

**LES CAHIERS DE L'IDEDH**

**N° 12**

***LES STANDARDS  
DU  
DROIT COMMUNAUTAIRE  
DES ETRANGERS***

**UNIVERSITE MONTPELLIER I**

**2008**



**Sous la direction de**

Caroline PICHERAL, Maître de Conférences HDR à l'Université  
Montpellier I, IDEDH, EA 3976

**En collaboration avec**

Christophe MAUBERNARD, Maître de Conférences à l'Université  
Montpellier I

Romain TINIÈRE, Maître de Conférences à l'IEP de Grenoble

Claire VIAL, Maître de Conférences à l'Université d'Evry-Val  
d'Essonne

Ana BEDUSCHI-ORTIZ, Allocataire de recherche, Université  
Montpellier I

Sophie BOT, Doctorante, Université d'Avignon et des pays du  
Vaucluse

Diana RIOCHET, Doctorante, Université Montpellier I



## SOMMAIRE

### **Introduction**

Vers un droit communautaire des étrangers

### **Partie I – Une possible rigidification en matière d’asile**

Chapitre I – Restriction de l’accès

Chapitre II – Gradation des régimes

### **Partie II – Une sélectivité latente en matière d’immigration légale**

Chapitre I – Contrôle de l’admission

Chapitre II – Ambivalence de l’intégration

### **Partie III – Une lutte prioritaire contre l’immigration irrégulière**

Chapitre I – Logique de dissuasion

Chapitre II – Efficacité du retour



## INTRODUCTION

### VERS UN DROIT COMMUNAUTAIRE DES ETRANGERS

Longtemps, il n'était permis d'évoquer qu'une influence du droit communautaire sur le droit des étrangers. Encore était-elle circonscrite, se mesurant essentiellement au statut spécifique des ressortissants communautaires et des membres de leur famille<sup>1</sup>.

Face à une maîtrise essentiellement nationale des flux migratoires, l'Acte unique européen semblait certes devoir marquer un tournant, en projetant, dès 1986, l'édification d'un Marché intérieur défini comme un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes serait assuré. Mais à cette époque, le Royaume-Uni, en particulier, n'entendait pas en faire bénéficier les ressortissants de pays tiers et c'est par la voie extérieure au traité CE de la coopération « Schengen »<sup>2</sup> qu'un nombre croissant d'Etats membres a entrepris de gérer, de manière conjointe mais non contraignante, les questions liées à l'ouverture des frontières entre les Parties (report des contrôles aux frontières extérieures, coopération policière et judiciaire, rapprochement en

---

<sup>1</sup> L'entrée et le séjour en France des ressortissants des Etats membres sont actuellement régis par les articles L 121-1 à L 122-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA, Livre premier, Titre II). Ces dispositions sont issues de la loi 2006-911 du 24 juillet 2006 qui remplace le précédent décret n° 94-211 du 11 mars 1994 (N. Guimezanes, L'entrée et le séjour en France des ressortissants de l'union européenne, *LPA*, n° 74, 22 juin 1994) et qui transpose la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement.

<sup>2</sup> Accord de Schengen du 14 juin 1985 (*JOCE*, n° L 239, 22 sept. 2000, p. 13) et surtout sa Convention d'application du 19 juin 1990 (*JOCE*, n° L 239, 22 sept. 2000, p. 19).

matière d'asile et d'immigration)<sup>3</sup>. Avec le traité de Maastricht du 7 février 1992, ces mêmes sujets sont concurremment devenus d'intérêt commun dans le cadre de l'Union européenne, au titre du pilier intergouvernemental consacré aux « affaires intérieures ». Le dispositif s'est cependant avéré décevant pour diverses raisons : inadaptation des instruments et des techniques juridiques, exigence sclérosante de l'unanimité... *« L'absence de projet politique commun, enfin et surtout, explique l'essentiel d'un constat très mitigé [...] Là où certains Etats membres du Nord de l'Europe pensaient construire une politique migratoire commune allant jusqu'à la définition d'un statut du ressortissant étranger en Europe, d'autres Etats persistaient au contraire à refuser tout autre chose qu'une simple coordination des mesures relatives à l'entrée et à la sortie de cet étranger »*<sup>4</sup>.

En définitive, il aura fallu attendre le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 pour que le franchissement des frontières, l'asile et l'immigration soient « communautarisés »<sup>5</sup>. Un nouveau titre IV est inséré dans le traité CE<sup>6</sup> ; les étrangers deviennent des objets

---

<sup>3</sup> Voir notamment J ;-C. Peucelle, L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives, *RFDA*, 1990, p. 514.

<sup>4</sup> H. Labayle, La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam, *AJDA*, 1997, pp. 923-935, spéc. p. 929.

<sup>5</sup> La politique des visas est également mentionnée mais elle avait déjà été intégrée dans le traité CE par le traité de Maastricht.

<sup>6</sup> Intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes », ce nouveau titre IV rassemble 9 articles. Pour mémoire, l'article 62 traite du franchissement des frontières –intérieures et extérieures – et à ce titre inclut les mesures relatives à la politique des visas ; l'article 63§ 1 et § 2 se rapporte aux différentes formes de protection internationale susceptibles d'être accordée aux ressortissants de pays tiers – le Conseil étant appelé à arrêter des normes minimales sur des points précis : détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile ; conditions pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, procédure d'octroi ou de retrait dudit statut, protection temporaire en faveur des personnes déplacées.... L'article 63§3 concerne la politique d'immigration, plus précisément les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et l'immigration clandestine, tandis que l'article 63§4 aborde la question de la mobilité intracommunautaire pour une durée supérieure à trois mois des immigrants en séjour régulier. L'article 64 introduit une réserve

directs de la compétence communautaire<sup>7</sup> ; l'acquis Schengen est incorporé<sup>8</sup>. En fond, le nouvel objectif assigné à l'Union de constituer un espace de liberté, de sécurité et de justice implique une telle solidarité entre les Etats qu'il ne suffit plus de percevoir la pression migratoire comme un problème partagé ; c'est une réponse structurée et cohérente qui doit y être apportée.

Quelques mois à peine après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil européen de Tampere se montre catégorique : « *L'Union se doit donc d'élaborer des politiques communes dans les domaines de l'asile et de l'immigration* »<sup>9</sup>. Les éléments fondamentaux en sont immédiatement identifiés<sup>10</sup> :

- partenariat avec les pays tiers, dans le but notamment de favoriser le co-développement ;
- régime d'asile européen commun, reposant « *à terme sur une procédure commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union* » ;
- traitement équitable des ressortissants de pays tiers, supposant non seulement d'intensifier la lutte contre le racisme et la xénophobie mais aussi de rapprocher autant que possible leur statut de celui des citoyens UE, après une certaine durée de résidence ;
- gestion des flux migratoires, principalement axée sur la lutte contre l'immigration clandestine et l'efficacité des contrôles aux frontières extérieures.

---

d'ordre public générale. L'article 65 porte sur la coopération judiciaire en matière civile, et l'article 66 sur la coopération administrative. L'article 67 détermine les conditions d'adoption de ces différentes mesures et l'article 68 régit les compétences de la Cour de justice en la matière.

<sup>7</sup> O. Dubos, Quel statut personnel pour les ressortissants d'Etats tiers ?, *RAE*, 2003-2004/1, pp. 83-94, spéc. p. 84.

<sup>8</sup> Protocole n° 2 intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, annexé au traité CE et au traité UE par le traité d'Amsterdam et Décision 1999/436 du Conseil, 20 mai 1999, *JOCE* n° L 176, 10 juil. 1999, p. 17.

<sup>9</sup> Conseil européen de Tampere, 15-16 oct. 1999, Conclusions de la présidence, point 3. Le point 10 répète qu' « *il faut, pour les domaines distincts mais étroitement liés, de l'asile et de l'immigration, élaborer une politique européenne commune* ».

<sup>10</sup> Pour une présentation plus détaillée, v. Ph. De Bruycker, L'émergence d'une politique européenne d'immigration, in Ph. De Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruylant, 2003, p. 1.

Dépassant à certains égards les bases juridiques disponibles, ce premier programme opère ainsi un véritable « cadrage », qui transfigure les dispositions - essentiellement descriptives - du traité<sup>11</sup>.

Faisant fond sur les résultats obtenus<sup>12</sup>, l'œuvre se poursuit aujourd'hui conformément à l'Agenda de La Haye<sup>13</sup>, dont l'objectif est « *d'améliorer les capacités communes de l'Union et de ses Etats membres afin d'assurer le respect des droits fondamentaux, des garanties procédurales minimales et l'accès à la justice, d'offrir aux personnes qui en ont besoin la protection prévue par la Convention de Genève relative aux statuts des réfugiés et d'autres traités internationaux, de réguler les flux migratoires et de contrôler les frontières extérieures de l'Union, de lutter contre la criminalité organisée transfrontière et de réprimer la menace terroriste...* ». Plusieurs documents sont venus en planifier la mise en oeuvre<sup>14</sup> ou en préciser les priorités<sup>15</sup>, tandis que les réalisations pour l'année 2005 faisaient l'objet d'un premier rapport<sup>16</sup>. Un mécanisme complet et cohérent de suivi et

---

<sup>11</sup> H. Labayle, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, O. Edström, *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 11 – 43, spéc. pp. 25-26.

<sup>12</sup> Communication de la Commission, « *Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations* », COM (2004)401 Final ; H. Labayle, Le bilan du mandat de Tampere et l'Espace de liberté, sécurité et justice, *CDE*, 2004, p. 591.

<sup>13</sup> *JOUE*, n° C 53, 3 mars 2005, p. 1.

<sup>14</sup> Communication de la Commission, « *Dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le nouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice* », COM (2005)184 Final ; Plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le Programme de La Haye, *JOUE*, n° C 198, 12 août 2005.

<sup>15</sup> Communication de la Commission, « *Mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre* », COM (2006)331 Final, *JOUE*, n° C 184, 8 janv. 2006.

<sup>16</sup> Communication de la Commission, « *Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne : Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2005* », COM (2006) 333 Final, *JOUE*, n° C 184, 8 janv. 2006.

d'évaluation des politiques devrait d'ailleurs être mis en place<sup>17</sup>. Enfin, la révision du traité, qui est en cours<sup>18</sup>, pourrait faciliter un approfondissement de l'action communautaire – en améliorant le processus décisionnel<sup>19</sup> ainsi qu'en fournissant des bases juridiques nouvelles ou renouvelées<sup>20</sup>.

Dès lors, parler d'un droit communautaire des étrangers – *i.e d'un ensemble de normes communautaires spécifiquement destinées à régir l'entrée et le séjour des étrangers, ainsi qu'à définir leurs droits* - n'est déjà plus une hypothèse scientifique.

---

<sup>17</sup> Communication de la Commission, « *Evaluer les politiques de l'Union européenne en matière de liberté, de sécurité et de justice* », COM (2006) 332 Final, *JOUE*, n° C 184, 8 janv. 2006.

<sup>18</sup> Constatant que le moment était venu d'aller de l'avant, et de reprendre le processus de réforme des traités, le Conseil européen des 21 et 22 juin 2007 a décidé de convoquer une CIG, qui s'est ouverte dès la fin du mois de juillet 2007. Investis d'un mandat extrêmement détaillé, les négociateurs ont rapidement mené leurs travaux : le texte final du traité modificatif a ainsi été approuvé lors du Conseil européen informel qui s'est tenu à Lisbonne les 17 et 18 octobre 2007. La signature est intervenue ce 13 décembre 2007 dans la capitale portugaise, afin de laisser suffisamment de temps pour que le traité soit ratifié avant les élections européennes de juin 2009. Conformément à l'annexe II des conclusions des 21 et 22 juin 2007, l'actuel titre IV du traité CE est remplacé, comme agréé lors de la CIG de 2004, par les dispositions d'un nouveau titre sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice, incluant un chapitre 1 (Dispositions générales), un chapitre 2 (Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration), un chapitre 3 (Coopération judiciaire en matière civile), un chapitre 4 (coopération judiciaire en matière pénale) et un chapitre 5 (Coopération policière).

<sup>19</sup> Le traité de Lisbonne prévoit en effet que les mesures prises en matière d'asile et d'immigration relèvent sans exception de la « procédure législative ordinaire », autrement dit d'une procédure de codécision Parlement européen / Conseil, ce dernier statuant à la majorité qualifiée (en ce sens, voir les futurs articles 78§2 et 79§2 du traité sur le fonctionnement de l'Union, ex-traité CE).

<sup>20</sup> D'une part, le traité modificatif vient combler certaines lacunes actuelles, en donnant expressément compétence à l'Union pour conclure des accords de réadmission (futur article 79, § 3) ou favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers (futur article 79, § 4) ; d'autre part, il permet un degré d'intégration plus élevé en matière d'asile en ne se référant plus à des normes minimales mais en visant des statuts uniformes d'asile et de protection subsidiaire, un système commun de protection temporaire en cas d'afflux massifs de personnes déplacées, des procédures communes d'octroi et de retrait du statut de réfugié (art. 78, § 2).

C'est un corpus juridique en cours de formation, suffisamment conséquent pour supporter l'analyse. D'emblée, des particularités doivent toutefois être relevées. En l'état actuel, le droit communautaire des étrangers se singularise en effet par un champ d'application fragmenté (I) et des conditions d'adoption qui tardent à s'unifier pour s'aligner sur les procédures ordinaires (II). L'emprise étatique est forte. Ce sont les raisons pour lesquelles, à mi-parcours du programme de La Haye, l'existence et l'essence de standards véritablement communs restent problématiques (III).

### I – UN CHAMP D'APPLICATION FRAGMENTÉ

Bien que la démarche des institutions se veuille cohérente et globale, le droit communautaire des étrangers n'échappe pas à un phénomène de morcellement. Les normes qui le constituent n'ont pas toutes la même portée territoriale (A) ; elles n'appréhendent pas le régime des étrangers dans son intégralité (B) et n'abolissent pas les distinctions entre les ressortissants de pays tiers (C).

**I-A.** *Ratione loci*, le droit communautaire des étrangers s'inscrit dans des cercles concentriques.

Trois Etats membres de l'Union ont obtenu des régimes dérogatoires. Au terme des articles 1 et 2 des Protocoles régissant leurs positions respectives, ni le Royaume-Uni, ni l'Irlande, ni le Danemark ne participent à l'adoption et à l'application des mesures relevant du titre IV du traité CE, lesquelles « *ne font pas partie du droit communautaire* » à leur égard. Ces principes identiques s'assortissent toutefois de modalités distinctes « d'opt-in ».

Au cas par cas, l'Irlande et le Royaume-Uni peuvent ainsi notifier leur intention de s'associer en amont au processus normatif ou d'accepter en aval les mesures déjà prises<sup>21</sup>. Soit l'un, soit l'autre – voire les deux – ont plusieurs fois eu recours à la première de ces options, dans le domaine de l'asile surtout, et plus

---

<sup>21</sup> Protocole n° 4 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, annexé au Traité CE et au traité UE par le traité d'Amsterdam, art. 3 et art. 4.

punctuellement de l'immigration<sup>22</sup>. Si l'on doit certainement s'en féliciter, l'exercice d'une telle faculté de choix n'aboutit pas moins à faire varier le champ spatial du droit communautaire selon la question considérée.

Par comparaison, l'opt-in danois apparaît plus ciblé. Le Danemark, en effet, rejette le recours à la méthode communautaire, de sorte que sa participation à l'adoption des actes dérivés du titre IV est en toute hypothèse exclue. En revanche, cet Etat est, à l'inverse des deux autres, partie aux accords de Schengen depuis 1996. Aussi lui revient-il de décider s'il transpose (avec rang d'obligation non pas communautaire mais internationale) telle ou telle décision du Conseil qui viserait à développer cet acquis dans le cadre de l'Union<sup>23</sup>.

Pour ajouter à la complexité, certains Etats tiers peuvent également y être associés, en raison de leur appartenance - actuelle (Islande, Norvège<sup>24</sup>) ou future (Confédération helvétique<sup>25</sup>) - à

---

<sup>22</sup> Pour exemple, l'Irlande et le Royaume-Uni ont souhaité participer à l'adoption et à l'application du règlement 343/2003 du 18 fév. 2003 établissant les critères et les mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile, de la directive 2004/83 du 29 avril 2004 relative aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié (*JOUE*, n° L 304, 30 sept. 2004, p. 12) et de la directive 2005/85 du 1<sup>er</sup> déc. 2005, concernant la procédure d'octroi et de retrait de ce statut (*JOUE*, n° L 320, 13 déc. 2005). Le premier de ces Etats s'est également joint à l'adoption de la directive 2005/71 du 12 oct. 2005 (*JOUE* n° L 289 du 3 nov. 2005, p. 15) concernant une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche. Le second a quant à lui, fait jouer la clause d'opt-in en ce qui concerne la directive 2001/55 du 20 juil. 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées (*JOCE*, n° L 212, 7 août 2001, p. 12) et le règlement 1030/2002 du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers (*JOUE*, n° L 157, 15 juin 2002, p. 1).

<sup>23</sup> Protocole n° 5 sur la position du Danemark, annexé au Traité CE et au traité UE par le traité d'Amsterdam, art. 5§ 1. Tous les actes pris sur la base du titre IV du traité CE n'ont pas cette vocation ; leur préambule précise dans chaque cas s'il s'agit d'un développement de l'acquis Schengen.

<sup>24</sup> Accord du 18 mai 1999 sur l'association de la république d'Islande et du Royaume de Norvège à l'application et au développement de l'acquis de

l'Espace Schengen. Le Liechtenstein devrait bientôt s'y ajouter, eu égard à la politique de frontières ouvertes qui existe depuis des décennies entre cet Etat et la Suisse en matière de libre circulation des personnes<sup>26</sup>. Le franchissement des frontières<sup>27</sup>, mais aussi la gestion des demandes d'asile<sup>28</sup>, l'éloignement et la lutte contre l'immigration clandestine<sup>29</sup> sont ainsi des domaines dans lesquels la portée des actes communautaires peut excéder les limites de l'Union. Mais pour le reste, cette extension - strictement conditionnée par l'identification d'un développement de l'acquis Schengen<sup>30</sup> - n'a pas lieu d'être.

---

Schengen, *JOCE*, n° L 176, 10 juil. 1999, p. 36. Ces deux Etats ont adhéré aux accords de Schengen en 1996.

<sup>25</sup> Décision du Conseil 2004/849, du 25 oct. 2004, relative à la signature et à l'application provisoire de l'accord sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'Acquis de Schengen (*JOUE*, n° L 368, 15 déc. 2004, p. 26). Egalement décision 2004/860 du Conseil du 25 oct. 2004, *JOUE* n° L 370, 17 déc. 2004, p. 78. La Suisse devrait faire son entrée effective dans l'Espace Schengen en 2008.

<sup>26</sup> Proposition de décision du Conseil relative à la signature, à l'application provisoire et à la conclusion du Protocole d'adhésion du Liechtenstein à l'accord d'association de la Confédération suisse au développement de l'acquis Schengen (COM (2006)752 Final, 1 déc. 2006).

<sup>27</sup> Règlement n° 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un Code communautaire relatif au franchissement des frontières (*JOUE* n° L 105, 13 avril 2006, p. 1), points 23 à 26 ; Règlement 1987/2006 du 20 déc. 2006 relatif à l'établissement, au fonctionnement et à l'utilisation du Système d'information Schengen de deuxième génération (*JOUE*, n° L 381, 28 déc. 2006, points 31 à 34).

