la coordination des prestations non contributives, qu'à ajuster leur propre régime de protection sociale sur les niveaux français, allemands ou néerlandais...

Pour évaluer l'impact de ces mécanismes, on ne peut que rappeler les observations formulées par Mme Rolande RUELLAN, adjoint au Directeur de la Sécurité sociale, à propos de certains des aspects du dispositif des directives organisant le droit de séjour des étudiants, des retraités et des inactifs, dans un article du numéro spécial de la Revue française des Affaires sociales consacré à "l'Europe sociale" (novembre 1989) :

"S'agissant des étudiants, le projet subordonne leur droit de séjour à la condition qu'ils soient inscrits dans un établissement pour y suivre une formation professionnelle (l'enseignement général universitaire est-il couvert?) et qu'ils disposent d'une assurance maladie. Ils ont également le droit de s'affilier au régime d'assurance maladie du pays d'accueil dans les mêmes conditions que les nationaux.

"Ceci n'est en rien un dispositif de coordination, c'est-à-dire de conservation des droits en cas de séjour temporaire dans un autre pays ou de familles séparées.

"Seule une modification du règlement (C.E.E. n° 1408/71), introduisant les étudiants dans son champ d'application, peut leur étendre le dispositif de coordination des assurances maladie.

"Or, ce projet est à l'étude, depuis quelque temps, au sein de la Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants - instance spécialisée de la Commission - et il bute sur plusieurs problèmes, notamment la définition du terme "étudiant" et celle de la législation applicable : celle du pays d'origine ou celle du pays d'accueil ? Les positions des Etats membres divergent selon qu'ils ont ou non un régime applicable à tous les résidents, un régime spécifique aux étudiants, une définition large de l'ayant droit (jusqu'à 25 ou 26 ans contre 20 ans en France).

"Les retraités et pensionnés

"Pour être admis au droit de séjour, le projet prévoit qu'ils doivent être titulaires d'une pension ou rente de vieillesse, invalidité, accident du travail ou maladie professionnelle. Mais un niveau minimum de ressources n'est pas exigé. Or, la proposition de directive étend à ces retraités (comme aux étudiants) le bénéfice du règlement C.E.E. n° 1612/68 qui prévoit notamment l'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux.

"Cela signifie qu'un retraité ou pensionné pourra venir s'installer en France pour la première fois de sa vie avec une pension symbolique de son pays et la France devra lui servir à titre de minimum de ressources soit l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité (F.N.S.), soit l'allocation aux adultes handicapés (A.A.H.) s'il est handicapé, soit le revenu minimum d'insertion (R.M.I.) s'il ne remplit pas les conditions d'octroi des autres prestations et s'il a moins de 65 ans."

On rappellera que la Cour de Justice a jugé que l'allocation F.N.S. à laquelle avait droit un travailleur migrant ayant exercé son activité en France était "exportable" lorsqu'il décidait d'aller s'établir dans un autre Etat membre. La Cour décidera-t-elle, par analogie, que la même prestation serait exportable au profit d'un travailleur retraité n'ayant jamais travaillé en France mais ayant exercé son droit de séjour pour la première fois après sa retraite, et n'ayant donc que des liens extrêmement ténus avec un pays où il n'aurait séjourné que le temps d'y voir ouvrir son droit à prestations ? Il y aurait là un puissant encouragement à un "tourisme social" tout à fait étranger au principe de non discrimination selon le traité : de

condition neutralisant les obstacles à la libre circulation, l'interprétation qu'en propose la Commission et la Cour, en l'absence de toute réduction des disparités de prestations sociales, deviendrait la cause des migrations intra-communautaires, voire un simple artifice juridique permettant des transferts financiers à sens unique des Etats aux régimes sociaux les plus développés vers des Etats qui tarderaient à rejoindre le niveau des prestations des premiers.

Mme Rolande RUELLAN observe encore que "ces retraités doivent, selon la proposition de directive, disposer d'une assurance maladie. Aucune autre précision n'est apportée. Or, s'ils sont titulaires dans leur pays d'une assurance maladie, ils ne pourront pas forcément en bénéficier dans un autre Etat membre, car le règlement 1408 ne prévoit la coordination des régimes maladie qu'au profit des titulaires de pensions ou de rentes dues au titre des législations de deux ou plusieurs Etats membres dont celle de l'Etat membre sur le territoire duquel ils résident.

"Sans doute, en France, notamment, ils pourraient adhérer à l'assurance personnelle si leurs ressources le leur permettent. A défaut, s'ils bénéficient d'une prestation d'assistance (F.N.S., A.A.H., R.M.I.), ils seront à la charge de l'aide médicale ou du régime général d'assurance maladie."

Redoutant les effets d'une extension trop large du droit de séjour aux membres de la famille du bénéficiaire du droit de séjour, Mme Rolande RUELLAN rappelle que : "La France ayant sur son sol 1.600.000 ressortissants communautaires, l'extension de la notion de membres de famille peut encourager une arrivée de population inactive et à charge des systèmes sociaux, compte tenu du montant attractif de nos prestations. A titre d'exemple, le montant des prestations d'assistance en France (F.N.S., A.A.H.) est plus de deux fois supérieur au "SMIC" portugais et le R.M.I. pour une famille de deux enfants représente trois fois ce "SMIC".

On évoquera encore, pour illustrer ces disparités qui peuvent être autant d'incitation au "tourisme social", le montant de la retraite agricole qui a atteint en Espagne... 2.200 F. par an après 35 ans d'activité, alors qu'elle est d'environ 35.000 F. en Allemagne et peut atteindre 63.000 F. en France pour un couple ! soit une retraite plus de 28 fois supérieure.

Quant à la directive qui vise "les autres inactifs", Mme Rolande RUELLAN estime que si "le projet impose une assurance maladie et des ressources suffisantes, l'objectif étant d'éviter que ces inactifs deviennent une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil, là aussi, outre que ce projet paraît

peu prioritaire, rien n'est prévu pour concrétiser cette condition d'être couvert par une assurance maladie.

"Il apparaît donc que le jour où ces directives seraient adoptées, le règlement 1408/71 devrait évoluer pour élargir la coordination maladie aux nouveaux titulaires du droit de séjour.

Coordination ou avantages à sens unique ? s'interroge alors Mme Rolande RUELLAN, contestant les schémas issus de "l'imagination parfois trop théoricienne de la Commission :

"La coordination, comme l'a rappelé à plusieurs reprises la Cour de Justice des Communautés européennes, n'est pas l'harmonisation : elle doit respecter les spécificités des législations nationales.

