

Actualités Droits-Libertés du 18 juin 2013



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme

Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES (Directive 2004/38) : Le tourisme social, un danger pour la libre circulation des citoyens de l’Union européenne ?

*par Pascal Schumacher**

Le 23 avril 2013, les ministres allemand, anglais, autrichien et néerlandais en charge des affaires intérieures ont envoyé un courrier à la Présidence irlandaise de l’Union européenne dans le but de lutter contre les personnes qui abusent de la libre circulation pour profiter de prestations sociales. Les trois commissaires européens responsables des portefeuilles de la justice, de l’emploi et des affaires intérieures n’ont pas manqué de défendre l’un des acquis majeurs de la construction européenne en ripostant le 24 mai 2013 par une lettre commune. Lors du Conseil Justice et Affaires intérieures (JAI) du 7 juin 2013, les ministres de l’intérieur et de l’immigration ont profité du déjeuner pour discuter d’un thème hautement important et symbolique et déterminer l’action commune visant à contrer le prétendu tourisme social.

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)

Le courrier de prélude signé par les ministres allemand, anglais, autrichien et néerlandais en charge des affaires intérieures est porteur d’une affirmation toute crue : trop nombreux sont les citoyens européens qui sollicitent, par le biais de la libre circulation, les avantages sociaux des Etats membres alors qu’ils sont originaires d’un autre Etat membre, en faisant état de « *fraudes et abus systématiques du droit à la libre circulation par des immigrés provenant des autres pays de l’Union européenne* ». Dans [une lettre commune de fin avril](#) adressée à la Présidence irlandaise, les quatre ministres proposent de prendre des mesures qui contrecarrent pareil comportement allégué. Sujet récurrent au niveau des débats politiques menés dans les États membres, **la controverse sur les facettes négatives de la libre circulation des personnes émerge ainsi une nouvelle fois au niveau européen.**

Le débat politique national ou européen, sceptique vis-à-vis de la libre circulation des personnes, semble à contre-courant de la perception des citoyens européens, qui au fil des [enquêtes Eurobaromètre](#) confirment l’importance qu’ils attachent à la libre circulation des personnes. Mais ce qui est redoutable dans cette controverse, c’est qu’elle est capable de muter ses angles d’attaque. **Après le récent débat sur Schengen et les flux migratoires massifs, ce sont les avantages sociaux qui se retrouvent dans le collimateur.** Les ministres visent ceux qui abusent de la libre circulation, qu’ils qualifient de fraudeurs. Les États membres seraient pris entre d’un côté la législation européenne, sa stricte supervision par la Commission et la Cour de justice, prétendument trop tolérante, et de l’autre côté les immigrés, réputés trop coûteux pour les contribuables. Cette initiative appelle donc quelques réflexions critiques sur le prétendu tourisme social ainsi dénoncé par les quatre ministres (1°). Surtout, elle pose avec acuité la question des réactions institutionnelles et juridiques qui en résulteront (2°).

1°/- Quelques réflexions critiques sur le prétendu tourisme social

A plusieurs reprises, les ministres confirment dans leur courrier leur **attachement à la libre circulation des personnes**. Il est effectivement indispensable de garder l'importance de la libre circulation à l'esprit dans les discussions à venir. La libre circulation est un des acquis majeurs de la construction européenne, qui figure au rang des quatre libertés fondamentales du marché intérieur. Cette liberté fondamentale a subi une évolution assez profonde depuis le début de la construction européenne, à savoir la création de la CEE par [le traité de Rome](#). Au départ, la libre circulation des personnes est d'abord une libre circulation des agents économiques, qui va connaître un approfondissement conséquent à partir du [traité de Maastricht](#), consacrant la citoyenneté européenne. Lorsque le traité de Maastricht précise les droits du citoyen de l'Union, c'est-à-dire les droits qui sont attachés à cette citoyenneté, la libre circulation des personnes – et le droit corrélatif de séjour – est considéré comme le premier droit du citoyen de l'Union. A partir de ce moment, la libre circulation des personnes devient une libre circulation des citoyens de l'Union, étape qui va se concrétiser par une modification du droit dérivé avec l'adoption de [la directive 2004/38](#). **L'évolution** se trouve renforcée par la mise en place de l'espace Schengen, qui garantit le libre franchissement des frontières, et par l'interprétation extensive de la Cour de justice des catégories de bénéficiaires de la libre circulation des personnes et des droits rattachés. Lorsqu'on lit le courrier sous discussion, on a intuitivement l'impression que les rédacteurs voudraient revenir à une conception de la libre circulation des agents économiques en rebroussant chemin sur une trentaine d'années d'évolutions.