<sup>28</sup> Si le règlement 343/2003 du 18 fév. 2003 établissant les critères et les mécanismes de détermination de l'Etat responsable de l'examen des demandes ne visent aucun des Etats tiers, des arrangements appropriés ont été adoptés en la matière (Accord CE/Islande et Norvège, *JOCE*, n° L 93, 3 avril 2001, p. 40).

<sup>29</sup> Directive 2001/40 du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers (*JOCE*, n° L 149, 2 juin 2001, p. 34), point 8 ; directive 2003/110 du 25 nov. 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre des mesures d'éloignement par voie aérienne (*JOUE*, n° L 321, 6 déc. 2003, p. 26), point 10 ; directive 2002/90 du 28 nov. 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (*JOUE*, n° L 328, 5 déc. 2002, p. 17, point 6).

<sup>30</sup> On a d'ailleurs pu dire que le processus décisionnel s'en voyait singulièrement compliqué, « *puisque il convient au moyen de comités mixtes, de déterminer si l'on est ou pas en présence d'un développement de l'acquis Schengen pour identifier*

En bref, la multiplication des sous-ensembles géographiques conduit à l'émergence de sous-catégories normatives – d'autant que les mesures auxquelles l'Irlande et le Royaume-Uni ont choisi de participer ne correspondent guère à celles qui sont susceptibles d'être appliquées au Danemark, en Islande, en Norvège et en Suisse<sup>31</sup>.

Enfin, il faut souligner que l'élargissement de l'Union au 1<sup>er</sup> mai 2004 ne s'est pas mécaniquement traduit par une levée des contrôles sur les personnes, aux frontières communes avec les dix nouveaux Etats membres. Parce que ceux-ci doivent démontrer leur capacité à gérer leurs frontières extérieures<sup>32</sup> et à participer au Système d'information Schengen (SIS)<sup>33</sup>, une décision unanime du Conseil est nécessaire. Les 4 et 5 décembre 2006<sup>34</sup>, la formation

---

*qui fait quoi et comment* » (H. Labayle, Instruments et procédure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *Europe*, janv. 2003, Chron. , pp. 3-8, spéc. p. 5).

<sup>31</sup> A cet égard, il faut cependant noter que le Royaume-Uni et l'Irlande ont également demandé à participer à certaines des dispositions de l'acquis Schengen (v. décision 2000/365 CE du 29 mai 2000, *JOCE* n° L 131, 1<sup>er</sup> juin 2000, p. 43 ; décision 2002/192 du 28 février 2002, *JOCE* n° L 64, 7 mars 2002, p. 20 et décision 2004/925, 22 déc. 2004, relative à la mise en œuvre de certains dispositions de l'Acquis Schengen par le Royaume-Uni, *JOUE* n° L 395, 31 déc. 2004, p. 70).

<sup>32</sup> On considèrera en particulier les difficultés rencontrées par la Pologne (qui a une frontière extérieure de plus de 1 100 km avec l'enclave russe de Kaliningrad, la Biélorussie et l'Ukraine) et la Roumanie (qui compte la frontière extérieure la plus longue de l'Union avec plus de 2000 km). « *Un autre point noir concerne les frontières maritimes, en particulier en Méditerranée, qui sont d'autant plus fragilisées avec l'adhésion de Chypre et de Malte* » (R. Del Picchia, Rapport sur la politique européenne d'immigration, *Rapport Sénat* n° 385, 8 juin 2005)..

<sup>33</sup> De manière très schématique, le SIS est une base informatisée de données personnelles, comportant un service central et des interfaces nationales ; c'est un outil essentiel dans la mesure où il contient des signalements aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour dans l'espace européen. La version créée par la Convention d'application des accords de Schengen a déjà connu un premier développement (SIS 1+). Elle devrait être remplacée par un système de deuxième génération (SIS II), conformément au règlement 1987/2006 du 20 déc. 2006 (*JOUE*, n° L 381, 28 déc. 2006).

<sup>34</sup> Conclusions du Conseil « Justice et Affaires intérieures » des 4 et 5 déc. 2006, Doc 16391/1/06.

« Justice et Affaires intérieures » a certes entériné la proposition portugaise d'étendre aux nouveaux membres le SIS 1+ existant, de manière à éviter que leur entrée dans l'Espace Schengen ne soit reportée en raison des retards dans la mise en œuvre du SIS II. Ce projet dit SIS « one4all »<sup>35</sup> concerne neuf des dix adhérents de mai 2004 (Chypre ne s'y joignant pas). Il devrait permettre au Conseil d'adopter les décisions requises pour la suppression des contrôles aux frontières intérieures, à la fin du mois de décembre 2007 (s'agissant des frontières terrestres et maritimes) et d'ici mars 2008 (pour les frontières aériennes), si toutes les conditions sont remplies. C'est une « *priorité urgente de l'UE* »<sup>36</sup>. Dans l'expectative, certaines des dispositions du Code communautaire relatif au franchissement des frontières ne sont pas encore applicables dans ces Etats<sup>37</sup>.

**I-B. *Ratione materiae*,** le traité d'Amsterdam n'a pas investi la Communauté d'un mandat général pour le traitement des questions migratoires. Au contraire, ses attributions sont méticuleusement détaillées, au travers de rubriques, sous-rubriques, voire sous-sous rubriques.

Bien que l'énumération soit suffisamment fournie pour soutenir le développement d'une politique commune en matière d'immigration, la compétence communautaire ne saurait donc avoir la même étendue que celle des Etats. Ainsi, quoiqu'elle ait été évoquée dans les conclusions de Tampere<sup>38</sup>, l'acquisition de la

---

<sup>35</sup> Le projet de décision du Conseil sur l'application aux trois Etats baltes, à la Hongrie, à Malte, à la Pologne, à la République Tchèque et à la Slovénie ainsi qu'à la Slovaquie des dispositions de l'acquis de Schengen relatives au SIS (9032/2007) a reçu un avis favorable du Parlement européen le 7 juin 2007, dans le cadre d'une procédure de consultation (Résolution législative du parlement européen, 7 juin 2007, A6-0204/2007).

<sup>36</sup> Conseil européen, 21-22 juin 2007, Conclusions de la présidence, point 23.

<sup>37</sup> Règlement n° 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un Code communautaire relatif au franchissement des frontières (*JOUE* n° L 105, 13 avril 2006, p. 1), point 29.

<sup>38</sup> « *Le Conseil européen fait sien l'objectif d'offrir aux ressortissants de pays tiers résidant légalement depuis longtemps dans l'Union la possibilité d'obtenir la*

nationalité ne fait naturellement l'objet d'aucune approche commune : c'est une compétence strictement régaliennne, à laquelle les institutions n'ont nulle part et dont l'exercice peut faire tout au plus l'objet de recommandations dénuées de force obligatoire<sup>39</sup>. Plus curieusement, l'intégration des ressortissants de pays tiers au sein de leur société d'accueil n'est pas citée dans l'actuel titre IV du traité CE. Si cette thématique - indissociable d'une politique efficace d'immigration - n'en est pas moins traitée au niveau de l'Union, les mesures restent limitées, dans leur objet<sup>40</sup> et par leur nature<sup>41</sup>. Car les bases font défaut à une harmonisation directe des droits nationaux en la matière... En fait, les Etats en rejettent la perspective : il suffit à cet égard de considérer les termes du traité de Lisbonne, qui reprennent à l'identique ceux de l'article III-267, point 4 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Un nouvel article 79§ 4 habilite formellement l'Union à intervenir en

---

*nationalité de l'Etat membre dans lequel ils résident* » (Conseil européen de Tampere, 15-16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 21).

<sup>39</sup> En vue de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers, la Commission estimait ainsi que pour les immigrants de la deuxième ou troisième génération, les législations nationales devraient prévoir un « accès automatique ou semi-automatique » à la nationalité de l'Etat d'accueil. L'institution ajoutait que la « naturalisation devrait être rapide, assurée et non-discrétionnaire » (Commission européenne, « *Emploi, immigration, intégration* », COM (2003)336, p. 23). Cette immixtion dans des questions relevant de l'appréciation souveraine des Etats reste cependant limitée : le support en est une simple communication et l'emploi du conditionnel temporelise l'audace de la démarche.

<sup>40</sup> Sur le fondement du programme de Tampere, la Commission avait introduit dès 2000 la notion de citoyenneté civile, destinée à garantir aux immigrants un certain nombre de droits et obligations fondamentaux, qu'ils acquerraient graduellement et qui leur assureraient dans l'Etat d'accueil le même traitement que les nationaux, même s'ils n'étaient pas naturalisés (COM (2000)757 Final). Un élément important de ce concept était la participation à la vie politique. Mais en l'état actuel du droit, aucune avancée ne peut être réalisée en ce sens et sur ce point, notamment, la Commission était réduite à en appeler à une révision du droit primaire : « *le traité devrait prévoir la base juridique pour ce faire* [accorder un droit de vote et d'éligibilité aux élections locales pour les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée] » (COM (2003)336 Final, p. 24).

<sup>41</sup> Voir les mesures détaillées par le « Programme commun pour l'intégration » (COM (2005)669 Final, 21 déc. 2005) qui relèvent dans leur quasi-totalité de compétences communautaires complémentaires.

vue de favoriser l'intégration des immigrants en situation régulière, mais son action se résume non moins formellement à « *encourager et appuyer* » celle des Etats membres, à l'exclusion de « *toute harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires* ».

Au demeurant, les silences du traité ne sont pas seuls significatifs. Au travers de l'article 64§1, la communautarisation se voit assigner une limite, expressément formulée, matériellement importante, visant à préserver les « *responsabilités qui incombent aux Etats pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ». La doctrine n'a pas manqué de discuter la portée de cette réserve. Certains sont allés jusqu'à y voir une clause d'immunité juridictionnelle<sup>42</sup> ; d'autres se sont bornés à évoquer un facteur de différenciation par rapport aux ressortissants communautaires<sup>43</sup>.

Avec le recul, il apparaît que l'article 64§1 n'a pas véritablement pour résultat de sanctuariser les compétences nationales. Des interférences demeurent possibles<sup>44</sup> : l'encadrement du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures dans le Règlement 562/2006 du 15 mars 2006<sup>45</sup> ou la proposition de directive visant à définir des normes et des procédures communes

---

<sup>42</sup> O. de Schutter, Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam, in Y. Lejeune (Coord.), *Le traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998, spéc. p. 176 ; B. Van Symaës et J.-Y. Carlier, Le nouvel Espace de liberté, de sécurité et de justice, in *Le traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions, op.cit.*, spéc. p. 239

<sup>43</sup> G. Karydis, L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable, RTDE, janv.-mars 2002, pp. 1-26, spéc. p. 10.

<sup>44</sup> « *Paradoxalement, en effet, un certain nombre de questions touchant à l'ordre public national sont d'ores et déjà directement ou indirectement saisies par la législation communautaire : on peut ainsi le constater lors de la fixation commune d'une liste de pays soumis à visas, largement déterminée par des considérations nationales d'ordre public ou plus nettement encore lorsqu'il s'agit de reconnaître mutuellement par voie de directive les décisions d'éloignement des ressortissants d'Etats tiers* » (H. Labayle, Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice, in M. Dony et E. Bribosia (Ed.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, pp. 73-105, spéc. p. 88).

<sup>45</sup> JOUE n° L 105, 13 avril 2006, p. 1

applicables dans un Etat membre au retour des migrants en séjour irrégulier<sup>46</sup> en sont de récentes démonstrations. A cet égard, la dynamique d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice ne doit pas être sous-estimée<sup>47</sup>. En revanche, l'article 64§1 semble exclure que les attributions conférées aux institutions servent à une coordination des règles régissant l'exercice des pouvoirs de haute police, équivalente à celle opérée par l'ancienne directive 64/221 pour les ressortissants des Etats membres. Le droit communautaire des étrangers subit ici une véritable amputation – d'autant que « *la problématique de la préservation de l'ordre et de la sécurité publique se situe au cœur de toute politique migratoire. En réserver la responsabilité exclusive aux Etats contraint donc la Communauté à développer par la force des choses une approche partielle* »<sup>48</sup>. Et à cet égard, la réforme des traités n'apporte aucun progrès, le futur article 72 du traité sur le fonctionnement de l'Union décalquant les termes de l'article 64§1).

**I-C.** *Ratione personae*, enfin, la notion de « ressortissants de pays tiers » apparaît faussement unitaire. Sans doute est-elle systématiquement définie par opposition à la citoyenneté de l'Union, qui – perspective européenne oblige – se substitue en l'occurrence au critère traditionnel de la nationalité<sup>49</sup>. Mais elle

---

<sup>46</sup> COM(2005)391Final, *JOUE*, n° C 206, 29 août 2006, p 27

<sup>47</sup> C. Picheral, *Ordre public et droit communautaire – Communautarisation des réserves d'ordre public*, *Jcl Europe*, Fasc. 650, juil. 2007, §§ 102-117.

<sup>48</sup> H. Labayle, *Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne*, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, O. Edström, *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 11 – 43, spéc. p. 24.

<sup>49</sup> Le rassemblement des politiques connexes à la libre circulation des personnes au sein du premier pilier n'a d'ailleurs pas conduit à généraliser de manière indifférenciée le principe (V. C. Picheral, *Espace de liberté, de sécurité et de justice et champ d'application personnel du droit communautaire*, *RAE*, 2003-2004/1, pp. 95-108, spéc. pp. 101-102). Dans le cadre du titre IV, la faculté de déplacement des ressortissants de pays tiers au sein de l'espace européen est limitée dans le temps et tributaire d'un franchissement étroitement surveillé des frontières extérieures (art. 62§3 TCE). En outre, l'admission dans un Etat membre ne leur confère pas nécessairement un droit de séjour dans un autre Etat membre (art. 63§4 TCE).

recouvre des régimes juridiques très variables, qui reflètent une sorte de « recloussonnement thématique »<sup>50</sup>.

On sait que les membres de la famille d'un citoyen de l'Union jouissent, par ricochet, d'un statut privilégié, quelle que soit leur nationalité. Par exemple, un ressortissant de pays tiers ne peut être expulsé ou refoulé au seul motif qu'il serait entré irrégulièrement sur le territoire, lorsqu'il est en mesure de prouver son identité et surtout son mariage avec un ressortissant communautaire<sup>51</sup>; de même un signalement dans le Système d'information Schengen ne saurait-il avoir d'effet automatique à son encontre<sup>52</sup>. Et les illustrations pourraient se multiplier<sup>53</sup>, avec des innovations introduites par la nouvelle directive 2004/38<sup>54</sup> telles que la relative autonomisation du droit de séjour des membres de la famille<sup>55</sup> ou encore l'accès à un droit de séjour permanent après cinq ans de résidence légale et ininterrompue dans l'Etat membre d'accueil<sup>56</sup>. Pour éviter toute régression, la

---

<sup>50</sup> H. Bribosia, Liberté, sécurité et justice : l'imbraglio d'un nouvel espace, *RMUE*, 1/1998, pp. 27-54, spéc. p. 41

<sup>51</sup> CJCE, 25 juil. 2002, aff. C-459/99, MRAX, Rec. p. I-6591.

<sup>52</sup> CJCE, 31 janv. 2006, aff. C-503/03, Commission c/ Espagne, Rec. p. I-; Règlement 562/2006 établissant un Code communautaire relatif au franchissement des frontières, JOUE n° L 105, 13 avril 2006, p. 1, art. 7§2.

<sup>53</sup> Valeur purement déclaratoire de la carte de séjour délivrée aux membres de la famille d'un citoyen UE qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre; droit connexe de travailler à titre salariée ou indépendant, sans que la situation de l'emploi dans l'Etat d'accueil soit opposable; égalité de traitement avec les nationaux dans le domaine d'application *ratione materiae* du traité CE; garanties de fond, de forme et de procédure en cas d'éloignement justifié par des raisons d'ordre public, de santé publique ou de sécurité publique.

<sup>54</sup> Directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et de membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JOUE, n° L 158, 30 avril 2004, p. 78, art. 10§1.

<sup>55</sup> Autonomisation en ce sens que ni le décès ou le départ du citoyen de l'Union, ni l'annulation du mariage ou la rupture du partenariat enregistré n'entraîne la perte du droit de séjour des membres de la famille qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre (Directive 2004/38, précitée, art. 12§2 et 13§2.)

<sup>56</sup> Directive 2004/38 précitée, art. 16§2 et pour les membres de la famille, originaires d'un pays tiers, qui auraient conservé un droit de séjour malgré le

politique communautaire d'asile ou d'immigration ne concernent pas ces « bénéficiaires indirects » de la libre circulation, qui continuent de relever pour l'essentiel du titre II (relatif à la citoyenneté de l'Union) et du titre III du traité CE (en tant qu'il régit la libre circulation des travailleurs et des services).

Par ailleurs, on doit isoler le cas des ressortissants de pays tiers, dont le régime reste fixé par les dispositions des accords que la Communauté a conclu avec leur Etat de nationalité, pour autant que lesdites dispositions soient plus favorables<sup>57</sup>.

Ces engagements internationaux forment une catégorie hétérogène. Beaucoup prévoient un traitement non-discriminatoire en matière d'établissement et/ou dans l'exercice d'activités professionnelles salariées, sans véritablement empiéter sur les compétences étatiques en terme d'admission au séjour. Mais certains tendent à conférer aux étrangers concernés des droits équivalents à ceux des citoyens de l'Union, en matière de libre circulation. Il s'agit au premier chef de l'accord de Porto (2 mai 1992), créant l'Espace économique européen avec la Norvège, l'Islande et depuis 1998, le Liechtenstein – ainsi que de l'accord bilatéral avec la Suisse. Une véritable assimilation s'opère avec les ressortissants communautaires<sup>58</sup>. Dans une moindre mesure, les ressortissants turcs peuvent également prétendre à un droit de séjour dans les Etats membres, sur la base de la décision 1/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980, qui est d'effet direct.

---

décès, le départ du citoyen de l'Union, ou la dissolution du lien conjugal ou assimilé, art. 18.

<sup>57</sup> Selon les termes des directives 2003/86 (regroupement familial), art. 4, sous a ; 2003/109 (résident de longue durée), art. 3, sous a ; 2004/114 (admission des ressortissants de pays tiers aux fins d'étude), art. 4, § 1, sous a) et 2005/71 (admission des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche), art. 4, § 1, sous a). Le règlement 2006/562 (franchissement des frontières) est également sans préjudice des engagements internationaux de la Communauté (point 5).

<sup>58</sup> Les conséquences s'en font sentir dans les droits nationaux. En France, les dispositions du décret 94-211 étaient d'emblée applicables aux ressortissants EEE ; il en va de même aujourd'hui des dispositions du Titre II, Livre premier du CESEDA. Les ressortissants de la Confédération helvétique sont soumis au même régime.

Et dans ce cadre, la jurisprudence communautaire a largement contribué à rapprocher leur statut de celui des citoyens européens, en cas d'invocation de l'exception d'ordre public<sup>59</sup>. Et puis, la politique communautaire mettant de plus en plus l'accent sur une gestion des migrations à la source<sup>60</sup>, il conviendra de faire la part, à l'avenir, des accords avec les pays d'origine ou de transit. La présidence du Conseil a demandé à la Commission de présenter dès avril 2007 ses premières propositions de partenariats, fondés pour l'essentiel sur le principe de concessions mutuelles. Or du point de vue des Etats membres, la conclusion desdits partenariats pourrait impliquer la création d'autorisation de séjour à durée limitée à des fins éducatives ou de formation et des mesures de l'Union en faveur de la réintégration des migrants qui sont retournés dans l'Etat partenaire<sup>61</sup>.