"La coordination, ce n'est pas non plus la création *de facto* d'une sorte de 13ème régime de sécurité sociale propre aux travailleurs migrants, consistant à leur accorder toujours ce qu'il y a de plus favorable et à leur faire ainsi un traitement de faveur, discriminatoire à l'encontre des travailleurs nationaux.

"La coordination des législations de sécurité sociale qui conduit à l'exportation des prestations nationales est une dérogation au principe de territorialité qui inspire les droits nationaux. Lorsque la territorialité a pour seul effet de limiter le paiement des prestations au territoire national, prestations dont le droit est acquis en fonction d'autres critères (travail, cotisations), il est parfaitement légitime de l'écarter au profit des travailleurs migrants. En revanche, lorsque la résidence n'est plus seulement une condition mise au paiement de prestations dont le droit est acquis par ailleurs, mais le fondement même du droit, le raisonnement est différent : il s'agit alors de prestations qui ne naissent pas du travail, mais de la seule résidence sur le territoire national.

"C'est le cas des prestations familiales dans certains pays dont la France. Obliger à exporter de telles prestations aboutit à modifier la législation nationale : ce n'est plus de la coordination.

"C'est dire l'importance qu'il convient d'attacher à l'examen des prestations, à leur qualification et, par delà celle-ci, à leur nature réelle."

La dissociation de la contribution au financement des prestations, par rapport à l'ouverture des droits, comme les disparités persistantes dans leurs montants, la structure des régimes (plus ou moins susceptibles d' "exportation" au titre des règlements interprétés par la Cour de Justice), les conditions d'accès, les niveaux de revenus, ou encore les procédures de contrôle, tous ces éléments qui

différencient les régimes, en attendant une hypothétique coordination, peuvent susciter des tensions financières importantes à la charge des régimes les plus généreux et même provoquer des fraudes, ou du moins un "tourisme social" sans rapport avec les objectifs du Traité et le principe de libre circulation.

S'agissant de personnes n'ayant pas contribué ou ne contribuant que faiblement aux régimes de protection sociale des Etats où les retraités, pensionnés ou inactifs iraient séjourner pour la première fois, on conçoit que certains Etats s'attachent à obtenir quelques garanties, soit de ressources suffisantes des bénéficiaires du droit de séjour, soit de compensation de la part des Etats d'origine.

Préoccupés sans doute de l'impact des transferts imposés par la jurisprudence de la Cour de Justice, certains Etats membres ont proposé à Bruxelles un débat sur la définition des prestations exportables. Ainsi, la partie française qui supporte déjà, du fait de la seule jurisprudence "Pinna" sur l'exportation de prestations familiales, une "ponction" de quelque 100 millions de francs annuellement, non compris les exportations du FNS et autres, redoute de voir la Cour déclarer "exportables" d'autres prestations comme l'allocation de parent isolé, l'allocation parentale d'éducation ou l'allocation pour adulte handicapé. En outre, comment vérifier que les conditions de ressources, à l'égard d'ayants droit demeurés dans les Etats membres d'origine, sont réellement remplies, alors même que la sincérité des déclarations fiscales y semble encore perfectible et que les administrations locales n'auront aucun intérêt à la vérification des conditions d'obtention de prestations qui ne sont pas à leur charge ?

L'impact des transferts en cause, du seul chef des travailleurs et de leurs ayants droit pourrait atteindre plusieurs centaines de millions de francs, à la charge notamment des régimes français de protection sociale dont on ne sache pas qu'ils fussent excédentaires...

On mesure alors l'impact qu'aurait l'extension de la jurisprudence sur l'égalité d'accès aux prestations sociales et leur exportabilité, aux bénéficiaires des trois nouvelles directives sur le droit de séjour...

A une question parlementaire (n° 636 - J.O.Q.A.N. du 9 février 1989), sur les propositions de la Commission tendant à généraliser l'exportation de la totalité des prestations familiales, le secrétaire d'Etat auprès du Ministre de la Solidarité, a répondu que "la France, pour sa part, ne peut donner son aval, même à titre provisoire, à l'application d'un tel dispositif. En effet, au-delà des considérations purement financières, force est de constater qu'une telle harmonisation des conditions d'octroi des prestations n'est

juridiquement pas conforme au traité de Rome, lequel prévoit la coordination des différentes législations nationales, chacune d'entre elles demeurant ainsi inaltérée. D'autre part, on voit mal comment, pour le service d'un certain nombre de prestations, il serait techniquement possible d'évaluer à l'étranger la satisfaction de condition de ressources établies par référence au coût de la vie en France. Il ne serait en outre pas moins choquant d'exporter dans un autre Etat membre des prestations dont l'objectif reflète les finalités natalistes d'une politique nationale qui ne correspondent pas forcément aux orientations de l'Etat dans lequel elles seraient servies. Telles sont pour l'essentiel les raisons qui ont conduit la France à s'opposer à la remise à l'ordre du jour de l'ancienne proposition de la commission, et à suggérer au contraire de nouvelles solutions plus adaptées au contexte général actuel des communautés économiques européennes... La France a proposé la seule solution qui semble de nature à recueillir un consensus, et qui consiste à exporter les seules allocations familiales, tandis que les autres prestations seraient servies selon la législation de l'Etat de résidence des membres de la famille du travailleur".

Une fois recueilli l'accord des douze Etats membres sur cette solution, au demeurant déjà coûteuse pour la partie française, comment les nouvelles dispositions seraient-elles appliquées par la Cour qui a d'ores et déjà qualifié d'allocation et par conséquent jugé exportables l'aide aux jeunes chômeurs, ou certaines bourses ?

Que vaudraient de nouvelles définitions, fussent-elles adoptées à l'unanimité, puisque la Cour n'hésite pas à requalifier les prestations afin de favoriser la libre circulation (y compris... par le maintien ou le retour des ayants droit du travailleur migrant dans son Etat d'origine), les pythoisses du Kirchberg interprétant le droit communautaire non tel qu'il est mais tel qu'il devrait être, et telles que ses "finalités" lui apparaissent.

Affaires concernant l'exportabilité du Fonds national de solidarité (Affaires 249-83 et 122-84, 236-88 et 307-89)

La question de l'exportabilité des prestations sociales risque de prendre de nouvelles dimensions lorsque sera connu l'arrêt de la Cour qui a été saisie une fois de plus par la Commission.