Les signataires viennent également à un constat ferme selon lequel « *actuellement, un certain nombre de municipalités et de villes subissent une très forte pression exercée par certains immigrés venant d'autres Etats membres* ». La [société civile](#) n'a pas manqué de dénoncer le **vocabulaire** employé. En parlant d'immigrés européens, on banalise sciemment ou inconsciemment la **fondamentalité** de la libre circulation des citoyens. Le langage retenu par les rédacteurs n'est pas celui de la citoyenneté européenne mais bien, comme le décrit Yves Pascouau, celui habituellement « [applicable aux immigrants](#) » venus de pays tiers.

La demande des signataires semble claire : il faut un **conditionnement** à l'exercice de la libre circulation des personnes. Les ministres évoquent l'hypothèse « *d'immigrants qui [...] ne remplissent pas les conditions pour pouvoir exercer ce droit* ». L'impératif de cohérence exigerait qu'on rajoute ici que les États membres contrôlent le respect des conditions. Ils pointent, en outre, les faiblesses de [la directive de 2004 sur la libre circulation et de séjour des citoyens européens](#). Selon eux, les États n'auraient pas la possibilité de prendre les « *mesures nécessaires pour combattre les abus* ». Les quatre ministres se disent encore déterminés « *à prévenir et à combattre le recours frauduleux à la libre circulation par des citoyens de l'Union ou par des ressortissants des pays tiers pour abuser des droits de la libre circulation dans le but de contourner les contrôles nationaux de l'immigration* ». Ils tentent encore d'enfoncer le clou en affirmant que les personnes qui ont été expulsés pour cause de fraudes ou de documents falsifiés « *peuvent virtuellement entrer de nouveau dans le pays le lendemain* ». Des « *arrangements au niveau national ou européen* » permettent à des citoyens de l'UE récemment arrivés de « *réclamer des prestations sociales identiques* » que les ressortissants nationaux.

Or les conditionnements sont multiples dans la directive de 2004. Celle-ci confirme certes l'affirmation du droit de séjour comme étant un droit fondamental du citoyen de l'Union (ancré à l'article 45 de [la Charte des droits fondamentaux](#), néanmoins sans acquérir le statut d'un droit de l'homme qui appartient à « *tout le monde* »), mais elle **module aussi le principe de l'égalité de traitement en tenant compte du type de séjour (séjour de courte durée, séjour de longue durée et séjour permanent) et du type de droits rattachés**. Ainsi, les droits sociaux sont complètement exclus pour le séjour de courte durée. Le vocabulaire utilisé de « *récemment arrivés* » semble dès lors particulièrement déplacé. Ensuite, en ce qui concerne le séjour de longue durée, la directive prévoit la limite de l'exigence que les citoyens de l'Union et les membres de leur famille ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système de l'Etat membre d'accueil (article 14.1). N'est-ce pas la garantie que demandent les ministres ? C'est seulement par rapport au droit de séjour permanent que

le droit au traitement national devient complet. Et *in fine* n'est-ce pas un problème des seuls Etats membres lorsque ceux-ci ne parviennent pas à détecter des situations d'abus dans les cinq ans ?