Les sources du droit communautaire des étrangers ne sauraient donc se résumer au seul titre IV. Indépendamment des difficultés inhérentes à la structure en piliers<sup>62</sup>, il en résulte des problèmes d'articulation sensibles avec le titre III du traité CE. Les conflits de base juridique, qui ont marqué l'éventuelle extension de

---

<sup>59</sup> CJCE, 10 fév. 2000, aff. C- 340/97, Nazli, Rec. p. I-957, pt. 56 ; CJCE, 11 nov. 2004, aff. C-467/02, Cetinkaya, Rec. p. I-, pt. 43; CJCE, 2 juin 2005, aff. C-136/03, Dörr et Ünal, Rec. p. I-4759.

<sup>60</sup> Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, conclusions de la présidence, Annexe I (Programme de La Haye), point 1.6 ; Conseil européen des 21 et 22 juin 2007, Conclusions de la présidence, point 17.

<sup>61</sup> Doc. 61931/1/07 sur la base duquel les membres du Conseil « Justice et Affaires intérieures » ont procédé à des échanges de vue, lors de la session du 15 février 2007.

<sup>62</sup> Transversale, la gestion des questions migratoires mobilise non seulement les instruments de droit communautaire mais aussi ceux de la politique étrangère et de sécurité commune (2ème pilier) et de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (3ème pilier de l'Union). Par exemple, c'est au moyen d'une décision-cadre du 28 novembre 2002 que les législations pénales relatives à la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier ont été rapprochées (*JOUE*, n° L 328, 5 déc. 2002, p. 1). La Commission estime néanmoins que cette initiative devrait être reprise sur une base juridique communautaire (Communication sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005, COM(2005)583, 23 nov. 2005).

règles communautaires au bénéfice des ressortissants de pays tiers, en témoignent<sup>63</sup>. Il faut dire que les enjeux procéduraux sont d'importance.

## II – DES CONDITIONS D'ADOPTION DIFFERENCIEES

Au contact de questions étroitement liées à la souveraineté étatique, la méthode communautaire a subi de sensibles altérations. Jusqu'alors, la compétence discrétionnaire des Etats à l'égard de la présence étrangère sur leur territoire n'avait guère rencontré de limites. Le droit international s'est structuré autour de son affirmation ; le droit européen des droits de l'homme n'en a jamais remis en cause le principe, même s'il a contribué à en discipliner l'exercice. Aussi la perspective d'une approche intégrée de l'asile et de l'immigration pouvait-elle avoir quelque chose de révolutionnaire et les régimes d'opt-out consentis à certains membres de l'Union reflètent bien la crainte d'un abandon de souveraineté. Immédiatement, toutefois, le dispositif instauré par le traité d'Amsterdam a suggéré l'image d'une « communautarisation » imparfaite<sup>64</sup>, en trompe-l'œil (A). Et cette hétérodoxie congénitale ne s'est ensuite atténuée qu'au prix de différenciations internes accentuées (B).

**I-A.** *« Au niveau institutionnel et décisionnel, on reste très loin des disciplines du droit communautaire classique, à un point tel qu'on pourrait légitimement se demander si [...] ce n'est pas plutôt la coopération intergouvernementale qui l'emporte et qui se*

---

<sup>63</sup> S'agissant de l'extension du règlement 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, non salariés et aux membres de leur famille, la Commission avait fondé sa proposition initiale du 12 novembre 1997 sur les articles 42 et 308 du traité CE (ex-art. 51 et 235). Mais c'est l'article 63§4 qui a finalement été retenu (Règlement 859/2003 du 14 mai 2003, JOUE, n° L 124, 20 mai 2003, p. 1).

<sup>64</sup> C. Blumann, Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne, *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, pp. 61-76, spéc. pp. 68-69 et pp. 74-76 .

*trouve greffée au cœur même* » du traité CE. A tout le moins, les réticences étatiques se sont-elles largement fait ressentir.

Réticences d'abord à l'égard d'un contrôle juridictionnel communautaire. Sans doute la compétence de la Cour de justice n'a-t-elle pas été écartée, contrairement à ce que certains auraient souhaité. Mais elle a été aménagée. Le renvoi préjudiciel est réservé aux juridictions nationales statuant en dernier ressort, sans que son caractère obligatoire soit clairement affirmé<sup>65</sup> ; le juge communautaire ne peut statuer sur les mesures prises en application de l'article 62§1 du traité qui portent sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure (i-e les dispositions autorisant les Etats à rétablir des contrôles aux frontières intérieures)<sup>66</sup> ; une voie de droit spécifique, s'apparentant

---

<sup>65</sup> Alors qu'au terme de l'article 234, une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours se voit « tenue » de solliciter la collaboration de la CJCE, l'article 68§1 se borne à prévoir qu'elle demande à la Cour de justice de statuer si elle l'estime nécessaire. Cette différence de rédaction a suscité une forte controverse doctrinale. Certains auteurs ont estimé que le renvoi préjudiciel devenait facultatif dans le cadre du titre IV (notamment H. Labayle, *La Cour de justice et l'espace européen de liberté, sécurité et justice*, in R. Mehdi (Dir.), *L'avenir de la justice communautaire – enjeux et perspectives*, La Doc. Fr., 1999, pp. 59-81, spéc. p. 76 ; P. Wachsmann, *Les droits de l'homme*, RTDE 1997, n° 4, pp. 883, spéc. p. 890 ; J.-M. Favret, *Le traité d'Amsterdam : une révision a minima de la charte constitutionnelle de l'Union européenne. De l'interprétation à l'incantation*, CDE, 1997, p. 566 ; J.-L. Sauron, *Le traité d'Amsterdam : une réforme inachevée*, D., 1998, p. 74 ; Ph. Martinet, *Le titre IV*, in Ph. Léger (Dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing-Dalloz-Bruylant, Bâle-Paris-Bruxelles, 1999, pp. 527-607, spéc. p. 597). D'autres considèrent qu'il demeure obligatoire (M. Wathelet, *La Cour, objet et acteur des réformes du traité*, in Y. Lejeune (Coord.), *Le traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998, p. 136 ; C. Curti-Gialdino, *Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam*, RMUE, 2/1998, p. 89-124, spéc. pp. 106-107 ; P. Girerd, *L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, RTDE, 1999, n°2, pp. 239, spéc. p. 242 ; F. Picod, *Le développement de la juridictionnalisation*, in J. Rideau (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit – continuités et avatars*, LGDJ, 2000, pp. 261-286, spéc. p. 271). Même si cette seconde interprétation semble devoir l'emporter, le traité aurait gagné à être plus catégorique.

<sup>66</sup> Là encore, la portée contentieuse de cette disposition a divisé la doctrine – selon qu'on y voyait une réserve spécifiquement apportée à la compétence préjudicielle

à un « recours dans l'intérêt de la loi », est introduite. A la différence des deux autres, cette dernière innovation ne représente pas en soi une « *dégradation du contrôle juridictionnel* »<sup>67</sup>. Permettant d'obtenir une interprétation authentique indépendamment de tout litige au principal, ce recours n'est cependant ouvert qu'aux Etats, au Conseil et à la Commission : le Parlement européen est sciemment omis. A la vérité, la légitimité démocratique peine à investir des domaines « *que les gouvernements surveillent jalousement* »<sup>68</sup>.

Le processus décisionnel n'a pas davantage été épargné.

Pour ménager les souverainetés, le traité d'Amsterdam instaurait une période transitoire de cinq ans, durant laquelle « *des éléments caractéristiques de la supranationalité étaient absents* ». Premièrement, les Etats s'étaient accordés un pouvoir d'initiative législative (concurrentement à la Commission), dont ils se sont essentiellement servi pour exprimer des préoccupations

---

de la Cour de justice (A. Arnulf, La Cour de justice après le traité d'Amsterdam, *RAE*, 2003/3 ; H. Bribosia, Liberté, sécurité et justice : l'imbricolage d'un nouvel espace, *RMUE*, 1/1998, pp. 27-54, spéc. p. 34) ou au contraire une exclusion générale, s'opposant en outre au recours en annulation et à l'exception d'illégalité, voire au recours en indemnité (O. de Schutter, Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam, in Y. Lejeune (Coord.), *Le traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998, pp. 153-, spéc. p. 176 ; F. Picod, Le développement de la juridictionnalisation, *op.cit.*, spéc. p. 277 ; J. Rideau, Le développement de la protection juridictionnelle des droits de l'homme dans l'Union européenne : symboles et effectivité, in R. Mehdi (Dir.), *L'avenir de la justice communautaire – enjeux et perspectives*, La Doc. Fr., 1999, pp. 83 et s., p. 111). D'aucuns estiment même que l'article 68§2 s'applique non seulement à des décisions communautaires mais aussi à leurs mesures nationales d'application (C. Blumann, Une brèche dans la Communauté de droit, *Mélanges Dubouis*, Dalloz, 2002, pp. 13-25, spéc. p. 18 ; A. Berramdane, L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne, *Mélanges Madiot*, pp. , spéc. p. 166), de sorte qu'un recours en manquement serait également irrecevable.

<sup>67</sup> La formule est du Doyen H. Labayle, La Cour de justice et l'espace européen de liberté, sécurité et justice, *op. cit.*, spéc. p. 73.

<sup>68</sup> M. Chavrier, La Cour de justice après le traité d'Amsterdam : palingénésie ou palinodies ?, *RMC*, n° 441, sept. 2000, pp. 542 – 550, spéc. p. 546.

sécuritaires<sup>69</sup> – au détriment des questions soulevées par l’immigration légale. Deuxièmement, ils s’étaient réservés la possibilité d’un droit de veto au sein du Conseil, en imposant l’unanimité comme mode de votation – avec des effets aussi pernicieux qu’on pouvait le craindre : négociations plus que laborieuses et accord final au rabais sur le sujet du regroupement familial<sup>70</sup>, blocage sur le thème de l’immigration économique<sup>71</sup>, retard en matière d’asile<sup>72</sup> et dans l’ensemble des textes, prolifération des clauses optionnelles ou déroatoires qui démultiplient la manière dont les normes communautaires peuvent être retranscrites en droit interne<sup>73</sup>... Troisièmement, les Etats

---

<sup>69</sup> Les directives 2001/40 du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d’éloignement (*JOCE*, n° L 149, 2 juin 2001, p. 34), 2001/51 du 28 juin 2001 destinée à compléter les accords de Schengen concernant les obligations des transporteurs et les sanctions qui leur sont applicables (*JOCE*, n° L 187, 10 juil. 2001, p. 45), 2002/90 du 28 nov. 2002 définissant l’aide à l’entrée, au transit et au séjour irrégulier (*JOCE*, n° L 328, 5 déc. 2002, p. 17), 2003/110 du 25 novembre 2003 concernant l’assistance au transit dans le cadre de mesures d’éloignement par voie aérienne (*JOUE*, n° L 321, 6 déc. 2003, p. 26) et 2004/82 du 29 avril 2004 concernant l’obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers reposit toutes sur des initiatives étatiques : françaises (pour les trois premières), allemande (pour la quatrième) et espagnole (pour la cinquième).

<sup>70</sup> Dès le 1<sup>er</sup> décembre 1999, la Commission avait présenté une première proposition (COM (1999) 638 Final), qui a dû être modifiée en 2000 (COM (2000)624 Final, 10 oct. 2000), puis une nouvelle fois en 2002 (COM (2002)225 Final, 2 mai 2002), avant que la directive ne soit adoptée en 2003.

<sup>71</sup> L’ambitieuse proposition (2001)386 s’est heurtée aux objections des Etats dès sa première lecture en groupe de travail, de sorte qu’elle n’a jamais été véritablement discutée en Conseil. Aussi la Commission l’a-t-elle retirée en 2006. De nouvelles propositions, annoncées pour 2007, n’ont pas encore été adoptées.

<sup>72</sup> S’agissant de la procédure d’octroi et de retrait du statut de réfugié, la procédure initiée en 2000 (Proposition de la Commission COM (2000) 578 Final, 20 sept. 2000) n’a abouti qu’à la fin de l’année 2005, après l’échéance fixée par le traité CE (art. 63). S’agissant des conditions d’octroi et du contenu du statut de réfugié, la directive a été adoptée in extremis, le 29 avril 2004, la proposition datant du 12 septembre 2001 (COM (2001)510 Final).

<sup>73</sup> G. Elkaïm, Quelques remarques du point de vue du négociateur, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, O. Edström (Dir.), *La politique européenne d’immigration et d’asile : bilan critique cinq ans après le traité d’Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 85-91, spéc. p. 87.

s'étaient refusés à un partage du pouvoir de décision, en cantonnant le Parlement européen à un rôle exclusivement consultatif.

Or si cette période est aujourd'hui échuë, son terme n'a pas automatiquement marqué le retour à des procédures communautaires plus traditionnelles. Seule la Commission a d'emblée recouvré son monopole de l'initiative législative (obligation lui étant cependant faite d'examiner toute demande d'un Etat visant à ce qu'elle soumette une proposition au Conseil). Pour le reste, le traité d'Amsterdam a prévu une « clause passerelle » : il appartient au Conseil de prendre à l'unanimité une décision « *en vue de rendre la procédure [de codécision] visée à l'article 251 applicable à tous les domaines couverts par le présent titre IV ou à certains d'entre eux et d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice* »<sup>74</sup>.

Sur ce dernier point, rien n'a encore été décidé – bien que le Conseil ait été saisi de deux propositions parallèles. La première émane de la Commission<sup>75</sup>, qui juge inacceptable de laisser se perpétuer une situation où l'accès au juge demeure limité dans des domaines étroitement liés aux droits des personnes<sup>76</sup>. En l'état actuel, en effet, les justiciables se voient contraints d'épuiser les voies d'action nationales jusqu'au dernier degré de juridiction pour obtenir qu'un renvoi préjudiciel vienne clarifier leurs droits. Par ailleurs, même s'il est convaincu de l'illégalité d'un acte communautaire fondé sur le titre IV du traité, un juge national de première instance est tenu de l'appliquer, sans avoir la faculté de

---

<sup>74</sup> Article 67§2 du traité CE.

<sup>75</sup> Commission européenne, *Communication et proposition de décision visant à l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, relatives aux compétences de la Cour de justice en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective*, COM (2006)346 Final, 28 juin 2006.

<sup>76</sup> Déclaration de la Commission annexée au procès-verbal du Conseil, à l'occasion de l'adoption de la décision 2004/927, visant à appliquer la procédure de codécision à certains des domaines couverts par le titre IV du traité CE (*JOUE*, n° L 396, 31 déc. 2004, p. 45). Le Parlement européen adopte la même position dans le rapport Bourlanges du 16 décembre 2004.

saisir la Cour de justice de la question, et de ce fait ne pourrait pas non plus accorder de protection au provisoire<sup>77</sup>. L'uniformité d'application et d'interprétation du droit communautaire comme le principe fondamental d'une protection juridictionnelle effective imposeraient donc de lever les restrictions inscrites à l'article 68 du traité. Mais en dépit de ces considérations et malgré la pression exercée par les autres institutions<sup>78</sup>, le Conseil s'est pour l'instant borné à prendre acte<sup>79</sup>. La seconde proposition vient de la CJCE elle-même, qui demande une modification de son statut afin de permettre l'introduction d'une procédure préjudicielle d'urgence dans les domaines visés au titre VI du traité UE et au titre IV du traité CE<sup>80</sup>. Plus récente, cette initiative n'a encore été débattue qu'au sein du Parlement européen, qui l'a récemment approuvée<sup>81</sup>.

En revanche, la procédure législative s'est améliorée, même si des décalages se font jour selon les matières.

**I-B.** Initialement, la politique des visas constituait l'unique exception (soit que le Conseil statue à la majorité qualifiée dès l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam<sup>82</sup>, soit qu'il doive

---

<sup>77</sup> La suspension d'un acte communautaire n'étant admise que si elle s'accompagne d'un renvoi en appréciation de validité

<sup>78</sup> Non content d'avoir approuvé sans amendement l'initiative de la Commission le 24 avril 2007 (P6 TA PROV (2007) 140), le Parlement européen « invite le Conseil à restituer à la Cour la plénitude de ses compétences préjudicielles » dans une résolution du 21 juin 2007 sur l'asile, (P6 TA PROV (2007) 286, point 22).

<sup>79</sup> Doc 16340/06, 4 et 5 décembre 2006, point 10.

<sup>80</sup> Traitement des questions préjudicielles relatives à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice – Modification du protocole sur le statut de la CJCE, 15 juil. 2007, doc. 11824/2007. L

<sup>81</sup> Vote du 29 nov. 2007 (P6 TA PROV (2007) 553 – A 6-0451/2007).

<sup>82</sup> En ce qui concerne non seulement la détermination des Etats tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa pour le franchissement des frontières extérieures mais aussi l'établissement d'un modèle type de visa (art. 62, point 2), sous b) littera i) et iii) du traité CE).

automatiquement suivre la procédure décrite à l'article 251 à l'expiration des cinq ans de transition<sup>83</sup>).

Par la suite, le traité de Nice a introduit une dérogation supplémentaire, en spécifiant que les mesures relatives à l'asile et à l'octroi d'une protection temporaire aux personnes déplacées seraient également adoptées en codécision, dès lors que des « *règles communes et des principes essentiels* » auront été préalablement arrêtés dans ces matières<sup>84</sup>. La disposition a eu le mérite de ne plus subordonner l'application de l'article 251 au consentement de tous les Etats. Mais en réalité, elle revenait à dire que le régime européen d'asile devait commencer par s'édifier à l'unanimité et que tout progrès en terme de communautarisation serait suspendu à la mise en place de normes minimales, auxquelles chaque représentant aurait le pouvoir de s'opposer... L'avancée était donc toute relative et c'est seulement depuis l'adoption de la directive 2005/85 relative aux procédures d'octroi et de retrait du statut de réfugié, le 1<sup>er</sup> décembre 2005, que le changement devient possible. Encore toute difficulté n'est-elle pas éliminée : il reviendra notamment à la Cour de justice de trancher le débat entre le Conseil et le Parlement européen, en ce qui concerne les modalités d'adoption – consultation ou codécision – de la liste commune identifiant des pays tiers considérés comme sûrs<sup>85</sup>.

A ces différenciations prescrites par les traités, se sont ajoutées celles décidées par le Conseil à compter du 1<sup>er</sup> janvier

---

<sup>83</sup> En ce qui concerne la procédure et les conditions de délivrance des visas, d'une part et des règles en matière de visa uniforme d'autre part (art. 62, point 2), sous b) littera ii) et iv) du traité CE).

<sup>84</sup> Article 67§5 du traité CE.

<sup>85</sup> Affaire C-133/06, Parlement européen c/Conseil. Dans ses conclusions présentées le 27 septembre 2007, M. l'Avocat général M. Poiares Maduro donne raison au Parlement européen, en considérant que le Conseil n'est nullement habilité à introduire des « bases juridiques dérivées » en vue d'adopter des mesures de nature législative selon une procédure simplifiée par rapport à celle prévue par l'article 67§5 du traité CE.