La Commission demande en effet à la Cour, dans l'affaire 307-89, de déclarer contraire au droit communautaire la clause de résidence que la réglementation française impose désormais, depuis l'entrée en vigueur de la loi 87-39 du 27 janvier 1987 (au moins théoriquement, puisque le Gouvernement français a

allégué, pour toute défense, que les décrets d'application qui devaient fixer la durée de résidence n'ont pas été publiés).

Or, on doit rappeler que la Cour de justice a déjà été amenée à statuer sur la validité de clauses de résidence pour l'octroi de prestations sociales. C'était tout l'enjeu, notamment des arrêts sur la réglementation belge instituant un minimum de moyens d'existence ou "minimex", au profit des ressortissants belges, ou des étrangers, ressortissants communautaires y compris, ayant résidé au moins cinq ans sur le territoire belge.

La Cour a considéré que cette exigence de durée de résidence imposée aux seuls étrangers dans l'accès à une prestation assimilée à un avantage social, était discriminatoire et par conséquent contraire aux principes du droit communautaire et notamment au Règlement 1612-68. Mais qu'en aurait-il été si la réglementation belge avait édicté une condition de résidence à l'égard de tous les candidats au "minimex", sans distinction entre les Belges et les autres ressortissants ?

L'Avocat général Marco DARMON avait envisagé l'hypothèse en ces termes :

"Or, comme l'a démontré la Commission, l'obligation imposée exclusivement aux autres ressortissants de la Communauté d'avoir résidé effectivement en Belgique au cours des cinq années précédant l'octroi du minimex constitue une discrimination contraire à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68 et au principe de non-discrimination selon la nationalité, tel qu'il résulte de l'article 7 du Traité C.E.E. lui-même.

"Cette condition contribue, en effet, à empêcher la mobilité de tous les ressortissants communautaires cherchant du travail ou au chômage, dans la mesure où son respect implique la sédentarité. Elle revient aussi à priver d'un droit reconnu aux travailleurs belges ceux des travailleurs migrants résidant en Belgique, qui ont été amenés à travailler occasionnellement et pour une courte durée dans d'autres pays de la Communauté, alors même qu'ils ne font que profiter des facilités de circulation garanties aux travailleurs de la Communauté par les articles 48 et suivants du Traité C.E.E.

"Il faut, par ailleurs, relever, avec la Commission, que l'application de la même condition aux nationaux ne supprimerait pas pour autant la discrimination : vous avez, en effet, considéré que le principe de l'égalité de traitement s'oppose non seulement à toute discrimination directe et ostensible, comme en l'espèce, mais également aux discriminations indirectes et déguisées. Or, une telle

condition de résidence serait nécessairement plus difficile à remplir pour un travailleur migrant que pour un national."

L'Avocat général Van Gerven a présenté ses conclusions le 24 avril 1991, aux termes desquelles il invite la Cour à constater que "la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du Règlement 1408-71". Confirmant la jurisprudence antérieure sur l'assimilation de l'allocation du F.N.S. aux prestations qui entrent dans le champ d'application de ce règlement et sont par conséquent "exportables", l'Avocat général semble tenir pour discriminatoire la clause de durée de résidence, sans même prêter attention au fait que cette clause s'imposerait à tous les bénéficiaires potentiels, y compris ceux ayant la nationalité française.

L'Avocat général Van Gerven confirme donc l'hypothèse maximaliste que faisait son collègue Marco Darmon et qui aboutit à déclarer contraire au droit communautaire une clause de durée de résidence non seulement pour l'octroi d'une prestation non contributive mais même pour son exportation.

On voit bien là le déséquilibre qui menace les régimes de protection sociale les plus généreux.

En revanche, la Cour exige un lien entre cotisations et bénéfice de prestations, lorsque c'est dans l'intérêt du migrant.

Un arrêt du 23 mars 1985 avait ainsi déclaré contraires au Règlement de 1971, des normes nationales, en l'espèce une disposition du droit belge, instaurant des retenues de cotisations sur les pensions légales de vieillesse, retraite, ancienneté, survie, etc., "lorsque ces pensions sont versées à des ressortissants communautaires qui, du fait de leur résidence dans un autre Etat membre, ne sont pas à charge, en ce qui concerne les prestations de maladie et de maternité, de l'institution du premier Etat membre compétente pour ces prestations, et au profit de laquelle est versé le produit des retenues susvisées."

On ne doit pas cotiser si on ne reçoit pas les prestations correspondantes, mais on peut prétendre à des prestations sans avoir cotisé : l'interprétation du Règlement de 1971 par la Cour de justice est systématiquement favorable au travailleur migrant, sans souci de symétrie dans les solutions et encore moins de considération pour l'équilibre général entre contribution et prestations.

Au cas où la Cour de justice, dans la ligne des arrêts sur le "minimex" belge, invaliderait la condition de résidence en principe posée à l'octroi du fonds national de solidarité français, comme le lui demande la Commission, il y aurait tout lieu de craindre

que certains ne trouvent là une puissante incitation au "tourisme social", en raison de la modicité des ressources dont disposent notamment les personnes âgées "inactives" ou retraitées dans certains Etats membres, alors même que ce sont ces catégories qui vont pouvoir exercer désormais le droit de séjour.

F- Libre circulation et ordre public

On observera, au sujet de ce domaine important, que le Traité de Rome prévoit expressément qu'il puisse être dérogé aux principes et aux règles de la libre circulation, pour des motifs légitimes, au premier rang desquels la moralité publique, l'ordre public et la sécurité publique (art. 36 et 48 du Traité). Les Etats membres peuvent donc édicter des interdictions ou restrictions fondées sur ces motifs, sous le contrôle de la Cour de Justice.

Dans les arrêts fondamentaux du 10 mai 1982 (Adoui et Cornuaille), la Cour a déclaré que si "le droit communautaire n'impose pas une échelle uniforme des valeurs en ce qui concerne l'appréciation des comportements pouvant être considérés comme contraires à l'ordre public", il y a lieu cependant de constater qu'un comportement ne saurait être considéré comme ayant un degré suffisant de gravité pour justifier des restrictions à l'admission ou au séjour, sur le territoire d'un Etat membre, d'un ressortissant d'un autre Etat membre, dans le cas où le premier Etat ne prend pas, à l'égard du même comportement, quand il est le fait de ses propres ressortissants, des mesures répressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement. Cet Etat membre ne saurait, par conséquent, en vertu de la réserve relative à l'ordre public inscrite aux articles 48 et 56 du Traité, éloigner de son territoire un ressortissant d'un autre Etat membre ou lui refuser l'accès du territoire en raison d'un comportement qui, dans le chef de ses propres ressortissants, ne donne pas lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement.

