

LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE VICTIME DE SES PROPRES CONTRADICTIONS :
DE LA NATIONALITÉ ÉTATIQUE À LA RATIONALITÉ ÉCONOMIQUE*

Une série de décisions récentes, rendues en 2014-2016, aux termes desquelles la Cour de justice de l'Union précise les conditions d'accès des citoyens européens sans ressources aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil a mis la communauté des européenistes en émoi¹. Accusée de s'aligner sur la position des États membres les plus rétifs à l'intégration européenne, la Cour en viendrait à affaiblir la situation des citoyens de l'Union les plus fragiles, en l'espèce les migrants en situation de dépendance financière (et donc contraints de faire appel à la solidarité sociale de leur État d'accueil). La jurisprudence initiée par l'arrêt *Dano* à la fin de l'année 2014 ferait ainsi le lit des égoïsmes nationaux et remettrait en cause les acquis patiemment construits par le droit de l'Union, en particulier par les juges du plateau de Kirchberg, maîtres d'œuvre de la citoyenneté « sociale » européenne. À les considérer à leur juste mesure, les termes de ce diagnostic, formulé sur le mode d'une réaction de colère – tout à fait légitime –, font en réalité système avec le discours de repli imputé, en bloc, aux gouvernements des États. Il nous semble qu'une vision complète et équilibrée de la question en jeu se doit de considérer ensemble ces deux positions, construites, pour ainsi dire, dans une relation de parfaite symétrie.

Bien sûr cette série de décisions de la Cour peut s'interpréter comme une invitation à clarifier l'état du droit existant. Mais elle nous apparaît au-delà comme un symptôme particulièrement révélateur des limites du format fonctionnaliste dans lequel a été pensée la citoyenneté de l'Union. De ces limites, force est de le constater, on n'a que tardivement pris conscience, une fois confronté aux effets – parfois dévastateurs – induits par l'europanisation de la citoyenneté sociale. Il est devenu aujourd'hui indéniable que la logique du fonctionnalisme européen vient heurter de front non

* Cet article vient compléter et enrichir trois études en cours de parution, auxquelles nous nous permettons de renvoyer : « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? Le cas de l'Union européenne », in O. BEAUD, C. COLLIOT-THÉLÈNE et J.-F. KERVÉGAN (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Garnier, 2018 ; « La politique européenne à l'épreuve du marché. Réflexions sur une dynamique de différenciation », in J.-M. FERRY, A. LECLERC, T. STORME (dir.), *Europe. Le partage public-privé en question*, Rennes, PUR, 2018 ; et « Une succession de traités peut-elle tenir lieu de Constitution ? », in C. JOUIN (dir.), *La Constitution matérielle de l'Europe*, Paris, Pedone, 2018.

¹ CJUE, Gr. ch., 11 nov. 2014, *Elisabeta Dano, Florin Dano c. Jobcenter Leipzig* [aff. C-333/13] ; CJUE, 15 sept. 2015, *Jobcenter Berlin Neuköln c. Nasifa, Sonita, Valentina et Valentino Alimanovic* [aff. C-67/14] ; CJUE, 25 fév. 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. Jovanna Garcia-Nieto e. a.* [aff. C-299/14] ; CJUE, 14 juin 2016, *Commission européenne c. Royaume-Uni* [aff. C-308/14]. Dans ces arrêts, la Cour de justice considère comme conformes au droit de l'Union des décisions par lesquelles des autorités administratives refusent d'accorder une prestation sociale à un citoyen européen.

seulement les principes démocratiques de la citoyenneté nationale, mais aussi la philosophie redistributive des mécanismes de solidarité qui lui sont associés. Les contraintes de l'intégration européenne sont bien connues : dépendante des États membres pour réaliser son projet de mobilité transnationale, l'Union, faute de compétence en la matière, doit s'appuyer sur les dispositifs étatiques de solidarité. Aussi, la soutenabilité du projet européen suppose que les nationaux sédentaires consentent au financement de la solidarité avec les citoyens des autres États membres ayant fait usage de leur droit à la libre circulation. Peut-on s'en remettre, en l'espèce, à l'automatisme de l'engrenage fonctionnaliste ou aux différentes contraintes jurisprudentielles progressivement posées par la Cour de justice ? La question mérite attention.

Qu'on nous permette ici d'interroger les commentaires quelque peu monocordes délivrés par la doctrine juridique autorisée – la doctrine française tout particulièrement². Il y a d'abord à lutter contre certaines évidences et certains réflexes, ceux, par exemple, consistant à s'en remettre à la seule jurisprudence de la Cour de justice et à s'arrêter à la moindre de ses sinuosités pour saisir la tendance de fond d'un phénomène aussi complexe que celui de la citoyenneté européenne. Relevons seulement à quel point on incline à observer avec une patience infinie le détail des arguments de la Cour lorsque celle-ci se met ostensiblement au service de la cause européenne – évidemment pour s'en féliciter – et, en retour, à quel point le ton du commentaire se fait beaucoup moins minutieux quand elle semble donner raison aux États membres. À accompagner ainsi les acteurs et autres jurislatoeurs de l'intégration européenne, les européenistes se font en quelque sorte les légistes de l'Union, ils en sont les agents justificateurs. Bien sûr le rôle décisif de la jurisprudence dans le processus d'intégration ne saurait-il être minoré, mais l'importance qui lui est reconnue n'autorise pas à l'interpréter au jour le jour – comme si un simple infléchissement devait valoir revirement (comme si, par exemple, une restriction dérogée dans un domaine précis d'application du droit de l'Union devait mettre à bas l'ensemble des « progrès » réalisés dans tous les autres). Autrement dit, la jurisprudence de la Cour a beau constituer un matériau décisif et central pour qui veut comprendre la citoyenneté européenne, il suppose d'être lui-même questionné et non reçu sur le mode oraculaire de l'évidence³. La littérature juridique française gagnerait en cela à s'inspirer davantage des courants critiques qui ont

² Voir notamment S. BARBOU DES PLACES, « La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 1, 2015, p. 133-147 ; É. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 2015, p. 637-652 (« La tentation du repli ») ; n° 3, 2016, p. 637-652 (« Le repli ») ; É. DUBOUT, « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum*, n° 18, 2017, p. 283-309. Au-delà du seul champ juridique et du cas qui nous occupe ici, renvoyons à J. LECA, « Sur le "normativisme intempérant" dans les études européennes », *Politique européenne*, n° 50, 4/2014, p. 170-199.

³ Comprendre les raisons de structure pour lesquelles la citoyenneté européenne est essentiellement une construction prétorienne (c'est-à-dire saisir les contraintes propres qui pèsent sur son déploiement) ne doit pas conduire en retour à suspendre tout jugement critique quant aux modalités précises de ce processus.

fleuri un peu partout dans le champ académique des études européennes⁴. À de nombreux égards, nous payons aujourd'hui le prix d'une insuffisance chronique de réflexions sur les conditions dans lesquelles s'est opérée la dénationalisation de la citoyenneté. On a trop longtemps négligé l'impact de la construction européenne sur les systèmes nationaux de justice sociale et de réglementation du travail⁵. Les condamnations morales globalisantes, souvent à l'emporte-pièces – égoïsme, populisme, repli national, protectionnisme, xénophobie, etc. –, bien qu'elles peuvent identifier une part de la réalité, ne sont pas à même de poser un diagnostic équilibré. En période de crise, bien plus encore qu'en d'autres périodes, il importe d'adopter une démarche compréhensive en évitant les amalgames et les raccourcis trop simplistes ; ils ont peut-être leur place dans le discours engagé, pas dans l'analyse distanciée.

On peut évidemment regretter que la jurisprudence de la Cour rompe avec son audace des dernières décennies, en particulier quand elle autorise les États à comprimer le mouvement qui les avait jusque-là conduits à étendre indéfiniment le cercle des bénéficiaires de la solidarité nationale aux citoyens européens ne participant pas directement à son financement. Notre ambition, en l'espèce, ne saurait consister à défendre la position de la Cour sur le fond. Elle est de souligner combien les derniers développements de sa jurisprudence ne font finalement que révéler les ambivalences et contradictions d'une citoyenneté européenne qui a essentiellement été édifiée par la voie prétorienne. Nous voulons essentiellement parler de toutes les conséquences induites par le découplage entre droits et devoirs de solidarité. L'Union peut-elle, par exemple, imposer la prise en charge de non-cotisants alors même qu'elle tend par ailleurs à encourager la fuite des cotisants ? Doit-on croire en un jeu à somme nulle, voire, pour les plus providentialistes, en un jeu à somme positive ?

L'urgence du jour n'est plus de se lamenter sur le sous-dimensionnement des droits sociaux garantis à l'échelle de l'Union, sur la nécessaire mise en place d'une Europe sociale appelée à rattraper l'intégration économique⁶, il est de mesurer l'impact de la construction eu-

⁴ Pensons, par exemple, aux travaux de Fritz Scharpf, Christian Joerges, Michelle Everson, Alexander Somek ou encore, dans une optique différente, à ceux de Richard Bellamy (voir *infra*). Pour un état des lieux, en forme de prise de conscience, voir L. AZOULAI, « Solitude, désœuvrement, conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques », *Politique européenne*, n° 50, 4/2015, p. 82-98.

⁵ La récente thèse de Mathilde Unger vient ainsi combler un grand vide dans la réflexion théorique de langue française : M. UNGER, *Les Frontières de la justice sociale. Les théories de la justice mondiale au prisme de l'Union européenne*, Thèse de philosophie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016. Cette situation est à mettre en regard avec la richesse du débat anglophone, ou plutôt la très faible contribution de la pensée francophone à ce débat (voir, en particulier, D. KOCHENOV, G. DE BURCA, A. WILLIAMS (dir.), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford, Hart, 2015).

⁶ Telle était l'ambition du projet d'Europe sociale notamment porté par Jacques Delors. Sa réalisation reposait sur un pari d'engrenage fonctionnaliste dont nous pouvons constater l'échec patent. Bien sûr la constitution d'une Europe sociale fait-elle aujourd'hui partie des objectifs officiels de l'Union (depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne), mais le mot d'ordre de l'« économie sociale de marché », lui-même problématique, ne semble pas vraiment de nature à surmonter les écueils du premier échec.

ropéenne sur les systèmes nationaux de justice sociale en s'attachant à prendre en compte l'ensemble des effets indirects de l'eupéanisation négative⁷. Davantage encore dans le contexte de la crise actuelle, on ne peut plus ignorer que l'intégration européenne provoque de profondes injustices sociales, qu'elle vient déstabiliser les solidarités nationales institutionnellement établies – au même titre qu'elle reconfigure de bout en bout l'exercice de la démocratie dans les États membres. Ces injustices ne sauraient plus être traitées sur le mode quelque peu cynique du dommage collatéral – comme si l'intégration européenne devait se payer d'un prix, appelé *in fine* à s'amortir dans la réussite finale du processus.

De quelques contradictions

Qu'il suffise à ce stade liminaire de relever quelques-unes seulement des contradictions internes qui travaillent la citoyenneté de l'Union. On s'étonne de voir les États user d'un pouvoir de déroger à la libre circulation pour limiter l'accès au bénéfice de la solidarité nationale, alors que, depuis le départ, la citoyenneté européenne a été conçue dans le moule du Marché intérieur et en a épousé tous les contours, y compris son dispositif de dérogation⁸. N'est-ce donc pas tout simplement en raison de cette provenance que les droits sociaux attachés à la citoyenneté européenne sont susceptibles de dérogations – au même titre que celles classiquement admises pour restreindre le libre-échange ou la libre concurrence ? Dès lors que les droits sont accordés de manière négative selon la logique de la non-discrimination entre opérateurs économiques, n'est-il pas finalement assez naturel qu'ils puissent être pareillement retirés sur le fondement des « intérêts légitimes » des États ? Une fois rappelé qu'en l'état actuel de la construction européenne (quand bien même la libre circulation a été remodelée par la citoyenneté de l'Union) l'octroi des prestations sociales constitue un droit dérivé de la libre circulation et non un droit inconditionnel revenant directement aux citoyens européens, l'enjeu mérite d'être soulevé de savoir si la suppression de toute condition économique à l'accès aux droits sociaux peut raisonnablement intervenir avant une harmonisation des législations sociales et fiscales des États membres⁹. Où l'on se heurte aux pièges de la portée

⁷ Sur la notion d'intégration négative, voir F.W. SCHARPF, *Gouverner l'Europe* [1999], trad. R. Dehousse et Y. Surel, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, en part. p. 51-89. Parce que l'Union ne possède pas de compétence en matière sociale, on s'est longtemps empêché de considérer le problème pourtant massif de la déstructuration des solidarités nationales notamment induite par la construction du marché européen. C'est oublier la tournure essentiellement négative de l'intégration européenne qui déploie ses effets bien au-delà des titres de compétence expressément attribués à l'Union. L'absence de titre à agir de l'Union en matière sociale n'a pas empêché la Cour de justice d'étendre le champ d'application des traités au point de s'emparer de questions relevant en principe de la seule solidarité nationale, en particulier l'accès des citoyens inactifs et sans ressources aux prestations sociales dans l'État d'accueil.

⁸ « La dogmatique juridique de la citoyenneté, résume Loïc Azoulai, est tout entière bâtie sur celle du marché intérieur » (L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué. Chemins d'Europe*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1-28, ici p. 9). Les juges de Luxembourg ont finalement appliqué à la citoyenneté l'essentiel des notions et des méthodes de l'acquis communautaire.

⁹ Dont on sait l'objectif totalement inatteignable à moyen terme.

symbolique des mots. Recourir au vocabulaire de la citoyenneté, prononcer le mot « citoyenneté », c'est comme croire en sa puissance performative, c'est mobiliser tout un imaginaire d'égalité et de démocratie, lequel se situe en profond décalage avec la réalité présente de l'intégration. Que le statut juridique de la citoyenneté de l'Union puisse servir de support à l'advenue de cet idéal ne doit pas faire oublier que les obstacles empêchant son déploiement se logent parfois jusque dans le droit lui-même.

Il est évidemment regrettable que les biens marchands, d'une part, et les personnes, d'autre part, soient soumis au même régime juridique. Mais il faut alors se donner les moyens de thématiser une telle différenciation. S'est-on insurgé lorsque la Cour de justice a appliqué aux personnes les recettes jurisprudentielles qu'elles avaient conçues pour les marchandises et la main d'œuvre ? En aucun cas : on a simplement considéré que les juges se contentaient de faire avec leurs moyens et qu'ils venaient finalement pallier les insuffisances du législateur européen¹⁰. Peut-être la politique jurisprudentielle de la Cour était-elle inévitable et sans alternative praticable. Peut-être la citoyenneté ne pouvait-elle pas naître autrement que par cette voie prétorienne et dépolitisée. Il n'en reste pas moins que la question se pose de savoir si ce système marché-jurisprudence n'est pas venu tuer dans l'œuf toute potentialité politique d'une citoyenneté digne de ce nom, à savoir d'une citoyenneté fondée sur le rapport conscient d'un individu à une communauté politique d'appartenance. Aussi contraint fut-il dans son choix, l'itinéraire jurisprudentiel emprunté n'en finit pas de produire son lot d'effets non désirés qui soulèvent, chacun, l'enjeu de la légitimité politique du juge supranational¹¹.

La première étape d'une réflexion qui assumerait sa vocation critique consisterait peut-être à se départir d'une perception purement individualiste des problèmes telle qu'induite par le prisme négatif de la non-discrimination selon la nationalité. N'est-ce pas, d'ailleurs, parce que les droits sociaux sont pensés sur le mode de droits subjectifs (directement invocables) que l'on en vient à les conditionner à la contribution de chaque individu, en retenant en l'espèce une définition particulièrement rustique et étriquée du critère de la contribution économique ? Au-delà, on le voit, le problème provient de la forme individualisée du contrôle juridictionnel par lequel se déploie la dynamique de la citoyenneté européenne. À force de réduire les droits de la citoyenneté à un amas de droits individuels, on s'interdit d'identifier les enjeux collectifs qui surgissent nécessairement du fait même de l'invocation du concept de citoyenneté : à quel type de collectif la lo-

¹⁰ Tout juste a-t-on mis en avant le traitement spécifique réservé aux personnes par rapport aux marchandises en insistant sur l'objectif d'intégration sociale (voir *infra*).

¹¹ Non sans avoir rappelé que les juges de Luxembourg ne sont évidemment pas les seuls responsables de la déconstruction méthodique des solidarités nationales. Il est assurément injuste d'imputer à la construction européenne des effets qui résultent de la mondialisation de manière générale. Pour autant, le cadre européen demeure l'observatoire le plus indiqué pour scruter la déstabilisation des solidarités nationales produite par l'ouverture générale des frontières du commerce.

gique de la citoyenneté européenne conduit-elle¹² ? Si l'étalon de valeur de la citoyenneté est l'individu et lui seul, alors il n'y a rien de surprenant, sur le terrain de la justice ou de la solidarité sociale, à ce que le migrant européen doive lui-même contribuer au financement des droits dont il réclame le bénéfice. Seul le prisme d'un collectif européen permettrait de poser et de penser le problème autrement. S'en est-on vraiment donné les moyens ? Les États membres sont-ils les coupables obligés qui auraient empêché toute avancée notable en la matière ?

Tout se passe en l'espèce comme si on réclamait des citoyens une confiance quasi messianique dans l'Union¹³ : il faut continuer à avancer dans l'intégration alors même que l'expérience concrète de la construction européenne reste peu probante, c'est le moins qu'on puisse dire, aux yeux de très larges fragments des populations nationales. On ne sait d'ailleurs plus trop bien, dans le développement de la citoyenneté européenne, distinguer entre ce qui relève de choix politiques dûment opérés et ce qui relève d'effets induits d'un processus non maîtrisé, très largement déterminé par le cours de la mondialisation (alors même que la construction européenne se présente comme un moyen de la réguler). De là la déréliction préoccupante dans laquelle nous nous trouvons ; son analyse réclamerait, quoiqu'il en soit, plus de nuances qu'une simple stigmatisation, en forme d'autojustification, de la rhétorique grimaçante du « tourisme social »¹⁴. Certes les phénomènes ainsi désignés ne revêtent-ils pas – et de très loin – les proportions dont les affuble le traitement médiatique ordinaire. À bien les regarder, les chiffres invalident très largement les craintes de submersion et de déferlement qui ont pu être exprimées ici ou là¹⁵. Mais, quand bien même il s'agit de représenta-

¹² Voir A. SOMEK, « Solidarity Decomposed: Being and Time in European Citizenship », *European Law Review*, n° 32, 6/2017, p. 787-818 ; A. SOMEK, *Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 200-227 ; A. SOMEK, « Constitutionalization: Constitution-Making for Individualists », in S. PUNTSCHER RIEKMANN, D. WYDRA et A. SOMEK (dir.), *Is There a European Commun Good?*, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 95-119.

¹³ Sur la propension constitutive de l'Union à faire reposer sa légitimité sur une forme de messianisme, voir J.H.H. WEILER, « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Essay », in J. DICKSON et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical Foundations of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 137-158. Ainsi a-t-on pu parler de « miracle de la citoyenneté de l'Union » : « [E]lle renforce les liens qui nous unissent à nos États (dans la mesure où nous sommes des citoyens européens parce que nous sommes des nationaux de nos États) et, en même temps, elle nous émancipe (dans la mesure où nous sommes à présent des citoyens au-delà de nos États). » (M. POIARES MADURO (avocat général), Conclusions du 30 mars 2009 sur CJUE, Gr. ch., 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern* [aff. C-135/08], § 23, nous soulignons).

¹⁴ Nous utilisons l'expression de « tourisme social » par commodité, tout en étant conscient de sa pointe fortement polémique. Rappelons que c'est un avocat général auprès de la Cour de justice qui a fortement contribué à la propager (D. RUIZ-JARABO COLOMER (avocat général), Conclusions du 10 juillet 2003 sur CJCE, 23 mars 2004, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions* [aff. C-138/02], § 75).

¹⁵ Dans le contexte de l'élargissement à l'Est, des craintes ont pu s'exprimer parmi les anciens membres de l'Union face à la perspective, largement fantasmée, d'un afflux de migrants venus des nouveaux États membres. L'expression de ces mêmes craintes n'a pas manqué de ressurgir quand il s'est agi de lever progressivement, à partir du 1^{er} janvier 2014, le régime transitoire qui s'appliquait aux travailleurs bulgares et roumains.

tions fantasmées (les statistiques l'attestent), on ne peut pas les balayer d'un revers de la main, tout simplement parce qu'elles mettent le doigt sur un enjeu essentiel, une question de principe, qui dépasse très largement les cas isolés, aussi symboliques soient-ils, dont a à connaître la Cour de justice. Nous voulons évidemment parler de la concurrence normative et fiscale qui sévit entre les États membres.