2005. Car la proposition néerlandaise, consistant à opérer un basculement général, n'a pas convaincu.

Les Etats n'ont accepté d'utiliser la « clause passerelle » que pour certains des domaines couverts par le titre IV : abolition des contrôles aux frontières intérieures ; normes et modalités auxquelles les Etats doivent se conformer pour effectuer des contrôles sur les personnes aux frontières extérieures ; définition des conditions de circulation des ressortissants de pays tiers pendant une durée maximale de trois mois ; partage entre les Etats des charges tenant à l'accueil des réfugiés et des personnes déplacées ; lutte contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier<sup>86</sup>. L'énumération est instructive à un double titre : son détail permet d'identifier les dossiers dont les Etats souhaitent voir le traitement s'accélérer ; son esprit traduit leur attachement à une communautarisation partielle, à petits pas, pour ne pas dire à reculons. Sans doute ne reste-t-il plus guère de matières dans le titre IV qui échappent à la règle du vote à la majorité qualifiée et à la codécision. Mais les exceptions sont de taille, puisqu'elles couvrent l'immigration légale<sup>87</sup> et le droit de séjour dans les autres Etats membres des ressortissants de pays tiers en situation régulière. L'assemblée européenne ne s'est pas fait faute de le déplorer<sup>88</sup>.

*« Le refus de laisser à l'institution parlementaire [...] le soin de jouer le rôle qui est naturellement le sien dans les*

---

<sup>86</sup> Décision du Conseil, 22 décembre 2004, *JOUE* n° L 396, 31 déc. 2004, p. 45. Dans ces domaines, la procédure de codécision est applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005.

<sup>87</sup> A cet égard, la décision du Conseil ne contredit pas les exhortations du Conseil européen, lequel demandait à ce que la procédure visée à l'article 251 s'applique « à toutes les mesures relevant du titre IV destinées à renforcer la liberté, dans le respect du traité de Nice, sauf pour ce qui concerne l'immigration légale » (Conseil européen, 4-5 nov. 2004, conclusions de la présidence, Annexe I, point 1.2).

<sup>88</sup> Résolution du Parlement européen sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, 26 octobre 2005, point 1 (*JOUE*, n° C 272 E, 9 nov. 2006, p. 442). L'assemblée avait déjà exprimé une position très ferme dans une précédente recommandation (P6\_TA-PROV (2004)0022, A 6-0010/2004).

*questions migratoires en droit interne pose réellement une question de principe* »<sup>89</sup>. L'échec du traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>90</sup> n'aura pas permis d'y répondre et l'échéance est maintenant repoussée à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne<sup>91</sup>, sauf nouvelle décision unanime du Conseil (autant dire, conversion subite des Etats). On ne voudrait cependant pas faire preuve d'un scepticisme de mauvais aloi. Lors de sa réunion des 15 et 16 juin 2006, le Conseil européen invitait en effet la présidence finlandaise à étudier « *en étroite collaboration avec la Commission, les possibilités d'améliorer le processus décisionnel [...] sur la base des traités existants* »<sup>92</sup>. Par suite, le Conseil envisage de réexaminer la question, après avoir admis, avec un art consommé de la litote, que « *les mécanismes de décision [...] ne contribuent pas toujours à l'efficacité des processus décisionnels* »<sup>93</sup>.

En fait si le bilan quantitatif de la politique communautaire est déjà impressionnant, le résultat qualitatif est, de l'avis général,

---

<sup>89</sup> H. Labayle, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, O. Edström, *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 11 – 43, spéc. p. 24.

<sup>90</sup> Dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'ensemble des matières de l'actuel titre IV se voyaient pleinement soumises à la méthode communautaire, tandis que les compétences de la Cour de justice ne comportaient plus de restrictions. V. Ph. De Bruycker, Les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, in M. Dony et E. Bribosia (Dir.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 279 ; H. Labayle, L'espace de liberté, de sécurité et de justice dans la Constitution pour l'Europe, *RTDE*, 2005, p. 437.

<sup>91</sup> On rappellera que s'agissant des politiques de contrôle aux frontières, d'asile et d'immigration, le traité modificatif reprend « l'acquis de la CIG 2004 » ; il renforce par ailleurs le rôle des parlements nationaux en prévoyant leur participation aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans le cadre de l'espace de liberté, sécurité et justice (voir les futurs articles 8 C du traité sur l'Union européenne modifié et 64 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ex-TCE).

<sup>92</sup> Conseil européen, 15-16 juin 2006, conclusions de la Présidence, point 10.

<sup>93</sup> Conclusions du Conseil « Justice et affaires intérieures », 4 et 5 décembre 2006, Doc. 16340/06, point 7.

plus décevant<sup>94</sup>. Les mesures « législatives » n'en constituent certes pas les seuls instruments : il faut aussi considérer les actions opérationnelles, les accords externes, les moyens financiers... Dans le domaine de l'asile, notamment, la Commission a mis l'accent sur l'intérêt d'une coopération pratique qui permettrait de renforcer l'approche commune, grâce à des méthodes administratives cohérentes et au partage des compétences, des ressources et des connaissances<sup>95</sup>. De même les accords externes peuvent-ils créer des obligations similaires aux Etats membres, dans le cadre en particulier des plate-formes de coopération avec les pays d'origine ou de transit des immigrants. Néanmoins, ce ne sont pas des vecteurs premiers d'harmonisation et s'ils peuvent être porteurs de standards, leur mise en œuvre ne saurait compenser les imperfections des directives, dans l'édification d'un droit communautaire des étrangers.

### III – DES STANDARDS COMMUNS PROBLEMATIQUES

Aujourd'hui, la gestion du phénomène migratoire n'est pas un domaine où la logique communautaire puisse donner à plein et le principe de préemption, s'appliquer rigoureusement. La perspective en est contredite par la lettre même du traité CE, qui évoque des « normes minimales » (art. 63, §§ 1 et 2), laisse aux Etats la possibilité de maintenir ou d'introduire des dispositions nationales compatibles en matière d'immigration (art. 63) et n'empêche pas les prétentions à des compétences concurrentes pour la conclusion des accords de réadmission... On ne saurait nier pour autant qu'une stratégie européenne, susceptible d'influer sur les orientations des politiques nationales, se soit développée depuis maintenant sept ans. Ces données contribuent à expliquer les termes du sujet (A), et en définitive, l'objet de la recherche (B).

---

<sup>94</sup> Ph. De Bruycker, Le niveau d'harmonisation de la politique européenne d'immigration et d'asile, in in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, O. Edström, *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 45-75.

<sup>95</sup> Commission européenne, Communication sur le renforcement de la coopération pratique (COM (2006)67, 17 fév. 2006, p. 19).

**III-A.** Par leurs vertus harmonisatrices, les actes communautaires devraient avoir pour effet de soumettre les Etats à des standards communs. L'emploi du terme n'est pas anodin. En théorie du droit, il revêt au contraire un sens bien particulier. Les standards désignent ainsi une catégorie juridique, matériellement issue « *d'une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination de celle-ci* »<sup>96</sup> et fonctionnellement destinée à permettre une « *analyse des comportements des acteurs juridiques par référence à un type moyen de conduite* »<sup>97</sup>. Plus précisément, les standards, en tant que critère de « *normalité* »<sup>98</sup> voire de « *normativité* »<sup>99</sup>, sont un outil au service du juge, « *un moyen d'élasticité des décisions juridiques qui les ouvre aux évaluations* »<sup>100</sup>.

Ce n'est pas exactement l'acception qui doit être retenue ici, même si les normes communautaires en matière d'asile et d'immigration comportent des imprécisions et laissent parfois place à une certaine latitude, qui nécessiteront probablement une interprétation authentique de la Cour et son arbitrage. En recourant à la notion de « standards », on n'entend pas en effet préjuger de la qualité normative des directives mais renvoyer à un *niveau global de référence, auquel chaque Etat membre, dans une Union de plus en plus hétérogène, devrait se conformer et adapter son droit national comme ses pratiques administratives.*

---

<sup>96</sup> S. Rials, Les standards, notions critiques du droit, in Ch. Perelman et R. Vander Elst (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 39-53.

<sup>97</sup> S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur un traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Thèse, LGDJ, 1980, 564 p., spéc. p. 46.

<sup>98</sup> Ch. Perelman, Le raisonnable et le déraisonnable en droit, in Ch. Perelman et R. Vander Elst (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984.

<sup>99</sup> V. Petev, Les standards et les principes généraux du droit, in *Les standards dans divers systèmes juridiques*, *Rev. de rech. Jur.*, 1988-4, p. 826

<sup>100</sup> J. Wroblewski, Les standards juridiques : problèmes théoriques de législation et d'application du droit, *Rev. de rech. Jur.*, 1988-4, pp. 847-869, spéc. p. 848.

Compte tenu des limites précédemment évoquées, la première question qui se pose est naturellement celle de savoir si ce nivellement se vérifie – sachant que les conclusions ne peuvent être que provisoires. La politique européenne se met en place progressivement, au rythme de « plans quinquennaux » successifs et bien que des calendriers soient établis<sup>101</sup>, la réalisation de l'espace de liberté, sécurité et justice n'a pas, à la différence du Marché intérieur, d'échéance claire. L'expiration même de la période initiatique de cinq ans ne signifie pas que le système soit parvenu à maturité. L'éventualité de progrès ultérieurs doit donc être prise en compte. L'enjeu, au demeurant, n'est pas tant de mesurer le degré d'(in)achèvement de la politique commune que de sonder la capacité des normes actuelles à produire un effet d'alignement et une réelle valeur ajoutée. Encore faut-il souligner que l'encadrement des souverainetés étatiques, s'il s'avérait, ne signifie pas nécessairement que les droits individuels soient mieux ou davantage protégés. Dès lors c'est l'essence, plus que l'existence, des standards communs qui mérite réflexion.

A cet égard, point n'est besoin de rappeler combien la dérive sécuritaire des stratégies migratoires a pu être stigmatisée.

Le respect et la promotion des droits fondamentaux sont certes invoqués avec constance : l'agenda de La Haye en a fait une orientation générale du développement de l'espace de liberté, sécurité et justice<sup>102</sup>, tandis que la Commission y a vu une des

---

<sup>101</sup> Le traité d'Amsterdam prévoyait que le Conseil devait arrêter dans les cinq ans suivant son entrée en vigueur les mesures relatives à l'asile conformes à la Convention de Genève sur les réfugiés, les normes minimales relatives à l'octroi d'une protection temporaire aux personnes déplacées ainsi que des mesures concernant l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, y compris le rapatriement des intéressés. Par ailleurs, le programme de La Haye fixe à 2010 la date limite pour la mise en place d'un régime d'asile européen commun, objectif réaffirmé par le Conseil européen des 21 et 22 juin 2007 (Conclusions de la présidence, point 21).

<sup>102</sup> Il y est formellement dit que « *les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux contenue dans la partie II du traité constitutionnel et la Convention de Genève*

principales priorités pour la période 2005-2010<sup>103</sup>. Afin d'aider la Communauté et ses Etats membres à s'acquitter de cette exigence dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes s'est ainsi transformé en une Agence des droits fondamentaux<sup>104</sup>. Opérationnel depuis le 1<sup>er</sup> mars 2007, l'établissement est chargé de collecter et d'analyser des informations objectives, fiables et comparables, en vue de recenser les causes, les conséquences et les effets des violations des droits fondamentaux dans l'Union et d'identifier les exemples de bonnes pratiques pour y remédier. On soulignera que son mandat couvre tout le champ d'application du droit communautaire et inclut à ce titre les politiques d'asile et d'immigration. D'autre part, il a été établi pour la période 2007-2013 un programme-cadre « Droits fondamentaux et justice »<sup>105</sup>, se décomposant en quatre programmes spécifiques respectivement axés sur la citoyenneté<sup>106</sup>, la lutte contre la violence<sup>107</sup>, la justice civile<sup>108</sup> et la justice pénale<sup>109</sup>.

---

*doivent être intégralement respectés* » (Conseil européen, 4-5 nov. 2004, conclusions de la présidence, Annexe I, points 1 et 2).

<sup>103</sup> Voir Commission européenne, « *L'espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures priorités* », COM (2004)401 Final, 2 juin 2004 et Commission européenne, « *Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années* », COM (2005)184 Final.

<sup>104</sup> Règlement 168/2007, 15 févr. 2007, *JOUE*, n° L 53, 22 fév. 2007, p. 1 ; *Europe*, avril 2007, comm. n° 109, obs. F. Kauff-Gazin.

<sup>105</sup> COM (2005)122 Final, 6 avr. 2005.

<sup>106</sup> Décision 2007/252 CE, 19 avr. 2007, établissant un programme spécifique « Droits fondamentaux et citoyenneté », *JOUE*, n° L 110, 27 avr. 2007, p. 33 (rectificatif *JOUE* n° L 141, 2 juin 2007, p. 83).

<sup>107</sup> Décision 779/2007, 20 juin 2007, établissant un programme spécifique visant à prévenir et combattre la violence envers les enfants, les jeunes et les femmes et à protéger les victimes et les groupes à risque (Daphné III), *JOUE*, n° L 173, 3 juil. 2007, p. 19.

<sup>108</sup> La proposition de la Commission (COM (2005) 252-4 Final) est en cours d'examen ; la procédure de codécision approche de son terme puisque le parlement européen a rendu son avis en deuxième lecture le 11 juil. 2007.

<sup>109</sup> Décision 2007/126, 12 fév. 2007, établissant un programme spécifique « Justice pénale », *JOUE* n° L 58, 24 fév. 2007, p. 13.

Il apparaît néanmoins que les problèmes liés à la gestion du phénomène migratoire ne sont pas spécialement mis en exergue ; parfois, l'accent semble surtout mis sur les attentes des citoyens de l'Union<sup>110</sup>. Sans doute, le Conseil européen<sup>111</sup> et le Parlement européen<sup>112</sup> ont-ils répété que la politique européenne d'immigration devait, en tant que telle, se fonder sur le respect des droits fondamentaux des migrants. Sans doute, chaque acte dérivé du titre IV inclut-il un considérant qui déclare sa conformité avec « *les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et réaffirmés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». Ce considérant atteste normalement que la Commission s'est livrée à un examen a priori de compatibilité. Toutefois la majeure partie de la législation a été arrêtée avant que l'institution n'affine sa méthode<sup>113</sup> et que ses analyses d'impact n'intègrent une série de questions additionnelles concernant les droits fondamentaux<sup>114</sup>. En fait, la référence apparaît quelque peu incantatoire, quand elle se résorbe dans le dispositif à des garanties élémentaires et que le législateur se garde même de qualifier les

---

<sup>110</sup> Le Conseil européen des 21 et 22 juin 2007, par exemple, se soucie prioritairement de « *renforcer encore la sécurité intérieure de l'Europe, ainsi que les libertés et les droits fondamentaux des citoyens* » (point 15).

<sup>111</sup> Conseil européen, 14 et 15 déc. 2006, conclusions de la présidence, point 22 : la politique européenne en matière de migrations « *s'appuie également sur le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales des migrants* ».

<sup>112</sup> Voir notamment, la résolution du 26 octobre 2005 sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, où le Parlement européen considère qu'une « *politique européenne de l'immigration doit se fonder sur le respect des droits fondamentaux de la personne* », avant de se déclarer convaincu que l'Union européenne doit « *concevoir une politique commune dans le domaine des visas, de l'asile et de l'immigration [...] compatible avec les obligations internationales en matière des droits de l'homme* » et que « *cette politique doit être respectueuse des droits fondamentaux* » (JOUE, n° C 272 E, 9 nov. 2006, p. 442, points F et J).

<sup>113</sup> Commission européenne, « *Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission. Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux* », COM (2005)172 Final.

<sup>114</sup> Voir A. Brun et E. Crabit, Faire respecter les droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union européenne. Pistes de réflexion sur le rôle de la Commission européenne, RAE, 2006/1, pp. 45-63, spéc. p. 47.

avantages reconnus aux ressortissants de pays tiers. En outre, on a pu craindre, jusqu'à l'arrêt du 27 juin 2006 concernant la légalité de la directive 2003/86 sur le droit au regroupement familial<sup>115</sup>, que la Cour de justice ne répugne à assumer dans ce cadre le rôle de garante des droits de l'homme et ne privilégie davantage sa fonction traditionnelle de régulation des compétences<sup>116</sup>.

A l'opposé d'une présentation lénifiante, il faut donc envisager que la thématique des droits fondamentaux soit un révélateur cruel des insuffisances et des ambiguïtés de la politique migratoire de l'Union<sup>117</sup>.

**III-B.** Dans ces conditions, le statut réservé aux ressortissants de pays tiers ne saurait être simplement décrit mais suppose d'être évalué.

La recherche ne prétend certes pas embrasser l'intégralité du droit communautaire des étrangers. Elle se limitera plutôt à l'analyse critique des actes – en vigueur ou en préparation – pris sur le fondement du seul titre IV, dans la mesure où ils sont censés constituer un droit commun, en tant qu'ils régissent la situation des étrangers « ordinaires ». Trois volets de l'action communautaire ont été plus précisément retenus : le régime de l'asile, la gestion de l'immigration légale et le traitement de l'immigration clandestine. C'est à ce dernier titre que sera abordé le contrôle aux frontières extérieures, identifié comme un « domaine à risque » pour les droits fondamentaux<sup>118</sup>, tandis que la politique commune des visas ne sera pas examinée. L'activité législative en la matière se

---

<sup>115</sup> CJCE, 22 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil, aff. C – 540/03, Rec. p. I-5769.

<sup>116</sup> H. Labayle, *Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, de sécurité et justice*, RTDE, 2006, pp. 1-46. Au vu des conclusions de l'Avocat général, l'auteur n'hésitait pas à parler d'un « *climat intellectuel peu favorable à la dynamique des droits fondamentaux de la personne et sans doute plus familier des logiques de politiques publiques* » (p. 46).

<sup>117</sup> En ce sens, voir H. Labayle, *Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible*, RAE, 2006/1, pp. 93-109.

<sup>118</sup> A. Brun et E. Crabit, *Faire respecter les droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union européenne. Pistes de réflexion sur le rôle de la Commission européenne*, RAE, 2006/1, pp. 45-63, spéc. p. 59.

concentre en effet sur l'entrée dans l'espace européen et les courts séjours<sup>119</sup>. Notre problématique, au contraire, s'attache à la manière dont la Communauté appréhende une présence étrangère durable. Des interférences ne sont pas exclues : par exemple, le système d'information sur les visas, à propos duquel le Conseil est récemment parvenu à un accord<sup>120</sup>, peut servir en matière d'asile (en évitant que les critères du règlement Dublin II ne soient contournés) et de lutte contre l'immigration irrégulière (en facilitant le retour des personnes concernées)<sup>121</sup>... Mais il suffira d'évoquer, le cas échéant, ces éléments.

Les enjeux sont de trois ordres. Premièrement, les orientations générales doivent être dégagées, afin de déterminer si la politique européenne s'inscrit dans une logique d'ouverture ou de fermeture. Deuxièmement, les garanties offertes aux ressortissants de pays tiers (en termes de « procédure administrative équitable », de « droit au juge », de « respect de la vie privée et familiale », de « non-discrimination »...) doivent être appréciées, afin de voir comment les principes énoncés à l'article 6 du traité sur l'Union européenne sont véritablement actés. Troisièmement, l'apport du droit communautaire doit être mesuré au regard de l'état du droit national préexistant et des instruments internationaux pertinents. A cet égard, la comparaison s'impose particulièrement avec la Convention européenne des droits de l'homme. L'impact de ses exigences sur le droit des étrangers n'est plus à démontrer et ne cesse de s'illustrer par des constats réitérés

---

<sup>119</sup> Voir notamment le règlement 539/2001 du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres, le règlement 1091/2001 du 28 mai 2001 relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour (JOCE, n° L 150, 6 juin 2001, p. 4) ou encore la proposition de règlement établissant un code communautaire des visas, du 19 juillet 2006 (COM(2006)403 Final) qui vise à définir les conditions et les procédures de traitement des demandes de visa pour un séjour n'excédant pas trois mois sur une période de six mois.