La Cour avait déjà jugé (Arrêt du 7 juillet 1976) que "Une mesure d'expulsion constitue la négation du droit même conféré et garanti par le Traité, et il ne serait pas justifié d'utiliser cette sanction si elle était si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à la libre circulation des personnes."

Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice limite-t-elle le pouvoir d'appréciation des Etats membres en matière d'ordre public au nom du principe de non discrimination entre nationaux et migrants d'origine communautaire ; en le confrontant également au droit fondamental de libre circulation qui doit

prévaloir, sauf impératif d'une gravité telle que l'atteinte à ce droit soit justifiée... aux yeux de la Cour.

On voit que la Cour ne considère pas que l'article 36 du Traité définit une limite absolue à la compétence communautaire mais bien une exception dont elle doit contrôler la licéité chaque fois qu'elle en est saisie. L'article 36 l'y autorise d'ailleurs puisqu'il dispose que les "interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres".

Les textes qui ont organisé la liberté de circulation rappellent tous cette limite et les trois directives du 28 juin 1990 disposent, elles aussi, expressément que les "Etats membres peuvent y déroger pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique". Ces directives renvoient cependant aux articles 2 à 9 de la Directive 64-221 qui prévoit que les motifs légitimes de refus d'entrée ou l'éloignement du territoire d'un Etat membre "ne peuvent être invoqués à des fins économiques" et que la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures, non plus que la péremption des documents exigibles.

Cette directive limite également les motifs de santé publique (on observera que cette définition de 1964 mentionne outre les "maladies quaranténaires" de l'O.M.S., la tuberculose et la syphilis, mais non le syndrome du déficit immunitaire acquis).

La directive mentionne également la toxicomanie parmi les motifs qui peuvent être allégués pour refuser le bénéfice de l'entrée ou du séjour. Force est bien cependant de considérer que les Etats ne semblent pas recourir souvent à cette disposition pour justifier le refus du renouvellement du droit de séjour et que la Cour, qui statue pourtant souvent "ultra petita" n'y a jamais eu recours non plus. (l'argument eût pourtant pu être développé dans l'affaire du toxicomane belge menacé d'éloignement du territoire britannique, malgré son "intention" de travailler, hélas infructueuse plusieurs années durant).

1. Contrôle des personnes aux frontières intracommunautaires

Sans attendre le démantèlement des "frontières physiques" et des contrôles aux postes de douanes intracommunautaire qui doit consacrer le 31 décembre 1992 l'avènement de "l'espace sans frontières intérieures", la Cour de Justice a rendu quelques décisions, peu nombreuses, sur les mesures nationales de contrôle des migrations.

On retiendra trois espèces récentes pour illustrer une jurisprudence dans laquelle la Commission joue un rôle moteur, pour faire reconnaître un droit quasi absolu de libre circulation, exemptée de la responsabilité du maintien de l'ordre qui incombe, avec tous les problèmes que cette responsabilité comporte, aux Etats membres.

Dans le premier arrêt, rendu le 12 décembre 1989 (affaire C-265-88), la Cour a statué sur la licéité, au regard du droit communautaire d'une disposition du droit italien, selon laquelle les ressortissants des autres Etats membres qui se rendent en Italie pour y exercer une activité salariée ou y fournir une prestation de services, doivent, dans les trois jours de leur arrivée, effectuer une déclaration de séjour; L'inexécution de cette obligation est sanctionnée pénalement par un emprisonnement de trois mois au maximum ou une amende de quatre cent mille liras au maximum.

Saisie de poursuites à l'encontre d'un ressortissant allemand qui avait omis d'accomplir cette formalité, une juridiction italienne a interrogé la Cour de Justice sur le point de savoir si cette disposition nationale était compatible avec le droit communautaire et, notamment, avec les articles 3 et 56 du Traité de Rome relatifs à la libre circulation des personnes.

La Cour a répondu par la négative. Certes, la directive n° 68/360/C.E.E. relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, de même que la directive n° 73/148/C.E.E., autorisent les Etats membres à imposer aux ressortissants des autres Etats membres l'obligation de signaler leur présence sur leur territoire.

Toutefois, ainsi que la Cour l'avait déjà relevé dans un arrêt du 7 juillet 1976, une atteinte à la liberté de circuler pourrait néanmoins résulter des formalités prévues pour satisfaire à cette obligation, si elles étaient conçues de manière à restreindre cette liberté ou à limiter le droit qui appartient aux ressortissants des Etats membres d'entrer et de séjourner sur le territoire des autres Etats membres, conformément aux objectifs du Traité. Tel est notamment le cas lorsque le délai imposé pour la déclaration d'arrivée des étrangers n'est pas raisonnable ou lorsque les sanctions attachées à l'inobservation de cette obligation sont disproportionnées par rapport à la gravité de l'infraction.

Or, constate la Cour, le délai de trois jours accordé en l'espèce ne saurait être considéré comme raisonnable, dans la mesure où, d'une part, il est excessivement contraignant et où, d'autre part, il n'apparaît pas indispensable pour préserver l'intérêt de l'Etat d'accueil

qui souhaite connaître exactement les mouvements de population sur son territoire.

Quant aux sanctions, la Cour observe simplement qu'aucune sanction n'est admissible lorsque le délai imposé pour effectuer la déclaration n'est pas raisonnable.

Dans un arrêt postérieur, rendu le 27 avril 1989 (Affaire 321-87), la Cour a statué sur la compatibilité avec le droit communautaire, de la réglementation belge sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers aux termes de laquelle, "tout étranger âgé de plus de quinze ans doit toujours être porteur de son titre de séjour ou d'établissement ou de tout autre document de séjour et présenter cette pièce à la réquisition de tous agents de l'autorité". Pour les nationaux, une obligation similaire résulte de l'arrêté royal du 29 juillet relatif aux cartes d'identité.

Dans l'un et l'autre cas, le non respect de cette obligation est passible d'une amende. Or, à l'entrée en Belgique, les ressortissants communautaires des autres Etats membres qui résident en Belgique et ne produisent pas ce document en même temps que leur carte d'identité ou leur passeport, à l'occasion de contrôles effectués de manière sporadique, sont menacés de cette sanction, sans cependant être empêchés de pénétrer sur le territoire.