C'est l'ensemble de la philosophie de la construction européenne qui est à remettre sur le métier. Tout à la fois a-t-on sous-estimé le coût de la dénationalisation de la citoyenneté et surestimé les bénéfices de son européanisation. Il n'est pas sûr, en effet, que la déconstruction au moins partielle des solidarités nationales, telle qu'induite par l'intégration, soit la meilleure voie pour faire émerger le principe d'une solidarité européenne. Certes l'intégration européenne protège-t-elle les États de nombreux risques, mais elle les expose concomitamment à d'autres risques. Certes la mise en place du Marché unique ouvre-t-elle toute une série d'opportunités et de perspectives pour les agents économiques, mais elle n'en est pas moins source de légitimes questions qui demandent à être démocratiquement débattues. Contentons-nous d'en mentionner quelques-unes pour faire apparaître combien elles touchent le cœur des enjeux de citoyenneté : dans quelle mesure des services publics comme ceux de la santé ou de l'enseignement supérieur doivent-ils se voir appliquer le régime de la libre prestation de service ? La liberté d'établissement a-t-elle atteint un stade de fundamentalité tel qu'elle peut de fait remettre en cause des acquis syndicaux, non moins fondamentaux, comme le droit de grève ? En période de contraction des budgets sociaux, comment se donner les moyens de faire émerger une véritable solidarité européenne qui ne crée pas de discriminations juridiquement injustifiables ou politiquement insoutenables entre les citoyens de l'Union ? Ce que l'on peut regretter, en définitive, dans le contexte actuel, c'est l'environnement délétère où prennent place ces questions.

L'examen de conscience auquel invite la période contemporaine (à savoir : se départir d'une certaine croyance irénique dans les vertus du marché et de la concurrence) n'est pas aisé, car cet irénisme fait fond sur un *credo* profondément ancré : de la ruse du marché on n'a rien attendu de moins que l'accomplissement – messianique – d'un projet politique. Or, à rebours de l'intuition fondatrice, typiquement libérale, des pères de l'Europe, il s'avère que l'économie ne peut plus être appréhendée comme le terrain d'une pacification naturelle des relations entre États¹⁶. Qu'il suffise de constater à quel point les conflits économiques et sociaux divisant les États membres sont directement alimentés par la logique de l'intégration européenne pour considérer combien l'intensification et la libéralisation du commerce ne sont plus aujourd'hui en mesure de jouer le rôle unificateur qui fut le leur dans la première période de la construction européenne. Néanmoins, si l'on doit sortir d'un certain aveuglement libéral, ce n'est pas pour revenir au protec-

¹⁶ Jean-Pierre Dupuy résume bien cette idée en rappelant, dans une veine smithienne, que l'économie « contient » la violence, aux deux sens endossés par le verbe « contenir » : elle limite son expression tout autant qu'elle en est l'expression (J.-P. DUPUY, *Le Sacrifice et l'Envie. Le libéralisme aux prises avec la justice sociale* [1992], Paris, Hachette, 2009, chap. III ; J.-P. DUPUY, *L'Avenir de l'économie* [2012], Paris, Flammarion, 2014, p. 39-42).

tionnisme national, c'est pour mesurer les effets pervers du libre-échange dans un monde insuffisamment régulé.

Quelle définition de la citoyenneté ?

On l'aura compris, la citoyenneté européenne s'est construite sur un mode qui demande à être interrogé, à tel point que la question se pose de savoir si la citoyenneté européenne mérite sans discussion son titre de citoyenneté, si elle ne reste pas, fondamentalement une « citoyenneté de marché », c'est-à-dire une citoyenneté réduisant l'individu à sa seule dimension économique et à la rationalité qui va avec¹⁷. L'accolement oxymorique des deux termes ne vient-il pas annuler le concept lui-même ? L'implicite de l'interrogation suppose évidemment d'assumer une certaine définition substantielle de la citoyenneté, à savoir maintenir la dimension politique et collective de la citoyenneté en refusant de l'enfermer dans une acception socio-économique de format individualiste¹⁸ – pour ne pas dire atomistique. Sauf à endosser une redéfinition très coûteuse du concept, un citoyen ne saurait se réduire à un individu mu par ses intérêts égoïstes et cherchant à faire valoir ses droits subjectifs sans considération du collectif dans lequel il s'insère. Jusqu'où, en d'autres termes, la construction européenne peut-elle faire souffrir la notion de citoyenneté tout en continuant d'en être légitimement justiciable ?

Sur l'ensemble des questions fondamentales qui assaillent l'Union européenne, tout se passe comme si l'observateur devait se résigner à deux options possibles : d'une part, s'enfermer dans une forme de stato-morphisme ou de « nationalisme méthodologique¹⁹ », lequel viendrait aplatir la spécificité de l'expérience européenne en établissant comme indépassables les concepts issus du paradigme stato-national ; d'autre part, s'en remettre à une forme de nominalisme conceptuel non raisonné (la fameuse thèse du *sui generis*) tendant à enfermer l'Union dans une sorte singularité ontologique ab-

¹⁷ Michelle Everson et Christoph Schönberger attribuent tous deux la paternité de l'expression « *Marktbürger* » au juriste allemand Hans Peter Ipsen qui l'aurait employée dès 1963, pour qualifier la situation de l'individu au sein de la Communauté (M. EVERSON, « The Legacy of the Market Citizen », in J. SHAW, G. MORE (dir.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 73-89 ; Ch. SCHÖNBERGER, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale », trad. Th. Guilluy, *Annuaire de l'Institut Villey*, n° 1, 2009, p. 267). Sur la notion de citoyenneté de marché, voir E. MEEHAN, *Citizenship and the European Community*, Londres, Sage, 1993 ; E. MEEHAN, « Citizenship and the European Community », *Political Quarterly*, n° 64, 1993, p. 172-186.

¹⁸ Bien sûr, la réalité de la citoyenneté est plurielle et comprend de nombreuses dimensions – civile, politique, sociale (voir Th.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950) –, mais nous voyons dans la dimension politique ce qui fait l'unité du concept, son critère en quelque sorte, étant entendu que se situer sur un terrain politique, ce n'est pas négliger l'importance de la solidarité sociale dans la définition de la citoyenneté. Un simple repérage sémantique peut permettre de justifier cette approche dans l'étude de la citoyenneté de l'Union : c'est à partir du moment où le Conseil européen décide, en 1976, de l'élection au suffrage universel direct des eurodéputés que le thème de la citoyenneté se diffuse à l'échelle de la Communauté.

¹⁹ U. BECK et E. GRANDE, *Pour un Empire européen* [2004], trad. A. Duthoo, Paris, Flammarion, 2007, p. 14 *sqq.*, p. 23 *sqq.* ; U. BECK, « Nationalisme méthodologique – cosmopolitisme méthodologique », trad. B. Boudou, *Raisons politiques*, n° 54, 2014, p. 103-120.

solument incommensurable. Nous préconisons pour notre part à la fois un minimum de réalisme conceptuel et une certaine dose de banalisation européenne²⁰. En raison du nécessaire ancrage historique des concepts politiques, l'Europe ne peut faire comme si les grandes notions issues du paradigme de l'État étaient totalement à sa disposition et modifiables à l'envi²¹. Il y a, autrement dit, à prendre au sérieux l'inertie des concepts, leur mémoire, qui s'exprime notamment dans le vocabulaire utilisé. Ce premier mouvement du raisonnement constitue une étape intermédiaire qui ne doit pas éluder le second : en tant que processus transnational, l'Union européenne vient évidemment retravailler les concepts existants²². À cet égard, la critique du nationalisme méthodologique, au-delà de sa reconduction devenue routinière, recèle au moins ce mérite de lever l'hypothèque tendant à établir une équation d'égalité entre politique et État-nation. Il convient toutefois d'apporter cette précision importante : écarter l'hypothèque stato-nationale n'autorise en rien à déclarer nulle et non avenue l'idée même de communauté politique. Il y a bien deux cibles à distinguer sous la plume des pourfendeurs du nationalisme méthodologique : la domination intellectuelle du paradigme étatique, d'une part ; la mise en cause de toutes les formes d'aliénation collective de l'individu, d'autre part. Vise-t-on le cadre stato-national en tant que tel ou bien toute idée de communauté politique un tant soit peu stable et institutionnalisée²³ ? Autrement dit, lutter contre le statomorphisme ne doit pas conduire à répudier les principes du constitutionnalisme démocratique et de la souveraineté populaire. Ou bien alors il faut en assumer clairement le coût.

Certes, le cadre national n'est plus suffisant ; l'essentiel des choix politiques, notamment en matière sociale, ne peuvent plus être raisonnablement pris de manière isolée, à l'ombre des frontières des États. À l'interpréter comme un projet destiné à éveiller une ouverture de chaque démocratie nationale aux choix collectifs de ses partenaires au sein de l'Union, l'ambition de la citoyenneté européenne est éminemment louable ; encore faut-il

²⁰ Pour un appel à la banalisation, voir S. BARTOLINI, *Restructuring Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

²¹ Bien sûr, tous les concepts à disposition ne sont pas nécessairement des concepts issus du paradigme étatique, mais ils ont le plus souvent été remodelés en son sein. Ainsi en va-t-il en tout cas du concept de citoyenneté. Nous nous inspirons ici de la *Begriffsgeschichte* koselleckienne (voir, par exemple, R. KOSELLECK, *Le Futur passé*, trad. J. et M.-C. Hoock, Paris, Éditions de l'EHESS, 1990 [1979]).

²² La citoyenneté européenne est d'abord et avant tout une intercitoyenneté fédérative mue par un projet de mobilité transnationale placé au service de la construction d'un marché unifié et juridiquement porté par l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (voir Ch. SCHÖNBERGER, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale », art. cité ; Ch. SCHÖNBERGER, *Unionsbürger*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005 ; Ch. SCHÖNBERGER, « Die europäische Union als Bund », *Archiv für öffentlichen Rechts*, n° 129, 1/2004, p. 81-120). Que cette citoyenneté ait débordé son cadre économique d'origine pour endosser une ambition sociale voire politique réclame précisément qu'on l'évalue et l'apprécie à cette aune.

²³ C'est ici le fond de la critique que nous adressons à la thèse de Catherine Colliot-Thélène (C. COLLIOT-THÉLÈNE, *La Démocratie sans demos*, Paris, PUF, 2011) : J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*

s'assurer d'avoir les moyens d'une telle ambition. Or, le droit de l'Union, à force d'avoir concentré toute son attention sur l'individu mobile en situation de réclamer le bénéfice du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (art. 18 § 1 TFUE), concourt à redéfinir le concept de citoyenneté dans un sens pour le moins problématique. Il vise l'intégration économique et sociale du ressortissant de l'Union dans son État d'accueil sans du tout considérer la dimension proprement politique de la citoyenneté et, par là, fait comme si l'horizon de l'intégration sociale pouvait être délié des enjeux de participation démocratique²⁴. Dans quelle mesure l'objectif de la citoyenneté européenne peut-il être atteint sans assise politique propre et dûment pensée comme telle ? Les raisons de l'échec de la citoyenneté européenne sont-elles vraiment à imputer aux seuls États membres de l'Union ? La conception classique de la citoyenneté en termes de statut égalitaire n'invite-t-elle pas à remettre en cause la pertinence même de la catégorie « citoyenneté de l'Union » ? Voilà quelques-unes des questions que nous nous proposons d'examiner plus avant.

Sociale, la citoyenneté européenne l'est vraisemblablement en ce sens que son horizon ne se veut pas principalement politique. Mais n'étant pas politique, elle peut difficilement jouer le rôle de contrepoids à l'intégration économique auquel elle prétend. Mérite-t-elle alors de s'appeler « citoyenneté » ?

1. UNE CITOYENNETÉ SOCIALE ?

La citoyenneté européenne est née, sans que l'on s'en aperçoive vraiment, sur la base d'une généralisation de la liberté de circulation accordée aux opérateurs économiques en situation d'extranéité à l'intérieur du Marché commun, cœur identitaire de l'intégration²⁵. Elle est le fait d'une construction graduelle et incrémentale, essentiellement portée par la jurisprudence. La question se pose de savoir si ce format séminal, celui d'une citoyenneté de marché, a véritablement été dépassé. Certes, les matières concernées par la construction européenne et les publics visés par la citoyenneté européenne ont été considérablement élargis, mais cette dynamique a pour l'essentiel opéré selon une logique de dilatation de la matrice du marché²⁶, à tel point que, dans le domaine social comme dans de nombreux autres affectés par la construction européenne, le droit jurisprudentiel l'a emporté sur la volonté politique des États. Il l'a d'autant plus emporté que celle-ci a toujours été discordante (l'hétérogénéité ayant d'ailleurs été alimentée par les

²⁴ Y compris lorsqu'il octroie des droits politiques (des droits électoraux) au citoyen de l'Union, c'est dans une perspective d'intégration socio-économique.

²⁵ On l'aura compris, nous appréhendons la citoyenneté européenne au sens large, non pas à partir du seul droit originaire (en l'espèce le traité de Maastricht qui consacre *expressis verbis* la notion de « citoyenneté de l'Union »), mais telle qu'elle a d'abord été déployée par la Cour de justice à travers l'application extensive de la liberté de circulation des opérateurs économiques. Nous avons là un critère de distinction, parmi d'autres possibles, entre les deux expressions « citoyenneté de l'Union » et « citoyenneté européenne » (voir *infra*).

²⁶ Il n'est pas interdit de voir là un trait typiquement néolibéral, à savoir la tendance invasive à lire toutes les valeurs humaines à travers le prisme du marché (voir Ch. LAVAL, *L'Homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2008).

élargissements successifs) et que, en la matière, les compétences législatives sont pour l'essentiel demeurées dans les mains des États. Entretenu par le caractère négatif de l'intégration, ce découplage structurel a conduit à créer les conditions d'une concurrence normative et fiscale entre les États membres. Il sanctionne tout autant qu'il signe l'échec cuisant du projet d'Europe sociale.

Le passage problématique du marché à la citoyenneté

Rappelons les deux caractéristiques principales de la citoyenneté européenne. Première caractéristique : la citoyenneté européenne est d'abord une création prétorienne fondée sur la libre circulation des travailleurs et l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité (article 7 du traité CEE). Le traité de Maastricht, qui consacre la notion de « citoyenneté de l'Union », n'a rien modifié de ce cadre jurisprudentiel d'origine²⁷. Il faudra même attendre le traité de Lisbonne pour que le droit primaire en vienne à lier expressément non-discrimination et citoyenneté de l'Union (la partie II du TFUE est précisément intitulée « Non-discrimination et citoyenneté de l'Union »). Seconde caractéristique : c'est dans une optique purement instrumentale que la Cour de justice a construit cette citoyenneté transnationale. Il s'agissait, *via* l'application combinée des principes de la liberté de circulation des travailleurs et de non-discrimination en raison de la nationalité, de bâtir le marché européen en supprimant les entraves nationales, c'est-à-dire en fusionnant les marchés nationaux. Le travailleur migrant ressortissant d'un État membre présent sur le territoire d'un autre État membre, telle est bien la première figure du citoyen européen²⁸, un « citoyen » saisi en tant qu'agent économique et mis au service d'une finalité fonctionnelle dépassant de très loin la simple défense de ses droits²⁹. Les personnes économiquement inactives étaient de fait exclues du mouvement. Intervenue

²⁷ Il faut d'ailleurs constater que la deuxième partie du traité CE, consacrée à la citoyenneté de l'Union, ne comprend absolument aucune disposition relative à l'égalité de traitement ou à la non-discrimination en raison de la nationalité. La Commission avait proposé à la conférence intergouvernementale d'insérer des dispositions relatives à la liberté de circulation et à la non-discrimination dans la deuxième partie du traité CE, mais les États ont refusé. En matière de citoyenneté, le tournant du traité de Maastricht demande donc à être relativisé. Il pose le label « citoyenneté de l'Union », consacre de nouveaux droits mais se contente, pour le reste, d'entériner la dynamique antérieure de la citoyenneté européenne (voir J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*).

²⁸ Paul Magnette rappelle utilement que les premiers bénéficiaires de la citoyenneté européenne *lato sensu* furent les migrants italiens venus travailler dans les mines du nord de l'Europe (P. MAGNETTE, « Comment peut-on être européen ? », *Raison publique*, n° 7, 2007, p. 99-113). En cela, la citoyenneté européenne première manière revêtait une forte dimension sociale.

²⁹ En cette matière comme en de nombreuses autres, la Cour de justice aura fait des particuliers ses meilleurs alliés, ses « agents auxiliaires », a-t-on pu dire (R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 260) : en créant des droits à leur bénéfice, la jurisprudence leur a donné la possibilité d'assurer son propre développement par le biais des recours juridictionnels. La doctrine allemande, pour décrire le processus en jeu, dont le ressort principal réside dans « la mobilisation du citoyen pour la mise en œuvre du droit », a parlé de « subjectivisation fonctionnelle » (J. MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997).

ensuite, la fondamentalisation des droits de l'individu européen n'a pas véritablement effacé cette étape inaugurale ; elle a fait souche à partir d'elle, comme souterrainement contrainte par un sentier de dépendance très étroit.

L'histoire ultérieure de la citoyenneté européenne n'est pas seulement celle de l'élargissement du cercle de ses bénéficiaires, elle est aussi celle de la densification des droits attachés à ce statut. Non seulement les juges se sont évertués à conférer tout son effet utile au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais le législateur européen lui-même a tenu à donner sa pleine portée à ce projet de mobilité transnationale. Dès la fin des années 1960 et le début des années 1970, les travailleurs communautaires en situation d'extranéité n'ont pas uniquement reçu le droit de se déplacer et de séjourner sur le territoire de l'ensemble des États membres ; on leur a surtout reconnu le droit d'être traités dans leur État d'accueil comme s'ils n'y étaient pas des étrangers au sens juridique du terme. Le bénéfice de la liberté de circulation et de séjour a ainsi été reconnu aux membres de la famille du travailleur migrant (conjoint, enfants et ascendants à charge) au titre du droit à une vie familiale normale³⁰, puis progressivement élargi aux anciens travailleurs³¹.

Afin d'étendre au maximum la sphère d'application du droit du Marché intérieur, la Cour de justice a interprété de manière très large à la fois la notion d'agent économique et celle d'activité économique³². Elle a également encadré de manière très stricte les différentes possibilités reconnues aux États de déroger à la libre circulation (ordre public, sécurité publique et santé publique)³³. Un mouvement d'ensemble a pu ainsi être initié : la Cour a, en particulier, étendu le bénéfice de la libre circulation aux touristes et aux

³⁰ Conseil, *Règlement 1612/68/CEE relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté*, 15 oct. 1968 ; *Directive 68/360/CEE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs de États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté*, 15 oct. 1968 ; *Directive 73/148/CEE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services*, 21 mai 1973.

³¹ Commission, *Règlement 1251/70/CEE relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un État membre après y avoir occupé un emploi*, 29 juin 1970 ; Conseil, *Directive 75/34/CEE relative au droit des ressortissants d'un État membre de demeurer sur le territoire d'un autre État membre après y avoir exercé une activité non salariée*, 17 déc. 1974.

³² Qu'il suffise de citer son arrêt *Unger* de 1964 reconnaissant le bénéfice de la liberté de circulation et de séjour pour simple convenance personnelle (CJCE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger* [aff. 75/63]). On a pu dire que la Cour avait érigé la notion d'activité économique en « catégorie dogmatique » (A. SUPIOT, « Introduction », in A. SUPIOT (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 18).

³³ Les cadres fondamentaux de la jurisprudence ont été posés dès les années 1970 : CJCE, 4 déc. 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office* [aff. 41/74] ; CJCE, 26 janv. 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln* [aff. 67/74] ; CJCE, 28 oct. 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur* [aff. 36/75]. Depuis que la libre circulation relève formellement de la citoyenneté de l'Union (c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne), le contrôle de la Cour de justice se fait d'ailleurs encore plus strict.

destinataires de services³⁴, ainsi qu’aux chômeurs en recherche d’emploi dans un autre État membre que leur État national³⁵. De son côté, le législateur européen a accompagné et encadré le processus. Il est notamment intervenu en juin 1990 pour reconnaître aux retraités et aux étudiants le bénéfice de la libre circulation³⁶, mais a tenu à limiter assez strictement l’exercice de ce nouveau droit en imposant des conditions de ressources et de couverture sociale³⁷. Les bénéficiaires du droit de séjour doivent disposer de ressources suffisantes et d’une assurance-maladie de manière à « éviter qu’ils ne deviennent une charge pour l’assistance sociale de l’État membre d’accueil ».

Relevons d’ores et déjà ce paradoxe : à mesure que le droit de libre circulation se détache de l’activité économique *stricto sensu*, il ne manque pas de confirmer son ancrage fondamentalement économique. Autrement dit, si le droit de séjour se trouve de fait détaché de l’activité professionnelle, il reste soumis à un principe de conditionnalité de type économique. Le critère discriminant n’est plus celui de l’activité économique, mais celui du niveau (suffisant ou non) de ressources financières et de couverture sociale³⁸. Ce qui compte en définitive, ce n’est pas tant d’avoir un travail (quand bien

³⁴ Respectivement : CJCE, 31 janv. 1984, *Graziana Luisi et Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro* [aff. C-286/82 et 26/83] ; CJCE, 2 fév. 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public* [aff. C-186/87].

