

**DROIT COMMUNAUTAIRE  
DE LA LIBERTE DE CIRCULATION ET DROIT DES MIGRATIONS  
OU EST LA FRONTIERE ?**

Ségolène BARBOU DES PLACES

*Professeur à l'Université de Picardie*

La recherche des limites du droit communautaire est un point de focalisation de la doctrine communautariste<sup>1</sup>. La question de la frontière entre le droit communautaire et le droit national est en effet inséparable de l'étude du droit d'une organisation internationale régie par le principe de spécialité. Les arrêts *Metock*<sup>2</sup> et *Payir*<sup>3</sup>, deux arrêts rendus par la Cour de Justice des Communautés européennes en 2008, sont précisément relatifs à ce que l'on pourrait nommer les confins du droit communautaire de la libre circulation des personnes<sup>4</sup>. Ils mettent en question la frontière qui sépare ce droit de la libre circulation et le droit de l'immigration, ce dernier étant entendu comme le droit permettant aux Etats de contrôler les déplacements des ressortissants d'Etats tiers vers ou dans l'Union européenne.

Les affaires *Metock* et *Payir* sont toutes deux relatives à des ressortissants d'Etats tiers cherchant à séjourner sur le territoire d'un Etat membre. Dans l'affaire *Metock*, la *High Court* irlandaise interrogeait la Cour sur l'interprétation de la directive 2004/38 du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et séjourner librement sur le territoire des Etats membres<sup>5</sup>. Les faits de cet arrêt concernent des ressortissants camerounais et nigériens qui ont déposé des demandes d'asile en Irlande. Ayant entre temps épousé des citoyennes

---

<sup>1</sup> V. pour une réflexion récente sur la limitation du droit de l'Union, C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

<sup>2</sup> CJCE, 25 juillet 2008, *Blaise Baheten Metock*, C-127/08, non encore publié au Recueil.

<sup>3</sup> CJCE 24 janvier 2008, *Ezgi Payir, Burhan Akyuz, Birol Ozturk*, C-294/06, *Rec.* p. I-203.

<sup>4</sup> Le droit de la liberté de circulation visé ici est le corps de règles de droit originaire et dérivé, adopté sur le fondement du titre III de la troisième partie du traité instituant la Communauté européenne, qui régit la mobilité des citoyens de l'Union. Nous avons choisi de définir ici le droit de la libre circulation des personnes par son contenu, c'est-à-dire les droits qui en découlent. C'est pourquoi nous classons dans cet article le droit applicable aux ressortissants Turcs découlant de l'accord d'Ankara, qui relève d'un autre fondement juridique, celui de l'action extérieure européenne. Mais ce droit est interprété par la Cour à la lumière des développements des normes du titre III et d'une façon très extensive. C'est pourquoi, dans les lignes qui suivent, le droit de la libre circulation inclut la décision n° 1/80 du Conseil d'association, du 19 septembre 1980 relative au développement de l'association entre la Communauté européenne et la Turquie.

<sup>5</sup> *JOUE* L 158 du 30 avril 2004 p. 77. V. le commentaire très complet de J.-Y. Carlier, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38 », *CDE* 2006/1-2, pp. 13-34.

européennes installées en Irlande et obtenu le statut de conjoint de citoyen européen, les requérants ont demandé un titre de séjour. Mais ils se sont heurtés à la condition de l'article 3 du règlement irlandais de 2006, transposant la directive 2004/38, qui imposait aux ressortissants des pays tiers une condition de séjour légal préalable dans un autre Etat membre<sup>6</sup>. Les autorités irlandaises ont donc refusé d'accorder une autorisation de séjour aux requérants. La *High Court* a alors posé deux questions à la CJCE. Par la première, elle demandait si la directive 2004/38/CE s'opposait à la réglementation d'un Etat membre qui exige du ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'UE séjournant dans cet Etat membre dont il n'a pas la nationalité, d'avoir au préalable séjourné légalement dans un autre Etat membre avant son arrivée dans le pays d'accueil afin de bénéficier des droits accordés par cette directive. Par la deuxième question, elle souhaitait savoir si le conjoint d'un citoyen de l'UE qui a exercé son droit de libre circulation en s'établissant dans un Etat membre dont il n'a pas la nationalité, rejoignant ou accompagnant ce citoyen, peut bénéficier des dispositions de la directive, indépendamment du lieu et de la date du mariage, ainsi que des circonstances dans lesquelles il est entré dans l'Etat membre d'accueil. Revenant sur sa jurisprudence *Akrich*<sup>7</sup>, la CJCE indique tout d'abord que l'Etat membre ne saurait exiger d'un ressortissant d'Etat tiers qu'il séjourne légalement dans un autre Etat membre préalablement à l'arrivée sur le territoire national de ce qui va devenir l'Etat d'accueil. La Cour estime ensuite que ce ressortissant d'Etat tiers relève de la directive de 2004, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'il est entré dans l'Etat d'accueil avant ou après le citoyen de l'Union dont il est le conjoint, ou avant ou après être devenu membre de la famille.