Si les ministres se disent ceinturés par le droit de l'Union, pour qui le principe d'égalité des citoyens européens, matérialisée par le droit au traitement national, est une pierre angulaire, les États membres disposent toujours d'une marge d'appréciation par rapport aux avantages sociaux qui leur permet de durcir notamment les critères qui régissent l'octroi des prestations sociales. Le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce qu'ils lient, par exemple, le bénéfice à une durée minimale de cotisation (sur la marge d'appréciation comparable concédée par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de prestations sociales des étrangers, v. Cour EDH, 4^e Sect. 27 septembre 2011, [Bah c. Royaume-Uni](#), Req. n° 56328/07 – [ADL du 28 septembre 2011](#)). Enfin, l'article 35 de la directive 2004/38 précise que les États membres peuvent adopter les mesures nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la directive en cas **d'abus de droit ou de fraude**. Toutefois, pour la Cour (et tant qu'on a le statut d'Etat membre, il ne sera pas possible de se défaire du contrôle juridictionnel...), son opposabilité nécessite un élément intentionnel, c'est-à-dire la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation de l'Union et ceci, en créant artificiellement les conditions requises pour pouvoir en bénéficier. Les affaires [C-200/02 Zhu et Chen](#) et [C-127/08 Metock](#) ont ainsi permis d'apprécier les limites du recours à l'abus de droit, le contrôle de la Cour étant strict comme pour toute dérogation à une liberté fondamentale.

L'Union prend au sérieux la problématique soulevée. Dans la [réponse commune](#) des Commissaires Reding, Andor et Malmström, datée du 24 mai 2013, la **Commission européenne** a décrit brièvement les effets bénéfiques de la libre circulation (ce qui dans un souci efficace de communication pourrait encore être précisé), les règles européennes en vigueur relatives aux avantages sociaux, la prévention des abus, la mise en œuvre des règles, les débats en cours sur la problématique de la sécurité sociale et l'inclusion sociale.

La **Cour de justice est l'organe qui contrôle les limites** prévues par la directive 2004/38. Elle n'a pas manqué d'affirmer la conformité de l'exigence d'une durée de résidence préalable avant l'octroi d'une bourse d'études dans ses arrêts [C-209/03 Bidar](#) et [C-158/07 Förster](#). L'exigence d'intégration pour les allocations de recherche d'emploi a été entérinée dans l'arrêt [C-138/02 Collins](#). Dans l'affaire [C-345/09 Ramaer](#) qui traitait du système d'assurance santé pour les retraités expatriés, la Cour n'a pas eu de problèmes à constater que des situations différentes peuvent justifier des traitements différents (solution confirmée plus tard par la Cour européenne des droits de l'homme : Décision du 23 octobre 2012, [Ramaer et Van Willigen c. Pays-Bas](#), Req. n° 34880/12). Cette **approche prudente** de la Cour s'est encore montrée au niveau de l'extension des bénéficiaires dans l'affaire [C-434/09 Shirley MacCarthy](#) (considérée comme une situation purement interne : v. [ADL du 10 mai 2011](#)) ou dans l'affaire récente [C-83/11 Rahman et autres](#) (large marge d'appréciation des Etats membres par rapport à la situation de frère, demi-frère et cousin à charge : v. [ADL du 22 septembre 2012](#)). Il est vrai que les **arrêts extensifs** particulièrement protecteurs sont multiples (dont le récent [arrêt C-379/11 Caves Krier Frères c. Directeur ADEM](#)), mais il existe bien un fil conducteur de la Cour : ne pas étendre les bénéficiaires et les droits de manière **à mettre en péril l'équilibre budgétaire des Etats membres**. L'encadrement par la Cour est permanent. Le contenu et la portée de la libre circulation des personnes sont précisés sans relâche, comme en témoignent des affaires récentes ([C-46/12 L.N.](#), [C-197/11](#) et [C-203/11 Libert](#), [C-87/12 Ymeraga et autres](#), [C-529/11 Alarape et Tijani](#) ainsi que [C-300/11 ZZ](#) ; sur l'articulation entre libre circulation des travailleurs et coordination des régimes de sécurité sociale, v. aussi [ADL du 12 juillet 2012](#)).