³⁵ CJCE, 26 fév. 1991, *Gustaff Desiderius Antonissen* [aff. C-292/89].

³⁶ Conseil, *Directive 90/364/CEE relative au droit de séjour*, 28 juin 1990 ; *Directive 90/365/CEE relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle*, 28 juin 1990 ; *Directive 93/96/CEE relative au droit de séjour des étudiants*, 29 oct. 1993. Ces trois textes ont été abrogés par la directive 2004/38 qui distingue différents types de séjour en fonction de leur durée (PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l’Union et membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*, 29 avril 2004).

³⁷ Les étudiants et les retraités sont perçus, d’abord et avant tout, comme de futurs travailleurs et d’anciens travailleurs. Il faudra le développement ultérieur de la dimension sociale de la citoyenneté européenne pour que les étudiants et les retraités soient considérés comme des citoyens à part entière. Le même raisonnement vaudra pour les demandeurs d’emploi : d’abord considérés comme des travailleurs en devenir, ils deviendront peu à peu citoyens au sens du droit de l’Union.

³⁸ Voir P. RODIÈRE, « Actualité des solidarités sociales en droit européen », in A. SUPLOT (dir.), *La Solidarité*, op. cit., p. 311-345, ici p. 321 *sqq.* En effet, un citoyen de l’Union, qu’il soit actif ou inactif, disposant de ressources suffisantes ne soulève aucun problème particulier : il peut s’installer sans condition dans un État membre autre que le sien. Lorsqu’il est actif mais ne dispose pas de ressources suffisantes pour vivre, le citoyen de l’Union ayant fait usage de sa liberté de circulation peut au moins partiellement accéder à l’aide sociale du pays d’accueil. Il n’en va pas de même pour le citoyen inactif sans ressources suffisantes, susceptible de devenir une « charge déraisonnable » pour les finances publiques de l’État d’accueil. Les exigences se font ici beaucoup plus strictes : son droit de séjour transnational est conditionné et temporaire. Passé un certain délai raisonnable (de recherche d’emploi), il peut se voir contraint de quitter le territoire de l’État d’accueil. La charge qu’il représente, en d’autres termes, ne peut être que transitoire et son endossement par l’État d’accueil est soumis à l’obtention d’un travail. Il s’agit, là encore, d’une solution posée par la Cour (CJCE, 1991, *Antonissen* [aff. C-292/89]). Précisons qu’un chômeur peut obtenir une aide à la recherche d’emploi si et seulement si cette recherche est effective dans le marché du travail de l’État concerné (CJCE, 23 mars 2004, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions* [aff. C-138/02]) (voir *infra*).

même l'activité économique est interprétée comme une présomption de ressources suffisantes) que de disposer de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins.

Si les inactifs sont intégrés au mouvement progressif d'élargissement de la citoyenneté européenne, ils demeurent en grande partie exclus de l'accès aux dispositifs de solidarité nationale. Or, n'est-ce pas lorsqu'il s'agit de prendre en charge les personnes sans ressources que la solidarité se révèle dans toute sa vérité³⁹ ? Le cas des inactifs a bel et bien valeur de test : il y a une solidarité véritable, au sens propre du terme, si et seulement si l'octroi des bénéfices sociaux n'est pas conditionné à une contribution économique mais, plus fondamentalement, à une appartenance politique. Ainsi que le révèlent les mécanismes qui ont historiquement pris corps au sein des États, selon un principe de fermeture nationale, la solidarité repose non pas sur une logique assurantielle de contrepartie, mais sur un rapport de réciprocité qui vient lier les membres d'une communauté dans son ensemble. C'est bien, entre autres facteurs, un tel sentiment d'appartenance à un même collectif, et à un collectif suffisamment pérenne, qui a permis l'établissement à la fois de la confiance réciproque et du consentement nécessaire aux efforts contributifs de solidarité. En ce sens, il faut se demander si la citoyenneté sociale européenne est véritablement en mesure de tenir ses promesses.

Encore convient-il de bien distinguer entre assurance et assistance. Très tôt, la sécurité sociale des travailleurs en situation de mobilité transnationale a fait l'objet d'un dispositif de coordination entre les États membres. Mais, en l'absence d'une possibilité de consensus sur un mécanisme harmonisé de sécurité sociale au niveau européen, on ne pouvait guère aller au-delà de la simple coordination des législations nationales – sur le mode classique du conflit de lois⁴⁰. S'agissant de l'assistance et, en particulier, des prestations à caractère non-contributif, les enjeux de l'europanisation se révèlent beaucoup plus complexes et soulèvent des problèmes autrement plus difficiles, qu'un traitement jurisprudentiel ne saurait épuiser.

³⁹ Tel est l'enseignement tiré du précédent américain si on veut bien le considérer à la lumière d'une décision rendue en 1941 par la Cour suprême aux termes de laquelle les restrictions à la liberté de mouvement des citoyens américains sans ressources ont été levées (UNITED STATES SUPREME COURT, 24 Nov. 1941, *Edwards v. People of State of California* [314 U.S. 160]). Le parallèle entre les États-Unis et l'Union européenne ne manque pas d'être instructif : non seulement la forme politique de l'Europe n'est pas vraiment comparable à celle des États-Unis mais la Fédération américaine a attendu d'être un « État fédéral consolidé » (pour reprendre une expression chère à Christoph Schönberger) avant de parvenir à cette solution.

⁴⁰ D'abord codifié par le règlement 1408/71/CEE (Conseil, *Règlement 1408/71/CEE relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté*, 14 juin 1971), le mécanisme est aujourd'hui défini dans le règlement 883/2004/CE (PARLEMENT EUROPÉEN et CONSEIL, *Règlement 883/2004/CE portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale*, 29 avril 2004 ; *Règlement 987/2009/CE fixant les modalités d'application sur règlement 883/2004*, 16 sept. 2009) et se fonde sur trois principes : unicité de la législation applicable, exportabilité des prestations, totalisation des périodes d'assurance. Voir P. RODIÈRE, « Coordination européenne des sécurités sociales et conflit de lois (quelques observations) », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, 2016, p. 63-79.

Le découplage structurel de l'économique et du social

L'autonomisation de la citoyenneté européenne par rapport aux considérations économiques trouve sans doute son point d'aboutissement lorsque les droits attachés à son régime juridique en viennent à être reconnus au bénéfice des non-actifs. Le traité de Maastricht étant resté muet sur la question de l'égalité de traitement entre les citoyens européens, c'est la Cour de justice, une fois encore, qui prend les devants en 1998 pour initier le mouvement de la citoyenneté sociale et ouvrir aux inactifs le bénéfice des prestations non-contributives.

Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, l'arrêt *Martinez Sala* introduit en effet un renversement par rapport à la logique antérieure⁴¹. Aux termes de ce revirement, ce n'est plus la qualité de travailleur migrant mais celle de citoyen européen elle-même qui, indépendamment du statut de travailleur, confère à son bénéficiaire un titre direct à l'octroi d'avantages sociaux dans son État d'accueil. Pour la première fois, le principe de non-discrimination s'applique indépendamment du statut de travailleur migrant. Tout citoyen de l'Union séjournant sur le territoire d'un État autre que celui de sa nationalité doit se voir accorder le droit à l'égalité de traitement dans le champ d'application du traité. En affirmant par là, avec netteté, le lien entre le statut de citoyen européen et la clause de non-discrimination en raison de la nationalité, la Cour détache le droit à l'égalité de traitement de sa logique initialement économique pour le rattacher désormais à la citoyenneté de l'Union.

À elle seule, convenons-en, cette décision ne constituait pas un revirement total par rapport à la jurisprudence antérieure : elle se contentait finalement, au moyen d'une opération de translation, de faire entrer le régime juridique de la citoyenneté européenne dans le cadre déjà établi du Marché intérieur⁴². La qualité de citoyen n'avait ainsi pour seul effet, pourrait-on dire, que d'accorder à une citoyenne européenne le bénéfice des règles jusque-là afférentes à la libre circulation des travailleurs – en l'espèce le bénéfice d'une allocation d'éducation pour un enfant. Mais cette translation-requalification ne constituait qu'une étape intermédiaire. La seconde salve de la rupture intervient quatre ans plus tard, peu après l'adoption de la charte des droits fondamentaux. Avec l'arrêt *Baumbast*, la Cour érige cette fois explicitement la citoyenneté de l'Union en source autonome d'un ensemble de droits, dont la liberté de circulation et le principe de non-discrimination ne s'apparentent plus désormais qu'à des composantes parmi

⁴¹ CJUE, 12 mai 1998, *Maria Martinez Sala c. Freistaat Bayern* [aff. C-85/96]. Dans cet arrêt, les juges reconnaissent à une ressortissante espagnole sans activité résidant en Allemagne le droit d'obtenir une allocation d'éducation pour son enfant dans les mêmes conditions que les ressortissants allemands. Précisons que ce n'est pas, en l'espèce, la légalité du séjour qui fonde le droit à l'égalité de traitement social, c'est l'inverse – les conditions du droit au séjour n'étant pas remplies par l'intéressée.

⁴² Procédé encore confirmé dans deux arrêts ultérieurs : CJCE, 24 nov. 1998, *Procédure pénale c. Horst Otto Bickel et Ulrich Franz* [aff. C-274/96] et CJCE, 20 sept. 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* [aff. C-184/99].

d'autres⁴³. C'est à présent sur le fondement autonome de la citoyenneté européenne que la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union se voit reconnaître un effet direct⁴⁴.

La dynamique de généralisation de l'accès aux avantages sociaux ne concerne plus seulement les retraités et les étudiants, elle concerne désormais également les personnes économiquement inactives et financièrement impécunieuses⁴⁵. De là comprend-on que les problèmes se sont principalement cristallisés autour de l'accès aux prestations sociales non-contributives. Le mouvement d'ouverture de la libre circulation et du libre séjour aux inactifs ayant mis une dizaine d'années à déployer toute sa logique, la mutation décrite est demeurée dans un premier temps assez largement imperceptible. Ce sont les lumières de la rétrospection qui nous permettent aujourd'hui d'y voir plus clair et font de l'élargissement à l'Est le point de fixation de nombreuses angoisses.

Prenant place à l'intérieur d'un dispositif où la dimension sociale de la citoyenneté se trouve de fait arrimée au Marché intérieur, l'octroi de la libre circulation aux inactifs sans ressources change radicalement la donne et modifie l'attitude des États membres. Dans le schéma initial de la libre circulation offerte aux seuls travailleurs, l'État d'accueil voyait son ouverture directement compensée par une contribution à sa croissance économique et une participation au financement de ses services sociaux. Quelque chose comme un jeu donnant-donnant se mettait en place, rappelant, si besoin était, que le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et migrants européens s'appliquait aux seules dimensions européanisées de la vie nationale. Dans le nouveau schéma de la libre circulation ouverte aux inactifs et aux personnes sans ressources, l'État d'accueil ne retire pas d'avantages économiques directs et se voit subrepticement déporté du terrain de l'assurance vers celui de l'assistance. La citoyenneté de l'Union donne accès à des prestations sociales non-contributives qui, de son point de vue, ont

⁴³ CJCE, 12 sept. 2002, *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department* [aff. C-413/99]. Nous suivons l'interprétation de Loïc Azoulai (L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne... », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué. Chemins d'Europe, op. cit.*, p. 5).

⁴⁴ « Le traité sur l'Union européenne, écrit la Cour, n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité professionnelle, salariée ou indépendante, pour jouir des droits prévus dans la deuxième partie du traité CE, relative à la citoyenneté de l'Union. » (CJCE, 2002, *Baumbast* [aff. C-413/99], pt 83). L'arrêt précise que les limitations étatiques en matière de citoyenneté doivent être interprétées de manière stricte et faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

⁴⁵ S'agissant des étudiants : CJCE, 2001, *Grzelczyk* [aff. C-184/99] et CJCE, Gr. ch., 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar c. London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills* [aff. C-209/03]. S'agissant des chômeurs : CJCE, 2004, *Collins* [aff. C-138/02] et CJCE, 15 sept. 2005, *Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis* [aff. C-258/04]. S'agissant des personnes sans ressources suffisantes : CJCE, Gr. ch., 7 sept. 2004, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles* [aff. C-456/02]. Autant d'arrêts essentiels dans la construction jurisprudentielle de la dimension dite sociale de la citoyenneté européenne, lesquels font apparaître son lien intime avec le principe de non-discrimination. On peut ajouter l'arrêt *D'Hoop*, rendu dans la même période, sur lequel nous reviendrons plus bas (CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi* [aff. C-224/98]).

cette spécificité par rapport aux autres droits – les droits contributifs – de comporter des implications budgétaires pour les finances nationales⁴⁶. En d'autres termes, les droits de la citoyenneté européenne font peser sur les États membres des contraintes sociales sans véritable garantie de contrepartie économique⁴⁷. Aussi, de plus en plus habitués à penser leur participation à l'intégration européenne en termes de charges induites et de bénéfices retirés, les États membres vont avoir tendance à réintroduire, sans les assumer comme telles, des formes de conditionnalité à l'accès aux prestations sociales offertes par leur système de solidarité.

Encore faut-il préciser que tous les États membres ne sont pas affectés de la même manière par les effets de la citoyenneté sociale européenne. S'ils présentaient un certain degré d'homogénéité au début du processus d'intégration, les systèmes nationaux de solidarité ont connu un accroissement mécanique de leurs divergences au fil des élargissements successifs de l'Union⁴⁸. Qu'il suffise, par exemple, de considérer la grande distinction entre les systèmes relevant du modèle bismarckien et ceux relevant du modèle beveridgien⁴⁹. La condition de nationalité (en tant que critère d'éligibilité aux droits sociaux) n'ayant pas le même statut dans l'un cas et l'autre cas, les réactions ne peuvent être tout à fait les mêmes face à l'arrivée de ressortissants inactifs venus des autres États membres.

Pendant que la dynamique de la citoyenneté européenne et ses implications en matière sociale font apparaître combien il est difficile de dissocier les aspects économiques et les aspects non économiques de la liberté des personnes, le droit de l'Union continue structurellement de reposer sur un découplage entre la sphère sociale et la sphère économique, entre les politiques sociales et les politiques économiques. Les grandes libertés économiques ont été européanisées dans le cadre du Marché intérieur ; la protection sociale et le droit du travail, en revanche, continuent de relever du niveau national. Aussi, dans la mesure où les libertés économiques ont été fondamentalisées à l'échelle européenne au point de revêtir une dignité

⁴⁶ Implications *immédiatement* perceptibles, faut-il préciser, car, à bien y réfléchir, tous les droits supposent, pour leur garantie, des implications budgétaires, ne serait-ce que pour financer l'entretien d'un cadre institutionnel et juridique. C'est ici un angle mort théorique persistant de la perception classique opposant la structure des droits fondamentaux de la première génération (les droits libéraux qui appelleraient une abstention de la puissance publique) à celle des droits fondamentaux de la deuxième génération (les droits sociaux qui appelleraient une intervention de la puissance publique).

⁴⁷ On ne saurait par ailleurs oublier que les citoyens européens inactifs en situation d'extranéité dans l'Union sont aussi consommateurs et donc des contributeurs fiscaux dans leur État d'accueil.

⁴⁸ L'inertie des concepts est ici en adéquation avec l'inertie des pratiques. Si l'on peine à penser une solidarité sociale qui dépasse les frontières de l'État, ce n'est pas par nationalisme méthodologique, c'est parce que les mécanismes de solidarité ont historiquement pris corps au sein des États et participent d'une certaine culture politique (voir J.-Cl. BARBIER, *La Longue marche vers l'Europe sociale*, Paris, PUF, 2008).

⁴⁹ Voir G. ESPING-ANDERSEN, *Les Trois mondes de l'État-providence*, trad. F.-X. Merrien, Paris, PUF, 2007 [1990].

constitutionnelle⁵⁰, le logiciel du Marché unique tend, potentiellement, à faire apparaître les mécanismes nationaux de solidarité comme autant d'entraves à la libre circulation des personnes⁵¹. Bien sûr un rattrapage social a-t-il été tenté, mais il a pour l'essentiel échoué et n'a, en tout cas, pas remis en cause l'asymétrie structurelle entre la dimension transnationale du Marché commun et la dimension nationale des États-providence.

La mise en concurrence des États membres

L'examen de cette dissociation entre les sphères économique et sociale fait apparaître une tension souvent occultée, et pourtant évidente, opposant mobilité transnationale et solidarité sociale⁵². D'un côté, le projet économique de la mobilité transnationale qui passe par la reconnaissance de droits subjectifs au bénéfice des individus. De l'autre, la mise en place d'un dispositif institutionnel de solidarité qui suppose la définition et le respect d'obligations collectives. Si cette tension entre mobilité transnationale et solidarité sociale est souvent occultée, c'est tout simplement parce qu'on tend à oublier la différence de principe entre assurance et assistance ainsi qu'entre prestations contributives et prestations non-contributives. Tant que la libre circulation ne bénéficie qu'à des personnes économiquement actives ou à des personnes qui ne sollicitent pas le système de solidarité de leur État d'accueil, aucun problème majeur ne se pose, aucun problème en tout cas que ne saurait résoudre le mécanisme européen de coordination prévu à cet effet (voir *supra*). Il n'en va plus de même à partir du moment où la libre circulation bénéficie également aux personnes impécunieuses. En effet, la réalisation du projet de mobilité intra-européenne exige dès lors l'appui d'un dispositif de solidarité – dispositif de solidarité totalement inexistant au niveau européen, car institutionnalisé au seul niveau national⁵³.

Ce découplage entre la constitution économique et la constitution sociale résulte à la fois d'une résistance et d'une croyance. Résistance culturelle des traditions nationales d'une part : chaque État est évidemment attaché à son système social et fiscal qui se situe au cœur névralgique du lien démocratique et national. Quand bien même la fonction de la citoyenneté européenne est aussi d'inciter les Européens à s'ouvrir aux choix démocratiques des autres États membres, il est difficile de considérer cette résistance

⁵⁰ Voir J. BARROCHE, « Une succession de traités peut-elle tenir lieu de Constitution ? », in C. JOUIN (dir.), *La Constitution matérielle de l'Europe*, *op. cit.*

⁵¹ L'analyse des effets de cette dissociation entre constitution économique et constitution sociale est au cœur des travaux de Fritz Scharpf et de Christian Joerges (F.W. SCHARPF, « The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity », *Journal of Common Market Studies*, n° 40, 2002, p. 645-670 ; Ch. JOERGES, « Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozess? Ein melancholischer Rückblick », in G. BRÜGGE-MEIER (dir.), *Liber Amicorum Eike Schmidt*, Heidelberg, Müller, 2005, p. 187-222).

⁵² Voir S. BARBOU DES PLACES, « Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union : des affinités électives ? », in Ch. BOUTAYEB (dir.), *La Solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011, p. 217-244.

⁵³ Le lien entre État et solidarité (tout comme celui entre État et démocratie) n'est évidemment pas ontologique, mais son caractère historique ne dispense pas de s'interroger sur le cadre dans lequel peut se réaliser la solidarité : ce cadre ne doit-il pas prendre la forme nécessaire d'une communauté politique ?

comme tout à fait illégitime⁵⁴. Croyance fonctionnaliste dans les vertus intrinsèques du marché d'autre part : on a cru, non sans sincérité, que l'intégration sociale suivrait logiquement et naturellement l'intégration économique, que la résorption des inégalités procéderait de la prospérité générale induite par le libre-échange et la concurrence non faussée. Or, une communauté d'intérêts économiques favorisant la mobilité ne débouche pas nécessairement sur un espace de solidarité. Pire, en l'absence d'harmonisation européenne, c'est la compétition normative et fiscale entre les États membres qui prévaut : une concurrence entre États membres qui avance sous la bannière d'un principe en apparence bienveillant – sorte d'équivalent de la reconnaissance mutuelle appliqué à la matière sociale (voir *infra*) –, et une tendance structurelle au nivellement par le bas qui fait office de politique européenne. On ne saurait plus ignorer cette réalité économique : dès lors que les capitaux sont totalement libres, les systèmes nationaux de protection sociale et de redistribution fiscale se trouvent fatalement exposés et les États incités à s'aligner sur les standards les moins protecteurs, les moins exigeants, bref les plus rentables.

La croyance étant décidément l'un des principaux ressorts de la construction européenne, on a un temps pensé que la concurrence normative entre États pourrait être bénéfique, que la ruse (néo-)libérale opérerait et finirait par accoucher de ce que les Européens se révélaient incapables de décider ensemble⁵⁵. Le moins que l'on puisse dire est que les espérances quasi providentielles placées dans cette mise en concurrence des régimes sociaux et fiscaux ont été déçues. Les États n'ont en rien été poussés à étendre les avantages sociaux offerts par leur fiscalité et leur système de solidarité pour rester attractifs aux yeux de leurs propres ressortissants (éviter leur départ) ou le devenir aux yeux des autres citoyens européens (les attirer sur leur sol). C'est bien l'inverse qui s'est produit, alimentant à la fois une vision de l'attractivité essentiellement tournée vers les entreprises et leur course à la compétitivité et une vision de la mobilité des individus dictée par la recherche des meilleurs avantages au meilleur prix. Confrontés au nouvel environnement créé tant par la mobilité des capitaux que par le dernier élargis-

⁵⁴ Avec Fritz Scharpf, on peut raisonner à cet égard en termes de « diversité légitime » (F.W. SCHARPF, « La diversité légitime : un nouveau défi de l'intégration européenne », trad. B. Poncharal, *Revue française de science politique*, vol. 52, n^{os} 5-6, 2002, p. 609-639). Plus récemment, dans le même sens, voir Ch. JOERGES, « Will the Welfare State Survive European Integration? On the Exhaustion of the Legal Conceptualisations of the Integration Project from the Foundational Period and the Search for a New Paradigm », *European Journal of Social Law*, n^o 1, 2011, p. 375-390.