L'affaire *Payir* se situe dans le cadre particulier du système d'Ankara organisant, depuis 1963, l'association entre la Communauté européenne et la Turquie. Une question préjudicielle a été posée par le juge britannique dans le cadre de deux litiges opposant Mme Payir d'une part, et MM. Akyuz et Ozturk, d'autre part, au *Secretary of State for the Home Department* au sujet du refus de ce dernier de proroger leur autorisation de séjour. Les requérants sont des ressortissants turcs, autorisés à entrer au Royaume Uni en qualité de personne au pair ou d'étudiants, leur autorisation d'entrée ayant été assortie d'une condition. Mme Payir n'était pas autorisée à occuper un emploi autre que celui de personne au pair ; MM. Akyuz et Ozturk n'étaient pas autorisés à travailler plus de 20 heures par semaine en période scolaire. S'étant progressivement intégrés, les requérants ont sollicité une autorisation de séjour plus étendue en se fondant sur l'article 6-1 de la décision n° 1/80 du Conseil d'association, du 19 septembre 1980<sup>8</sup>, relative au développement de l'association. Au titre de cet article 6-1, un travailleur turc, appartenant au marché régulier de l'emploi d'un Etat membre, a droit, après un an d'emploi régulier, au renouvellement de son permis de travail auprès du même employeur, s'il dispose d'un emploi.

<sup>6</sup> L'article 3 de ce règlement ne s'applique en effet à un membre de la famille « que si ce membre de la famille séjourne légalement dans un autre Etat membre et, a) s'il entend entrer dans l'Etat en compagnie d'un citoyen de l'Union dont il est un membre de la famille ou, b) s'il entend rejoindre un citoyen de l'Union dont il est un membre de la famille, qui est légalement présent dans l'Etat ».

<sup>7</sup> CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich c/ Royaume-Uni*, C-109/01, *Rec.* p. I-9607.

<sup>8</sup> Le Conseil a été institué par l'accord d'Ankara du 12 septembre 1963 créant une association entre la Communauté européenne et la Turquie.

Le juge britannique nourrissait des doutes sur la possibilité dont disposent les requérants de se prévaloir de l'article 6-1 de la décision n° 1/80. Il souhaitait savoir si la circonstance qu'un ressortissant turc a été autorisé à entrer sur le territoire d'un Etat membre en qualité de personne au pair ou d'étudiant le prive de la qualité de « travailleur » et l'empêche d'appartenir au « marché régulier de l'emploi » de cet Etat au sens de l'article 6, de sorte qu'il ne puisse obtenir le renouvellement de son permis de travail et bénéficier du droit de séjour corrélatif à celui-ci. La Cour considère que la circonstance qu'un Turc soit entré sur le territoire d'un Etat en qualité de personne au pair ou d'étudiant ne saurait le priver de la qualité de « travailleur » et l'empêcher d'appartenir au « marché régulier » de l'emploi de l'Etat d'accueil au sens de l'article 6-1 de la décision n° 1/80. Est donc indifférente la circonstance que cette personne ait indiqué, au moment de l'entrée, qu'elle ne souhaitait pas rester dans l'Etat d'accueil plus de deux ans ou entendait quitter cet Etat à l'issue de ses études, ce qui a conduit l'Etat à accorder un permis de séjour pour une durée limitée.

Analysées au prisme de la jurisprudence sur le droit des membres de la famille d'un citoyen de l'Union et des travailleurs turcs en Europe<sup>9</sup>, les solutions des arrêts *Metock* et *Payir* sont classiques<sup>10</sup>. Ces arrêts retiennent donc surtout l'attention pour ce qu'ils dévoilent : l'anxiété des gouvernements qui, fait suffisamment rare pour qu'on le signale, ont tenté d'obtenir une modification de la directive 2004/38 suite à l'arrêt *Metock*<sup>11</sup>. Le lecteur est en effet frappé par l'étendue du désaccord entre gouvernements et Cour sur la qualification d'une situation simple : celle d'un ressortissant d'Etats tiers, entré sur le territoire communautaire et demandant un titre de séjour à l'Etat d'accueil. Alors que la Cour se place exclusivement sur le terrain du droit de la libre circulation, les gouvernements utilisent les arguments et la sémantique de la politique migratoire : irrégularité du séjour, ressortissants en provenance de l'extérieur de l'Union, pouvoir discrétionnaire d'imposer une condition de séjour légal, maîtrise de l'immigration.