Estimant que cette pratique était contraire aux directives du Conseil n° 68/360 et n° 73/148/C.E.E. qui portent sur la suppression des restrictions au déplacement et au séjour à l'intérieur de la Communauté des ressortissants des Etats membres, travailleurs salariés et leur famille, d'une part, et travailleurs indépendants d'autre part, la Commission a introduit devant la Cour de justice un recours en manquement à l'encontre de la Belgique.

La Cour a rejeté le recours. Selon elle, en effet, dans la mesure où les contrôles litigieux ne sont pas systématiques, ils ne sauraient constituer une entrave à la libre circulation des personnes dans la Communauté.

"Pratiqués dans ces conditions, de tels contrôles ne sont, du reste, pas interdits, par les directives prises pour l'application de ce principe fondamental du Traité et dont l'article 3 se borne à interdire que l'entrée des ressortissants communautaires sur le territoire d'un Etat membre soit conditionnée par la présentation d'un visa ou l'accomplissement de toute autre formalité administrative."

On observera que cet arrêt a été rendu sur une saisine de la Commission qui entend faire supprimer tout contrôle. Dans le 6e rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit

communautaire (Com.89-411 du 21.12.1989), la Commission fait un commentaire de cette jurisprudence qui mérite de retenir l'attention :

"La Commission développe une approche dynamique dans la mise en oeuvre du droit communautaire existant comme en témoigne la mise en cause du contrôle systématique du permis de séjour, dans le cas du franchissement de la frontière entre l'Allemagne et la Belgique. Dans ce cas, la Cour vient de confirmer les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration des polices, sans mettre en cause cependant, comme l'aurait souhaité la Commission, le contrôle du permis de séjour."

On ne saurait mieux dire, l'objectif de la Commission est bien "la mise en cause du contrôle du permis de séjour". Qu'en sera-t-il du contrôle de ce permis que prévoient aussi les trois directives du 28 juin 1990 ?

Que vaudrait une disposition qui serait privée de tout contrôle ?

Et on ne peut que constater, à partir de la déclaration de la Commission qu'elle a une conception toute particulière de son rôle de gardienne du droit communautaire, pourtant en l'espèce formulé dans des règles explicites.

Enfin, la Cour a été saisie par la Commission d'une espèce (Affaire 68-89) qui l'amènera à examiner la compatibilité avec le principe de libre circulation et le droit communautaire, de la législation néerlandaise sur les étrangers, aux termes de laquelle les ressortissants communautaires doivent répondre aux questions des fonctionnaires chargés de la surveillance des frontières concernant l'objet et la durée de leur voyage ainsi que les moyens financiers dont ils disposent avant d'être autorisés à accéder au territoire néerlandais. Si la Cour suit l'avocat général dans ses conclusions, les Pays-Bas devront modifier leur législation de sorte qu'elle ne soit plus applicable aux ressortissants de la Communauté.

L'avocat général, M. TESAURO, dans ses conclusions présentées le 11 mars 1991, rappelle que "le droit communautaire ouvre déjà (...) un droit d'accès et de séjour à la quasi-totalité des personnes ayant la qualité de ressortissants d'un Etat membre". Ce droit d'entrée constitue "un droit directement conféré par le Traité". Il doit permettre à un ressortissant communautaire d'exercer une activité dans un autre Etat membre. Mais, dit l'avocat général, on peut envisager d'autres raisons : chercher un emploi, consulter un prestataire de services, faire une promenade et aller au restaurant ou, à la limite, simplement visiter des commerces dans lesquels on retournera pour faire des achats. On ne peut déduire qu'une personne

n'est pas un "acquéreur de marchandises du seul fait qu'elle n'acquitte rien dans l'immédiat".

L'avocat général TESAURO se prononce clairement en faveur d'un ressortissant allemand qui s'était vu refuser l'entrée aux Pays-Bas parce que, n'ayant en poche que 5 marks, il avait, en plus, refusé de révéler le but de son voyage. Il s'était plaint à la Commission européenne ; celle-ci avait introduit un recours contre les Pays-Bas devant la Cour de justice européenne pour infraction aux directives 68/360 et 73/148. Toutes deux imposent aux Etats membres d'admettre sur leur territoire les ressortissants communautaires sur simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité.

M. TESAURO prend soin de préciser que ce procès contre les Pays-Bas ne concerne ni le contrôle des bagages et autres marchandises, toujours autorisés, ni le contrôle des personnes liés à des raisons d'ordre public, de sécurité ou de santé publiques. Ces contrôles sont toujours autorisés, rappelle l'avocat général, mais ils doivent être justifiés "par l'existence de circonstances particulières". Enfin, l'avocat général précise que ce recours n'a trait qu'au droit d'entrée et de séjour, mais non au droit de résider sur le territoire néerlandais. Précaution oratoire et distinction bien fragile, voire spécieuse, cependant si on la rapproche de la jurisprudence sur la prolongation du séjour des ressortissants se déclarant "à la recherche d'un emploi".

L'arrêt sur cette affaire doit être rendu à la fin du mois de mai.

2. Politique communautaire des migrations

Alors même que le contrôle des migrations en provenance des Etats n'appartenant pas à la Communauté, ne ressortit nullement aux compétences communautaires, ni par conséquent à l'initiative de la Commission, mais seulement à la coopération intergouvernementale, la Commission n'en avait pas moins édicté une "décision", donc directement applicable, imposant aux Etats membres une procédure de communication préalable et de concertation concernant toutes les mesures qu'ils envisageaient d'édicter en matière de politique migratoire.

La Commission se fondait sur le seul article 118 du Traité, qui prévoit que la Commission "a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les Etats membres dans le domaine social, notamment dans les matières relatives à l'emploi... A cet effet, la Commission agit en contact étroit avec les Etats membres, par des études, des avis et par l'organisation de consultations, tant pour les problèmes qui se posent sur le plan national que pour ceux qui

intéressent les organisations internationales". Curieuse interprétation de la mission de "promouvoir une collaboration étroite entre Etats membres" et d'une action "en contact étroit avec eux" que l'édition d'une "décision" s'imposant aux Etats et sortie toute armée des bureaux de Bruxelles! La vigueur de la réaction des Etats membres donne la mesure de la "collaboration étroite" et l'action "en contact étroit" avec les Etats menée par la Commission.

En effet, considérant que cette décision excédait les pouvoirs de la Commission et empiétait sur leurs compétences, ce ne sont pas moins que l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, le Danemark et la Grande-Bretagne qui déféraient l'acte de la Commission à la Cour de justice.

Sans doute la Cour observait-elle dans les Arrêts du 9 juillet 1987 que: "la thèse selon laquelle la politique migratoire vis-à-vis des pays tiers serait entièrement étrangère aux matières sociales pour lesquelles l'article 118 prévoit une collaboration entre Etats membres ne saurait être accueillie."