⁵⁵ Dans son maître-ouvrage sur la construction européenne, Jean-Marc Ferry, qui peut difficilement passer pour un partisan dogmatique du marché, semblait par exemple promouvoir une forme de concurrence entre les différents systèmes politiques et sociaux des États membres – une concurrence de bon aloi, pourrait-on dire, qu'il considérait alors comme une saine émulation (J.-M. FERRY, *La Question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000, p. 111-112). Mais, depuis l'élargissement de 2004 et l'échec, l'année suivante, du projet de traité de constitutionnel, il est devenu difficile de se revendiquer d'un quelconque modèle de « fédéralisme concurrentiel » (J.-M. FERRY, *La République crépusculaire. Comprendre le projet européen in sensu cosmopolitico*, Paris, Cerf, 2010, p. 126 ; J.-M. FERRY, « Fédéralisme ou cosmopolitisme : quel principe politique pour l'Union européenne ? », in M. FÆSSEL et L. LOURME (dir.), *Cosmopolitisme et démocratie*, Paris, PUF, 2016, p. 31).

sement, les États ont le plus souvent choisi d'adapter leur politique fiscale en réduisant les charges sur les bases d'imposition mobiles et en les concentrant sur les bases non mobiles (la consommation en particulier). *Dumping* social et délocalisation d'un côté : le déphasage entre les volets économique et social de l'intégration européenne a suscité à la fois de nombreuses craintes de *dumping* social et une angoisse persistante de délocalisation des activités économiques soumises au jeu de la compétitivité comparative. « Tourisme social » de l'autre : quand bien même l'expression, épistémologiquement douteuse, renvoie pour l'essentiel à un fantasme (voir *supra*), on reste en droit de s'interroger sur la philosophie profonde d'un dispositif qui tend à entériner des comportements individuels mus par l'utilitarisme le plus consumériste. N'est-il pas difficile, dans ces conditions, de parler de citoyenneté « sociale » ?

Loin de nous, pour autant, la mauvaise intention d'insinuer l'idée qu'il y aurait ici à l'œuvre, dans cette face inversée de la ruse néolibérale décrite plus haut, un quelconque projet conscient de lui-même, au sens d'une stratégie intentionnelle et préméditée, ourdie par les élites européennes. Nul complot à débusquer, mais des effets de système non maîtrisés et non anticipés comme tels à reconstituer.

La fameuse jurisprudence *Viking-Laval* constitue l'expression exemplaire de cette mise en concurrence des États⁵⁶. En l'espèce, la Cour de justice conteste de fait aux États membres le droit d'imposer des normes sociales aux entreprises européennes opérant sur leur sol. Quand bien même une inflexion a pu être introduite depuis, les solutions posées par cette jurisprudence ne manquent pas d'interroger sur la consistance – et l'ambition – sociale de la citoyenneté européenne. Aux termes de l'arrêt *Viking*, c'est la libre prestation de service qui prévaut sur le droit de grève ; avec l'arrêt *Laval*, c'est au tour de la liberté d'établissement d'une entreprise de l'emporter sur les conventions collectives nationales. Dans les deux cas, en définitive, le juge se contente d'un raisonnement abstrait là où par ailleurs il est capable de se montrer très soucieux des situations concrètes ; il se borne à concilier dans l'absolu la liberté économique, celle de l'entrepreneur, et les droits sociaux, ceux des travailleurs, sans du tout prendre en considération la réalité empirique du contexte soumis à son appréciation, à savoir l'asymétrie fondamentale de situation entre les parties en litige⁵⁷.

Bien sûr la Cour (ré-)affirme-t-elle par ailleurs avec solennité des principes généreux – et généraux – dont elle ne fait pas application en l'espèce : elle se réfère précisément au traité de Lisbonne en invoquant un horizon de « progrès social » ainsi que la fameuse perspective d'une « égalisation dans

⁵⁶ CJCE, Gr. ch., 11 déc. 2007, *Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti* [aff. C-438/05] ; CJCE, Gr. ch., 18 déc. 2007, *Laval un Partneri Ltd* [aff. C-341/05]. Il faut également ajouter l'arrêt *Rüffert* : CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen* [aff. C-346/06].

⁵⁷ Voir L. AZOULAI, « L'autonomie de l'individu et la question du statut », in C. KESSEDIAN (dir.), *Autonomie du droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2013, p. 187-205, ici p. 198.

le progrès⁵⁸ ». Mais il y a tout lieu de penser que l’hyperbole de la fondamentalité n’est ici qu’un subterfuge compensatoire. On voit en tout cas, de manière particulièrement exemplaire, les limites criantes d’un recours à la logique, froide et mécanique, des seuls droits fondamentaux⁵⁹ : visant l’article 28 de la charte de Nice, la Cour érige le droit de grève en principe général du droit de l’Union et le qualifie de droit fondamental, non sans rappeler au passage que ce droit, aussi fondamental soit-il, ne saurait se prévaloir d’aucune absoluité. Rien de surprenant jusque-là. Dans les deux cas d’espèce, néanmoins, la logique des droits fondamentaux, en quelque sorte livrée à elle-même, joue en faveur de la seule intégration économique : la Cour considère tout simplement que le recours à l’action collective ne saurait venir limiter l’exercice des libertés économiques du marché⁶⁰. On pourra nous rétorquer, sur le registre de la technique juridique, que la reconnaissance du caractère fondamental du droit de grève par le droit de l’Union n’implique pas que ce dernier doive respecter son exercice transnational. Soit. Mais l’enjeu est plus profond encore : en invoquant le principe de proportionnalité comme elle le fait⁶¹, la Cour de justice sort complètement de son rôle d’interprétation du droit de l’Union pour déterminer elle-même le bon équilibre entre les droits fondamentaux du Marché unique et le droit social propre à chaque État membre. Il ne s’agit pas, pour elle, de concilier deux niveaux d’exigence fondamentale, il s’agit de laisser subsister les exigences sociales si et seulement si les exigences économiques sont d’abord –

⁵⁸ CJCE, 2007, *Viking* [aff. C-438/05], pt 79 ; CJCE, 2007, *Laval* [aff. C-341/05], pt 105.

⁵⁹ Nous rejoignons plus généralement les nombreuses analyses critiques de la jurisprudence de la Cour qui, pointant son invocation mécanique et parfois aveugle de principes abstraits, invitent à considérer les situations concrètes où le droit européen a à s’appliquer dans le respect, espère-t-on, des principes de justice et de solidarité. Voir notamment A. WILLIAMS, « Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 29, n° 3, p. 549-577 ; F. DE WITTE, « Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts in Europe », *European Law Journal*, vol. 18, n° 5, 2012, p. 694-710 ; A. SANGIOVANNI, « Solidarity in the European Union », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, n° 2, 2013, p. 213-241.

⁶⁰ Pour une critique sans concession de cette jurisprudence, voir A. SUPLOT, « Le sommeil dogmatique européen », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2012, p. 185-198 ; R. SALAIS, *Le Viol d’Europe. Enquête sur la disparition d’une idée*, Paris, PUF, 2013, p. 335 *sqq.* Pour une lecture très empathique, voir M. ROUYER, « La moralité abjecte du besoin ? Du cosmopolitisme économique à la démocratie supranationale européenne », in M. ROUYER *e. a.* (dir.), *Regards sur le cosmopolitisme européen*, Bruxelles, Lang, 2011, p. 159-181 ; D. SARMIENTO, « La justice sociale dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2013, p. 39-59. Pour une approche plus nuancée mais critique, voir Pierre RODIÈRE, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 44, n° 1, 2008, p. 47-66 ; « Actualité des solidarités sociales en droit européen », in A. SUPLOT (dir.), *La Solidarité*, *op. cit.*, p. 333 *sqq.* ; Ch. JOERGES et F. RÖDL, « Das soziale Defizit des europäischen Integrationsprojekts. Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem “sozialen Defizit” des Integrationsprojekts », *Kritische Justiz*, vol. 41, n° 2, 2008, p. 149-165 ; Ch. JOERGES, « Rechtstaat and Social Europe: How a Classical Tension Resurfaces in the European Integration Process », *Comparative Sociology*, n° 9, 2010, p. 65-85, ici p. 75 *sqq.*

⁶¹ Est en effet prôné un exercice « proportionné » du droit de grève (CJCE, 2007, *Viking* [aff. C-438/05], pt. 46).

et prioritairement – remplies. Toujours suspect de constituer une entrave perturbatrice ou une gêne malencontreuse, le droit social se trouve de fait pensé sur le mode de l'exception aux libertés économiques. À bien lire le raisonnement des juges, les syndicats de travailleurs viennent significativement occuper la place en principe assignée à l'État, soumis aux obligations de respecter les libertés de circuler, tandis que l'employeur se trouve consacré à la place de l'individu, et donc protégé dans ses droits ainsi sanctuarisés. On défend l'employeur face au syndicat comme on défend l'individu face à l'État⁶². Est-il besoin d'insister davantage sur les impensés d'un tel raisonnement ? À suivre cette pente, ne prend-on pas le risque de considérer toute forme de protection comme potentiellement anticoncurrentielle – au point de voir dans les droits fondamentaux, dans leur exercice concret, des barrières au Marché intérieur ?

Cette jurisprudence a pu être présentée comme une conséquence assez normale de l'élargissement de 2004. On a ainsi considéré qu'en s'ouvrant à l'Est la vieille Europe faisait en quelque sorte œuvre de justice sociale⁶³, plus encore que d'histoire. Il n'est pas sûr, cependant, que les nouveaux États membres puissent trouver une quelconque perspective de progrès dans la régression du modèle social de leurs partenaires occidentaux.

2. LA FAUTE DES ÉTATS ?

Faut-il vraiment s'en remettre à la présentation routinière des choses, propagée par une certaine doctrine juridique, qui tend à opposer, d'un côté, la générosité de la Cour de justice et, de l'autre, la mauvaise volonté des États membres devant les exigences d'une solidarité européenne ? Évitions ici de passer d'une simplification à une autre ; et contentons-nous de retracer les étapes qui ont conduit à l'établissement de cette grille de lecture, ne serait-ce que pour en démontrer les angles morts. Portée par le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, la dynamique d'extension progressive du cercle des bénéficiaires de la libre circulation et la densification des droits qui y sont attachés ont répondu à une logique d'engrenage fonctionnaliste, laquelle se heurte aujourd'hui aux réticences des peuples. La Cour a ni plus ni moins voulu se comporter comme une Cour constitu-

⁶² Il faut retourner quelques années en arrière, juste avant le grand élargissement, pour constater que nous avons affaire ici moins à un tournant qu'à une confirmation-amplification. Dans son arrêt *Schmidberger* rendu en 2003, la Cour avait interprété l'abstention des autorités autrichiennes face au blocage d'un pont par des associations de défense de l'environnement (dans le cadre d'une manifestation dûment autorisée) comme une mesure équivalant à une restriction quantitative incompatible avec le principe de libre circulation des marchandises invoquée par l'entreprise de transport requérante (CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* [aff. C-112/00]). Elle donnait par là la priorité à l'exercice des libertés économiques en n'hésitant pas à taire le conflit pourtant manifeste avec la protection des libertés d'expression et de réunion (garanties par les articles 10 et 11 de la convention européenne des droits de l'homme et désormais incluses dans la charte des droits fondamentaux de l'Union).

⁶³ Pour une telle approche (tendant à mettre en cause les soi-disant privilèges des travailleurs de l'Ouest), voir D. KUKOVEC, « Taking Change Seriously: The Rhetoric of Justice and the Reproduction of the *Statu Quo* », in D. KOCHENOV *e. a.* (dir.), *Europe's Justice Deficit?*, *op. cit.*, p. 319-336.

tionnelle fédérale, mais sans évaluer le prix démocratique de sa politique jurisprudentielle. Or, en s'en remettant à une définition subjective des droits sociaux, elle a non seulement érudé l'enjeu de la concurrence normative entre les États membres, mais aussi mis à mal la structure fédérale – à deux niveaux (au moins) – de l'Union⁶⁴. Avec le coût que l'on sait : la mécanique de développement de la citoyenneté européenne revêt cette particularité d'avoir totalement ignoré le principe du choix démocratique des règles collectives. Comme si le critère de sélection des bonnes règles devait désormais résider dans les mains – ou plutôt dans les pieds ! – des agents mobiles, individus ou entreprises, à la recherche des conditions juridiques les plus attractives ; comme si les préférences exprimées par les agents économiques quand ils s'établissent sur le territoire d'un État devaient l'emporter sur les préférences exprimées dans le cadre des procédures démocratiques nationales.

Une ambivalence créatrice : limites des États, contre-limites de la Cour

On l'a dit, les contraintes de l'eupéanisation sont apparues au grand jour sur fond d'élargissement à l'Est et de crise financière chronique des États sociaux. Face aux préoccupations aussi bien des gouvernements nationaux que des contribuables⁶⁵, le législateur européen a voulu poser des limites à l'exercice de la libre circulation en visant principalement les citoyens de l'Union sans ressources désireux de faire usage de leur droit de mobilité intra-européenne. Ces limites s'expriment en particulier dans la directive 2004/38, dite « droit de séjour », dont la philosophie est clairement restrictive⁶⁶. On y présume en effet que le citoyen de l'Union ayant exercé son droit à la mobilité transnationale au sein de l'Union représente une « charge déraisonnable » pour la société d'accueil dès lors qu'il est sans ressources⁶⁷. Il doit, autrement dit, disposer de moyens financiers suffisants pour subvenir à ses besoins et contribuer à la couverture des risques qu'il encourt dans sa société d'accueil de manière à ne pas exposer cette dernière à une charge excessive.

On présente classiquement cette disposition comme une riposte étatique à la dénationalisation jurisprudentielle du bénéfice de la solidarité. Une telle interprétation est en partie vraie, mais elle est incomplète au sens où elle pourrait finalement faire croire à la réintroduction généralisée d'une forme

⁶⁴ Si l'on veut bien définir la forme fédérative à la manière d'Olivier Beaud, à savoir comme une forme politique mettant en rapport, d'abord et avant tout, des entités politiques préexistantes – des États – avant, éventuellement, d'établir un rapport direct avec les individus (O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007 ; « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 16, n^{os} 1-4, 2004, p. 16-26).

⁶⁵ Craignant un dérèglement des dispositifs de solidarité occasionné par la généralisation de comportements utilitaristes d'individus mus par la perspective d'accéder aux services sociaux de l'État d'accueil.

⁶⁶ Relevons que la directive 2004/38 a été adoptée deux jours avant le grand élargissement.

⁶⁷ Tout en rendant évidemment possible la levée de cette présomption. La directive prévoit que le citoyen exerçant son droit à la mobilité transnationale au sein de l'Union ne doit pas, selon l'expression consacrée, représenter une « charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil » (*Directive 2004/38/CE*, art. 14 § 1).

de conditionnalité dans l'exercice du droit de circulation. Tel n'est pas le cas : rappelons que le dispositif n'a jamais cessé de reposer sur un principe de conditionnalité et qu'à aucun moment la consécration de la notion de citoyenneté en droit de l'Union n'a fait de ce statut un statut égalitaire, quand bien même elle tend à nourrir cet horizon d'attente (voir *infra*). Derrière la citoyenneté européenne se loge en réalité une multiplicité de régimes fort hétérogènes qui organisent un système différencié d'accès à des droits conditionnés. Disons, pour l'essentiel, que la directive 2004/38 se contente de rassembler le droit applicable dans un document unique aux fins de le rendre plus lisible : elle systématise un dispositif de différenciation en le ramenant à trois hypothèses simples (court séjour inférieur à trois mois, long séjour supérieur à cinq ans, hypothèse intermédiaire du séjour compris entre trois mois et cinq ans)⁶⁸ ; elle reprend les limites classiques au droit de circulation (raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique) et codifie les principaux apports de la jurisprudence.

Pour autant, la directive ne fait pas que codifier les solutions préalablement posées par la Cour de justice. En établissant un dispositif progressif fondé en priorité sur la durée du séjour, le législateur nourrissait également l'ambition de contrer certains aspects de l'approche extensive des juges, accusée d'alimenter les comportements de tourisme social. Les États membres, soucieux de faire valoir le principe d'une ouverture sélective aux avantages de la solidarité sociale, ont défendu l'idée d'une conception qualitative de la résidence en mettant à l'honneur le critère du « lien réel » ou du « degré d'intégration⁶⁹ ». C'est à cette fin que, s'agissant des citoyens de

⁶⁸ 1° Jusqu'à trois mois, le séjour n'est soumis à aucune condition (sauf la possession d'un passeport ou d'une carte d'identité en cours de validité), mais ce droit au séjour reste valable tant que le migrant qui s'en prévaut ne devient pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État d'accueil. Dans la mesure où aucune condition de ressources économiques n'est exigée, l'État d'accueil ne peut se voir obligé d'assurer le bénéfice de ses aides sociales au citoyen européen. 2° Le statut de citoyen de longue durée constitue le principal apport de la directive (art. 16). Au bout de cinq ans de séjour régulier dans l'État d'accueil, le citoyen européen ainsi que les membres de sa famille acquièrent un droit de séjour permanent, libéré de toute conditionnalité économique ; ce qui ne signifie pas, cependant, que toute conditionnalité soit exclue. S'ils séjournent depuis plus de cinq ans sur le territoire d'un État, les citoyens européens en situation d'extranéité dans l'Union peuvent en effet bénéficier des mêmes droits que les nationaux de l'État en question – y compris, évidemment, des mêmes droits sociaux. Pour autant, là est la limite de la comparaison avec les nationaux, ils peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement (ordre public, sécurité publique), ils ne peuvent voter aux élections politiques ni occuper certains emplois dans la fonction publique de l'État d'accueil. Précisons enfin qu'une absence de deux ans dans l'État d'accueil fait perdre le droit d'y exercer un séjour permanent. 3° Pour ce qui est du séjour d'une durée de trois mois à cinq ans, il faut distinguer entre le statut des travailleurs et celui des personnes économiquement non actives. Le citoyen européen non actif ne peut exercer son droit au libre séjour que s'il dispose de ressources suffisantes garantissant à l'État d'accueil qu'il ne deviendra pas une charge pour son système d'assistance sociale ; ce qui signifie que les États peuvent invoquer leurs intérêts légitimes pour déroger au principe de l'égalité de traitement.

⁶⁹ Voir S. BARBOU DES PLACES, « The Integrated Person in EU Law », in L. AZOULAI *e. a.* (dir.), *Constructing the Person in EU Law*, Oxford, Hart, 2016, p. 180-202.

l'Union inactifs, la directive conditionne le bénéfice des prestations sociales à l'intégration préalable dans la société d'accueil⁷⁰.

Il reste qu'en invoquant les critères du « lien réel » et du « degré d'intégration », le législateur s'en remettait à des catégories qui avaient initialement été posées par la Cour et se rendait ainsi dépendant de sa jurisprudence. De nombreux malentendus ont pu en découler. Du point de vue des États, l'argument du lien réel constitue une limite à l'accès aux droits sociaux et peut aller jusqu'à justifier des pratiques indirectement discriminatoires dans l'octroi de certaines prestations sociales (voir *infra*). Du point de vue de la Cour de justice, le lien réel doit avant tout jouer le rôle d'une « contre-limite » au pouvoir de dérogation des États membres⁷¹, à savoir un moyen de défendre les droits des citoyens de l'Union lorsque les juges ont à se prononcer sur l'intensité et la qualité de leur intégration dans la société d'accueil. C'est bien en lui donnant cette fonction précise – de rappel à l'ordre en quelque sorte – qu'ils l'ont dégagé en 2002⁷², avant que les États membres ne l'invoquent à leur tour sans pour autant le nommer *expressis verbis*, préférant se limiter au critère négatif de l'absence de charge déraisonnable. Bien sûr, depuis l'entrée en vigueur de la directive de 2004, la Cour ne remet-elle pas ouvertement en cause les limites posées par les États, mais, en cohérence avec sa tradition de contrôle de proportionnalité⁷³, elle ne s'en est pas moins attachée, d'une part, à neutraliser le potentiel négatif du critère du lien réel et, d'autre part, à conditionner très strictement les limites invoquées par les États membres. De là une inversion de la charge de la preuve, particulièrement perceptible dans l'arrêt *Collins* : c'est à l'État de justifier la validité d'une dérogation (qui doit être circonstanciée et propor-

⁷⁰ Ce qui confère une importance particulière à la durée du séjour et à son mode de calcul.