En outre, alors que la Cour concentre son analyse sur les droits des requérants, les gouvernements intervenant dans les deux affaires raisonnent principalement en termes de compétence migratoire. Ils expriment leur crainte à l'égard des possibles stratégies de migrants tentant d'échapper aux rigueurs du contrôle migratoire et indiquent leur crainte du « contournement » de la loi nationale par le recours au droit communautaire. Une telle position peut être analysée comme un « retour excessif au protectionnisme national »<sup>12</sup>. Les arguments nationaux cherchent, par certains aspects, à maintenir en l'état la possibilité de déroger à la liberté de circulation et il

<sup>9</sup> Pour une analyse doctrinale récente, v. R. Schintgen, « Le statut juridique en matière d'emploi et de séjour des travailleurs turcs ainsi que de leur famille dans les Etats membres de l'Union européenne », in *La France, l'Europe, le monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, pp. 467-480 ; E. Scharpston, « Different but (Almost) Equal – The Development of Free Movement Rights under EU Association, Co-Operation and Accession Agreements », in *A True European, Essays for Judge David Edward*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 233-245 ; T. Theele, « Rights of Turkish Workers on the basis of the EEC/Turkey Association Agreement », in *Migration, integration and citizenship, A Challenge for Europe's future*, Edited by Hildegard Schneider, Forum Maastricht 2005, Vol. II, pp. 139-165.

<sup>10</sup> C'est la position de Jean-Yves Carlier dans sa chronique consacrée à « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1<sup>er</sup> janvier-31 décembre 2008) », *JTDE* 2009, p. 79.

<sup>11</sup> V. *Migration News Sheet*, septembre 2008, pp. 1 - 4 et janvier 2009, p. 2.

<sup>12</sup> J.-Y. Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne... », *préc.*, p. 79.

n'est pas indifférent que les litiges soient nés dans deux Etats qui, par leur situation d'*opt-out* aux normes du titre IV, tentent d'échapper aux contraintes des normes communautaires pesant sur leur capacité de régir les migrations. On peut donc se réjouir de la vigilance de la Cour qui tente de verrouiller certaines pratiques restrictives contraires à la directive 2004/38<sup>13</sup>.

Mais il faut convenir que ces deux affaires se situent dans ce que le commissaire Barrot appelle une « zone grise ». La situation est ambiguë car, résume Jean-Yves Carlier, « en ce qu'elle est relative à des ressortissants d'Etats tiers, l'affaire Metock concerne la politique migratoire. En ce que ceux-ci sont membres de la famille d'un citoyen européen séjournant dans un autre Etat membre que celui de sa nationalité, l'affaire concerne le droit communautaire de la libre circulation »<sup>14</sup>. Les affaires Metock et Payir, relatives à la zone grise, révèlent la difficulté que rencontre celui qui tente de distinguer avec certitude le droit de la liberté de circulation et le droit des migrations. Cet article, en hommage au professeur Manin, cherche une cartographie lisible du droit applicable à la mobilité des personnes sur le territoire communautaire. Parce qu'il tente de trouver une frontière, il s'attelle à une tâche impossible. Nous souhaitons montrer ici que la frontière entre ces deux droits, si elle est nécessaire (I), est pour l'heure introuvable (II).

### **I - Une frontière nécessaire**

Une frontière entre le droit de la libre circulation et le droit des migrations est nécessaire pour au moins deux raisons. L'enjeu est l'identification des contours du droit de la libre circulation (A) et la « protection » du territoire étatique (B).

#### **A – Le territoire du droit de la liberté de circulation à identifier**

La question du « territoire » du droit de la libre circulation s'est posée dès son application parce que le droit communautaire de la libre circulation, qui garantit un principe de libre circulation aux travailleurs communautaires, déroge fondamentalement aux droits nationaux des étrangers. Les affaires Metock et Payir le montrent bien. Mais elles sont plus complexes car, étant relatives à des ressortissants d'Etats tiers, elles visent une situation qui se trouve hors du domaine naturel du droit de la circulation. Surtout, ces arrêts montrent que la question de la frontière entre les régimes juridiques n'est pas uniquement une question de niveau (national ou communautaire) de réglementation de la mobilité des personnes en Europe. Bien plutôt, la frontière s'avère nécessaire parce que les deux droits en présence sont en substance incompatibles. En réalité, il y a une tension due à la différence d'objet et de nature des deux ensembles normatifs.

Si le droit communautaire était à l'origine un droit international de la migration des travailleurs, nul ne songerait plus à le classer aujourd'hui dans le registre des droits de l'immigration. Consacrée « droit fondamental et individuel » et « liberté

---

<sup>13</sup> La forte réaction politique au Danemark à l'arrêt Metock, exprime bien l'inquiétude d'un Etat qui a instauré en droit national un test de langue ou d'intégration et l'applique aux membres de la famille des citoyens de l'Union, en toute illégalité par rapport au droit de la circulation des membres de la famille des citoyens de l'Union.

<sup>14</sup> J.-Y. Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne... », *préc.*, p. 80.