Mais la Cour précise ainsi les compétences respectives entre Communauté et Etats membres: "La politique migratoire ne peut relever du domaine social au sens de l'article 118 que dans la mesure où elle concerne la situation des travailleurs des pays tiers, pour ce qui est de l'influence qu'ils exercent sur le marché communautaire de l'emploi et sur les conditions de travail.

"Il en résulte que la décision attaquée, en incluant la promotion de l'intégration culturelle, dans sa généralité, parmi les sujets de consultation, a dépassé le domaine social dans lequel l'article 118 donne à la Commission mission de promouvoir une collaboration entre les Etats."

Enfin, s'agissant des pouvoirs de la Commission dans le cadre des compétences communautaires, la Cour en fixe ainsi la portée: "La Commission ayant uniquement un pouvoir de nature procédurale d'établir une procédure de consultation, elle ne saurait imposer le résultat à atteindre par cette consultation ni empêcher les Etats membres de mettre en vigueur des projets, accords ou dispositions qu'elle jugerait non conformes avec les politiques et actions communautaires."

Ainsi, la décision de la Commission, "dans la mesure où elle impose une obligation précise à charge des Etats membres et entend leur interdire d'adopter des mesures nationales ou de conclure des accords que la Commission jugerait non conformes avec les politiques et actions communautaires, doit être considérée, comme l'ont soulevé à juste titre les Etats membres requérants, comme

lépassant l'étendue des pouvoirs que la Commission peut tirer de l'article 118."

La Commission, quoique se voyant rappeler par la Cour à une plus juste appréciation de ses compétences et de ses pouvoirs, ne semble pas se le tenir pour dit, à lire la présentation qu'elle fait des Arrêts de la Cour, dans le 21e rapport général sur les activités des Communautés :

"La Cour a constaté, dans ses arrêts du 9 juillet, que la politique migratoire vis-à-vis des pays tiers ne saurait, dans son ensemble, tomber en dehors du domaine social au sens de l'article 118 du Traité C.E.E. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a adopté la thèse de la Commission selon laquelle la situation de l'emploi et les conditions de vie et de travail à l'intérieur de la Communauté sont susceptibles d'être affectées par la politique suivie par les Etats membres à l'égard de la main-d'oeuvre en provenance de pays tiers. La promotion de l'intégration culturelle, par contre, tombe en dehors du champ d'application de l'article 118, alinéa 1, du Traité.

"La Cour a d'autre part consacré la thèse de l'effet utile pour conclure que l'article 118, alinéa 2, doit conférer à la Commission tous les pouvoirs nécessaires pour organiser les consultations et, notamment, "pouvoir obliger les Etats membres à notifier les informations indispensables... de même qu'elle doit pouvoir les obliger à participer à une procédure de consultation".

"L'arrêt équivaut à un triomphe des thèses de la Commission dans le domaine de la politique migratoire vis-à-vis des pays tiers, et pourra servir de précédent tant sur le plan général des compétences de la Commission que pour les autres domaines énumérés à l'article 118, premier alinéa."

Alertés sans doute par cette première tentative d'un organe politiquement irresponsable de régler un domaine aussi sensible que les politiques migratoires, les Etats membres ont mis en place différentes structures de coopération intergouvernementale pour préparer des règles uniformes de contrôle des migrations aux frontières extérieures de la Communauté ainsi que les mesures qui demeureront nécessaires pour assurer l'ordre public et la sécurité publique dans l'espace communautaire après le démantèlement des contrôles aux frontières intérieures après le 31 décembre 1992.

3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Mais l'exposé du régime actuel des flux migratoires et de la situation des migrants d'origine extra-communautaire dans la Communauté ne serait pas complet sans l'évocation de la

"jurisprudence" de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Sans doute, les deux organismes siégeant à Strasbourg sont-ils étrangers au système communautaire puisqu'ils appartiennent à celui du Conseil de l'Europe et sont chargés d'appliquer la "Convention européenne des Droits de l'Homme" signée le 4 novembre 1950 et souscrite par les 25 Etats membres qui ont peu à peu adhéré au Conseil de l'Europe.

Il convient cependant d'évoquer deux affaires récentes qui ne sont pas sans portée sur le régime juridique des migrants extra-communautaires.

L'une, intéressant la Belgique, a fait l'objet d'un "Arrêt" en bonne et due forme de la Cour, le 18 février 1991, sur renvoi de la Commission européenne des Droits de l'Homme qui statue sur le mérite de la requête, tandis que l'autre, mettant en cause la France, s'est arrêtée au stade de l'avis de renvoi de la Commission à la Cour, le gouvernement français ayant préféré transiger avec le requérant plutôt que d'encourir une condamnation formelle de la Cour, qui donne acte du désistement le 23 janvier 1991.

S'agissant de l'affaire MOUSTAQUIM contre Belgique, on reprendra l'exposé qu'en fait le communiqué du greffier de la Cour :

"Né au Maroc en 1963, M. Abderrahman MOUSTAQUIM est arrivé en Belgique en juillet 1965 au plus tard. Ses parents et ses sept frères et soeurs vivent dans ce pays.

"Le 9 novembre 1982, la Cour d'appel de Liège le déclara coupable de vingt-deux infractions commises entre février et décembre 1980, pendant sa minorité pénale, et lui infligea des peines d'emprisonnement totalisant vingt-six mois. Il s'agissait d'une partie des faits reprochés à l'intéressé et dont les juridictions de la jeunesse puis le tribunal correctionnel de Liège avaient eu à connaître auparavant." (à savoir quelque 147 délits, suivis de 26 autres après une première condamnation, dont cinq vols avec violence).

Un arrêté royal du 28 février 1984 ordonna l'expulsion de l'intéressé de Belgique au motif qu'il constituait un danger réel pour la société et qu'il avait gravement porté atteinte à l'ordre public. Libéré en avril 1984 après dix-huit mois de détention, M. MOUSTAQUIM, ses recours ayant été rejetés, fut expulsé fin juin 1984 ; il se réfugia tout d'abord en Espagne, où on lui enjoignit de quitter le pays, puis en Grèce et en Suède. Toutefois, un arrêté royal du 14 décembre 1989 l'autorisa à séjourner en Belgique durant une période d'épreuve de deux ans ; le requérant est revenu dans ce pays le

20 janvier 1990 mais n'en a pas moins saisi la Cour européenne des droits de l'Homme demandant à la fois l'annulation de l'arrêté d'expulsion, suspendu mais non abrogé, et la réparation des "conséquences subies pendant plus de cinq ans."