⁷¹ L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne... », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*. *Chemins d'Europe*, *op. cit.*, p. 18.

⁷² La jurisprudence sur le « lien réel » a été ouverte avec l'arrêt *D'Hoop* : « il est légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné » (CJCE, 2002, *D'Hoop* [aff. C-224/98]). Relevons que le critère du lien réel apparaît pour la première fois sous la plume du juge pour traiter d'un contentieux très spécifique : la Cour fait jouer la citoyenneté de l'Union non pas contre l'État d'accueil mais contre l'État d'origine de l'intéressée. Le critère du « lien réel » a ensuite été confirmé notamment par l'arrêt *Collins* (CJCE, 2004, *Collins* [aff. C-138/02]) puis complété et enrichi par celui du « degré d'intégration » (CJUE, 2005, *Bidar* [aff. C-209/3] ; CJCE, Gr. ch., 18 nov. 2008, *Jacqueline Förster c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* [aff. C-158/07]). Les deux formules tendent à s'équivaloir mais prennent place dans des contentieux matériellement distincts. Les allocations de recherche d'emploi et les allocations de chômage pour le « lien réel » (lien réel avec le marché de l'emploi) : outre les arrêts *D'Hoop* et *Collins*, citons CJCE, 2005, *Ioannidis* [aff. C-258/04] ; CJCE, Gr. ch., 18 juillet 2006, *Gerald De Cuyper c. Office national de l'emploi* [aff. C-406/04] ; CJCE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras et Josif Koupatantze c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900* [aff. jointes C-22/08 et C-23/08]. Les prêts ou bourses octroyés aux étudiants pour le « degré d'intégration » (intégration dans la société d'accueil) : arrêts *Bidar* et *Förster*.

⁷³ En tant que technique d'encadrement des justifications étatiques, le critère du lien réel peut en effet s'interpréter comme un enrichissement de son contrôle de proportionnalité. Il en constitue, en quelque sorte, une énième traduction dans le domaine spécifique de la citoyenneté sociale.

tionnée) et non à l'individu de faire apparaître son lien réel avec la société d'accueil.

Si, à travers l'adoption de la directive 2004/38, le législateur nourrissait l'ambition de contrecarrer l'approche extensive de la jurisprudence, force est de constater que la Cour de justice a maintenu assez fermement sa position. Qu'il suffise de mentionner l'arrêt *Trojani*, rendu quelques mois seulement après l'adoption de la directive, ou encore l'arrêt *Vatsouras*. Dans la première affaire, les juges se sont empressés de poser une interprétation souple et constructive de la notion de « ressources suffisantes⁷⁴ ». Une fois admis au séjour, disent-ils, aucune condition de ressources ne peut plus être opposée à un citoyen qui demande le versement d'une allocation de subsistance. Dans la seconde affaire, la Cour va même jusqu'à donner une interprétation contre-intuitive de l'article 24 § 2 de la directive 2004/38, lequel permet en principe à l'État d'accueil de refuser l'octroi de prestations d'assistance sociale tant que le citoyen de l'Union, entré sur son territoire en qualité de demandeur d'emploi, poursuit sa recherche d'emploi. La Cour décide en effet que les citoyens de l'Union en quête de travail en dehors de leur État d'origine sont en droit de bénéficier des prestations de recherche d'emploi dans les mêmes conditions que les nationaux⁷⁵.

La jurisprudence *Dano*, que nous évoquions plus haut, vient en partie rompre avec cette solution et se conformer davantage aux dispositions de l'article 24 § 2⁷⁶. C'est bel et bien à la lumière de la directive 2004/38, expression de la volonté du législateur européen, que le juge y apprécie la régularité du séjour. L'intéressée ne peut invoquer la directive pour bénéficier du droit de séjour dans la mesure où elle ne dispose pas de ressources suffisantes. On peut bien mettre la directive en porte-à-faux avec les traités eux-mêmes de manière à faire apparaître un revirement de la Cour, mais il convient alors de s'interroger sur la légitimité des interprétations jurisprudentielles du droit primaire qui font fi du droit dérivé de niveau législatif. La jurisprudence *Dano* se contente en quelque sorte de préciser deux règles

⁷⁴ « [S]i les États membres, écrit la Cour, peuvent conditionner le séjour d'un citoyen de l'Union économiquement non actif à la disponibilité de ressources suffisantes, il n'en découle pas pour autant qu'une telle personne ne peut pas bénéficier, pendant son séjour légal dans l'État membre d'accueil, du principe fondamental relatif à l'égalité de traitement tel que consacré à l'article 12 CE » (CJCE, 2004, *Trojani* [aff. C-456/02], pt 40). Pour une critique, voir notamment K. HAILBRONNER, « Union Citizenship and Access to Social Benefits », *Common Market Law Review*, n° 42, 2005, p. 1245-1267.

⁷⁵ CJCE, 2009, *Vatsouras* [aff. C-22/08]. En insistant sur la nécessité d'un traitement individuel et casuistique, la Cour se donne les moyens de contourner les effets d'une application à ses yeux trop stricte de la directive 2004/38.

⁷⁶ CJUE, 2014, *Dano* [aff. C-333/13]. Précisons, d'une part, qu'il est question, dans cette affaire, d'une prestation à caractère non-contributif, c'est-à-dire d'une prestation relevant de l'assistance (et non de la sécurité sociale). Précisons, d'autre part, que l'intéressée n'a jamais travaillé et qu'elle n'a pas pu faire la démonstration qu'elle était en recherche d'emploi. Notons, enfin, que la jurisprudence *Dano* renoue en partie avec l'arrêt *Förster* CJCE, 2008, *Förster* [aff. C-158/07]. Contre l'avis de son avocat général, la Cour semblait alors vouloir épouser la volonté du législateur européen telle qu'exprimée à l'article 24 § 2 de la directive 2004/38. Mais les juges sont immédiatement revenus sur cette position dans l'arrêt *Vatsouras* (voir *supra*).

strictes⁷⁷ : 1^o entre trois mois et cinq ans, la régularité du séjour est subordonnée à une condition de ressources ; 2^o pendant les trois premiers mois de présence sur son territoire, l'État peut refuser l'octroi d'une prestation sociale. Ce qui est regrettable en l'espèce, ce n'est pas tant le rappel de ces règles que le contexte de crise multiforme dans lequel il intervient. Pour le reste, la Cour, comme elle le fait régulièrement, a tout simplement saisi l'opportunité de ces cas idoines pour donner des gages aux États – au Royaume-Uni en premier lieu, alors en plein débat sur le *Brexit*⁷⁸ – de manière à sauver l'essentiel. Avec le succès que l'on sait.

Quoiqu'il en soit de l'interprétation de la jurisprudence récente de la Cour, relevons ce paradoxe qui place la citoyenneté de l'Union en contradiction totale avec ses propres fondements juridiques : les États ne pouvant évidemment refuser à leurs nationaux l'octroi d'une prestation sociale sur le fondement d'un lien réel insuffisant, ils sont de fait autorisés à réintroduire des formes de discrimination qui, par la force des choses, favorisent les ressortissants de leur nationalité⁷⁹. Tout se passe en définitive comme si on reformulait la condition de nationalité dans un langage économique, censément neutre et impartial, de manière à la rendre compatible avec les règles du Marché intérieur, mais cette opération se fait au prix d'une conception pour le moins appauvrie et étroite de la citoyenneté. L'appartenance sociale est évaluée à partir de considérations strictement économiques sans aucune prise en compte de la dimension politique, la discrimination en raison de la nationalité étatique devant en quelque sorte laisser place à la discrimination en raison de la rationalité économique. Ainsi interprété, le critère du lien réel vient combler un double vide : celui créé par le tabou de la nationalité étatique⁸⁰, et celui provoqué par la secondarisation de l'activité économique (le travail ne devant plus, en tant que tel, conditionner l'accès aux prestations sociales dans la société d'accueil).

Le tour jurisprudentiel pris par le développement de la citoyenneté sociale européenne nourrit, on le voit, des effets profondément délétères, dans la mesure où le bénéfice des prestations sociales est ouvert sur la base d'une définition exclusivement subjective des droits. La Cour de justice protège des libertés individuelles sans considérer l'enjeu de leur exercice dans un cadre collectif autre que celui du Marché intérieur. À aucun moment, la citoyenneté européenne ne renvoie à une autodétermination collective ni à une

⁷⁷ CJUE, 2015, *Alimanovic* [aff. C-67/14] ; CJUE, 2016, *Garcia-Nieto* [aff. C-299/14]. Dans les deux cas, la Cour de justice donne raison à l'Allemagne en considérant que l'affiliation à la sécurité sociale est subordonnée à la régularité du séjour. Dans l'arrêt *Garcia-Nieto*, la Cour juge, plus particulièrement, que le refus d'octroyer une prestation sociale pendant les trois premiers mois de présence sur son territoire ne présuppose pas d'examen individuel de la part de l'État.

⁷⁸ CJUE, 2016, *Commission c. Royaume-Uni* [aff. C-308/14].

⁷⁹ C'est là une manière d'infléchir la dynamique des discriminations à rebours (voir *infra*).

⁸⁰ Ce que nous appelons ici « tabou de la nationalité » n'est que l'expression d'une tension fondamentale : la citoyenneté européenne dépend de la nationalité des États (elle se construit à partir d'elle), mais l'Union est portée par un projet de dépassement des États (et donc de leur nationalité).

intégration politique. Aussi, ne participant pas au choix des règles collectives auxquelles ils sont soumis, les migrants européens bénéficiaires de droits sociaux sont en quelque sorte réduits à un statut passif. Ils se voient imposer des normes, fût-ce pour en bénéficier financièrement, sans avoir les moyens d'y consentir ni de les remettre en cause⁸¹. Faut-il dès lors considérer que l'autonomie privée peut se concevoir indépendamment de l'autonomie publique, les droits subjectifs indépendamment de la liberté politique⁸² ? Les États doivent-ils se limiter à un rôle de prestataire de services ? Sont-ils totalement illégitimes à mettre en place des politiques sociales à destination prioritaire – si ce n'est exclusive – de leurs propres nationaux ? Ne sont-ils pas fondés à exiger autre chose qu'un lien accidentel pour engager un financement public⁸³ ? Bref, la vie politique peut-elle échapper à un principe de clôture, que ce soit dans l'organisation de la démocratie ou dans celle de la justice sociale ? Certes, depuis l'arrêt *Martinez Sala*, la jurisprudence de la Cour a-t-elle pu contribuer à améliorer le sort individuel de tel ou tel sur le plan humain, mais, faute d'intégrer un raisonnement collectif de long terme et tout entière à son projet de traquer les formes les plus subtiles de discriminations nationales, le droit de l'Union n'est pas devenu plus social pour autant⁸⁴.

Un cocktail détonnant : entrave, discrimination, reconnaissance mutuelle

Nous l'avons dit, la mise en concurrence normative des États n'a pas nécessairement été le fait d'une stratégie ; elle n'en procède pas moins d'un dispositif global dont le levier a principalement été actionné par la Cour de justice dans sa mise en œuvre des libertés économiques de circulation. La trame de ce dispositif a d'ores et déjà commencé à apparaître dans les lignes qui précèdent. Nous voudrions ici systématiser la réflexion en remontant jusqu'aux grands principes recteurs du droit de l'Union : nous intéressent plus particulièrement les structures juridiques par lesquelles il s'est déployé, dans la mesure où elles constituent une clef essentielle pour décoder la situation actuelle de la citoyenneté européenne⁸⁵.

⁸¹ Voir R. BELLAMY, « The Liberty of the Moderns: Market Freedom and Democracy within the European Union », *Global Constitutionalism*, vol. 1, n° 1, 2012, p. 141-172.

⁸² À définir les droits fondamentaux de manière unilatéralement subjective, on oublie l'implication réciproque ou la présupposition mutuelle – la co-originarité dit Jürgen Habermas – des droits de l'homme et de la souveraineté démocratique (J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* [1992], trad. R. Rochlitz, C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, en part. chap. III, p. 99-149).

⁸³ Bien sûr tout lien politique se révèle-t-il finalement accidentel et contingent, mais la question est alors de déterminer la place ou la part réservée à l'élément de volonté dans sa définition. Redisons-le, contester que le principe de clôture d'une communauté politique puisse être national ne saurait épuiser le problème, car l'enjeu fondamental est de savoir si vivre politiquement ne suppose pas de vivre au sein d'une communauté politique.

⁸⁴ Voir A.J. MENÉNDEZ, « European Citizenship after *Martinez Sala* and *Baumbast*: Has European Law Become More Human but Less Social? », in L. AZOULAI et M. POAIRES MADURO (dir.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford, Hart, 2010, p. 363-392.

⁸⁵ « La violation des droits du citoyen européen, écrit Anastasia Iliopoulou, va porter l'habillage conceptuel des notions établies dans le cadre du marché intérieur : discrimination, restriction injustifiée ou disproportionnée, entrave » (A. ILIOPOULOU, « Entrave et ci-

On peut résumer le processus à l'œuvre en disant que l'essentiel s'est joué dans une sorte de dialogue entre deux séries de principes fondamentaux qui ont trouvé à conjuguer leurs effets. Les notions d'entrave et de mesure discriminatoire d'une part, au travers desquelles il est principalement question d'un enjeu de définition mais aussi de délimitation du champ d'application du droit de l'Union (qu'est-ce qu'une entrave à la liberté de circuler ? qu'est-ce qu'une discrimination ?). Les principes de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle d'autre part, qui placent quant à eux l'enjeu au niveau de la marge de manœuvre laissée au juge pour encadrer les justifications étatiques (voir *supra*), c'est-à-dire pour contrôler les motifs par lesquels les États cherchent à justifier des restrictions aux libertés économiques consacrées dans le droit primaire. L'identification précise de l'itinéraire de la politique juridique qui aura conduit à la domination sans partage des libertés économiques suppose notamment de faire apparaître en quoi l'application du principe de reconnaissance mutuelle a de fait abouti à une mise en concurrence généralisée des États membres. Encore faut-il dûment circonscrire ce que nous entendons par reconnaissance mutuelle : moins un principe juridique qu'une philosophie globale qui est venue redéfinir à la fois l'entrave et la discrimination. Ou, pour être plus précis sur les dynamiques en jeu : non seulement l'entrave a redéfini la discrimination, mais la reconnaissance mutuelle a redéfini l'entrave, le tout selon une logique d'extension continue du champ d'application matériel des traités.

Un bref repérage historique s'avère ici indispensable. On le sait, le dispositif initial des libertés économiques de circulation a prioritairement été pensé à partir du cas des marchandises. C'est une fois installé sur ses rails et assuré dans ses appuis qu'il a ensuite été appliqué aux autres libertés, celle des personnes (des travailleurs aux citoyens, en passant par les diplômés et les autres qualifications professionnelles), celle des services et celle des capitaux. Il importe tout d'abord, à la lumière de ce laboratoire que constitue la liberté de circulation des marchandises, de comprendre en quoi, rigoureusement considérées, les notions d'entrave et de mesure discriminatoire ne remplissent pas les mêmes fonctions juridiques. La catégorie de l'entrave vise tout obstacle protectionniste⁸⁶, pendant que celle de non-discrimination est de portée plus réduite : elle vise en priorité les discriminations en raison de la nationalité⁸⁷. Il importe ensuite de contextualiser ces catégories. À l'origine, le principe de non-discrimination selon la nationalité ne s'adossait

toyenneté de l'Union », in L. AZOULAI (dir.), *L'Entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 191-223, ici p. 192). Voir aussi L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », in L. AZOULAI (dir.), *L'Entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1-22 ; L. AZOULAI, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, vol. 25, n° 4, 2011, p. 543-557.

⁸⁶ À travers l'élimination des entraves à la libre circulation des marchandises, il s'agit d'abattre l'ensemble des obstacles aux échanges intra-communautaires de produits – sans considération du caractère discriminatoire de ces obstacles (droits de douane, restrictions quantitatives aux échanges, mesures d'effet équivalent, obstacles persistants).

⁸⁷ Son impact s'entend *a priori* de manière plus étroite : la violation du principe de non-discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations non comparables. Autrement dit, pour établir une discrimination, un test d'équivalence et donc une comparaison des situations doivent au préalable avoir été pratiqués.

pas à une logique purement instrumentale tendue vers des impératifs strictement économiques. Les modalités de son application au cas des travailleurs en témoignent et permettent de comprendre en quoi il répondait aussi, et peut-être surtout, à un impératif d'égalisation des conditions⁸⁸. Force est de constater que le principe de non-discrimination a, depuis, totalement changé de logique. On peut dire qu'il a été revu et corrigé par la notion d'entrave, laquelle a par ailleurs reçu une définition spécialement inflationniste. Aux yeux des juges, toujours soucieux de se réserver une importante marge d'interprétation, la discrimination ne s'est pas limitée à la seule la discrimination directe, elle est aussi devenue la discrimination indirecte : « [L]es règles d'égalité de traitement, affirment-ils, prohibent non seulement les discrimination ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent, en fait, au même résultat⁸⁹ ». Définition on ne peut plus fonctionnelle : le fameux arrêt *Dassonville* en témoigne⁹⁰, la même méthode sera pratiquée en matière d'entrave au point, d'ailleurs, de brouiller les frontières entre les deux catégories de discrimination indirecte et d'entrave non-discriminatoire. Constitue une entrave toute mesure de nature à gêner le commerce intracommunautaire indépendamment de l'identification d'un but protectionniste⁹¹. Les entraves ne sont donc pas nécessairement discriminatoires, doit-on comprendre : même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, une mesure est susceptible de gêner l'exercice des libertés économiques fondamentales garanties par le traité⁹². Dans la plus pure logique fonctionnaliste, on s'intéresse au résultat : par application d'autres critères de distinction que celui de la nationalité, les entraves non-discriminatoires aboutissent au même résultat que des entraves discriminatoires ; elles constituent donc des entraves dissimulées qu'il s'agit d'éliminer. La Cour de justice et la Commission sauront utilement mettre à profit cette arme imparable : leur action de concert permettra une application systématique de la libre circulation en dehors de toute hypothèse de discrimination.

La rencontre entre les notions d'entrave et de discrimination a produit un cocktail détonnant, duquel la première est très nettement sortie victorieuse. La discrimination s'est trouvée en quelque sorte éclipsée par l'entrave. Il faudra attendre la consécration de la citoyenneté de l'Union dans le droit primaire pour que la non-discrimination retrouve une certaine autonomie formelle. Encore doit-on redire combien, sur le fond, la non-

⁸⁸ Bien sûr l'application du principe de non-discrimination devait-elle servir la création du Marché commun ; elle en était l'une des pièces maîtresses. Mais on ne saurait oublier que les États membres, au moment de la signature du traité de Paris, avaient explicitement choisi de neutraliser les effets de l'avantage comparatif de la main-d'œuvre italienne (celle-ci ne devait-elle pas être rémunérée au même prix que la main d'œuvre des États d'accueil ?) (voir *supra*).

⁸⁹ CJCE, 12 fév. 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost* [aff. 152/73].

⁹⁰ CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville* [aff. 8/74].

⁹¹ Nous allons voir que le critère de la gêne procède en grande partie de la philosophie de la reconnaissance mutuelle.

⁹² Voir CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg* [aff. C-19/92].

discrimination a entre-temps été de bout en bout reformatée par la philosophie de l'entrave. C'est aussi ce reformatage conceptuel, pensons-nous, qui permet de comprendre pourquoi la non-discrimination a pris une telle place en droit de l'Union, bien au-delà du seul enjeu de la nationalité (voir *infra*).

Formellement dégagé par l'arrêt *Cassis de Dijon*⁹³, le principe de reconnaissance mutuelle intervient précisément dans ce contexte où il s'est agi de traquer toutes les entraves, qu'elles soient ou non discriminatoires⁹⁴. L'entrave n'a pas seulement redéfini la discrimination ; la reconnaissance mutuelle a également redéfini l'entrave. Ou disons plutôt qu'elle est venue lui conférer un support supplémentaire de légitimation. Les circonstances de l'apparition du principe de reconnaissance mutuelle sont bien connues : l'objectif d'une harmonisation normative totale se révélant inatteignable, la Commission emboîte le pas de la Cour et, dès 1980, endosse explicitement le mot d'ordre de la reconnaissance mutuelle⁹⁵. En revanche, on oublie souvent qu'avec cette « nouvelle approche », alternative à l'harmonisation centralisée, ce n'est pas tant l'ambition ultime qui change que la méthode adoptée : il s'agit évidemment de lever les barrières réglementaires induites par les différentes normes techniques relatives à la dénomination, la composition, le conditionnement, l'étiquetage des produits, mais aussi, et plus fondamentalement, « tout obstacle à la circulation intracommunautaire résultant des disparités entre législations nationales⁹⁶ ». En parlant ici de reconnaissance mutuelle, répétons-le, nous visons moins le principe prétorien tel qu'il a été posé par la Cour puis repris par la Commission et le Conseil que le nouvel *ethos* de l'intégration dont il a été la figure de proue⁹⁷. Aussi, que l'application du principe de reconnaissance mutuelle entendu au sens strict ait en définitive rencontré un succès limité⁹⁸, vite appelé à être dépassé à la faveur de l'achèvement du Marché unique⁹⁹, n'invalide en rien cette clef de lecture. Bien au contraire, la notion de reconnaissance mutuelle a cristallisé

⁹³ CJCE, 29 fév. 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [aff. 120/78].