Un exemple avancé, celui de l'encadrement des **mesures d'expulsion**, mérite précision. Les ministres s'offusquent du fait qu'une personne renvoyée puisse envisager le jour suivant la mise en exécution de la mesure d'éloignement. La directive 2004/38 n'a fait que codifier la jurisprudence tant de la Cour de justice que de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la protection contre les mesures d'éloignement. D'abord, une mesure d'éloignement est interdite, en principe lorsque le séjour dépasse dix années ou lorsqu'il s'agit de mineurs, à moins qu'une décision puisse se fonder sur des **motifs graves de sécurité publique** (article 28.3 de la directive 2004/38). Pour les personnes qui ont acquis un droit de séjour permanent, cette interdiction d'éloignement ne peut être levée que pour des **raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité publique** (article 28.2 de la

directive 2004/38). Il va de soi que les qualificatifs utilisés requièrent des efforts particuliers au niveau de la preuve.

En-dehors de ces cas, il suffit de prouver des motifs « *simples* » liés à l'ordre public et à la sécurité publique, tout en invoquant une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société et en se basant sur un comportement personnel de l'intéressé (v. ainsi CJUE, Grande Chambre, 22 mai 2012, [P.I c/ Oberbürgermeisterei der Stadt Remscheid](#), aff. C-348/09 – [ADL du 1^{er} juin 2012](#) ; CJUE, 23 novembre 2010, [Tsakouridis](#), aff. C-145/09 – [ADL du 6 janvier 2011](#)). Cette dernière condition exclut en l'espèce une expulsion collective ainsi que des expulsions dont les effets s'auto-perpétuent. L'exigence telle que formulée par les signataires souffre d'une présomption antinomique aux droits de l'homme protégés par la CEDH et la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Par contre, il existe bien une possibilité pour les États à se protéger dans le temps contre les fraudeurs par le biais de condamnations pénales, alors qu'il faut constater que de nombreux États y renoncent au vu de la lourdeur des procédures et des coûts qui en découlent.

*

2°/- Comment réagir : action ou inaction ?

La demande des ministres semble claire : agir par la **voie législative et financière** pour lutter contre les causes de ce type d'immigration. Cette formule semble confondre partiellement les causes et les effets. Si les programmes financiers peuvent encore servir à une meilleure intégration, on peut affirmer qu'il s'agit de s'attaquer aux causes. Par contre, la voie législative s'orienterait principalement vers les effets. Ils réclament donc **l'action de la Commission européenne** qui détient le droit d'initiative en matière législative. Or celle-ci, bien avertie, sait que cela ouvrirait la boîte de Pandore.

Faut-il pour autant ignorer ces avertissements ? Après avoir dressé un tableau du droit applicable, on peut effectivement s'interroger sur la manière politique de s'attaquer à ce dossier sensible. Il est vrai que le droit peut toujours être adapté. La dimension politique semble commander une réponse active, certes prudente vu l'enjeu fondamental et en évitant de brûler les étapes.

D'abord, il est indispensable de connaître l'envergure réelle de ces phénomènes. Tant qu'on ne dispose pas de **données fiables, objectivement vérifiables**, on se trouve face à une sorte de monstre du *Loch Ness* ou de *Nahuelito*. Dans un domaine aussi sensible, il n'est pas question de passer de l'intuition à l'acte. Par ailleurs, sans fondement solide, l'on s'expose à la critique de devoir formuler la question autrement : les abus ne sont-ils pas la conséquence des disparités des systèmes nationaux, voire de l'existence de systèmes trop généreux ? Les signataires de la lettre du 23 avril dernier réclament une réponse européenne uniforme, alors que tant qu'on ne dispose pas de données comparatives, on semble forcé à présumer que la nature des problèmes varie entre les différents Etats membres. La libre circulation des citoyens de l'Union est-elle comparable entre l'Allemagne et la Lettonie ou entre le Luxembourg et l'Espagne ? Dès lors, il semble nécessaire de s'accorder sur des définitions communes des phénomènes à recenser et, ensuite, de passer à la collecte des données.