<sup>120</sup> Conseil européen, 21 et 22 juin 2007, conclusions de la présidence, point 19.

<sup>121</sup> Commission européenne, proposition de règlement concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données sur les visas de court séjour COM (2005)835 Final.

de violation, soit qu'une décision d'expulsion ou de refoulement expose le requérant à des traitements inhumains ou dégradants dans le pays d'origine<sup>122</sup> ou sur le territoire de l'Etat d'accueil<sup>123</sup>, soit qu'un refus d'entrée<sup>124</sup> ou d'autorisation de séjour<sup>125</sup> méconnaisse sa vie privée ou familiale, soit que l'examen d'une demande d'asile ne s'accompagne d'aucun recours effectif<sup>126</sup>... Chronologiquement et substantiellement, la Convention représente donc une source première de contrainte pour les Etats, bien que la Cour de Strasbourg ait développé une politique jurisprudentielle plus sensible à leurs intérêts et à leurs prérogatives<sup>127</sup>. Aussi est-il intéressant de vérifier si le droit communautaire parvient à assurer un niveau de protection équivalent, au sens de la jurisprudence *Bosphorus*.

Dès le départ, la Commission a dénoncé les politiques d'« immigration zéro », comme n'ayant jamais été ni réalistes ni opportunes<sup>128</sup>. Ainsi que le soulignait le Conseil européen de Tampere, « *il serait contraire aux traditions de l'Europe de refuser la liberté à ceux qui, poussés par les circonstances, demandent*

---

<sup>122</sup> Pour un exemple récent, voir Cour EDH, 11 janv. 2007, *Sheekh c/ Pays-Bas*, req. n° 1948/04, AJDA, 2007, p. 905, chron. J.-F. Flauss (interdiction d'expulser le membre d'un groupe réputé vulnérable, victime de persécutions, vers une zone « non sûre » ou insuffisamment sûre » du pays d'origine, voire vers des zones « relativement sûres » lorsque l'accès à ces régions implique un transit par des zones dangereuses).

<sup>123</sup> Cour EDH, 12 oct. 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, D. 2007, Jur. 771, note P. Muzny (condamnation pour avoir détenu pendant deux mois une mineure étrangère en bas âge, non accompagnée, dans un centre de rétention pour adulte et l'avoir refoulée, sans que sa prise en charge à l'arrivée soit suffisamment préparée).

<sup>124</sup> Cour EDH, 21 déc. 2001, *Sen c/ Pays-Bas*, req. n° 31465/96.

<sup>125</sup> Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif*, req. n° 54273/00.

<sup>126</sup> Cour EDH, 26 avr. 2007, *Gebremedhin c/ France*, req. n° 25389/05 (dans le cadre d'une procédure d'asile à la frontière, impossibilité pour le requérant maintenu en zone d'attente d'avoir accès à un recours suspensif de plein droit).

<sup>127</sup> Cour EDH, Gde ch., 18 oct. 2006, *Üner c/ Pays-Bas*, req. n° 46410/99.

<sup>128</sup> Commission européenne, « *Politique communautaire en matière d'immigration* », COM (2000)757 Final, 22 nov. 2000.

*légitimement accès à notre territoire* »<sup>129</sup>. La capacité d'accueil de l'Union n'en constitue pas moins une limite<sup>130</sup>. En outre, les attentats du 11 septembre 2001, auxquels se sont ajoutés ceux de Madrid le 11 mars 2004 puis de Londres en 2005, n'ont pas manqué de susciter une réaction de repli, comme un réflexe de rétractation : « *les citoyens d'Europe attendent à juste titre de l'Union que tout en garantissant le respect des libertés et des droits fondamentaux, elle adopte une approche plus efficace des problèmes transfrontières tels que l'immigration illégale, la traite des êtres humains, le terrorisme et la criminalité organisée* ».

Dans un contexte marqué par des clivages entre les Etats membres et une tendance à privilégier le plus petit dénominateur commun, la conciliation semble alors devoir se traduire par une rigidification possible en matière d'asile (Partie II), une sélectivité latente en matière d'immigration légale (Partie II) et une lutte prioritaire contre l'immigration irrégulière (Partie III).

*C. Picheral*

---

<sup>129</sup> Conseil européen, 15-16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 3.

<sup>130</sup> A Laeken, le Conseil européen s'engageait par exemple à adopter une « politique commune en matière d'asile et d'immigration qui respecte l'équilibre nécessaire entre la protection des réfugiés [...], l'aspiration légitime à une vie meilleure et la capacité d'accueil de l'Union et de ses Etats membres » (Conseil européen, 14-15 déc. 2001, conclusions de la présidence, point 39).

## PARTIE I – UNE RIGIDIFICATION POSSIBLE EN MATIERE D’ASILE

Le thème de l’asile est l’un de ceux à propos desquels le Conseil européen a exprimé la plus forte détermination politique : dès 1999, le programme de Tampere s’inscrit dans la perspective d’un « régime d’asile européen commun »<sup>1</sup>, là où le traité CE envisageait seulement l’adoption de normes minimales ; en 2004, l’Agenda de la Haye prévoit donc « la mise au point d’une procédure commune d’asile et d’un statut uniforme pour les personnes bénéficiant de l’asile ou d’une protection subsidiaire »<sup>2</sup> ; en juin 2007, le Conseil européen confirme qu’il est « déterminé à mettre en place un régime d’asile européen commun d’ici 2010 »<sup>3</sup>. La constance est notable mais la répétition même de l’objectif témoigne des difficultés de l’entreprise et de l’insuffisance des résultats obtenus à l’issue de ce qu’il est convenu d’appeler « la première phase »<sup>4</sup>. En vérité, la qualification relève quelque peu de l’art d’accommoder les restes, après que les plats de résistance (les propositions de la Commission) aient été substantiellement vidés par l’appétit des Etats.

Au demeurant, de nouvelles considérations se sont greffées, dans l’intervalle, au « respect absolu du droit d’asile » :

---

<sup>1</sup> Conseil européen de Tampere, 15-16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 13.

<sup>2</sup> Conseil européen, 4-5 nov. 2004, conclusions de la présidence, annexe I, point 1.3.

<sup>3</sup> Conseil européen, 21-22 juin 2007, conclusions de la présidence, point 21.

<sup>4</sup> Le régime commun d’asile s’établit en deux phases ; la première, qui consistait en une harmonisation minimale des droits nationaux, s’est achevée avec l’adoption de la directive 2005/85 (relative à la procédure d’octroi et de retrait du statut de réfugié). Outre ce dernier texte, le corpus communautaire compte la directive 2001/40 (concernant la protection temporaire en cas d’afflux massif de personnes déplacées), le règlement CE 343/2003 (« Règlement de Dublin »), la directive 2003/9/CE (relative aux conditions d’accueil des demandeurs d’asile) et la directive 2004/83 (relative aux conditions pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou à la protection subsidiaire et au contenu de ces statuts).

prise en compte de la capacité d'accueil de l'Union<sup>5</sup>; souci d'efficacité administrative et lutte contre les abus<sup>6</sup>, recherche de solutions complémentaires (pour ne pas dire alternatives) à la protection offerte par les Etats membres<sup>7</sup>... Il n'est sans doute pas fortuit que depuis six ans, le nombre des demandes d'asile ait fortement décliné dans l'ensemble de l'Union<sup>8</sup>. La fin des conflits armés dans certaines régions du monde mais aussi le durcissement des législations nationales, le contexte international de lutte contre le terrorisme et le renforcement des contrôles aux frontières extérieures sont autant de facteurs explicatifs.

Dans ces conditions, il est permis de s'interroger sur la conception européenne de l'asile.

---

<sup>5</sup> Conseil européen de Laeken, 14-15 déc. 2001, conclusions de la présidence, point 39 : la politique d'asile est censée respecter « *l'équilibre nécessaire entre la protection des réfugiés conformément aux principes de la Convention de Genève [...] et la capacité d'accueil de l'Union et de ses Etats membres* ».

<sup>6</sup> Conseil européen de Séville, 21-22 juin 2002, conclusions de la présidence : « *il importe de garantir aux réfugiés une protection rapide et efficace, en mettant en place les mécanismes propres à empêcher les abus* ». Egalement, Conseil européen de Thessalonique, 20 juin 2003, conclusions de la présidence : « *Le Conseil européen réaffirme qu'il importe de mettre en place dans l'Union européenne un régime d'asile plus efficace, permettant de reconnaître rapidement, dans le contexte de l'élargissement des flux migratoires, toutes les personnes qui ont besoin d'une protection* » (point 25), « *l'objectif étant d'accélérer autant que faire se peut le traitement des demandes non liées à une protection internationale* » (point 27).

<sup>7</sup> Conseil européen de Thessalonique, 20 juin 2003, conclusions de la présidence, point 26 : la Commission est invitée « *à examiner comment les régions d'origine pourraient mieux assurer la protection des personnes* ». Egalement Conseil européen, 4-5 nov. 2004, conclusions de la présidence, annexe I, point 1.3 : une étude « *devrait évaluer le bien-fondé et la faisabilité d'un traitement commun des demandes d'asile en dehors du territoire de l'UE, qui serait complémentaire au régime d'asile européen commun et conforme aux normes internationales applicables* ».

<sup>8</sup> Selon les chiffres du Ministère de l'intérieur en France, publiés régulièrement sur son site Internet, les nouvelles demandes auraient baissé de plus de 34% entre janvier 2004 et janvier 2006 (disponible sur [www.interieur.gouv.fr/misill/sections/a\\_la\\_une/toute\\_1\\_actualite/ministere/chute-asile-2006/view](http://www.interieur.gouv.fr/misill/sections/a_la_une/toute_1_actualite/ministere/chute-asile-2006/view))

Un premier élément tient à sa délimitation *ratione personae*. Conformément à la lettre de l'article 63 du traité CE, tous les instruments adoptés au plan communautaire circonscrivent en effet leur champ d'application aux ressortissants de pays tiers et apatrides. La question du droit d'asile pour les ressortissants des Etats membre est traitée dans un protocole additionnel au traité CE (dit Protocole Aznar), dont il ressort que leur demande ne peut être prise en considération ou déclarée recevable par un autre Etat de l'Union, sauf exceptions limitativement énumérées (notamment si l'Etat membre sollicité décide unilatéralement d'instruire le dossier)<sup>9</sup>.

Ce principe est censé s'expliquer d'abord par « *le niveau de protection des droits fondamentaux dans les Etats membres* », qui en ferait des « *pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres* ». Il trouve une autre justification dans l'institution de la citoyenneté européenne qui comporte un droit de libre circulation et de séjour et confère à ses titulaires une égalité de traitement avec les nationaux dans tout le champ d'application *ratione materiae* du traité CE<sup>10</sup>. Or, la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié écarte elle-même de son bénéfice toute personne que les autorités compétentes du pays de résidence considèrent « *comme ayant les droits et les obligations attachées à la nationalité de ce pays* ». Si tentant que soit le rapprochement,

---

<sup>9</sup> Lorsque l'Etat membre d'origine n'assure pas la protection des droits de l'homme (soit qu'il y déroge exceptionnellement sur la base de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, soit qu'il fasse l'objet d'une procédure de sanction politique pour violation des principes fondamentaux de l'Union sur la base de l'article 7 du traité UE) ou quand l'Etat membre d'accueil décide d'examiner la demande. Cette dernière doit alors être présumée infondée, mais l'Etat membre concerné reste libre de statuer, sans que son pouvoir « *ne soit affecté d'aucune manière* ».

<sup>10</sup>Un auteur relève ainsi qu'avec l'édification d'un espace sans frontières intérieures, il est plus difficile « *de soutenir que le national d'un Etat membre qui introduit une requête d'asile dans un autre Etat membre remplit le critère objectif de l'article 1 de la Convention de Genève, de se trouver " hors du pays dont il a la nationalité", si l'on étend la nationalité à la citoyenneté* » ( J.-Y. Carlier, « Le développement d'une politique commune en matière d'asile », in C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1-14, spéc. p. 7).

force est néanmoins de constater qu'en l'état actuel, le statut de citoyen de l'Union n'entraîne pas un tel degré d'assimilation<sup>11</sup>.

Fondamentalement, c'est le droit de tout individu à voir sa demande d'asile examinée, sans discrimination quant au pays d'origine, qui est directement mis en cause. Aussi le protocole Aznar est-il souvent perçu comme un « *accroc à la Convention de Genève* »<sup>12</sup>, dont les organisations non-gouvernementales<sup>13</sup> et le HCR<sup>14</sup> n'ont pas manqué de s'inquiéter.

Mais d'autres débats se sont ouverts. Indépendamment de la limitation de leur champ d'application, les instruments actuels de la politique communautaire d'asile souffrent de lacunes que le renforcement et l'amélioration de la coopération pratique entre les Etats<sup>15</sup> ne sauraient pallier. Le Livre vert du 6 juin 2007 sur le futur régime européen commun<sup>16</sup> en donne quelques idées : absence de reconnaissance mutuelle des décisions nationales d'asile, déficits

---

<sup>11</sup> E. Bribosia, A. Weyembergh, Le citoyen européen privé du droit d'asile ?, *JTDE*, 1997, p. 204.

<sup>12</sup> H. Labayle, Le traité d'Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice, *RTDE*, 1997, pp. 813-881.

<sup>13</sup> ECRE (*Agence Europe*, n° 7000, 21 juin 1997) ; Amnesty International (*Agence Europe*, n° 7006, 30 juin 1997).

<sup>14</sup> *Agence Europe*, n° 7001, 23 juin 1997. Par la suite, le HCR avait encore fait valoir – à propos de la directive 2001/55 relative à une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées – que s'il « *est hautement improbable que les déplacements massifs de population puissent provenir d'un des Etats membres (...) une telle éventualité ne peut être exclue sur un plan juridique* » et recommandait–sans être entendu – l'introduction d'une disposition précisant que la directive « *ne peut être interprétée comme portant atteinte au droit des ressortissants des Etats membres à chercher asile et bénéficier de l'asile* » (Commentaires du HCR sur la proposition de directive de l'Union européenne relative à la protection temporaire en cas d'afflux massif, UNHCR Genève, septembre 2000).

<sup>15</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 17 février 2006, *COM (2006) 67 final*, sur le renforcement de la coopération pratique – Nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun.

<sup>16</sup> COM(2007)301 Final. La consultation devrait déboucher sur la publication d'un programme d'action au premier trimestre de l'année 2008, afin de permettre l'adoption des nouvelles mesures à l'échéance 2010.

importants concernant les définitions et les procédures nationales destinées à identifier les situations de plus grande vulnérabilité, harmonisation insuffisante des critères d'éligibilité à la protection internationale et des règles applicables au traitement des demandes.... Concernant les flux migratoires mixtes (composés simultanément de migrants clandestins et de personnes nécessitant une protection), la Commission suggère également de réfléchir à des mesures qui permettraient de garantir l'intégration des obligations découlant de l'acquis communautaire et du droit international relatif aux réfugiés et aux droits de l'homme dans la gestion des frontières extérieures. Quoique stimulantes, les perspectives ouvertes ne constituent cependant pas un renversement complet de tendance : la dimension extérieure de l'asile, notamment, demeure un axe important de la politique communautaire – comme si l'Union cherchait décidément à se décharger sur des Etats tiers<sup>17</sup>.

Au reste, le cadre juridique issu de la « première phase » suggère une « rigidification » de la posture européenne à l'égard des migrations pour « causes humanitaires ». Des formes spécifiques ou complémentaires de protection internationale sont organisées mais l'accès à l'asile subit des restrictions (Chapitre I), tandis que le contenu de la protection octroyée conserve des gradations (Chapitre II).

---

<sup>17</sup> H. Labayle, Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union, l'équation impossible, *RAE*, 2006/1, pp. 93-109, spéc. p. 98.

## CHAPITRE I – RESTRICTION DE L'ACCES

Dans son rapport du 19 avril 2006, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) dénonçait les « *restrictions de plus en plus sévères* » apportées au droit d'asile par les pays développés et « *l'intolérance grandissante* » de l'Europe envers les réfugiés.

L'objectif affiché par les chefs d'États et de gouvernement, lors du Conseil européen spécial de Tampere, était pourtant de rendre uniformément applicables les dispositions de la Convention de Genève, qui consacre notamment le principe fondamental de non-refoulement en cas de risque de persécution dans le pays d'origine du demandeur. A cette fin, des directives ont été adoptées, concernant notamment les conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou à une protection subsidiaire<sup>18</sup> et les procédures d'octroi ou de retrait du statut<sup>19</sup>. Dans la logique d'un espace sans frontières intérieures où les Etats membres sont unis par une étroite solidarité, le principe selon lequel toute demande d'asile sera examiné mais ne le sera qu'une fois a par ailleurs été « communautarisé ».

Cependant, l'analyse critique de ces différentes dispositions révèlent les ambiguïtés qui entourent la question de la prise en charge des demandeurs (I) et les difficultés qui pèsent sur l'obtention du statut de réfugié ou de bénéficiaire de la protection subsidiaire (II).

---

<sup>18</sup> Directive 2004/83 du Conseil du 29 avril 2004, *JOUE*, n° L 304, 30 sept. 2004, p. 12.

<sup>19</sup> Directive 2005/85 du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005, *JOUE*, n° L 326, 13 déc. 2005, p. 13.

## I – UNE QUESTION AMBIGUË : LA RESPONSABILITE DE LA PRISE EN CHARGE DES DEMANDEURS D’ASILE

Le Conseil de l’UE a adopté le 18 février 2003 un règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans l’un des États membres par un ressortissant d’un pays tiers<sup>20</sup>. Ce texte, plus connu sous le nom de « règlement Dublin » car il se substitue aux dispositions de la Convention signée dans la capitale irlandaise le 15 juin 1990<sup>21</sup>, est fondé sur l’article 63, premier alinéa, point 1 a) du traité établissant la Communauté européenne<sup>22</sup>. Il a fait l’objet d’un règlement d’exécution<sup>23</sup> et s’appuie sur un système automatisé d’identification des empreintes digitales des demandeurs d’asile (système Eurodac) également destiné à certaines catégories d’immigrants illégaux<sup>24</sup>.

Les douze nouveaux États membres qui ont adhéré à l’Union le 1<sup>er</sup> mai 2004 (Lettonie, Lituanie, Estonie, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Hongrie, Slovénie, Malte et Chypre) et le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (Roumanie et Bulgarie) se sont engagés à appliquer sans transition ces dispositions<sup>25</sup>. Contrairement à ce qui était le cas sous l’empire de la Convention de 1990, le Royaume-Uni et l’Irlande ont exprimé le souhait de

---

<sup>20</sup> Règlement (CE) n° 343/2003, *JOUE*, n° L 50, 25 février 2003, p. 1.

<sup>21</sup> *JOCE*, n° C 254, 19 août 1997, p. 1.