⁹⁴ Au prétexte que les avancées du Marché commun conduisaient les États membres à recréer, et même à multiplier, de nouvelles entraves au libre-échange intracommunautaire.

⁹⁵ Commission, *Communication interprétative sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon)*, 3 oct. 1980.

⁹⁶ CJCE, 1979, *Cassis de Dijon* [aff. 120/78], pt 8.

⁹⁷ Voir W. STREECK, « Vom Binnenmarkt zum Bundestaat? Überlegungen zur politischen Ökonomie der europäischen Sozialpolitik », in S. LEIBFRIED et P. PIERSON (dir.), *Standort Europa. Sozialpolitik zwischen Nationalstaat und europäischer Integration*, Francfort, Suhrkamp, 1998, p. 369-421, ici p. 374 *sqq.*

⁹⁸ L'harmonisation des règles relatives aux seules « exigences essentielles » (protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement et des consommateurs), *via* de la réunion de comités techniques de normalisation, n'a pas été spécialement plus concluante que l'harmonisation totale produit par produit.

⁹⁹ Tel que prévu par l'Acte unique, l'achèvement du Marché intérieur repose sur le retour à une logique d'harmonisation centralisée. Ce retour à la centralisation a pu être efficace (c'est-à-dire ne pas se heurter aux blocages qui l'avaient plus ou moins neutralisée dans la période antérieure) en raison de nouvelles modalités de vote au sein du Conseil : l'article 95 TCE permettait désormais que les décisions impliquées par la réalisation du Marché unique soient prises à la majorité qualifiée.

toute une philosophie de l'intégration qui ne s'est pas essoufflée depuis et qui a même, pour tout dire, trouvé son terrain d'élection dans des matières intéressantes au premier chef la dimension sociale de la citoyenneté européenne¹⁰⁰.

Sur le terrain de la technique juridique, cette philosophie de la reconnaissance mutuelle a fortement contribué à densifier la notion d'entrave non-discriminatoire en faisant émerger le critère de la gêne¹⁰¹. On ne saurait souligner assez la portée considérable de ce critère : il y a gêne, en effet, dès lors qu'un produit conforme à une réglementation du pays d'origine doit s'adapter à une norme différente telle qu'elle prévaut dans le pays de commercialisation. Autrement dit, chaque État membre doit accepter l'entrée sur son territoire de produits légalement fabriqués dans tout autre État membre, quand bien même ces produits sont soumis à des règles différentes de celles prescrites par sa propre législation. Considéré depuis le point de vue de la Cour, le principe de reconnaissance mutuelle vient considérablement enrichir son contrôle de proportionnalité : l'accès des produits importés au marché national ne peut être légitimement interdit que si la réglementation en cause est nécessaire et proportionnée, c'est-à-dire appropriée et non excessive, pour atteindre un but d'intérêt général digne d'être protégé (protection des consommateurs, santé publique, environnement, etc.)¹⁰². En s'intéressant moins aux conséquences de l'action protectionniste des États (au protectionnisme déguisé) qu'à un état objectif de diversité normative, la Cour mais aussi la Commission ont de fait été conduites à débusquer des entraves dans les moindres recoins des réglementations nationales¹⁰³.

¹⁰⁰ Une lecture rétrospective peut d'ailleurs permettre d'identifier une forme de reconnaissance mutuelle avant la lettre (voir Commission, *Directive 70/50/CEE portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE*, 22 décembre 1969). Par ailleurs, quand bien même il en revient à une méthode d'harmonisation centralisée pour l'achèvement du Marché intérieur, l'Acte unique consacre également le principe de reconnaissance mutuelle. Il suffit à cet égard de se reporter au Livre blanc qui a lancé le processus (Commission, *Livre blanc sur l'achèvement du Marché intérieur*, 14 juin 1985).

¹⁰¹ Le glissement s'est produit de manière subreptice et s'avère difficile à identifier. Il faut souligner que, dans les arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*, le langage de la discrimination reste très présent. En 1979, le juge n'utilise pas encore l'expression « applicable indistinctement » – critère de définition des mesures non-discriminatoires. C'est la jurisprudence ultérieure qui distinguera plus nettement les entraves discriminatoires des entraves non-discriminatoires. L'une des premières apparitions de la mention « applicable indistinctement » se trouve dans CJCE, 26 juin 1980, *Procédure pénale c. Herbert Gilli et Paul Andres* [aff. 788/79], pt 6.

¹⁰² Autrement dit, s'il parvient à faire valoir le caractère proportionné d'une mesure, l'État membre de destination peut exiger son respect par les produits et services provenant des autres États membres.

¹⁰³ Il faut préciser que les États membres restent libres de maintenir leur réglementation à partir du moment où elle ne s'applique qu'aux seuls produits nationaux. L'obligation d'acceptation que le principe de reconnaissance mutuelle fait peser sur les États ne concerne que les produits légalement fabriqués dans d'autres États. Un tel procédé organise donc une concurrence ultimement arbitrée par le consommateur : c'est à lui qu'il revient en définitive de faire son choix.

Un dispositif mécaniquement appliqué aux personnes et aux citoyens

Une fois close la période d'achèvement du Marché unique, on a pu observer un recentrage de l'entrave autour de la notion de discrimination¹⁰⁴. Mais il ne s'agissait-là, en définitive, que d'une parenthèse qui sera pour l'essentiel refermée en 2009¹⁰⁵. La notion d'entrave, retravaillée par la reconnaissance mutuelle, est encore une fois sortie victorieuse. À partir du début des années 1990, elle a progressivement été appliquée à l'ensemble des autres libertés de circulation. Qu'il s'agisse de la libre prestation de services, de la liberté d'établissement, de la liberté des travailleurs, de la liberté des capitaux ou de la liberté des citoyens, toutes ont été concernées par cet impérialisme de l'entrave revue et corrigée à l'aune de la reconnaissance mutuelle¹⁰⁶. Au motif d'empêcher la moindre résurgence d'une quelconque restriction aux libertés économiques, les législations sociales et le droit du travail des États de même que les services d'intérêt général et le droit fiscal ont été indistinctement perçus sur le mode de l'entrave. Or, dès lors que l'on passe des marchandises aux personnes (travailleurs puis citoyens) et aux services, on change totalement de logique et les coûts démocratiques du processus ne peuvent plus être éludés. À cet égard, le cas des services, tout particulièrement celui des services d'intérêt général, se signale de lui-même : parce qu'elle comprend notamment un test d'équivalence, au moyen duquel la Cour évalue le degré de diversité des législations nationales pour écarter les règles qui, à ses yeux, ajoutent des charges inutiles¹⁰⁷,

¹⁰⁴ Ce recentrage est particulièrement perceptible dans l'arrêt *Keck et Mithouard* (CJCE, 24 nov. 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard* [aff. jointes C-267/91 et C-268/91]).

¹⁰⁵ En 2009, les arrêts *Remorques italiennes* et *Jetskis suédois* renouent avec une définition large de la notion d'entrave, cette fois-ci axée autour du critère de l'accès au marché – notion d'accès dont on verra qu'elle joue un rôle important en matière de citoyenneté. Dans son appréhension du critère de l'accès, cette jurisprudence de 2009 mêle assez confusément les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle (CJCE, Gr. ch., 10 février 2009, *Commission c. Italie* [aff. C-110/05] ; CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos* [aff. C-142/05]).

¹⁰⁶ 1° S'agissant de la libre prestation de services : CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd* [aff. C-76/90] ; CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e. a. c. Commissariaat voor de Media* [aff. C-288/89]. 2° S'agissant de la liberté d'établissement : CJCE, 7 mai 1991, *Irène Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg* [aff. C-340/89] ; CJCE, 30 nov. 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [aff. C-55/94] ; CJCE, Gr. ch., 5 oct. 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie* [aff. C-442/02]. 3° S'agissant de la liberté des travailleurs : CJCE, 15 déc. 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman* [aff. C-415/93] ; CJCE, 23 mai 1996, *John O'Flynn c. Adjudication Officer* [aff. C-237/94]. 4° S'agissant de la liberté des capitaux : CJCE, 14 déc. 1995, *Procédure pénale c. Lucas Emilio Sanz de Lera* [aff. C-163/94] ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal* [aff. C-367/98] ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France* [aff. 483/99]. 5° S'agissant de la liberté des citoyens : la jurisprudence sur le nom de famille est ici exemplaire quand bien même on ne trouve pas de référence expresse à la reconnaissance mutuelle dans les arrêts en question (voir *infra*).

¹⁰⁷ La mesure en litige doit être propre à réaliser le but poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir CJCE, 1995, *Gebhard* [aff. C-55/94]). On con-

l'application de la reconnaissance mutuelle aux services déploie d'importantes conséquences en matière de citoyenneté et soulève des enjeux autrement plus importants que ceux suscités par son application aux biens. En matière de services, il ne s'agit plus d'établir des équivalences entre des mesures nationales protégeant, par exemple, la sécurité, la santé, l'environnement ou les consommateurs. Il s'agit d'établir des équivalences entre des mesures beaucoup plus complexes et sensibles qui touchent bien souvent à l'identité culturelle et politique des États.

Dans les tout premiers moments de sa jurisprudence sur la citoyenneté sociale, la Cour axait son argumentaire sur le principe de non-discrimination à raison de la nationalité¹⁰⁸. Puis, à partir de l'arrêt *D'Hoop* (quand bien même des sinuosités sont tout à fait perceptibles ensuite), elle s'écarte significativement d'une interprétation stricte de ce principe pour appliquer telles quelles ses recettes éprouvées dans le cadre du Marché intérieur¹⁰⁹ : lutter contre tous les obstacles à la libre circulation, y compris quand la nationalité n'est pas du tout concernée¹¹⁰. La citoyenneté sociale a ainsi subi la même évolution que le reste de la jurisprudence de la Cour : la marginalisation de la nationalité comme critère de discrimination a libéré la voie à la logique sans frein de l'entrave non-discriminatoire. Encore faut-il rappeler la distinction entre le sort réservé aux travailleurs et celui réservé aux inactifs. Tabou de la nationalité oblige, hybridation des catégories aidant, la logique de l'entrave non-discriminatoire aboutit paradoxalement à recréer des discriminations indirectes. Il en résulte une zone grise, assez indéfinissable, dans laquelle peuvent être rassemblés l'ensemble des citoyens de l'Union inactifs ayant fait usage de leur droit de mobilité : d'une part, leur accès aux avantages sociaux dans l'État d'accueil est subordonné à une condition de résidence ; d'autre part, ils peuvent faire l'objet de mesures d'éloignement (auxquelles ne sont pas soumis les nationaux). Le paradoxe ne s'arrête pas là : les États ne sont pas simplement accusés de continuer à discriminer les ressortissants européens en raison de leur nationalité, ils sont également conduits à discriminer leurs propres nationaux¹¹¹.

naît les conséquences qui ont été tirées d'un tel raisonnement dans l'affaire *Laval* : soumettre une entreprise européenne non nationale à une mesure « indistinctement applicable » revient à la léser dans la mesure où elle ne se trouve pas dans la même situation que les entreprises nationales. En l'espèce, l'entreprise lettone opérant en Suède ne devait pas avoir à respecter à la fois le droit letton et le droit suédois, alors que les entreprises suédoises ne sont soumises qu'au seul droit suédois (CJCE, 2007, *Laval* [aff. C-341/05]).

¹⁰⁸ CJCE, 1998, *Martinez Sala* [aff. C-85/96] ; CJCE, 2001, *Grzelczyk* [aff. C-184/99].

¹⁰⁹ Moyennant l'invocation du critère du lien réel (voir *supra*).

¹¹⁰ CJCE, 2002, *D'Hoop* [aff. C-224/98] ; CJCE, Gr. ch., 23 oct. 2007, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln et Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren* [aff. jointes C-11/06 et C-12/06] ; CJCE, Gr. ch., 14 oct. 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul* [aff. C-353/06] ; CJCE, 2008, *Rüffert* [aff. C-346/06].

¹¹¹ Au prétexte d'éliminer des entraves, la logique de la reconnaissance mutuelle ne manque pas de produire des discriminations à rebours (voir *infra*) – les États étant de fait conduits, en son nom, à introduire dans leur réglementation des procédés de discrimination à l'égard de leurs ressortissants nationaux.

La citoyenneté ne change rien à ce dispositif général ; elle se contente finalement de dégager une nouvelle source de légitimation à l'application de la notion d'entrave et du principe de non-discrimination. On a certes pu dire que la citoyenneté de l'Union, auréolée de toute sa force symbolique, était venue donner une seconde vie au principe de non-discrimination alors qu'il avait auparavant été éclipsé par le recours généralisé à la catégorie de l'entrave. Nous avons vu ce qu'il en était en réalité. Il reste que cet arrimage juridique à la citoyenneté de l'Union vient signaler la mise en place d'un nouveau paradigme dont la vocation principale est de conférer une dignité de nature constitutionnelle à l'acquis jurisprudentiel. En se plaçant ainsi sous la bannière de la citoyenneté, le principe de non-discrimination s'extrait officiellement des limites matérielles définies par le droit originaire. En retour, la logique de la citoyenneté de l'Union se fait imparable : si des différences de traitement entre ressortissants européens ont beau être juridiquement inattaquables en droit de l'Union car situées en dehors du champ d'application matériel des traités, elles ne manquent pas simultanément de contrevenir à l'idée même de citoyenneté. Cet argument de la citoyenneté, typiquement fonctionnaliste, dispose par là d'une force de propulsion tout à fait considérable.

L'effet de cet arrimage pour le moins problématique aura donc été de fondamentaliser le principe de non-discrimination, de l'ériger au rang de droit fondamental du citoyen de l'Union et donc de lui octroyer un statut indiscutable. Certaines questions essentielles sont pour autant légitimes et autorisent à mettre en cause la politique jurisprudentielle suivie par la Cour. En adoptant le prisme négatif, censément neutre et indolore, de la non-discrimination, le droit de l'Union prétend préserver les spécificités de chaque système national de solidarité. Reste à savoir si la non-discrimination peut s'interpréter comme un simple principe formel, vide de tout contenu, donc sans effet sur les choix substantiels des États. Nous ne le pensons pas. Qu'il suffise de considérer le cas de la justice sociale : en tant que moyen de pallier l'absence d'une définition européenne unifiée de la justice sociale, il repose sur un implicite qui vient de fait consolider les situations acquises dans le cadre du marché, alors érigé en mode naturel de régulation. Ainsi, la question subsiste : en quoi les discriminations pratiquées sur critère économique (mérite économique, intégration sociale, réussite mesurée à travers la capacité à subvenir à ses besoins) devraient-elles être considérées comme plus légitimes que celles pratiquées en raison de la nationalité¹¹² ? L'impensé de la non-discrimination est en définitive de renvoyer à une situation par défaut, prétendument optimale, dans laquelle toutes les discriminations autres que celles en raison de la nationalité doivent être perçues comme naturelles¹¹³. Il faudrait dès lors se garder d'y introduire le moindre élément de perturbation¹¹⁴. Le combat contre le nationa-

¹¹² Comme l'écrit Alain Supiot avec ironie, le marché est la seule institution à exclure toutes les discriminations hormis celle de l'argent (A. SUPIOT, « Introduction », in A. SUPIOT (dir.), *La Solidarité*, op. cit., p. 15).

¹¹³ Voir M. UNGER, *Les Frontières de la justice sociale*, op. cit., en part. p. 410 sqq.

¹¹⁴ Toutes choses égales par ailleurs, cette mystique de la non-discrimination est finalement conçue sur le même mode que l'idéologie de la non-intervention de l'État dans l'économie

lisme étatique (spécialement contre sa variante économique : le protectionnisme) doit en quelque sorte se payer d'un prix non soumis à la discussion : s'en remettre au naturalisme économique ou à la naturalité du marché. Le nationalisme sous toutes ses formes, tel est bien, toujours et encore, l'ennemi à abattre – quitte à faire le lit du néolibéralisme¹¹⁵.

Bien plus, depuis que la citoyenneté européenne se donne une ambition sociale, la non-discrimination tend à ériger le marché lui-même en critère de définition de la justice, comme si l'accès au Marché intérieur constituait en tant que tel une modalité naturelle de réalisation de la justice sociale, comme si la Cour était légitime à arbitrer entre les législations nationales. On voit bien aujourd'hui les nombreux effets déstructurants, voire destructeurs, induits par cette naturalisation du fait accompli. Sous couvert de neutralité formelle, le droit de l'Union se contente d'entériner les situations existantes et de promouvoir une conception très rustique de la justice, une justice basée sur l'accès¹¹⁶.

L'arrimage de la non-discrimination à la citoyenneté européenne ne s'est pas arrêté là¹¹⁷. En se plaçant toujours plus sous la bannière de la citoyenneté, l'empire de la non-discrimination a pu s'étendre à de nombreux autres domaines : il y a longtemps déjà, à vrai dire, que le principe de non-discrimination ne se limite plus à la nationalité et au sexe, qu'il voisine avec l'idée d'une clause générale englobant l'âge, la religion, les convictions personnelles, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle¹¹⁸. Notre intention, évidemment, n'est pas de remettre en cause le bien-fondé de la lutte contre toutes ces discriminations illégales, elle est simplement de souligner le statut paradigmatique grâce auquel ledit principe en vient à ériger une séparation radicale entre deux séries de valeurs. D'un côté, les valeurs sociétales qui ne posent pas problème du point de vue des règles du Marché intérieur et qui, à

(voir J. BARROCHE, « État-Europe et retour : les impensés d'un rapport dialectique », *Incidence*, n° 10, 2014, p. 113-153, en part. p. 138 *sqq.*)

¹¹⁵ Autre critique que nous adressons à Catherine Colliot-Thélène (J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*).

¹¹⁶ Sur cette idée de justice basée sur l'accès, voir L. AZOULAI, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », art. cité ; H.-W. MICKLITZ, « Social Justice and Access Justice in Private Law », in H.-W. MICKLITZ (dir.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2011, en part. p. 3-43.

¹¹⁷ Voir A. ILIOPOULOU, « Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2011, p. 51-59, ici p. 58-59.

¹¹⁸ Voir, en particulier, deux directives adoptées en 2000 sur la base de l'article 13 TCE (introduit par le traité d'Amsterdam, devenu art. 19 TFUE) : Conseil, *Directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, 29 juin 2000 ; Conseil, *Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, 27 nov. 2000. À la faveur d'une sorte d'inversion de l'ordre des facteurs entre applicabilité et application, on en arrive à une situation où le principe de non-discrimination est appliqué à raison d'une présomption de violation. Or, la violation d'une règle ne peut logiquement être caractérisée que s'il est d'ores et déjà acquis que ladite règle est applicable dans le cas considéré.

ce titre, peuvent être intégrées au dispositif¹¹⁹. De l'autre, les principes sociaux qui posent potentiellement problème et tendent donc, malgré leur fondamentalisation, à être considérés sur le mode de l'anomalie : droit de grève, libertés syndicales, droit de négociation collective, etc. (voir *supra*). Il n'est pas interdit de voir là une déformation intellectuelle, de provenance néolibérale qui, sous couvert d'application du généreux principe de non-discrimination, conduit à passer l'ensemble des valeurs de la citoyenneté au crible du marché. Le citoyen ne serait-il invité à se désaliéner de son appartenance nationale que pour mieux se ré-aliéner au marché ?

La responsabilité politique non assumée de la Cour de justice

À la faveur de l'élargissement inconsidéré de la notion d'entrave que nous venons de décrire, à la faveur également d'un usage très orienté du principe de proportionnalité, les libertés économiques ont comme changé de signification ; d'axes directeurs du Marché intérieur, elles ont été transformées en critères constitutionnels dotés d'une autonomie et d'une fondamentalité telles qu'il n'a très vite plus été possible de les mettre en balance avec d'autres valeurs¹²⁰. On l'a vu, l'application de la libre circulation s'est progressivement détachée de la compréhension originelle du principe de non-discrimination, laquelle restait encore respectueuse des choix économiques et sociaux des États membres. Avec le projet du Marché unique et la fondamentalisation des libertés économiques qui en a procédé, les choix démocratiques propres à chaque État, en principe intervenus dans des domaines non européanisés, ont été insidieusement mis en concurrence. Tant qu'il s'agissait de bannir les discriminations en raison de la nationalité, la définition du contenu substantiel des libertés économiques continuait de résider dans les mains de chaque État membre (les libertés économiques étant, à l'échelle nationale, contrebalancées par d'autres droits fondamentaux). Mais à partir du moment où il s'est agi de bannir toutes les entraves aux échanges, y compris celles qui n'étaient pas discriminatoires, le contenu substantiel des libertés économiques, concurrence oblige, ne pouvait plus différer d'un État à l'autre. La Cour, armée d'un contrôle de proportionnalité particulièrement intrusif (voir *supra*), a pu systématiquement privilégier les libertés économiques.