Examinant les circonstances de la vie familiale et le comportement social du requérant, la Cour a jugé qu'il y avait bien eu perturbation de la vie familiale (dont l'article 8 de la Convention garantit la protection) et que l'expulsion était un moyen "disproportionné avec le but légitime visé" à savoir la protection de "la sécurité nationale, la sûreté publique", motifs admis par la Convention avec "le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui" pour fonder l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale.

La Cour accorde ainsi toute sa protection à la vie familiale du requérant mais pas la moindre considération aux autres intérêts légitimes garantis par la Convention, à savoir "la prévention des infractions pénales" ou "la protection des droits et libertés d'autrui".

En application de l'article 50 qui permet à la Cour d'accorder au requérant "une satisfaction équitable" si le droit interne d'un Etat "ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences" d'une décision ou d'une mesure jugée incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme, l'Arrêt accorde à M. MOUSTAQUIM quelque 440.000 francs belges de "réparation".

Anticipant une éventuelle condamnation par la Cour à partir du même raisonnement, la France a préféré transiger dans une affaire comparable, la Commission ayant jugé que la requête du sieur DJEROUD devait être déférée à la Cour.

On empruntera l'exposé des faits et de la procédure au communiqué du greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme publiant l'arrêt de radiation de cette affaire du rôle "à la suite d'un accord amiable conclu entre le gouvernement français et le requérant" :

"Citoyen algérien, né en Algérie en 1958, M. Mohamed DJEROUD arriva en France l'année suivante avec sa famille, qui s'installa à Mulhouse. Sa mère et ses six frères et soeurs, dont quatre possèdent la nationalité française, vivent en France.

"Il fut condamné à plusieurs reprises en 1977 et 1978, notamment pour des vols, les deux premières fois avec sursis. En février 1979, le ministre de l'Intérieur ordonna son expulsion au motif qu'il représentait un danger pour l'ordre public, aux termes de

l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers. Le requérant gagna l'Algérie de son propre chef en 1980, mais revint en France en 1982 ; il y résida jusqu'en 1985 en vertu d'une autorisation provisoire de séjour et y commit de nouvelles infractions. Expulsé en février 1985 et à nouveau en avril 1987, en exécution de l'arrêté de 1979, il retourna chaque fois en France. En décembre 1987, il refusa de monter à bord d'un avion pour l'Algérie, en conséquence de quoi il purgea une peine d'emprisonnement en France.

"Depuis 1988 il se trouve astreint à résider à Villeneuve-Saint-Georges (Val-de-Marne), commune proche de Paris, jusqu'à ce qu'il défère à l'arrêté d'expulsion." Si l'on osait l'expression, on pourrait dire à ce récit que "la République s'est montrée bonne fille !" Pourtant, expose encore le communiqué, "Diverses tentatives pour obtenir l'abrogation de ce dernier ont échoué, de même qu'une demande d'asile politique introduite en 1987."

M. DJEROUD a saisi la Commission en septembre 1987. Il alléguait que son expulsion de France portait atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et constituait un traitement inhumain et dégradant, contraire à l'article 3.

Dans son rapport du 15 mars 1990, la Commission formule l'avis qu'il y a eu violation de l'article 8, par treize voix contre une, mais non de l'article 3, rejetant cet argument à l'unanimité.

Le communiqué résume ainsi l'Arrêt prononcé par la Cour le 23 janvier 1991 : "La Cour donne acte au gouvernement français et à M. DJEROUD de l'accord conclu entre eux et aux termes duquel le second obtient l'abrogation de l'arrêté d'expulsion pris à son encontre, l'attribution d'un certificat de résidence valable dix ans et le versement d'une indemnité de 150.000 F. Elle n'aperçoit aucun motif d'ordre public s'opposant à la radiation de l'affaire du rôle."

On soulignera que nul représentant des victimes des agissements du requérant ne pouvait participer à l'instance pour y défendre leurs droits. Qui réparera les atteintes qu'elles ont pu subir dans leur droit au respect "de leur vie privée et familiale" pourtant garanti par l'article 8 de la Convention ?

Le procès devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'Homme apparaît singulièrement déséquilibré : la voix des victimes de délinquants multi-récidivistes ne peut s'y faire entendre, et on y fait bon marché du scandale que peuvent causer des "réparations" financières, allouées, sur les deniers des citoyens qui acquittent leurs impôts, à des délinquants.

Outre qu'elle sonnera pour certains comme un encouragement à mépriser et les lois et les institutions désavouées dans leur mission de les appliquer, cette jurisprudence ne peut qu'entamer la confiance des citoyens respectant ces lois, et qui ne retiendront, de son byzantisme, que le crime récompensé et la victime laissée sans réparation.

Il convenait de rappeler cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, bien qu'elle ne vale qu'entre les parties et non "*erga omnes*" pour apprécier les limites actuelles de la compétence des Etats européens en matière d'ordre public à l'égard des migrants.

Ces limites ont d'ailleurs pris un relief tout nouveau en France avec l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'expulsion d'étrangers, consacrée par plusieurs arrêts rendus en 1991. La Haute Assemblée a admis pour la première fois avec l'arrêt BELDJOUDI du 18 janvier 1991, la validité du moyen tiré de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, à l'encontre d'un arrêté d'expulsion. Tout en rejetant, au fond, le recours de l'intéressé en raison de la gravité des actes commis (il avait été condamné à une peine de huit ans de réclusion criminelle pour vol avec violence), le Conseil d'Etat a accepté, dans le cas où une mesure d'expulsion porte atteinte à la vie familiale de l'intéressé, de substituer au contrôle traditionnel de l'erreur manifeste d'appréciation au regard de la seule menace pour l'ordre public un entier contrôle de proportionnalité prenant en compte, à l'instar de la jurisprudence européenne, la balance à opérer entre l'intérêt général de l'ordre public et l'intérêt particulier qui s'attache à la protection de la vie familiale.

Le commissaire du Gouvernement ABRAHAM a souligné notamment que la jurisprudence NICOLO conduisait à faire désormais prévaloir les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur la législation nationale tant antérieure que postérieure.