<sup>22</sup> La Cour de justice a rappelé que les dispositions du Titre IV sont dérogatoires du droit commun communautaire. Tel est le cas, par exemple, quant aux pouvoirs d’exécution reconnus au Conseil de l’UE et non à la Commission européenne pour les demandes de visas et les contrôles aux frontières : CJCE 18 janvier 2005 *Commission c/ Conseil de l’UE*, aff. C-257/01 ; voir Chronique H. Gaudin, *RDP*, 2006, n° 5, p. 1457.

<sup>23</sup> Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003, *JOUE*, n° L 222, 5 septembre 2003, p. 3.

<sup>24</sup> Règlement (CE) n° 2725/2000, 11 déc. 2000, *JOCE*, n° L 316, 15 déc. 2000, p. 1.

<sup>25</sup> L. Neumayer, « La naissance d’une politique publique ‘européanisée’ : le secteur de l’asile en Hongrie et en République tchèque », *Revue internationale de politique comparée*, 2006, n° 2, p. 239

participer à l'adoption et à l'application du nouveau règlement. Seul le Danemark n'avait pas rejoint initialement les autres membres de l'Union européenne en la matière, avant de conclure le 21 février 2006 un accord avec le Conseil de l'UE, qui rend les dispositions du règlement applicables dans cet Etat. L'accord est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2006. La Norvège et la Suède ont accepté également d'appliquer les dispositions du règlement en vertu d'un accord conclu avec la Communauté européenne en janvier 2001. Il faut signaler enfin le cas particulier de la Suisse qui, sous réserve d'un rapport évaluant positivement l'application des accords de Schengen, envisage d'appliquer les dispositions du règlement Dublin à la suite d'un accord conclu avec la Communauté européenne le 26 octobre 2004 et de deux référendums dont l'issue fut positive en juin et septembre 2005.

Le mécanisme de détermination est censé éviter deux phénomènes qui se sont développés au cours des années 1980 : les « réfugiés sur orbite », que les Etats se renvoyaient mutuellement sans examiner leur demande d'asile, et les « demandes multiples », présentées successivement par une même personne dans plusieurs Etats. D'emblée, la capacité du règlement Dublin II à résoudre les autres dysfonctionnements du système d'asile<sup>26</sup> était cependant mise en cause et dès le 10 mars 2003, le Royaume-Uni proposait de créer par ailleurs des « zones de protection » dans les régions d'origine et des « centres de traitement » dans les régions de transit, vers lesquels les demandeurs d'asile pourraient être transférés ou réacheminés. Discutées lors du Conseil Justice et Affaires intérieures des 5 et 6 juin 2003, ces suggestions ont soulevé un large débat. Admettant le diagnostic britannique, sans valider

---

<sup>26</sup> La proposition britannique en mettait quatre en exergue : l'aide financière aux réfugiés est mal distribuée ; les personnes qui fuient des persécutions sont généralement contraintes d'entrer illégalement dans l'Union, la majorité des réfugiés restant dans des camps situés sur le territoire de pays tiers dotés de peu de moyens ; la plupart des demandeurs d'asile ne remplissent pas les conditions requises pour obtenir le statut de réfugié ou une protection subsidiaire ; les personnes considérées comme n'ayant pas besoin d'une protection internationale ne sont pas renvoyées pour autant dans leur pays d'origine.

les solutions proposées, la Commission a elle-même été conduite à présenter de nouvelles orientations, incluant une aide aux pays tiers qui font face à l'arrivée massive de réfugiés<sup>27</sup>.

Ainsi, bien qu'il améliore le dispositif de la Convention de Dublin, le règlement n'apporte qu'une réponse partielle (A) et parfois insatisfaisante (B) à la question du traitement des demandes d'asile et de la prise en charge des personnes concernées.

## **A – Le règlement Dublin II, une réponse partielle**

La détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile revient à identifier le membre de l'Union auquel incombera la prise en charge du demandeur<sup>28</sup>. En ce sens, c'est un moyen de répartition « interne » des efforts. Parallèlement, si la création de centres de traitement délocalisés ne paraît plus envisagée, l'expérimentation des programmes de protection régionaux ne s'inscrit pas moins dans un mouvement d'externalisation. Le mécanisme mis en place à l'intérieur de l'Union par le règlement 343/2003 (1) ne doit pas donc pas occulter les mécanismes développés en dehors de l'Union (2).

### **1 – Le mécanisme mis en place à l'intérieur de l'Union**

Le règlement, de manière fort didactique, ce qui devrait renforcer la sécurité juridique en la matière, établit un certain nombre de critères afin de déterminer quel est l'Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile (a). Il comporte des indications moins complètes sur la procédure (b).

---

<sup>27</sup> COM (2003)315 final, 3 juin 2003 ; COM (2004)410 final, 4 juin 2004.

<sup>28</sup> Voir l'article 16 du règlement 343/2003.

a) *Les critères de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen de la demande* - La présentation des critères obéit à un principe de hiérarchie qu'il convient donc de reprendre sommairement. Par ordre de priorité, est responsable :

- L'Etat dans lequel réside légalement au moins un membre de la famille, pour un demandeur d'asile mineur non accompagné (art. 6) ;
- L'Etat dans lequel un membre de la famille a été admis à séjourner en qualité de réfugié (art. 7);
- L'Etat dans lequel la demande d'asile d'un membre de la famille est en cours d'examen sans que la décision au fond ne soit encore intervenue (art. 8) ;
- L'Etat qui a délivré le titre de séjour ou le visa au demandeur d'asile ; si plusieurs États membres ont délivré à cette personne un titre de séjour ou un visa l'Etat responsable est alors celui qui a délivré le titre de séjour ou le visa pour la durée la plus longue ; ces solutions demeurent valables si le titre de séjour ou le visa sont périmés respectivement depuis moins de 2 ans ou 6 mois (art. 9) ;
- L'Etat dont le demandeur d'asile a franchi irrégulièrement les frontières terrestre, maritime ou aérienne ; ou en cas d'impossibilité de déterminer avec certitude quelles sont les frontières nationales qui ont été irrégulièrement franchies, l'Etat dans lequel le demandeur a séjourné pendant au moins 5 mois (art. 10)

Lorsqu'aucun de ces principaux critères n'est opérant, c'est le premier Etat membre auprès duquel la demande est introduite qui est chargé de l'examen (art. 13). Cette hiérarchisation, différente de celle prévue par la Convention de Dublin, met davantage l'accent sur le principe de l'unité familiale : l'objectif principal du règlement est ainsi de garantir un traitement des demandes d'asile tel que les membres d'une même famille puissent bénéficier de mesures de regroupement, s'ils le souhaitent et/ou s'il en va de leur intérêt dans le cas des enfants mineurs non accompagnés. Les critères renvoyant à la responsabilité de l'Etat

qui a la plus grande part dans l'entrée ou le séjour du demandeur sont seconds.

Toutefois, le mécanisme de détermination n'est pas intangible. Le règlement prévoit en effet deux dérogations, qui doivent être distinguées car elles n'ont *a priori* ni le même objet ni la même portée. D'une part, en vertu de l'article 3, paragraphe 2 du règlement, un Etat peut décider, unilatéralement et souverainement, de traiter une demande d'asile, même s'il n'est pas responsable sur le fondement des critères énoncés plus haut. Il assume alors les obligations qui lui incombent au titre du droit communautaire (voir *infra* B). D'autre part, l'article 15 autorise tout Etat à traiter une demande d'asile pour des motifs humanitaires notamment familiaux ou culturels<sup>29</sup>.

*b) La procédure de prise en charge* – A partir de là, si l'Etat membre initialement saisi estime qu'un autre Etat membre est responsable, il requiert ce dernier aux fins de prise en charge, dans un délai maximal de trois mois après introduction de la demande d'asile (art. 17). Sauf urgence, l'Etat requis dispose alors de deux mois<sup>30</sup> pour procéder aux vérifications nécessaires et statuer sur la requête (art. 18§1). En cas d'acceptation, l'Etat requérant notifie au demandeur la décision de ne pas examiner son cas et l'obligation de le transférer vers l'Etat membre responsable. Le transfert s'effectue dans un délai maximal de six mois, conformément au droit national du premier Etat membre, mais en concertation avec le second Etat membre (art. 19).

## 2 – Les mécanismes développées en dehors de l'Union européenne

Dans ses conclusions, le Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003 demandait à la Commission « *d'explorer tous les paramètres permettant d'assurer que l'entrée dans l'UE des*

---

<sup>29</sup> C. Pouly, Les procédures de référé administratif en droit des étrangers, *Gaz. Pal.*, 30 juillet 2005, p. 2

<sup>30</sup> Passé ce délai, le silence de l'Etat requis vaut acceptation implicite (art. 18§7).

*personnes qui ont besoin d'une protection internationale se fasse d'une manière plus ordonnée et mieux gérée, et à examiner comment les régions d'origine pourraient mieux assurer la protection de ces personnes, en vue de présenter au Conseil, avant juin 2004, un rapport complet proposant des mesures à prendre et leurs conséquences juridiques ».*

Le constat est le suivant. Si le nombre de demandeurs d'asile diminue dans l'Union européenne, le nombre de personnes déplacées, réfugiées ou demandant une protection spécifique ne cesse d'augmenter au niveau international. Le Haut Commissariat aux Réfugiés (HCR) considère ainsi qu'il faut aider ces personnes avant qu'elles ne quittent leur État d'origine et se retrouvent dans une situation précaire loin de chez elles.

Sur le fondement des propositions de la Commission européenne, le Parlement et le Conseil ont adopté le 10 mars 2004 le Règlement (CE) n° 491/2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (programme dit « AENEAS »)<sup>31</sup>. Le législateur s'est fondé sur les dispositions relatives à l'aide au développement.

Le programme AENEAS a été doté d'un financement annuel de 250 millions d'euros qui doit avoir pour objectif de répondre en amont aux situations politiques, économiques et de développement susceptibles d'engendrer un afflux de réfugiés dans l'Union européenne ou à ses portes. La Commission européenne a présenté le 1<sup>er</sup> septembre 2005 une nouvelle communication qui dresse la liste des régions ou des États qui feront l'objet d'une attention particulière<sup>32</sup>. La Commission a identifié, sur le fondement d'un rapport du HCR, trois grandes régions dans

---

<sup>31</sup> JOUE n° L 80 du 18 mars 2004

<sup>32</sup>COM (2005) 388 final. Cette communication s'inscrit dans le cadre du programme dit de La Haye

lesquelles il existe un risque de voir perdurer de fortes tensions à l'égard des populations ou d'une partie de la population :

- tout d'abord ce que la Commission appelle les « nouveaux États indépendants occidentaux » (NEI) que sont l'Ukraine, la Moldavie et le Belarus et qui s'inscrivent dans la « nouvelle politique de Voisinage » déterminée par l'Union européenne à ses frontières extérieures ;
- la région dite des grands lacs en Afrique et notamment la Tanzanie qui compte de nombreux réfugiés ;
- enfin à titre plus prospectif l'Afrique du Nord, la Corne de l'Afrique et l'Afghanistan.

La Commission propose alors à ces États une aide matérielle, humaine et juridique. Sur le plan matériel, un certain nombre de programmes visant à améliorer le cadre de vie des populations concernées devraient être en partie financés par le l'AENEAS. Des experts seront envoyés sur place pour évaluer les besoins et former éventuellement du personnel pour la prise en charge et le renseignement des personnes réfugiés. Enfin sur le plan juridique il s'agit de trouver des définitions communes de la notion de réfugié ou de personne déplacée et de définir quelles sont les normes minimales applicables en la matière.

Sans préjuger des conséquences que pourront avoir ces programmes sur les demandes d'asile à venir deux questions peuvent toutefois être soulevées. La première est relative au choix des régions éligibles : est-ce à dire que les personnes en provenance d'autres régions feront l'objet d'approches différentes, de la part de l'Union européenne et des États membres ? La seconde question a trait aux conditions dans lesquelles ces États pourront remplir leur nouvelle mission : dans quelle mesure, en effet, ces États qui n'ont pas toujours les capacités de subvenir aux besoins essentiels de leur propre population pourront-ils en outre gérer une part de la politique d'asile de l'Union européenne ? En particulier, peut-on attendre de tous ces États des conditions suffisantes de prise en charge et de respect des droits fondamentaux ?

Compte tenu des critiques qu'encourt l'externalisation, on regrettera d'autant plus que le règlement Dublin II comporte lui-même des effets restrictifs ou pervers à l'égard des demandeurs d'asile.

## **B – Le règlement Dublin II, une réponse insatisfaisante**

L'énonciation et la hiérarchisation des critères de détermination de l'Etat responsable devrait permettre aux demandeurs d'asile de bénéficier d'une procédure administrative plus prévisible et d'espérer voir leur droit au regroupement familial effectivement garanti. Toutefois, deux éléments relativisent les avancées en la matière. Il faut considérer d'une part les limites inhérentes à la législation communautaire, fruit d'un compromis parfois délicat entre les États membres (1)<sup>33</sup> et d'autre part, la latitude que conservent les autorités nationales dans la mise en œuvre de ces dispositions (2).

### 1 – Les limites inhérentes à la législation communautaire

Le règlement Dublin II comporte quelques lacunes (a) et retient une définition restrictive de certains concepts (b).

*a) Des dispositions lacunaires* - Le règlement laisse en suspens un certain nombre de problèmes qui avaient pourtant reçu des réponses au plan communautaire, voire au plan national. Ainsi le Conseil d'Etat en France a estimé que l'inscription par les autorités allemandes d'un ressortissant d'Etat tiers au fichier du Système d'Information Schengen, au seul motif qu'il avait continué à séjourner sur le territoire à la suite du rejet de sa demande d'asile,

---

<sup>33</sup> Le Conseil d'Etat français, agissant en qualité de juge du référé-liberté, a estimé qu'une telle procédure s'opposait en l'espèce au renvoi préjudiciel en interprétation des dispositions du règlement Dublin devant la Cour de justice des CE : CE 18 octobre 2006 Milana A., req. n° 298101, à paraître au *Recueil*. Une telle solution, admissible compte tenu de l'urgence de la procédure, n'en soulève pas moins des interrogations quant aux lacunes du texte

était irrégulière<sup>34</sup>. Une telle solution aurait pu se retrouver dans le corps législatif afin de renforcer la sécurité juridique et ne pas compromettre l'application uniforme du droit communautaire. La Cour de justice a pourtant eu l'occasion récemment de préciser qu'en cas de divergence entre les dispositions de la Convention d'application de l'accord de Schengen et les dispositions communautaires plus protectrices, les secondes l'emportent sur les premières<sup>35</sup>.

Surtout, le règlement ne traite pas de la situation administrative du demandeur d'asile durant la procédure de prise en charge, lorsque l'Etat auprès duquel il a introduit sa demande estime n'être pas responsable de l'examen. Il peut en résulter une grande précarité : dans de nombreux cas, les personnes concernées n'ont ni titre de séjour, ni allocation ou hébergement social. L'exemple français est à cet égard significatif.

Aux termes de l'article L 741-4 1° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'admission en France du demandeur d'asile est refusée « *si l'examen de la demande relève de la compétence d'un autre Etat* ». La décision ne reçoit certes pas exécution immédiate mais durant le temps nécessaire à la saisine de l'Etat considéré comme responsable, à l'obtention de sa réponse et le cas échéant au transfert du demandeur d'asile, ce dernier reçoit « *un document spécifique, totalement différent des titres de séjour provisoires attribuées aux étrangers dont la demande est examinée par l'OFPRA, témoignant simplement de la situation administrative dans laquelle il se trouve* »<sup>36</sup>. Sa présence est donc tolérée, non autorisée.

---

<sup>34</sup> CE 11 juillet 2001 M. et Mme Iqbal, req. n° 206644 ; voir également M. Gautier, « Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française : le contentieux Schengen », *DA*, mai 2005, n° 5, étude n° 8

<sup>35</sup> : CJCE 31 janvier 2006 *Commission c/ Espagne*, aff. C-503/03. Toutefois, en l'absence de précisions contenues dans le « règlement Dublin » il n'est pas certain qu'elle fasse prévaloir dans tous les cas une solution identique

<sup>36</sup> Circulaire du 21 mars 1995, Bull. Off. Int., 95/1.

b) *Des définitions restrictives* – Il apparaît en second lieu qu'une notion aussi cardinale que celle de « membre de la famille » - à la base des premiers critères de détermination - est entendue plus strictement que dans d'autres textes communautaires<sup>37</sup>. Ainsi, le conjoint peut s'entendre du partenaire non marié si l'Etat membre reconnaît un tel statut mais pas du partenaire enregistré de même sexe. Dans le même sens, seuls les enfants mineurs non mariés doivent être considérés comme des membres à part entière de la famille, excluant ainsi les éventuels enfants à charge du demandeur et/ou de son conjoint. Il en va de même, enfin, pour les ascendants, puisque il ne s'agit que du père, de la mère ou du tuteur du demandeur mineur et non marié.

Une double critique peut être émise à l'encontre de cette conception restrictive.

D'une part, la notion de famille est entendue dans son sens le plus étroit, celui d'une « cellule familiale ». A l'inverse, on rappellera que pour la Cour européenne des droits de l'homme la vie familiale s'étend au-delà des seuls rapports entre les parents et les enfants mais comprend également les relations affectives qui ont pu se nouer par exemple entre les enfants et les grands-parents (Cour EDH 13 juin 1979 *Marckx c. Belgique*, § 45) ou entre frère et sœur (Cour EDH 24 avril 1996 *Boughanemi c. France*). C'est ainsi que le juge administratif français qui se fonde sur l'interprétation restrictive de l'article 2 du règlement Dublin refuse de reconnaître que le frère aîné d'un demandeur d'asile, majeur au moment de sa demande, puisse être considéré comme un « membre de la famille » au sens du règlement. Cette solution paraît écarter les garanties de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence afférente de la Cour de Strasbourg sur le droit au respect de la vie familiale<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> On pense en particulier à la directive n° 2004/38 du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative à la libre circulation et au séjour des citoyens européens et des membres de leur famille (JOUE n° L 229 du 30 avril 2004)

<sup>38</sup> CE (référé) 2 mars 2007 *Suleyman A.*, req. n° 302043

D'autre part, et ce point mérite un éclairage particulier, le règlement précise que ces personnes doivent être considérées comme des membres de la famille du demandeur « *dans la mesure où la famille existait déjà dans le pays d'origine* » (article 2, point i)). Cette précision nous semble comporter une régression fondamentale, qui consiste à concevoir l'idée du regroupement uniquement lorsque la « cellule » peut être clairement identifiée dans l'Etat d'origine. Toutes les interprétations voire tous les obstacles sont alors à craindre en l'espèce, notamment en terme de preuve.

L'article 15 apporte quelque correction en réservant le pouvoir de tout Etat de « *rapprocher des membres d'une même famille, ainsi que d'autres parents à charge, pour des raisons humanitaires* ». Mais il s'agit d'une faculté, et non d'une obligation.

## 2 – Les dérogations et réserves de compétences accordées aux États membres lors du traitement des demandes

Comme d'autres textes, le règlement Dublin II renvoie au respect des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus en particulier dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais il ne comporte qu'une seule véritable exigence en la matière, celle qui soumet la transmission entre États de données relatives au demandeur à son consentement écrit (article 21, point 3)<sup>39</sup>.

La latitude laissée aux autorités nationales dans l'application de la clause humanitaire (a) et plus encore de la clause de souveraineté (b), comme dans l'aménagement des voies de recours (c), pourrait alors porter préjudice aux demandeurs d'asile.