Certes, en investissant la logique des droits fondamentaux et en arrimant la citoyenneté à l'Espace de liberté de sécurité et de justice (ELSJ), la Cour a-t-elle cherché à s'émanciper des schémas posés pour l'édification du Marché commun et à opérer un basculement du registre économique-fonctionnel

¹¹⁹ La politique conduite par la Commission en faveur de l'égalité entre hommes et femmes est exemplaire à cet égard. Cause consensuelle et non investie par les États, elle « correspondait, note Wolfgang Streeck, à un agenda libéral s'apparentant bien davantage à la réalisation qu'à la correction des mécanismes du marché » (W. STREECK, « Vom Binnenmarkt zum Bundestaat? », in S. LEIBFRIED et P. PIERSON (dir.), *Standort Europa, op. cit.*, p. 383). Pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour, voir, par exemple, CJCE, Gr. ch., 22 nov. 2004, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm* [aff. C-144/04] ; CJUE, Gr. ch., 19 janv. 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG* [aff. C-555/07].

¹²⁰ Voir A.J. MENÉNDEZ, « Which Citizenship? Whose Europe? The Many Paradoxes of European Citizenship », *German Law Journal*, vol. 15, n° 5, 2014, p. 907-933 ; « Who is the European Citizen? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté, op. cit.*

vers un registre politico-constitutionnel. Mais, d'un point vue structural – la densification sans limites du principe de non-discrimination en témoigne –, l'épanouissement des droits fondamentaux a de fait épousé la dogmatique du marché¹²¹. Sans verser dans un antilibéralisme épidermique de type schmittien¹²², on peut néanmoins aller jusqu'à dire que cette place donnée aux droits fondamentaux (ainsi conçus) par le dispositif européen accompagne les excès du marché, beaucoup plus qu'elle ne les limite. La prétention européenne à libérer les individus de toute allégeance trop exclusive à leur État national est-elle tenable, alors qu'elle ne semble régulée par aucun principe politique ? Attend-on que les liens politiques et sociaux défaits sur l'autel de l'europanisation soient recréés par le marché lui-même ?

En matière sociale comme sur le terrain de la vie démocratique, la dynamique d'europanisation tend bien davantage à détricoter les anciennes solidarités nationales qu'à en reconstituer de nouvelles au niveau européen. Et il ne semble pas que, livrés à eux-mêmes, les droits fondamentaux soient en mesure de recréer de véritables liens de solidarité compensateurs. Le pessimisme d'un tel diagnostic ne fait que décourager l'avenir, nous répondra-t-on. Mais peut-on vraiment construire sans passer par cet exercice de lucidité, aussi coûteux soit-il ? Nous le répétons : la lucidité oblige à signaler l'impasse dans laquelle la voie jurisprudentielle a placé la citoyenneté de l'Union. À aucun moment, le juge n'est amené à se poser la question du type de société auquel conduit sa politique jurisprudentielle. La structure même de son rôle est d'éliminer des entraves, de défendre des libertés négatives¹²³. Sauf à s'en remettre à l'avis d'une Cour politiquement irresponsable, au prétexte qu'il n'existerait pas d'autres projets pour l'Europe, on ne saurait se satisfaire d'une telle situation.

En se donnant pour mission quasi eschatologique de compenser les tares constitutives du processus législatif européen, les juges se sont en fait accordés le pouvoir d'arbitrer entre des règles démocratiquement posées par les États. La Cour de justice, au prétexte de défendre des droits individuels, peut-elle valablement juger de la valeur des choix politiques opérés par les institutions représentatives des États membres ? La question se pose. Non seulement s'érige-t-elle ainsi en une Cour constitutionnelle à compétence générale qui serait autorisée à subordonner les ordres juridiques nationaux,

¹²¹ Nous avouons sur ce point être justiciable d'une certaine critique contemporaine qui, par réaction aux thèses d'un adversaire un peu fantasmé, met en cause, globalement, « le procès des droits de l'homme », mais nous récusons toute idée de « scepticisme démocratique » (J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, *Le Procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016). Si, historiquement considérés, le marché et les droits de l'homme ont constitué deux des principaux moteurs de l'émancipation des individus, il aura tout de même fallu le vecteur historique de l'État pour rendre possible et catalyser le processus. Rien ne dit, d'ailleurs, que nous ne soyons pas aujourd'hui en présence de phénomènes multiformes de ré-aliénation de l'individu en raison même du déclin de l'État.

¹²² Nous faisons référence à la manière dont Carl Schmitt décrit la teneur antipolitique du libéralisme en stigmatisant ce qu'il appelle « la polarité éthique-économie » (C. SCHMITT, *La Notion de politique* [1932], trad. M.-L. Steinhauser, Paris, Flammarion, 1992, p. 114 sqq.).

¹²³ Voir F.W. SCHARPF, « The Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot Be a "Social Market Economy" », *Socio-Economic Review*, vol. 8, n° 2, 2010, p. 211-250.

mais, en organisant la concurrence normative des États, elle tend ni plus ni moins à s’octroyer un pouvoir de sélection du droit applicable et, par là, à aggraver le déficit démocratique de l’Union¹²⁴. Sa stratégie de constitutionnalisation de l’ordre juridique européen repose en effet sur une logique tronquée du constitutionnalisme – un constitutionnalisme hémiplogique, sans la démocratie – qui ne saurait ni se revendiquer de la tradition juridico-politique européenne ni se réclamer du précédent américain – ou bien alors faudrait-il oublier que le système politique des États-Unis ne prend sens qu’à l’intérieur d’une référence constante au principe de la souveraineté populaire.

À considérer ce système droit jurisprudentiel-marché transnational, tout se passe en définitive comme si on attendait de l’Union qu’elle produise un citoyen européen sur le mode de l’effet émergent¹²⁵. Mais le citoyen européen peut-il vraiment émerger comme une conséquence secondaire de l’intégration économique et de la constitutionnalisation jurisprudentielle de l’Union ? La logique de l’ordre spontané du marché peut-elle s’appliquer en matière de citoyenneté¹²⁶ ?

3. UN STATUT FONDAMENTAL ?

On l’a dit, le regroupement d’un corpus de règles éparses sous la bannière de la citoyenneté de l’Union n’aura pas suffi à faire émerger un statut unifié¹²⁷. Derrière le label commun – à prétention edificatrice – de la citoyenneté, il convient de distinguer une multiplicité de régimes juridiques et de situations catégorielles. À tel point qu’il est légitime de se demander si cette fragmentation ne contrevient pas au principe même de statut fonda-

¹²⁴ On peut ici se reporter aux derniers travaux de Dieter Grimm sur les coûts démocratiques de la constitutionnalisation de l’Union. Tel que porté par la Cour, ce processus de constitutionnalisation a conduit à immuniser la jurisprudence contre toute objection politique démocratiquement fondée (D. GRIMM, « Europa ja – aber welches? », *Merkur*, n° 787, 2014, p. 1045-1058 ; « The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case », *European Law Journal*, vol. 21, n° 4, 2015, p. 460-473 ; *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, Munich, Beck, 2016).

¹²⁵ Voir J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d’elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*

¹²⁶ À de nombreux égards, la politique européenne tend à se couler dans le moule du marché et à se penser comme lui sur le mode hayékien de l’ordre spontané (F.A. HAYEK, *Règles et ordre, Droit, législation et liberté* [1973], trad. R. Audouin et Ph. Nemo, Paris, PUF, 2007, vol. I, chap. 1-2 ; *Le Mirage de la justice sociale* [1976], *ibid.*, 2007, vol. II, chap. 10). Voir J. BARROCHE, « Une succession de traités peut-elle tenir lieu de Constitution ? », in C. JOUIN (dir.), *La Constitution matérielle de l’Europe*, *op. cit.* Dans le même sens, Ulrich Beck et Edgar Grande parlent de « politique des conséquences secondaires » et du caractère « non intentionnel de l’eupéanisation » (U. BECK et E. GRANDE, *Pour un Empire européen*, *op. cit.*, p. 56-57, p. 64).

¹²⁷ Comme l’écrit Ségolène Barbou des Places, « [i]l n’y a jamais eu, en droit de l’Union, un acte politique fondateur proclamant l’égalité de droit entre les membres d’une communauté nommée citoyenneté » (S. BARBOU DES PLACES, « La non-discrimination entre les Européens, horizon indépassable de la citoyenneté de l’Union », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La Non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 197-217).

mental, sauf, évidemment, à voir dans cette fundamentalité la marque d'un caractère « résiduel¹²⁸ ». Bien sûr la jurisprudence parle-t-elle d'une « vocation » du statut de citoyen de l'Union à devenir « le statut fondamental des ressortissants des États membres¹²⁹ ». Mais l'idée de vocation signifie précisément qu'il s'agit là d'une destination lointaine, d'une pierre d'attente, et non d'une quelconque qualification de la situation existante. Il faut donc aller plus loin : l'enjeu ne consiste pas à constater platement que la citoyenneté européenne ne répond pour l'heure à aucune définition égalitaire (personne ne conteste ce constat) ; il consiste à se demander si le droit de l'Union, tel qu'il existe aujourd'hui, est véritablement de nature à la faire advenir.

La persistance de la logique fonctionnaliste

Si la citoyenneté de l'Union au sens strict s'est de fait imposée comme le statut de référence à l'aune duquel l'ensemble des droits tirés de la libre circulation a été conçu, la citoyenneté européenne au sens large demeure une constellation juridique profondément fragmentée. À chaque fois qu'il y a eu égalisation des conditions par suppression des différences de traitement, celle-ci, engrenage fonctionnaliste oblige, est toujours intervenue de manière graduelle et progressive, catégorie par catégorie : travailleurs, membres de la famille, étudiants, inactifs, etc. ; et l'intervention homogénéisatrice du législateur n'a jamais réussi à gommer cet héritage. Tout comme le régime du droit de séjour, la citoyenneté sociale en témoigne de manière exemplaire, empreinte qu'elle demeure de bout en bout de cette logique catégorielle : l'accès à la solidarité de l'État membre d'accueil est modulé et différencié selon la catégorie à laquelle appartient l'intéressé.

De là les profonds décalages, à l'origine de nombreux malentendus, entre citoyenneté de l'Union et citoyenneté européenne. Par citoyenneté européenne, nous entendons ici l'ensemble des droits qui ont été dégagés par dérivation du statut de citoyen de l'Union. Comprenons tout simplement que ce dernier est venu s'ajouter à des catégories juridiques plus spécifiques déjà existantes et n'a d'ailleurs pas empêché que de nouvelles apparaissent. Ce sont précisément ces catégories spécifiques qui définissent encore, pour l'essentiel, l'accès aux droits attachés à la citoyenneté de l'Union. De manière générale, quatre situations principales peuvent être identifiées : travailleurs salariés ou non salariés, personnes professionnellement inactives, étudiants et bénéficiaires indirects (membres de la famille qui accompagnent ou rejoignent un citoyen de l'Union)¹³⁰. Le statut de citoyen européen est ré-

¹²⁸ L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne... », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué. Chemins d'Europe, op. cit.*, p. 7.

¹²⁹ La formule a été initiée par l'arrêt *Grzelczyk* : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » (CJCE, 2001, *Grzelczyk* [aff. C-184/99], pt 31) puis reprise, sous une forme amendée, par le législateur européen : « La citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des États membres » (*Directive 2004/38/CE*, cons. 3).

¹³⁰ Notons que, pour ces derniers, le principal critère déclenchant l'application des droits dérivés de la citoyenneté de l'Union n'est pas de posséder la nationalité d'un État membre, seul mode d'accès à la citoyenneté de l'Union au sens plein, mais d'être rattaché à un citoyen de l'Union par un lien familial. À ces différentes catégories, il faut ajouter le traite-

siduel au sens où il bénéficie uniquement aux ressortissants des États membres qui ne relèvent pas de l'une de ces quatre hypothèses. Où fondamentalité rime bel et bien avec résidualité. Quand bien même la citoyenneté européenne a réussi à s'émanciper de ses origines purement économiques, c'est le statut de travailleur, on le voit, bien plus que celui de citoyen qui reste la voie la plus aisée pour bénéficier des avantages offerts par le droit de l'Union (droit de séjour et droits sociaux). La directive 2004/38 est l'expression directe de cette philosophie : plus un citoyen européen se trouve proche de l'activité économique, ou plus il dispose de ressources suffisantes, plus son droit de séjour est facilement reconnu et plus ses droits sociaux sont étendus.

Par ailleurs, si la dynamique de la citoyenneté européenne a prioritairement été portée par le projet de bannir la catégorie de l'étranger dans les rapports intra-européens, elle n'est évidemment pas restée sans effet sur la situation des ressortissants des États tiers¹³¹. En raison de la présence d'importantes populations d'origine extra-européenne sur le territoire des États membres¹³², la philosophie de la citoyenneté de l'Union a dû essuyer un certain nombre de critiques, au premier rang desquelles celle de favoriser les migrants intra-européens au détriment des migrants extra-européens. L'Union européenne se fermerait dangereusement sur elle-même, a-t-on pu entendre ; elle s'édifierait en une sorte de forteresse imprenable sur le mode stato-national¹³³. Force est de constater que la critique a été prise au sérieux et que les différentes réponses juridiques apportées ont conduit à rehausser très sensiblement la situation des ressortissants des États tiers au point de la faire voisiner, elle aussi, avec celle d'un statut dérivé de la citoyenneté de l'Union. Disons, avec le recul, que la logique de cet élargissement procède en grande partie des incohérences de la citoyenneté de l'Union elle-même et, en premier lieu, de son déficit de détermination¹³⁴. En effet, à faire repo-

ment spécifique qui a été réservé aux ressortissants des États membres de l'Europe centrale et orientale. Sur les problèmes posés par les régimes dérogatoires qui leur ont été appliqués à titre transitoire (on peut également ajouter les régimes applicables aux territoires d'outre-mer), voir E. RIGO, « Citizenship at Europe's Borders. Some Reflections on the Post-colonial Condition of Europe in the Context of EU Enlargement », *Citizenship Studies*, vol. 9, n° 1, 2005, p. 3-22 ; T. PULLANO, *La Citoyenneté européenne. Un espace quasi étatique*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, en part. p. 111 *sqq.* ; « La citoyenneté européenne : les mesures transitoires concernant la libre circulation des travailleurs comme productrices de différences », *Droit et Société*, 2014, n° 86, p. 55-75.

¹³¹ Nous écartons ici le cas des ressortissants liés familialement à un citoyen de l'Union (leur rattachement à un citoyen de l'Union leur permet d'accéder à certains droits de la citoyenneté européenne, au premier rang desquels un droit de séjour dérivé) pour nous intéresser aux ressortissants des États tiers sans lien avec un citoyen de l'Union.

¹³² Populations le plus souvent liées au Vieux Continent par des liens hérités de l'histoire (notamment coloniale).

¹³³ Pour la formulation de cette critique dans la période post-maastrichtienne, voir É. BALIBAR, « L'Europe des citoyens », in O. LE COUR GRANDMAISON et C. WIHTOL DE WENDEN (dir.), *Les Étrangers dans la cité : expériences européennes*, Paris, La Découverte, 1993, p. 192-208 ; « Une citoyenneté européenne est-elle possible ? », in B. THÉRET (dir.), *L'État, la finance et le social. Souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 534-553.

¹³⁴ Voir J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*

ser la justification de l'octroi des droits de la citoyenneté européenne sur le critère de l'intégration économique et sociale, rien ne vient véritablement distinguer la situation des ressortissants européens de celle des ressortissants des États tiers. Faute de singularité européenne, ces derniers ont ainsi pu profiter de l'assouplissement de la condition de nationalité et accéder au bénéfice de certains droits attachés au statut de citoyen de l'Union¹³⁵.

La logique du statut fondamental n'entre pas seulement en tension avec le prisme catégoriel qui fragmente la citoyenneté européenne, elle vient également heurter de front le projet de mobilité transnationale qui l'a jusque-là portée. La citoyenneté de l'Union peut-elle continuer à être prioritairement produite par la circulation transfrontalière entre les États membres tout en faisant valoir une fondamentale digne de ce nom ? Les interprétations se révèlent très discordantes en la matière. Pour certains, malgré ses échappées en dehors du giron économique, la logique du droit de l'Union demeure très majoritairement fonctionnelle : il s'agit de valoriser, de favoriser, certaines situations – au premier rang desquelles la mobilité transnationale – eu égard aux objectifs de l'Union. Le ressortissant communautaire a beau ne plus être réduit à son statut d'opérateur économique, il n'en demeure pas moins considéré à travers le prisme de la circulation. Pour d'autres, on s'acheminerait au contraire vers un nouveau format de citoyenneté conférant une place centrale, sinon dominante, non plus à la circulation et à la mobilité mais à l'intégration (voir *supra*) et à la résidence (voir *infra*).

Avant de discuter plus avant cette thèse de l'émergence d'une citoyenneté de résidence, insistons d'abord sur la persistance de la matrice fonctionnaliste. Point de meilleur indice, ici, que les contours pour le moins inflationnistes qui ont été donnés à la notion de circulation en droit communautaire. À le considérer rigoureusement, le droit de l'Union ne devrait prendre en compte que les situations dites « purement internes¹³⁶ ». C'était sans compter le rôle créatif de la Cour : très vite, elle a en effet choisi d'interpréter de plus en plus soupagement l'élément transfrontalier. Les juges n'ont pas hésité, même en l'absence de tout élément d'extranéité, à présupposer une circulation virtuelle ou fictive de manière à pouvoir enclencher le plus largement possible l'application du droit européen. Aussi certains observateurs ont-ils pu soutenir que les citoyens européens étaient en réalité produits par la circulation et le déplacement. La question se pose assurément

¹³⁵ Précisons néanmoins que si les ressortissants des États tiers se voient appliquer certains droits dérivés du statut de citoyen européen, ils font aussi l'objet de dispositions issues de la politique d'immigration. Telle est la différence essentielle de leur condition juridique avec celle des citoyens de l'Union *stricto sensu*. Notons également que c'est, là encore, par étapes successives que le droit de l'Union a conduit les solidarités nationales à intégrer de nouveaux bénéficiaires : d'abord les ressortissants d'États tiers relevant d'un accord d'association ou de coopération, puis les ressortissants d'États tiers titulaires d'un titre de séjour régulier en situation de mobilité transnationale au sein de l'Union, enfin les ressortissants d'États tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre sans condition de mobilité intra-européenne.

¹³⁶ F. MARTUCCI, « Situations purement internes et libertés de circulation », in É. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'Unité des libertés de circulation*. In varietate concordia, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 43-104.

de savoir si les ressortissants des États membres ne faisant pas usage de leur liberté de circulation (c'est-à-dire l'écrasante majorité) sont de vrais citoyens européens. Une telle interprétation pèche vraisemblablement par excès, mais force est par ailleurs de constater que du fait de l'asymétrie juridique créée entre le mobile et le sédentaire comme de l'avantage conféré aux individus en situation d'exercer cette mobilité (c'est-à-dire en mesure de justifier de conditions de ressources suffisantes), les hypothèses de discrimination à rebours ont pu se multiplier à un rythme soutenu – et préoccupant¹³⁷.

« Discrimination à rebours » : la notion est très disputée. Sa pertinence en droit de l'Union demeure contestée au motif que l'identification d'une discrimination suppose nécessairement la mise en rapport de deux situations comparables. Or, il faut convenir que, dans le cas de la citoyenneté européenne, la situation d'un mobile et celle d'un sédentaire ne sont en rien comparables. Les bien mal nommées discriminations à rebours, doit-on comprendre, ne seraient rien de plus que la conséquence du caractère transnational du droit de l'Union. Celui-ci ne concernant pas les situations purement internes, il n'aurait pas de vocation générale s'appliquer¹³⁸, et les discriminations à rebours, en tant que situations purement internes, excèderaient son champ d'application. Comprendre : elles sont le prix à payer pour que le champ d'application matériel du droit de l'Union ne s'étende pas de manière indue. Soit. Reste que cette justification s'effondre dès lors qu'il est question, non plus seulement de libre circulation, mais de citoyenneté. Là encore, le heurt avec l'idée d'un statut égalitaire de citoyenneté se manifeste avec netteté. Certains citoyens de l'Union sont exclus du bénéfice de droits pourtant attachés à leur statut au seul motif qu'ils sont demeurés sédentaires. Un privilège est ainsi accordé au citoyen mobile par rapport au citoyen sédentaire¹³⁹. Pire : à la considérer dans toute sa subtilité, la mécanique des discriminations à rebours repose implicitement sur l'idée que la nationalité constitue une charge dont il conviendrait de se délester. Le national sédentaire se voit appliquer des contraintes étatiques pendant que le citoyen européen mobile est habilité par le droit de l'Union à les contourner. Peut-on légitimement pratiquer de telles discriminations en se fondant sur la notion de citoyenneté ? Justifiables, à la rigueur, lorsqu'il est question de construire un

¹³⁷ Inspirée par le droit anglo-saxon (*reverse discrimination*), la notion de discrimination à rebours renvoie aux situations dans lesquelles un État réserve à ses nationaux un traitement moins favorable que celui qu'il applique aux ressortissants des autres États membres de l'Union présents sur son territoire. Le raisonnement vaut pour l'ensemble des dimensions du Marché intérieur : non seulement les personnes, mais aussi les marchandises, les capitaux et les services.