Le même commissaire du Gouvernement, dans les conclusions qu'il a présentées le 5 avril 1991 (arrêt du 19 avril 1991) sur la requête de M. BELGACEM, justifie également le revirement de jurisprudence en matière de contrôle des expulsions par ce qui s'apparente à une bonne administration de la justice : "Le maintien... d'une jurisprudence négative au regard de l'article 8 de la Convention ouvrirait aux intéressés le droit de saisir directement de leur grief la Commission européenne (des Droits de l'Homme)" au motif que la Cour de Strasbourg a interprété l'obligation d'épuisement préalable des voies de recours internes comme le seul dépôt de recours "non dépourvus de chances raisonnables de succès". Dès lors que le Conseil

d'Etat se montrait plus exigeant que la Cour de Strasbourg, il y avait un risque que la Cour n'accueille des recours alors même que le Conseil d'Etat était saisi et avant même qu'il n'ait statué. Ce risque est d'ailleurs loin d'être seulement théorique : dans l'affaire BELDJOUDI, par exemple, le requérant a saisi la Commission européenne des droits de l'Homme sans attendre la décision du Conseil d'Etat, et la Commission a admis, par une décision du 11 juillet 1989, la recevabilité de la requête au motif que la jurisprudence interne était fixée, à l'époque, dans un sens négatif si bien que la même affaire s'est trouvée simultanément soumise à l'examen du Conseil d'Etat, qui a rendu son arrêt en janvier 1991, et à l'examen de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui devrait rendre son arrêt, quant à elle, à la fin de l'année 1991. Dans une autre affaire analogue, la Commission européenne a admis la recevabilité d'une requête qui n'avait même été précédée d'aucun recours de droit interne, pour la même raison : Djeroud c/France (décision du 10 mai 1989, cf. ci-dessus).

Le commissaire du Gouvernement appelle le Conseil d'Etat à ne pas rester "en retrait par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" afin que cet organisme retrouve son rôle "en principe subsidiaire". Il invite également le Conseil d'Etat à exercer un entier contrôle sur la proportionnalité de la mesure d'expulsion et l'atteinte aux droits protégés par la convention européenne. L'Assemblée du Palais Royal ayant suivi les conclusions du commissaire du Gouvernement, on peut s'attendre que les requérants retrouvent le chemin des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat pour leur déférer l'examen des mesures d'expulsion au regard des garanties de la convention européenne des droits de l'homme.

Renonceront-ils pour autant à emprunter le chemin de la Commission puis, le cas échéant, de la Cour de Strasbourg ? Rien n'empêche une personne frappée d'un arrêté d'expulsion de mener la procédure juridictionnelle française jusqu'à son terme, puis, en cas de rejet, de saisir la commission des droits de l'homme, au cas où l'appréciation de l'atteinte à ses conditions de vie familiale faite par les juges administratifs français lui semblerait insuffisamment délicate.

La Commission et la Cour européenne des droits de l'homme se considèrent, en effet, comme saisies de l'ensemble des éléments des affaires qui leur sont soumises, y compris les données de fait.

La durée des procédures à Strasbourg étant de plusieurs années et ces délais s'ajoutant à ceux des trois degrés de la juridiction administrative française, la situation du requérant

demeuré sur le territoire français pendant les cinq ou six années de cheminement de sa requête, rendra évidemment tout à fait problématique toute remise en cause de sa présence.

Le Conseil l'Etat, toujours conformément aux conclusions de M. ABRAHAM, s'est montré plus strict dans le contrôle d'une mesure de reconduite à la frontière d'un étranger dépourvu d'autorisation de séjour (affaire 117680, BABAS, arrêt du 19 avril 1991). La mesure était contestée par la requérante toujours sur la base de la convention européenne des droits de l'homme et de la protection de sa vie familiale (en raison de liens avec un étranger, d'ailleurs marié, et séjournant, lui, régulièrement sur le territoire français).

Indiquant que le rejet de la requête n'interdit pas à l'intéressée de solliciter à nouveau et dans les formes une autorisation de séjour, le commissaire du Gouvernement insiste sur "la nécessité d'assurer le respect de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers".

La Commission et la Cour européenne des droits de l'homme feront-elles la même appréciation des atteintes aux intérêts garantis par la convention pour faire prévaloir le respect des législations nationales, aujourd'hui, de la convention de Schengen et des textes communautaires en cours d'élaboration, demain ?

Le commissaire du Gouvernement invitait le Conseil d'Etat, dans le cas d'une reconduite à la frontière, à un contrôle plus strict que dans le cas des expulsions d'étrangers séjournant régulièrement sur le territoire, laissant entrevoir que la convention européenne des droits de l'homme pourrait être invoquée à l'encontre "d'autres catégories de décisions... notamment des refus de délivrance ou de renouvellement de titres de séjour, ou même des refus d'accorder un visa d'entrée à un étranger". Et, ajoute M. ABRAHAM, ces recours ne pourraient être examinés par le Conseil d'Etat que "selon les mêmes critères" que ceux qui auraient été dégages à l'occasion des affaires jugées le 19 avril 1991.

L'hypothèse n'est pas que d'école puisque la commission des droits de l'homme de Strasbourg est d'ores et déjà saisie de recours contre des mesures de cet ordre.

On aperçoit la portée d'une décision accueillant ces recours et les transmettant à la Cour européenne des droits de l'homme.

Ce sont toutes les entrées clandestines, toutes les reconduites aux frontières et tous les refus de régularisation ou les refus de visas qui pourraient se trouver soumis au contrôle de la Cour

de Strasbourg, et à l'appréciation qu'elle ferait, cas par cas, des atteintes alléguées aux conditions de vie familiale, conditions d'ailleurs évolutives au fur et à mesure que se prolongeraient les procédures...

L'exposé du récent développement de la jurisprudence fondée sur la convention européenne des droits de l'homme apparaît bien comme un élément à prendre en compte dans les débats actuels sur les instruments juridiques de régulation des flux migratoires, qu'il s'agisse des règles nationales, de la convention de Schengen ou des conventions conclues dans le cadre communautaire.

Les solutions équilibrées, laborieusement mises au point entre des négociateurs politiquement responsables, et soumises à l'examen des Assemblées représentant les citoyens des Etats membres, pourraient en effet être remises en cause au gré de la "jurisprudence" d'une Commission et d'une Cour bien éloignées tant des responsabilités de l'ordre public et de l'harmonie sociale, que de la sanction démocratique du suffrage universel.

La présente analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés, comme de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, n'a pas d'autre but que d'illustrer la part considérable, et souvent méconnue, du droit prétorien dans des matières où les responsables politiques s'efforcent d'établir des règles conciliant l'ordre public et la prise en charge des coûts sociaux, avec l'extension des libertés de circulation et de séjour.