Cet exercice, *per se*, est déjà sensible. La Cour de justice de l'Union européenne a déjà considéré que la collecte de données personnelles dans le cadre de statistiques qui visent surtout les ressortissants d'autres Etats membres constitue une restriction à la libre circulation des citoyens (article 18 TFUE lu en combinaison avec l'article 21 – affaire [C-524/06, Huber](#)). Afin d'éviter que les Etats membres risquent de se voir condamnés, la Commission pourrait élaborer des lignes directrices sur un système de collecte, d'ailleurs indispensable pour des données comparables à l'échelle de l'Union. Dans la réponse conjointe des trois Commissaires du 24 mai, une attitude ouverte semble se dessiner à ce sujet. Les quatre pays sont ainsi invités à apporter tous les éléments et statistiques pertinents, afin de clarifier la nature et le champ des problèmes mis en avant par leurs ministres. Par ailleurs, dans la filière EPSCO, la Commission a elle-même commandité une étude d'impact sur les systèmes de sécurité sociale. Afin que l'exercice soit vraiment utile, une action coordonnée comprenant les 27 Etats membres (voire englobant les pays associés) semble incontournable.

C'est en Allemagne que le débat est mené sur arrière-fond de données plus concrètes. « *L'immigration liée à la pauvreté n'est tout simplement pas anticipée par l'Union européenne* », se plaint l'association des villes allemandes dans [un document publié le 22 janvier 2013](#). Ce papier de position élaboré avec la participation de 205 villes, membres de l'association, cible « *l'immigration* » en provenance de la Bulgarie et de la Roumanie. L'Allemagne connaît un afflux croissant depuis 2007, avec un pic de 147 091 personnes en 2011. Il s'agirait d'une « *migration* » essentiellement économique dans le but de trouver de l'emploi. « *Beaucoup de dossiers liés à l'arrivée de personnes provenant d'Europe du Sud ne peuvent être traités au niveau local* ». Alors que la directive 2004/38 prévoit une assurance médicale et des moyens de subsistance suffisants, ces exigences ne semblent pas réalistes pour cette catégorie de personnes. Cette « *migration* » conduit à des coûts « *importants* » en matière de « *logements d'urgence, de soins de santé primaires, de mesures d'accompagnement social et d'offres de formation* » (v. [EurActiv – 3 mai 2013](#)). L'association avance toutefois des pistes constructives en privilégiant à ce stade un recours aux fonds sociaux européens et à d'autres instruments financiers disponibles pour favoriser la prise en charge sociale, sanitaire et professionnelle de ces citoyens européens qui profitent de la libre circulation des personnes. Toutefois, d'autres forums dressent des constats encore plus nuancés et, à ce titre, l'on peut citer les conclusions de la [conférence d'experts](#) organisée par l'Allemagne et les Pays-Bas à Rotterdam les 3 et 4 septembre 2012 sur le thème de « *la libre circulation et la participation des citoyens de l'Union – le faire marcher pour tous* ».

Certains **Etats membres** semblent orienter leur agenda en fonction des échéances électorales et politiques (élections du Parlement européen en mai 2014, élections allemandes en septembre 2014, referendum britannique en 2017 sur la participation britannique à l'Union européenne) et la levée des restrictions transitoires de la libre circulation par rapport aux Roumains et Bulgares en 2014. Il est certain que ces échéances étalées sur les prochaines années vont continuer à maintenir la pression par rapport aux revendications formulées.

Le débat n'est **pas exempt de dangers** : les ministres, en asseyant notamment leur argumentaire sur l'« [affront au bon sens](#) », risquent réellement que leur argumentaire trouve un écho « [populiste](#) ». Dans une atmosphère de crise, les réflexions protectionnistes sont omniprésentes et quoi de plus facile que de prendre l'étranger comme bouc-émissaire. La même tonalité sous-tend l'appel adressé aux **Etats membres d'origine**, « *afin qu'ils améliorent les conditions de vie locales des personnes concernées* ». N'est-ce pas simplifier l'équation outre mesure, et ignorer des facteurs tels que les disparités économiques, les bénéfices tirés d'une main-d'œuvre bon marché, les déficiences au niveau de la solidarité, les retards structurels, etc. ? *In fine*, le langage usité comporte un déplacement de la responsabilité du pays d'accueil vers le pays d'origine.