¹³⁸ Pour une défense des discriminations à rebours dont la mécanique, en tant qu'effet induit et fortuit, serait tout simplement constitutive de la spécificité du droit de l'Union, voir M. GAUTIER, « Les discriminations à rebours, une espèce à protéger », in F. FINES *e. a.* (dir.), *La Non-discrimination entre les Européens*, *op. cit.*, p. 145-160.

¹³⁹ Celui-ci ne profite pas – si ce n'est de manière indirecte et non-consciente – des bienfaits du droit de l'Union (la citoyenneté européenne se réduit dans son cas à des avantages retirés en tant que consommateur), tout en ne manquant pas de subir, par ailleurs, les effets que ce droit contribue à produire dans l'ordre interne, spécialement les effets de la concurrence entre les différents systèmes de protection sociale et entre les appareils productifs des États membres (voir *supra*).

marché, les discriminations à rebours peuvent-elles continuer à l'être quand il s'agit d'édifier une citoyenneté ? Et leur diminution doit-elle nécessairement passer par une extension du champ d'application du droit de l'Union ?

On l'aura compris, l'enjeu principal réside ici dans la définition de l'élément transfrontalier. De deux choses l'une : soit le déplacement transfrontalier demeure une exigence indépassable pour appliquer le régime de la citoyenneté européenne, et il faut alors accepter les discriminations à rebours comme des dommages collatéraux, finalement négligeables au regard de l'objectif ultime à atteindre ; soit la lutte contre les discriminations à rebours devient une priorité assumée par le droit de l'Union, et celui-ci se trouve alors conduit à ne plus exiger d'élément transfrontalier pour déclencher l'application du régime de la citoyenneté européenne. Les évolutions de la jurisprudence de la Cour font apparaître en la matière de nombreuses hésitations qui viennent finalement révéler quelques-unes des ambivalences fondamentales du droit de l'Union.

Parmi les différentes hypothèses de discrimination à rebours, la jurisprudence relative à l'état civil des personnes est peut-être la plus exemplaire et la plus significative¹⁴⁰. Pensons en particulier au droit au double nom tel qu'il a été reconnu aux ressortissants binationaux citoyens de l'Union¹⁴¹. Toujours soucieuse de libérer l'individu de toute forme exclusive de rattachement étatique, la Cour a en effet contraint les États membres à reconnaître une situation de famille juridiquement constituée sur le territoire d'un autre État membre, en donnant la primauté au droit de l'individu sur le droit de l'État (ici l'État de reconnaissance). Le citoyen européen, faut-il comprendre, ne peut pas ne pas être assuré de la permanence de sa situation (ici son identité patronymique) ; il doit pouvoir disposer d'un statut unique à l'échelle de l'Union sans être entravé par des différences de législations civiles nationales¹⁴². Toujours cette même mystique de l'entrave reproduite en toute matière. Simple application au statut des personnes du principe de la reconnaissance mutuelle, dira-t-on : il convient, défend la Cour, que les situations individuelles issues de la mobilité transnationale soient dûment reconnues jusque dans leurs implications les plus quotidiennes et concrètes. Mais, parce qu'il s'agit de protéger les potentialités de l'avenir, cette mobilité transnationale pourra revêtir un aspect bien plus potentiel que réel. Tel est précisément le cas dans l'affaire *Garcia Avello*. Le droit de l'Union s'applique en raison de la double nationalité des enfants, condition tout à fait suffisante selon le juge pour constituer l'élément d'extranéité qui lui est

¹⁴⁰ En ce qu'elle illustre particulièrement bien ce processus d'élargissement matériel du champ d'application du régime de la citoyenneté européenne.

¹⁴¹ Lorsque les deux nationalités en question émanent de deux États membres : CJCE, 2 oct. 2003, *Carlos Garcia-Avello c. État belge* [aff. C-148/02] ; CJCE, 2008, *Grunkin et Paul* [aff. C-353/06].

¹⁴² Où il apparaît que la citoyenneté européenne a beau être portée par l'ambition de promouvoir une intégration sociale complète dans l'État d'accueil, la jurisprudence n'en est pas moins également soucieuse de ne pas transformer une allégeance exclusive par une autre – celle de l'État de provenance par celle de l'État de reconnaissance.

nécessaire¹⁴³. Ceux-ci étant nés en Belgique d'un couple de ressortissants espagnols, leur double rattachement national doit être pris en compte au titre d'une situation *de jure* transnationale, quand bien même cette situation serait *de facto* demeurée purement interne. La logique fonctionnelle l'emporte très clairement ici, qui s'embarrasse très peu de la discrimination à rebours ainsi créée : un avantage est accordé au citoyen européen binational par rapport au citoyen mono-national qui, lui, reste sous la coupe d'une seule législation civile.

La portée de cette jurisprudence relative au nom de famille ne doit pas être dramatisée à l'excès. Elle demeure d'application parcimonieuse et ne manque pas de laisser place à des contraintes qui viennent limiter la liberté de choix de l'individu, la limite de l'intégration effective en premier lieu. Son sens n'en est pas moins tout à fait exemplaire de la logique d'engrenage et du modèle fonctionnaliste qui portent le dispositif de la citoyenneté européenne. Si on est passé du Marché intérieur à l'Espace de liberté, ce changement de support, fondamentalisation ou pas, ne vaut pas nécessairement changement de paradigme : l'individu continue d'apparaître comme le vecteur fonctionnel de la réalisation d'un processus qui n'a rien d'un projet politique.

L'ambiguïté du critère de la résidence

Parce que son application suffirait au déclenchement des dispositifs de solidarité, le critère de la résidence tendrait à fondamentaliser la citoyenneté de l'Union en se substituant au critère fonctionnel du déplacement¹⁴⁴. Le dispositif ne reposerait plus tant sur l'objectif d'édification du Marché intérieur (mobilisant l'individu selon une logique instrumentale) que sur le statut conféré à l'individu indépendamment de sa contribution effective à la construction du Marché intérieur. Dans cette optique, le libre séjour passerait du rang de droit accessoire à celui de droit principal, ce qui relèverait de fait la libre circulation au second plan.

Si l'hypothèse de l'émergence d'une citoyenneté de résidence mérite assurément d'être formulée, l'établissement du diagnostic demeure néanmoins soumis à de nombreux débats. Sans pouvoir tous les restituer ici, rappelons brièvement le contraste des interprétations en présence. En qualifiant les libertés de circulation et de séjour de « droit fondamental et individuel » des citoyens de l'Union, en reconnaissant également un traitement avantageux au droit de séjour de longue durée, la directive 2004/38 semble consacrer

¹⁴³ Notons, sur le terrain de la technique juridique, que la Cour de justice se fonde directement sur la citoyenneté sans se référer à aucun moment à la non-discrimination et sans entrer, non plus, dans les difficultés juridiques propres à la double nationalité.

¹⁴⁴ La thèse de l'émergence d'une citoyenneté de résidence ne se limite pas à insister sur l'assouplissement de la condition de mobilité comme facteur déclenchant de l'application du droit de la citoyenneté européenne. Elle insiste également sur une autre dynamique non moins importante : l'assouplissement de la condition de nationalité non pas tant pour accéder au statut de citoyen de l'Union que pour accéder au bénéfice de certains droits attachés à ce statut (voir, en particulier, M. BENLOLO CARABOT, « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2011, p. 7-28 ; *Les Fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 357-712, en part. p. 539-594). C'est ici la première de ces deux dynamiques qui nous intéresse en priorité.

formellement le critère de la résidence et extraire par là le régime juridique de la citoyenneté européenne de sa dépendance fonctionnelle vis-à-vis du critère de la mobilité transnationale¹⁴⁵. Pour autant, comme en témoignent l'arrêt *Zambrano* de mars 2011 et les nombreuses solutions qu'il a pu entraîner à sa suite¹⁴⁶, les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour sont diversement appréciables. Aux yeux de certains, l'hypothèse de l'avènement d'une citoyenneté de résidence se trouve corroborée. Pour d'autres, c'est la logique fonctionnelle du Marché commun qui continue de l'emporter.

Il nous semble que ces deux constats décrivent chacun une part de la réalité. D'un côté, l'arrêt *Zambrano* est rendu dans une affaire qui, objectivement, ne présente aucun élément d'extranéité, c'est-à-dire aucun déplacement transfrontalier intra-européen : la situation soumise aux juges peut ainsi être considérée comme purement interne. De l'autre, la Cour n'abandonne pas son exigence d'un élément transfrontalier et choisit donc de ne pas interpréter les faits de l'espèce comme une situation purement interne. Peut-être a-t-elle simplement cherché à rassurer les États, à leur donner des gages en maintenant sa jurisprudence dans un langage routinier¹⁴⁷. Mais, à bien considérer son raisonnement, tout porte à croire qu'elle se contente en réalité de redéfinir le critère de l'élément transfrontalier lui-même : l'exigence d'un élément transfrontalier, précisent les juges, inclut les hypothèses dans lesquelles un citoyen européen risque d'être « priv[é] de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par [son] statut¹⁴⁸ ». La nouveauté réside bien dans l'autonomisation du droit de séjour par rapport au droit de circuler : indépendamment de l'exercice préalable de son droit de libre circulation, un citoyen de l'Union mineur peut bénéficier d'un droit au séjour sur le territoire de l'État membre dont il a la nationalité. Par ailleurs, dans la mesure où le citoyen européen concerné est un enfant en bas âge¹⁴⁹, la Cour reconnaît un droit de séjour dérivé au bénéfice des parents ainsi qu'un accès aux prestations sociales dans l'État d'accueil : un enfant en bas âge, faut-il

¹⁴⁵ « [L]a citoyenneté de l'Union confère à chaque citoyen de l'Union un *droit fondamental et individuel* de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres » (*Directive 2004/38/CE*, 29 avril 2004, nous soulignons). De même, le traité de Lisbonne précise que l'Union « offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes » (art. 3 TUE).

¹⁴⁶ CJUE, Gr. ch., 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi* [aff. C-34/09].

¹⁴⁷ Observons que la Cour de justice se situe dans la continuité de son arrêt *Garcia Avello* mais aussi de sa fameuse jurisprudence *Rottmann* (CJUE, Gr. ch., 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern* [aff. C-135/08]). À considérer rigoureusement les faits de cette espèce, il apparaît en effet qu'aucun élément transfrontalier ne peut être identifié : devenu allemand, Janko Rottmann est en litige avec les autorités allemandes. Néanmoins soucieuse d'appliquer le droit de l'Union, la Cour a choisi de viser les conséquences de la décision administrative litigieuse – à savoir la perte du statut de citoyen de l'Union – pour attirer la situation qui lui était soumise dans le champ d'application du droit de l'Union.

¹⁴⁸ CJUE, 2011, *Zambrano* [aff. C-34/09], pt. 42.

¹⁴⁹ C'est dire si la dimension politique de la citoyenneté européenne est négligeable.

comprendre, se verrait privé de la « jouissance effective » de son statut de citoyen européen s’il n’était pas accompagné de ses ascendants.

Cette jurisprudence – de même que l’arrêt *Zhu et Chen*¹⁵⁰ – a fortement contribué à alimenter le fantasme d’un déferlement de ressortissants d’États tiers motivés par le seul et unique objectif d’obtenir un droit de séjour dérivé, *via* la naissance d’un enfant sur le territoire d’un État membre (et l’acquisition par celui-ci de la citoyenneté européenne). Il reste que cette solution n’est pas applicable à l’infini. Ainsi que les juges l’ont précisé dès novembre 2011, elle ne vaut que dans les cas où un citoyen européen est menacé d’éloignement forcé hors de l’Union, c’est-à-dire dans les cas où il risquerait de se voir « priv[é] de la jouissance effective de l’essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l’Union ou [...] entrav[é] [dans] l’exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres¹⁵¹ ». Seuls les individus les plus dépendants, et en particulier les enfants mineurs, sont ainsi protégés au titre des valeurs de l’Union indépendamment de leur mobilité – étant évidemment entendu que la reconnaissance de la résidence demeure de la compétence de l’État d’accueil. Contrairement à ce qu’une lecture un peu hâtive a pu faire croire, cette solution audacieuse posée par l’arrêt *Zambrano* n’a en rien été infirmée par la jurisprudence ultérieure¹⁵². Dans l’arrêt *McCarthy*, par exemple, la Cour se contente de préciser sa position en distinguant entre les ascendants d’un citoyen européen mineur et le conjoint d’une citoyenne européenne majeure : ce qui vaut pour un enfant en bas âge ne vaut pas pour un adulte autonome. Bien plus, la jurisprudence *Zambrano* a été amplement confirmée et approfondie en 2016-2017¹⁵³.

¹⁵⁰ CJCE, 19 oct. 2004, *Kunqiam Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department* [aff. C-200/02]. La mise en regard des arrêts *Zhu* et *Zambrano* suffit à faire ressortir plus clairement encore l’apport essentiel du second : l’autonomisation de la citoyenneté vis-à-vis du critère de la circulation transfrontalière. Dans l’arrêt *Zhu*, la Cour consacre l’octroi d’un droit de séjour à l’ascendant d’un citoyen de l’Union mineur, ressortissant d’un État tiers qui assume la charge de ce dernier – droit de séjourner dont il peut bénéficier parce que son enfant a, en l’espèce, fait usage de son droit de circuler. Le critère de la circulation transfrontalière reste ici l’élément déclencheur. Dans l’arrêt *Zambrano*, en revanche, la Cour consacre l’octroi d’un droit de séjour à l’ascendant de deux citoyens de l’Union mineurs, ressortissant d’un État tiers qui assume la charge de ces derniers – droit de séjourner dont il bénéficierait, sans aucun doute, si ses enfants avaient exercé leur droit de circuler, ce qui n’est pas le cas en l’espèce.

¹⁵¹ CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department* [aff. C-434/09], pt 54.

¹⁵² CJUE, 2011, *McCarthy* [aff. C-434/09] ; CJUE, Gr. ch., 15 nov. 2011, *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres* [aff. C-256/11].

¹⁵³ CJUE, Gr. ch., 13 sept. 2016, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado* [aff. C-165/14] et CJUE, Gr. ch., 13 sept. 2016, *Secretary of State for the Home Department c. C.S.* [aff. C-304/14] ; CJUE, Gr. ch., 10 mai 2017, *H.C. Chavez-Vilchez et al. c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank e. a.* [aff. C-133/15]. Dans les arrêts *Rendón Marín* et *C.S.*, les membres de la famille du citoyen de l’Union étaient condamnés pénalement ; leur provenance d’un État tiers aurait dû conduire à leur éloignement automatique mais était en cause un citoyen de l’Union encore mineur. Les autorités nationales sont donc contraintes, avant de procéder à une mesure d’éloignement du territoire national, de s’assurer qu’elle ne porterait pas atteinte de manière disproportionnée au droit de l’enfant citoyen européen de demeurer sur le territoire de l’Union.

Après s'être émancipée du critère de la circulation pour raisons économiques, la citoyenneté semble ainsi se détacher de la condition de circulation en tant que telle. Ou plus exactement : si la libre circulation fait partie des droits du citoyen européen, elle ne saurait plus en assurer la base juridique. Se constituant à elle-même son propre fondement, la citoyenneté devient en quelque sorte un statut autonome. Plus que comme un changement de paradigme, pour autant, la montée en puissance du critère de la résidence s'analyse bien davantage comme un nouveau discours de légitimation de la citoyenneté de l'Union dont la vocation consisterait finalement à maintenir tant bien que mal un équilibre contradictoire : résorber les situations de discrimination à rebours et prendre en compte les situations humaines concrètes tout en donnant des gages aux États. De cela résultent de nouvelles difficultés : la jurisprudence récente de la Cour manifeste sa volonté de dépasser le critère du déplacement transfrontalier de manière à réduire les hypothèses de discrimination à rebours, mais, procédant au cas par cas, question par question, elle reconduit un processus infini sur le mode de l'automouvement circulaire.

On a pu parler de l'émergence d'un véritable « droit au territoire européen¹⁵⁴ », voulant signifier par là qu'aucune mesure nationale n'était plus en mesure de contraindre un ressortissant de l'Union à quitter le « territoire de l'Union¹⁵⁵ ». Autre manière de dire que la citoyenneté européenne confère à ses bénéficiaires un droit fondamental à vivre au sein de l'Union et que ce droit implique corollairement les conditions de possibilité concrètes du séjour. Le parallèle se signale de lui-même : la jurisprudence *Zambrano* attribuée à l'Union ce que le droit international impose de longue date à l'État, à savoir l'interdiction d'expulser ses nationaux et l'obligation de leur garantir un droit inconditionnel de séjour. Il reste qu'à raisonner ainsi, la Cour de justice élude superbement le niveau des États et donc sa nature fédérative, sans poser pour autant les bases d'un véritable statut fondamental au sens où nous l'entendons. La citoyenneté européenne, telle est sa vocation résiduelle, se contente de prendre en charge, à titre supplétif, des situations marginales et donc limitées. Elle ne vient pas saisir la masse des citoyens

¹⁵⁴ L. AZOULAI, « Marges de la citoyenneté européenne – obligations étatiques, équité transnationale, *euro-bonds* », in B. FAUVARQUE-COSSON, É. PATAUT et J. ROCHFELD (dir.), *La Citoyenneté européenne*, Paris, SLC, 2011, p. 63-76, ici p. 74 *sqq.* ; « Transfiguring European Citizenship. From Member State Territory to Union Territory », in D. KOCHENOV (dir.), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 178-203. Sans prendre appui sur cette jurisprudence en particulier, Teresa Pullano soulève l'enjeu du nouveau rapport au territoire en train de se construire en Europe, un rapport désormais marqué par la fin de toute stabilité. La labilité territoriale, souligne-t-elle, ne veut pas dire fin mais transformation du territoire. Loin d'être une « entité déterritorialisée » ou « a-spatiale », l'Union demeure pleinement justiciable du concept de territoire. « Si la *citoyenneté européenne* [...] constitue une notion *territoriale* et *spatiale* », elle n'en produit pas moins de la différenciation (T. PULLANO, *La Citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 109 ; « How European Citizenship Produces a Differential Political Space », in E.F. ISIN et P. NYERS (dir.), *Handbook of Global Citizenship Studies*, Londres, Routledge, 2014, p. 437-446). Ce territoire différencié et labile, ajoutons-nous, peut difficilement constituer le support d'une communauté politique.

¹⁵⁵ M. BENLOLO CARABOT, *Les Fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 707. Plus généralement, voir *ibid.*, p. 575-592.

des États membres en développant chez eux le sentiment d'appartenance à une même communauté politique. On nous rétorquera peut-être que, loin d'é luder la souveraineté étatique, la citoyenneté européenne la respecte, voire la renforce, en laissant subsister les États comme seules communautés politiques authentiques. Rien n'est moins sûr, cependant, si l'on veut bien considérer que le propre de la citoyenneté de l'Union consiste à redéfinir la citoyenneté elle-même, ce qui ne peut rester sans effet sur les États.

À assumer une définition substantielle de la citoyenneté, il s'avère difficile de parler d'une véritable citoyenneté européenne. Tout au contraire, la citoyenneté de l'Union nous semble alimenter gravement deux mouvements complémentaires de dépolitisation : l'économisme et l'individualisme. La notion de « citoyenneté de marché » ne caractérise pas seulement les balbutiements de la citoyenneté européenne ; elle reflète sa nature profonde. Les tentatives pour dépasser ce cadre matriciel ont été nombreuses, mais sa persistance, sa « résilience¹⁵⁶ », s'est toujours avérée plus forte. On peut même dire qu'en raison de leur échec au moins relatif ces différentes échappées en dehors de la logique du marché n'ont fait, en définitive, que la confirmer, voire la renforcer. Malgré son développement très au-delà des seules contrées économiques, la citoyenneté européenne demeure encore aujourd'hui marquée par cette provenance, tant du point de vue du contenu (travailler, consommer, voyager, étudier, séjourner ou s'établir dans un autre État de l'Union) que du point de vue de la matrice intellectuelle qui a guidé la Cour dans le déploiement de sa jurisprudence. À toutes les matières qu'elle fait entrer dans la catégorie citoyenneté, elle applique le même schéma de pensée. En matière de citoyenneté comme en matière de libertés économiques de circulation, l'État et sa réglementation ont pareillement été appréhendés sur le mode de l'entrave. Est-ce bien là le prix à payer pour construire une communauté authentiquement démocratique ?

Julien Barroche

Maître de conférences des Universités en droit public à l'Institut national des langues et civilisations orientales (INALCO, Langues'O), Hautes études internationales (HEI), Centre de recherches Europes-Eurasie (CREE)

¹⁵⁶ N. NIC SHUIBHNE, « The Resilience of EU Market Citizenship », *Common Market Law Review*, 2010, n° 47, p. 1597-1628.