La **Commission européenne** restera probablement réservée à ce sujet. Elle l'a déjà affiché clairement dans la réponse conjointe des trois Commissaires et une action concrète de sa part semble exclue, du moins en 2013, si ce n'est par souci de cohérence avec son propre calendrier : 2013 c'est « *l'année européenne des citoyens* ». De plus, un souci de cohérence lui impose de la retenue par rapport à toute action pouvant faire l'objet d'une interprétation de démantèlement des droits des citoyens de l'Union. C'est en particulier la Commissaire Reding, chargée de la citoyenneté européenne, qui prend une position ferme. Ce droit « *n'est pas négociable* », a exclu la porte-parole de la commissaire luxembourgeoise. La Commission européenne semble en outre décidée de ne pas laisser le forum JAI Intérieur/Immigration se saisir du suivi du dossier. Dans son courrier du 24 mai, elle insiste particulièrement sur un suivi par les experts du [FREEMO](#) (groupe d'experts auprès de la Commission européenne). La Commission européenne n'est pas prête à céder et cela se voit aussi à travers le fait qu'en amont du Conseil JAI, elle a annoncé démarrer une [procédure d'infraction contre le Royaume-Uni](#) au motif que les autorités refusent à des citoyens de l'Union l'accès à des prestations sociales.

*
* *

Les [conclusions officielles du Conseil JAI tenu le 7 juin](#) dernier sont prudentes, et timorées à la fois. Tous les Etats membres s'accordent sur la valeur fondamentale de la libre circulation des personnes.

Le Conseil invite la Commission européenne à examiner la mise en œuvre des règles sur la libre circulation en incluant des directives sur la lutte contre l'abus de ces mêmes règles, aux fins de présenter un rapport intérimaire au Conseil JAI d'octobre 2013 dans l'objectif de disposer d'un **rapport final en décembre 2013**. En parallèle, le Conseil examinera le [rapport sur la citoyenneté](#) présenté par la Commission européenne le 8 mai 2013, qui touche à quelques aspects de la problématique.

La polémique soulève de **nombreuses interrogations**. La Commission européenne, en position de défense, saura-t-elle déclarer efficacement que les bénéfices de la libre circulation des citoyens de l'Union dépasseront toujours les inconvénients d'abus prétendus ? Sera-t-il possible de recadrer les débats en incluant tous les citoyens, indépendamment du fait qu'ils aient exercé ou non leur mobilité intra-UE, étant donné que les abus sont aussi bien imputables aux nationaux qu'aux « *étrangers* ». Le moyen le plus efficace pour combattre toute tendance populiste est de fournir des données chiffrées et fiables et de s'attacher à un langage réfléchi et neutre. Une affaire à suivre...

[Lettre commune des ministres allemand, anglais, autrichien et néerlandais en charge des affaires intérieures à la Présidence irlandaise de l'Union européenne – 23 avril 2013 \(en anglais\)](#)

[Réponse commune des Commissaires Reding, Andor et Malmström \(responsables des portefeuilles de la justice, de l'emploi et des affaires intérieures\) – 24 mai 2013 \(en allemand\)](#)

[Conclusions du Conseil JAI \(Justice et Affaires Intérieures\) – 7 juin 2013 \(en anglais\)](#)

Pour citer ce document :

Pascal Schumacher, « [Le tourisme social, un danger pour la libre circulation des citoyens de l'Union européenne ?](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 18 juin 2013.

* Pascal Schumacher est Conseiller « Justice et affaires intérieures » à la Représentation permanente du Luxembourg auprès de l'Union européenne (*NB : Les réflexions contenues dans cet article sont imputables à leur auteur et n'engagent pas d'autres organismes ou personnes*).

[Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » \(ADL\) du CREDOF \(pour s'y abonner\) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme \(RevDH\) – Contact](#)