---

<sup>39</sup> En l'espèce, s'applique de manière générale la directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO n° L 281 du 23 novembre 1995 ; voir à cet égard CJCE 30 mai 2006 *Parlement c/ Conseil*, aff. jtes C-317 et 318/04 sur le champ d'application de la directive et CJCE 20 mai 2003 *Österreichischer Rundfunk et autres*, aff. jtes C-465/00 et C-138 et 139/01 sur la portée de la protection accordée par la directive

a) *L'application de la clause humanitaire* – L'activation de la clause humanitaire n'entraîne aucune obligation juridique et repose sur un dialogue entre les Etats membres ; à la lumière de la dernière phrase du paragraphe 1 et du paragraphe 4, l'article 15 permet plus exactement qu'un Etat membre normalement responsable de l'examen d'une demande d'asile requiert un autre Etat, auquel des motifs humanitaires (tenant au rapprochement des familles) donneraient compétence. Sur ce même fondement, l'Etat saisi d'une demande d'asile pourrait sans doute également revendiquer sa responsabilité, alors que les critères principaux de détermination ne le désignent pas.

Mais l'appréciation des liens familiaux dans ce cadre reste assez largement discrétionnaire. Il n'est pas inutile ici de rappeler que par un arrêt remarqué du 27 juin 2006 *Parlement c/ Conseil de l'UE* (aff. C-540/03), la Grande chambre de la Cour de justice a eu l'occasion de se pencher sur la question du droit au respect de la vie familiale au regard de la directive du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial. Or si la marge d'appréciation accordée aux États membres en la matière paraît aux yeux du juge suffisamment encadrée par la directive<sup>40</sup>, il n'est pas sûr qu'il en aille de même du règlement Dublin. Les principales précisions concernent en effet des cas spécifiés (situation de dépendance du fait d'une grossesse ou d'un enfant nouveau-né, d'une maladie ou d'un handicap grave, ou encore de la vieillesse ; mineur non accompagné), en dehors desquels les Etats ne sont pas expressément invités à laisser ensemble, rapprocher ou réunir les membres de la famille. Ainsi le Conseil d'État français, à la suite du juge du référé-liberté saisi en première instance, admet-il que « *pour l'application de cet article [15 du règlement Dublin], la notion de «membres d'une même famille» ne doit pas nécessairement être entendue dans le sens restrictif fixé par le i) de l'article 2 du règlement* » ; mais pour autant « *faute notamment*

---

<sup>40</sup> Pour une analyse critique, toutefois, voir H. Labayle, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, *RFDA*, 2007, n° 1, p. 101.

*pour le requérant de justifier de l'intensité de ses liens familiaux avec les membres de sa famille admis au séjour en France au titre de l'asile, le refus des autorités françaises de faire usage de la faculté d'examiner la demande d'asile de l'intéressé alors que cet examen relève normalement de la compétence d'un autre Etat, ne méconnaît pas de façon manifeste le droit constitutionnel d'asile »<sup>41</sup>.*

Encore la réserve pour des considérations humanitaires se justifie-t-elle pleinement dans l'intérêt des personnes concernées. La dérogation générale inscrite à l'article 3§2 du règlement Dublin est plus problématique.

*b) L'application de la clause de souveraineté* – La possibilité pour tout Etat de procéder à l'examen d'une demande d'asile, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères énoncés par le règlement, soulève diverses difficultés d'application.

La première renvoie à l'articulation des ordres juridiques communautaire et nationaux. En un sens, la clause évite des conflits avec certaines exigences constitutionnelles. On citera à titre d'exemple, le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution française de 1946 – qui « *fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui [...] seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté* »<sup>42</sup> - et la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle « *la détermination d'un autre Etat responsable du traitement d'une demande d'asile en vertu d'une convention internationale n'est admissible que si cette convention réserve le droit de la France d'assurer, même dans ce*

---

<sup>41</sup> CE 3 juin 2005 *Olziibat.*, req. n° 281001.

<sup>42</sup> Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, RJC, p. I-539. Voir à ce propos B. Genevois, Le statut constitutionnel des étrangers, *RFDA*, 1993, p. 871 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, Les étrangers en France : de la décision du Conseil constitutionnel au droit d'asile, *LPA*, 1994, n° 108, p. 4.

*cas, le traitement d'une demande d'asile en application des dispositions propres à son droit national* »<sup>43</sup>. Mais on observera qu'à ce propos, le juge administratif réaffirme le principe de la primauté, dans l'ordre interne, du droit constitutionnel, y compris sur le droit communautaire<sup>44</sup>, ce qui constitue une critique fondamentale de la conception retenue par la Cour de justice<sup>45</sup>. En effet, dans un arrêt *Olziibat*, le Conseil d'État indique que « *la mise en œuvre par les autorités françaises tant de l'article 3, § 2 que de l'article 15 doit être assurée à la lumière des exigences définies par le second alinéa de l'article 53-1 de la Constitution (...)* », en vertu duquel « *les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif* »<sup>46</sup>. Une telle position, qui est partagée par d'autres juges nationaux, pose la question de l'application uniforme du droit communautaire. Et il n'est pas certain comme le prétendent certains auteurs<sup>47</sup> que la responsabilité de l'État puisse être engagée dans une telle hypothèse, tant l'article 3§2 du règlement paraît accorder une marge d'appréciation et d'interprétation confortable aux autorités nationales.

Au-delà, la « clause de souveraineté » affecte considérablement la prévisibilité de la procédure. L'Etat déciderait-il d'y recourir pour appliquer des critères plus stricts que ceux en vigueur dans l'Etat responsable au sens du règlement, en fonction de la situation voire de la nationalité du demandeur d'asile ? Force est de constater, en effet, qu'en dépit de l'harmonisation minimale opérée par la directive 2004/83, les conditions présidant à l'obtention du statut de réfugié ne sont pas équivalentes au sein de

---

<sup>43</sup> Décision n° 91-924 DC, 25 juil. 1991 ; surtout Décision n° 93-325 DC, précitée.

<sup>44</sup> CE 3 juin 2005 *Olziibat*, req. n° 281001.

<sup>45</sup> P. Cassia, La combinaison du droit communautaire et de la Constitution, *Jcl. Droit administratif*, Fasc. 104-3, n° 237.

<sup>46</sup> G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, Coll. Points Essais, 2005, 7<sup>ème</sup> éd., pp. 252 et s.

<sup>47</sup> Voir P. Cassia, op. cit.

l'Union et que l'appréciation de la situation régnant dans les pays d'origine reste variable.

En définitive, la réserve laisse percevoir la volonté des États membres de demeurer libres de mener une politique spécifique en la matière<sup>48</sup>.

c) *L'aménagement des voies de recours* - Enfin, le règlement 343/2003 dispose que si la décision de ne pas examiner la situation d'un demandeur d'asile dont l'Etat responsable accepte la prise en charge est susceptible d'un recours ou d'une révision, « *ce recours ou cette révision n'a pas d'effet suspensif sur l'exécution du transfert, sauf lorsque les tribunaux ou les instances compétentes le décident, au cas par cas, si la législation nationale le permet* »<sup>49</sup>. Or il n'est pas certain que cette disposition garantisse aux demandeurs d'asile un recours suffisamment effectif.

Dans le cadre du contentieux relatif à la libre circulation des ressortissants communautaires, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser « *qu'une réglementation d'un État membre qui ne confère pas d'effet suspensif aux recours juridictionnels portant sur les décisions mettant fin au séjour de ressortissants d'autres États membres n'est pas conforme aux exigences de la directive 64/221, à moins que ne soit instituée une autorité compétente au sens de l'article 9, paragraphe 1, de cette directive* », en précisant en outre que « *Pour être considéré comme ayant un effet suspensif au sens dudit article, le recours juridictionnel ouvert aux personnes visées par la directive 64/221 doit avoir un effet suspensif automatique. Il ne suffit pas que la juridiction compétente soit habilitée à prononcer, sur demande de l'intéressé et sous certaines conditions, le sursis à l'exécution de la décision mettant fin au séjour de celui-ci* »<sup>50</sup>. Une telle solution paraît toutefois difficilement transposable dans le cadre des demandes d'asile, tant le statut des ressortissants d'États tiers se

---

<sup>48</sup> J. -E. Schoettl, La loi relative à l'immigration et à l'intégration est-elle constitutionnelle ?, *LPA*, 2006, n° 154, p. 3

<sup>49</sup> Art. 19§2. L'article 20§1 comporte des dispositions équivalentes, en ce qui concerne les recours contre une décision de reprise en charge.

<sup>50</sup> CJCE 2 juin 2005 *G. Dörr*, aff. C-136/03, respectivement points 50 et 51.

distingue encore profondément de celui accordé aux citoyen(ne)s européen(ne)s<sup>51</sup>.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France le 26 avril 2007 sur le fondement combiné des articles 3 et 13 CEDH en considérant que l'absence d'effet suspensif des recours, dans le cadre d'une procédure d'asile à la frontière, peut porter atteinte aux droits des étrangers qui craignent de subir des traitements inhumains ou dégradants en cas de refoulement ou de réacheminement (Cour EDH *Gebremedhin*, req. n° 25389/05). Plus précisément, le juge européen a considéré que « *Compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un Etat partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature : l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif* » (§ 66). En l'occurrence, les enjeux sont évidemment différents – puisque des transferts entre Etats membres, « *considérés comme des pays sûrs par les ressortissants de pays tiers* » (cons. 2), ne sont pas censés exposer les intéressés aux risques invoqués par la juridiction européenne des droits de l'homme.

Il reste que la faculté de décision des autorités nationales peut conduire à des garanties procédurales très variables selon les Etats membres. En France, par exemple, le juge des référés du Conseil d'Etat a certes admis que « *le droit constitutionnel d'asile et son corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié et de demeurer en France le temps nécessaire à l'examen de la demande constituent pour les étrangers une liberté fondamentale* », mais n'a pas considéré que le refus d'admettre un ressortissant de pays tiers

---

<sup>51</sup> Voir *a contrario* CJCE 7 juin 2007 *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-50/06 à propos des garanties offertes par la directive 64/221 relative aux mesures d'éloignement fondées sur l'ordre public et qui, selon le juge communautaire, s'étendent également aux ressortissants communautaires qui ne séjournent pas de manière régulière sur le territoire de l'Etat membre concerné

parce que l'examen de sa demande d'asile relève d'un autre Etat membre y porte une atteinte grave et manifestement illégale, de nature à justifier des mesures provisoires<sup>52</sup>.

\*

Il est difficile d'admettre que la mise en place d'une politique commune puisse constituer en elle-même une régression. C'est donc davantage la marge d'appréciation reconnue aux États membres qui continuera de soulever un certain nombre de difficultés.

Toutefois, l'intérêt d'une telle politique commune est de soumettre les États au double contrôle du juge européen : celui de Strasbourg comme cela était le cas auparavant, mais aussi celui de Luxembourg. L'arrêt *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2005 par lequel le juge européen se reconnaît compétent *ratione materiae* pour évaluer la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne constitue assurément un motif de satisfaction, même si la présomption quasi irréfragable établie par lui pour admettre que cette protection est actuellement conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme constitue une limite à la portée de ce contrôle<sup>53</sup>. En ce qui concerne la compétence du juge communautaire, on sait que le Titre IV sur lequel est fondé le règlement Dublin comporte une limite importante : selon l'article 68§1 du Traité CE, seules les juridictions statuant en dernier ressort pouvant saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel. On ne peut donc qu'attendre des juridictions nationales qu'elles coopèrent loyalement avec le juge de Luxembourg, ce qui semble aujourd'hui une attitude partagée

---

<sup>52</sup> CE, référé, 3 mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri*, req. n° 232997.

<sup>53</sup> C. Maubernard, « Union européenne et CEDH : l'équivalence procédurale », *RAE*, n° 2, 2006, p. 65

par la plupart d'entre elles<sup>54</sup>, la responsabilité de l'État pouvant être engagée du fait de leurs juridictions<sup>55</sup>.

L'*Espace de liberté, de sécurité et de justice* doit permettre d'assurer un certain équilibre entre la sécurité et la liberté, grâce en particulier au dernier concept de justice. Dans le domaine de la politique d'asile, les États membres de l'Union européenne ont clairement décidé ces dernières années de renforcer les contrôles aux frontières extérieures, tout en garantissant des normes minimales en matière de traitement des demandes. Toutefois, tant dans le domaine de la sécurité que dans celui des libertés accordées aux demandeurs d'asile, il n'est pas certain que l'on retrouve une marque de justice garantissant pleinement que l'Union européenne est bien une Union de droit.

C. Maubernard

## II – UN PARCOURS DIFFICILE : L'ACQUISITION DU STATUT DE BENEFICIAIRE DE LA PROTECTION INTERNATIONALE

L'ambition exprimée, dès la réunion spéciale de Tampere, a été de « *travailler à la mise en place d'un régime d'asile européen commun* », censé comporter « *à court terme, [...] des normes communes pour une procédure d'asile équitable et efficace [...] et le rapprochement des règles sur la reconnaissance et le contenu du statut de réfugié* »<sup>56</sup>. En outre, des mesures relatives à des formes subsidiaires de protection devaient le compléter. Car autant la Convention de Genève du 25 juillet 1951 établit des standards internationaux à l'égard des réfugiés, autant les autres formes de protection internationale relevaient pour l'essentiel du pouvoir

---

<sup>54</sup> Voir, par exemple, CE Ass. 8 février 2007 Société ARCELOR Atlantique et Lorraine et autres, précité

<sup>55</sup> CJCE 13 juin 2006 *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03

<sup>56</sup> Conseil européen de Tampere, 15-16 oct. 1999, conclusions de la présidence, points 13 et 14.

discrétionnaire des Etats<sup>57</sup>, qui décidaient de leur opportunité. Aussi le champ d'application, tant *ratione materiae* que *ratione personae*, en était-il très variable.

Face à cette diversité, les progrès se sont certes avérés moins rapides et moins substantiels que prévus. Bien que le Conseil européen de Laeken ait souhaité initié une nouvelle approche<sup>58</sup>, ce n'est que cinq et six ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam que deux directives ont permis d'opérer une relative harmonisation en la matière, conformément à l'article 63§1, points c et d du traité CE.

La première, la directive 2004/83, détermine les conditions présidant à l'obtention du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire<sup>59</sup> ; la seconde, la directive 2005/85, traite des procédures d'octroi<sup>60</sup>. Certaines avancées doivent alors être mises en exergue, telles que la reconnaissance et l'imposition d'une protection internationale subsidiaire standardisée à tous les Etats membres

Sur le fond, un affaiblissement du droit d'asile a cependant pu être dénoncé<sup>61</sup>, en raison des notions mises en avant par la

---

<sup>57</sup> En France par exemple, il convenait ainsi de distinguer le droit au refuge découlant de la Convention de Genève de 1951, dont les conditions de mise en œuvre ont été définies par la loi du 25 juillet 1952, du droit d'asile territorial, reconnu sur une base constitutionnelle depuis 1946 (voir H. Labayle, *Le droit d'asile en France : normalisation ou neutralisation ?*, *RFDA*, 1997, p. 242).

<sup>58</sup> Conseil européen de Laeken, 14-15 décembre 2001, conclusions de la présidence, points 38 et s.

<sup>59</sup> Directive 2004/83 du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *JOUE* n° L 304, 30 septembre 2004, pp. 12-23

<sup>60</sup> Directive 2005/85 du Conseil, du 1<sup>er</sup> décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, *JOUE* n° L 326, du 13 décembre 2005, pp. 13-34.

<sup>61</sup> Notamment par les associations et les organisations relatives au droit d'asile. Voir à ce propos le rapport de l'association Forum réfugiés, *L'asile en France et en Europe, Etat des lieux 2006*, VI<sup>ème</sup> rapport annuel de Forum réfugiés – juin 2006, Villeurbanne, Editions du Forum réfugiés, 2006, 183 p.

directive 2004/83<sup>62</sup> et des procédures accélérées et spéciales introduites par la directive 2005/85. Il convient, en outre, de relever que ces directives ne dressent qu'une liste minimale de critères à respecter. Ainsi tendent-elles à une uniformisation réduite des droits nationaux, qui s'avèrent parfois plus développés que le droit communautaire, comme le prouve l'exemple français. Cette piètre uniformisation résulterait de l'application prolongée de la logique intergouvernementale au domaine de l'asile et des difficultés rencontrées par le passage à la méthode communautaire<sup>63</sup>. Il apparaît, en tout état de cause, qu'un sujet aussi sensible politiquement ne saurait être pleinement harmonisé dans de brefs délais.

Dès lors, les déclarations politiques se référant à l'importance que l'Union et ses Etats membres attachent au respect absolu du droit de demander l'asile<sup>64</sup> doivent être tempérées : l'accès à l'asile est loin d'être facilitée par des conditions rigoureuses (A) et des procédures diversifiées (B).

### **A – La rigueur des conditions**

Au terme de la directive 2004/83, l'accès à la protection internationale est subordonné, d'une part à l'identification d'actes de « persécution » au sens de la convention de Genève pour les réfugiés ou « d'atteintes graves » pour la protection subsidiaire (1), d'autre part à l'évaluation du risque encouru par le demandeur en cas de retour (2). Parallèlement, la norme communautaire énumère les motifs susceptibles de justifier qu'une personne en soit exclue (3).

---

<sup>62</sup> Par exemple, la notion d'asile interne (article 8, Directive 2004/83).

<sup>63</sup> Le droit d'asile faisait partie des matières relevant de la coopération en matière de justice et affaires intérieures, avant d'être « communautarisées » par le Traité d'Amsterdam en 1997. On sait toutefois combien cette communautarisation était imparfaite (voir Introduction générale).

<sup>64</sup> Selon les propos du Conseil européen de Tampere.

1 – L'identification des actes constitutifs de « persécution » ou « d'atteintes graves »

L'identification des actes de « persécution » ou « d'atteintes graves » repose elle-même sur trois critères, tenant à leur nature et leur gravité (a), à leurs motifs (b) et à leurs auteurs (c).

a) *La nature et la gravité des actes* – Dans la directive 2004/83, la notion de « persécution » se conçoit par référence à l'article 1 A de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, au terme duquel le statut de réfugié est octroyé à toute personne qui, « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* ». S'il légitime la condition, le renvoi à la source internationale ne fournit cependant guère d'éléments d'interprétation, en dehors de l'énumération des motifs (cf. *infra*).

Il revient donc à la norme communautaire d'explicitier la notion même de « persécution ». Or autant elle en retient des formes diversifiées à son article 9§2<sup>65</sup>, autant elle se fonde sur un critère restrictif à son article 9§1 : pour relever de cette qualification, les actes en cause doivent en effet être « *suffisamment graves du fait de leur nature ou de leur caractère*

---

<sup>65</sup> L'article 9§2 de la directive retient à titre indicatif des formes diversifiées de persécution : violences physiques ou mentales (y compris les violences sexuelles), mesures légales, administratives, de police et/ou judiciaires discriminatoires dans leur essence ou leur application, poursuites ou sanctions disproportionnées ou discriminatoires, refus de recours juridictionnel aboutissant à une sanction disproportionnée ou discriminatoire, poursuites ou sanctions pour refus d'effectuer le service militaire en cas de conflit lorsque l'obligation impliquerait de commettre des crimes ou des agissements contraires aux buts des Nations-Unies.

*répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux de l'homme (...)* » ou du moins, consister en une «*accumulation de diverses mesures, y compris des violations des droits de l'homme, qui soit suffisamment grave pour affecter un individu de manière comparable*». La directive introduit ainsi une échelle, sans pour autant donner d'indications sur le degré à partir duquel la gravité des violences, sanctions, discriminations... peut être tenue pour suffisante. L'appréciation en est laissée à la discrétion des autorités nationales – ce qui pourrait alors entraîner une diminution sensible du nombre de statuts octroyés dans les Etats membres, ou du moins maintenir des disparités<sup>66</sup>.

En France, par exemple, la pratique des instances administratives – notamment de la Commission des Recours des Réfugiés<sup>67</sup> - laisse croire que ces actes de persécution doivent être d'une « *gravité exceptionnelle* » pour ouvrir droit à la qualité de réfugié.

Le déclenchement de la protection subsidiaire est également subordonné à des atteintes graves. Ici, l'adverbe « suffisamment » serait inutile, car l'article 15 (points a à c) de la Directive 2004/83 énumère les trois types d'actes qui en sont constitutifs : « - *la peine de mort ou son exécution* ; - *la torture ou des traitements ou*

---

<sup>66</sup> Il y a une nette différence quant au nombre total de statuts octroyés entre les Etats membres de l'Union : ainsi en 2004, tandis que l'Autriche a reconnu à 45,20% des demandeurs d'asile le statut de réfugié, la Finlande ne l'a fait qu'à la hauteur de 0,30% et la Grèce 0,84%.

<sup>67</sup> Voir notamment CRR, SR, 17 novembre 1999, 339502, M. H. : « Mais considérant qu'il résulte de l'instruction que M.H. qui avait été arrêté en raison de sa participation à une manifestation étudiante à Pristina en juin 1992 est resté gravement handicapé à la suite des mauvais traitements dont il avait été l'objet à cette occasion ; qu'ayant à partir de 1997 apporté son concours aux actions de l'Armée de libération du Kosovo, il a été arrêté en mars 1997 et mars 1998 ; qu'en septembre 1998, sa maison a été détruite et son père et sa sœur exécutés par la police serbe ; que dans les circonstances de l'espèce, l'exceptionnelle gravité des persécutions subies par le requérant et les membres de sa famille justifie le refus de M.H. de retourner dans son pays d'origine et de se réclamer de la protection des autorités actuellement en place au Kosovo ». Voir aussi CRR, 22 mai 2003, 423998, Mlle N. pour un exemple d'absence en l'espèce de « persécutions d'une exceptionnelle gravité »

*sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine ; - des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international* ». La proposition de directive<sup>68</sup> présentée par la Commission européenne mentionnait aussi la « *violation suffisamment grave de l'un de ses droits individuels [d'un demandeur] pour engager les obligations internationales de l'Etat membre* ». Mais cette dernière catégorie d'atteintes n'a pas été retenue lors des négociations.

« Transposant par anticipation » la directive 2004/ 83, la loi « de Villepin/ Sarkozy »<sup>69</sup>, du 10 décembre 2003 est venu modifier la loi du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile et a inséré la notion de protection subsidiaire en droit interne, remplaçant ainsi celle d'asile territorial. Aux termes de l'article 2 de la loi de 1952 modifiée, justifient l'attribution de la protection subsidiaire la peine de mort, la torture ou les peines ou traitements inhumains et dégradants et encore, « *s'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international* ». On constatera que les termes de la législation nationale coïncident assez largement avec ceux de la directive – du moins dans sa version définitive<sup>70</sup>. Il reste que la

---

<sup>68</sup> Proposition de Directive du Conseil, du 12 septembre 2001, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, COM 2001/510, *JOUE* n° C 51 E, 2002, p. 325.

<sup>69</sup> Loi 2003-1176 du 10 décembre 2003, *JORF* du 11 décembre 2003, p. 21080.

<sup>70</sup> La Proposition de Directive précitée, définissait comme motif d'attribution de la protection subsidiaire « *une menace à sa vie, à sa sécurité ou à sa liberté en raison d'une violence non ciblée liée à un conflit armé ou des violations systématiques ou généralisées des droits de l'homme* ». Cette formule, que nous croyons beaucoup plus claire, a été remplacée par celle figurant dans la lettre c de l'article 15 de la Directive. Au vu notamment des motifs de la proposition, on a cependant pu soutenir que l'évolution entre les deux versions correspondaient davantage à une modification de forme que de fond (voir T. Spijkerboer, Full circle ? The personal scope of international protection in the Geneva convention and the draft directive on qualification, in C. Dias Urbano de Sousa et Ph. De

dernière occurrence se signale par son ambiguïté, tant l'exigence d'individualisation paraît difficile à satisfaire dans un contexte de violence aveugle, non ciblée<sup>71</sup>, quand, selon le considérant 26 de la directive, les risques auxquels la population d'un pays ou une partie de la population est généralement exposée ne sont pas censés devoir être qualifiés d'atteinte grave. Reflétant les divergences entre les Etats membres quant à la portée de la protection subsidiaire, la disposition aura nécessairement pour effet d'en fermer l'accès aux nombreux civils, incapables de démontrer qu'ils encourent un danger spécial.

Dans cet ordre d'idée, il convient de souligner enfin que ces énumérations très strictes laissent passer sous silence des problématiques contemporaines, telles que la question des « réfugiés écologiques »<sup>72</sup>. En effet, ces derniers, qui fuient leur région à cause de catastrophes écologiques pour trouver refuge dans une autre zone de leur pays d'origine ou dans un autre pays<sup>73</sup>, ne peuvent bénéficier de la protection subsidiaire, même par une interprétation évolutive des conditions d'octroi. Non seulement l'individualisation des « atteintes graves » et la nécessité d'un exil interétatique y font obstacle mais la survenance d'une catastrophe causée par l'action humaine<sup>74</sup> ou tenant à des phénomènes naturels

---

Bruycker (Dir.), L'émergence d'une politique européenne d'asile, Bruylant, 2004, p. 167.

<sup>71</sup> Lors des travaux préparatoire de la loi du 10 décembre 2003, la Commission nationale consultative des droits de l'homme estimait qu'il y avait une « contradiction à parler, d'une part, de violence généralisée et d'autre part, d'une menace individuelle ».

<sup>72</sup> Voir dans ce sens : C. Cournil, « Les réfugiés écologiques : quelle (s) protection (s), quel (s) statut (s) ? », in *Revue de Droit Public*, 2006, n° 4, pp. 1033 – 1065.

<sup>73</sup> Sont considérés comme « réfugiés écologiques » ou « réfugiés de l'environnement » « ceux qui sont forcés de quitter leur lieu de vie temporairement ou de façon permanente à cause d'une rupture environnementale d'origine naturelle ou humaine qui a mis en péril leur existence ou sérieusement affecté leurs conditions de vie » : Rapport du Programme des Nations Unies pour l'environnement, 1985, Nairobi (disponible sur le site : <http://www.undp.org/french/>)

<sup>74</sup> Comme par exemple l'accident de Tchernobyl. A ce propos, le Conseil d'Etat français n'a pas reconnu la qualité de réfugié aux personnes déplacées suite à cet

ne saurait se rattacher à l'un des motifs énumérés à l'article 15 de la directive. Dans l'ordre juridique communautaire, seule la Directive 2001/ 55 du 20 juillet 2001 relative à la protection temporaire serait en mesure de répondre éventuellement à cette situation, encore que le statut offert soit assez précaire. De façon générale, la protection des « réfugiés écologiques » relève des prérogatives des Etats, qui décident discrétionnairement de l'octroi d'un quelconque statut, souvent par une motivation humanitaire.

*b) Les motifs des actes* – C'est peut-être à cet égard que la différence la plus claire se fait jour entre l'accès au refuge et l'accès à la protection subsidiaire.

Dans le premier cas, l'article 10 de la directive 2004/83 reprend et explicite<sup>75</sup> chacun des cinq motifs de persécution énoncés par l'article 1 A (précité) de la Convention de Genève (race, religion, nationalité, appartenance à un groupe social, opinions politiques) - un lien de causalité avec les actes précédemment définis étant requis<sup>76</sup>. Dans le second cas, en revanche, les considérations en raison desquelles des atteintes graves menacent le demandeur semblent indifférentes ; en ce sens, J.-Y. Carlier souligne que les actes en cause « *sont, en quelque sorte, objectivés : leur gravité suffit pour ouvrir droit à la protection quels qu'en soient les motifs* »<sup>77</sup>. En effet, la peine de

---

accident. Voir notamment : CE, 15 mars 2000, *Mme. Drannikova*, n° 185837 ; CE, 14 mars 1997, *Mme. Ryjenkova*, n° 177488.

<sup>75</sup> Les définitions sont d'ailleurs assez compréhensives. On relèvera par exemple qu'au titre des éléments à prendre en considération, s'agissant de l'appartenance à un groupe social, la directive étend son champ d'application au « groupe dont les membres ont pour caractéristique commune les orientations sexuelles » (sachant que l'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des Etats membres). De même la notion de nationalité recouvre-t-elle l'appartenance à un groupe soudé par son identité culturelle, ethnique ou linguistique, ses origines géographiques ou politiques communes ou sa relation avec la population d'un autre Etat.

<sup>76</sup> L'article 9§3 de la directive indique ainsi qu'« il doit y avoir un lien entre les motifs mentionnés à l'article 10 et les actes de persécution ».

<sup>77</sup> J. Y. Carlier, « Réfugiés : identifications et statut des personnes à protéger, la directive qualification », in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, Ö. Edström (dir.), *La*

mort ou son exécution et la torture ou les traitements inhumains et dégradants, notamment, peuvent être considérés étant en soi incompatibles avec l'ordre public européen. Cette analyse semble être confortée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui condamne fermement l'éloignement des étrangers susceptibles d'être victimes, dans leurs pays d'origine, de traitements contraires à l'article 3 de la CEDH<sup>78</sup>.

A partir de là et puisqu'il est indispensable à l'obtention du statut de réfugié, le lien entre les actes et les motifs de persécution (ce qu'un auteur appelle le « nexus »<sup>79</sup>) mérite d'être disséqué. Or à cet égard, la directive frappe par son manque de précision. Elle dispose certes que le demandeur ne doit pas nécessairement présenter les caractéristiques qui sont à l'origine de la persécution, dès lors que son persécuteur les lui attribue (art. 10§2). Mais ce principe de « neutralité du lien » ne résout pas deux autres questions, qui préoccupent la doctrine<sup>80</sup>. La première consiste à se demander si la causalité implique une intentionnalité. La terminologie retenue par la directive (« motifs » plutôt que « cause ») le laisserait penser. Mais la situation de la victime étant fragile par nature, l'identification de la persécution risquerait d'être davantage compliquée si cet élément subjectif venait s'y greffer. En présence d'un tel enjeu, on regrettera que la directive n'impose

---

*politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 299.

<sup>78</sup> Voir notamment dans ce sens: Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88; Cour EDH, 20 mars 1991, *Cruz-Varas c. Suède*, req. n° 15576/89; Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni*, req. n° 13163/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87; Cour EDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, req. n° 40035/98. On déduira également de l'arrêt du 12 mars 2003, *Ocalan* qu'une extradition vers un pays un l'intéressé encourrait la peine capitale serait contraire à l'article 3.

<sup>79</sup> Voir J. C. Hathaway et M. Foster, "The casual connection (nexus) to a Convention ground", *IJRL*, 2003 vol. 15, n° 3, p.463. Cet article est également disponible sur internet à l'adresse suivante : <http://ijrl.oxfordjournals.org>.

<sup>80</sup> Voir notamment J. Hathaway et M. Foster, op cit, p. 470 et J. C. Hathaway et W. S. Hicks, "Is there a subjective element in the refugee convention's requirement of 'well-founded fear'?", in *Michigan Journal of International Law*, 2005, vol. 26, n° 2, disponible sur internet : <http://students.law.umich.edu/mji>

pas une interprétation objective, que l'on est réduit à souhaiter. La seconde interrogation porte sur le degré de causalité exigé. Car les possibilités d'accès au statut de réfugié ne sont pas les mêmes, selon que les motifs énoncés doivent représenter une cause exclusive, principale ou nécessaire mais non dominante du risque de persécution<sup>81</sup>. Or si la Commission semblait plutôt favorable à la seconde conception<sup>82</sup>, la version finale de la directive ne comporte aucune indication. La complémentarité entre les formes de protection internationale permet néanmoins de supposer qu'un lien de faible intensité – la race ou la religion ou la nationalité, ou l'appartenance à un groupe social, ou les opinions politiques ne constituant qu'un facteur parmi d'autres – ne suffirait pas dans la pratique<sup>83</sup>.

c) *Les auteurs des actes* – Sur ce point, la directive 2004/83 ne distingue pas entre le statut de réfugié et la protection subsidiaire et retient une conception libérale, conforme à la pratique de plusieurs Etats membres, à la doctrine du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés ainsi qu'à la réalité habituelle des demandeurs d'asile.

Selon son article 6, en effet, les actes de persécution ou les atteintes graves ouvrant droit à l'asile peuvent non seulement être le fait soit de l'Etat soit des partis ou organisations qui contrôlent une partie importante ou l'intégralité du territoire de l'Etat (ce qui était communément admis), mais peuvent aussi être perpétrés par

---

<sup>81</sup> Dans le premier cas, le risque de persécution ne saurait être reconnu indépendamment de l'un des motifs visés par la Convention de Genève ; dans le second cas il suffit que l'un desdits motifs tienne un rôle central parmi les raisons qui se trouvent à l'origine de la persécution ; dans le troisième cas, le motif doit simplement contribuer à l'existence du risque.

<sup>82</sup> Commentant l'article 11§2 de sa proposition (supprimé dans la version finale de la directive), la Commission européenne indiquait notamment que « les Etats membres ne sont en droit d'accorder le statut conféré par la protection subsidiaire à la place du statut de réfugié que lorsque aucun des cinq motifs n'est lié dans une large mesure à la crainte de persécutions » (COM (2001)510, Exposé des motifs).

<sup>83</sup> J. Y. Carlier incline ainsi à penser qu' « en pratique, les autorités de décision exigeront majoritairement pour reconnaître la qualité de réfugié que le motif soit un élément sinon essentiel, du moins central » (. J. Y. CARLIER, op. cit. p. 301).

des acteurs non – étatiques, s'il est démontré que l'Etat, les partis ou les organisations précités « *ne peuvent ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions ou les atteintes graves* ». Cette dernière mention concorde avec la jurisprudence européenne des droits de l'homme. On sait que la Cour de Strasbourg a étendu la « protection par ricochet » offerte à l'étranger menacé d'éloignement au cas où les traitements inhumains ou dégradants auxquels il serait exposé dans son pays de destination sont imputables à des tiers<sup>84</sup>. Dans cette hypothèse, c'est bien la défaillance des autorités publique, incapables de prémunir la personne face à des groupes organisés indépendants, qui réalise le risque.

En imposant une définition élargie des agents de persécution, l'article 6 de la directive rompt surtout avec une théorie qui inspirait la position commune de 1996 concernant l'application harmonisée de la définition des réfugiés au sens de la Convention de Genève<sup>85</sup> et qui a longtemps été appliquée en France<sup>86</sup>, avant d'être abandonnée dans la loi « de Villepin/ Sarkozy » du 10 décembre 2003. Selon cette théorie, les persécutions devaient émaner des autorités de l'Etat d'origine, ou du moins être tolérées

---

<sup>84</sup> Voir notamment : Cour EDH, 29 avril 1997, *H. L. R. c. France : RUDH*, 1997,347, note N. CHAUVIN ; Cour EDH, 26 juillet 2005, *N. c. Finlande*, req. n°. 38885/02; Cour EDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, req. n°. 50278/99. La jurisprudence de la Cour EDH est allée au-delà de ce clivage concernant l'auteur des actes, puisqu'elle affirme que le risque peut résulter d'un facteur purement objectif : Cour EDH, 2 mai 1997, *D. c. Rouyaume-Uni : JCP G*, 1998, I, 107, n°10, chron. F. SUDRE (arrêt concernant un malade en phase terminale du SIDA qui se trouvait sous le coup d'une mesure d'expulsion vers un pays où il n'aurait pas de traitement adéquat et où il serait dans un état de détresse et solitude) et Cour EDH, 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume –Uni : JCP G*, 2001, I, 342, n° 6, chron. F. SUDRE (arrêt qui semble limiter le champ d'application de l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*, dans le cas de maladies incurables).

<sup>85</sup> Position commune du 4 mars 1996, *JOCE*, n° L 63, 13 mars 1996, p. 2, point 5.2.

<sup>86</sup> Non seulement l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) et la Commission de recours des réfugiés s'y conformaient mais le Conseil d'Etat l'avait également consacrée (CE, sect., 27 mai 1983, *Dankha, Rec. CE*, p. 320).

voire encouragées par ces autorités. Désormais, leur impuissance peut suffire.

Mais en fondant la prise en compte des agissements privés sur un critère lié à l'absence de protection interne, la disposition fait aussi écho à des notions très controversées.

## 2 – L'évaluation du risque encouru par le demandeur

Le risque de subir des actes de persécution ou des atteintes graves en cas de retour au pays d'origine reste très difficile à mesurer. Pour cela, la directive 2004/83 établit dans son chapitre II des critères et des définitions qui permettront de procéder à une évaluation. Certains renvoient aux alternatives éventuelles à la protection internationale (a), d'autres éclairent la notion même de risque (b), les derniers se rattachent à l'exigence de preuve (c).

*a) Existence ou absence d'alternative à la protection internationale* – Selon l'article 8 de la directive 2004/83, « les Etats membres peuvent déterminer qu'un demandeur n'a pas besoin de la protection internationale lorsque, dans une partie du pays d'origine, il n'y a aucune raison de craindre d'être persécuté ni aucun risque réel de subir des atteintes graves et qu'il est raisonnable d'estimer que le demandeur peut rester dans cette partie du pays ». Se trouve ainsi consacrée la notion « d'asile interne », comme alternative prioritaire à la protection internationale.

L'article 7§2 de la directive indique par ailleurs que la protection des victimes est assurée lorsque des mesures raisonnables sont prises pour empêcher la persécution ou des atteintes graves, en particulier lorsqu'un système judiciaire effectif permet de déceler, de poursuivre et de sanctionner ces actes et que le demandeur y a accès. Au terme du paragraphe 1, une telle protection peut être apportée non seulement par l'Etat, mais aussi par les « partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci ». Alors que la doctrine classique s'arrête à la protection étatique, la Directive opte donc pour une approche qui

se veut en prise sur la pratique humanitaire actuelle, de plus en plus centrée sur l'ingérence humanitaire des organisations internationales ou non-gouvernementales (Croix rouge, HCR – ONU, OTAN). Il n'est pas cependant évident que cette définition renouvelée des acteurs de protection soit progressiste.

En vérité, la lecture combinée de ces différentes dispositions fait apparaître un grave problème. Car, si les organisations internationales et régionales sont en mesure d'accorder une protection aux ressortissants d'un pays en conflit, aux termes de l'article 7 de la directive, la partie de l'Etat contrôlée par des telles organisations peut, par conséquent, être considérée comme sûre au regard de l'article 8 de la même directive. Or, l'expérience prouve que le couverture assurée par ces organisations peut s'avérer défailante, comme ce fut le cas du HCR au Rwanda en 1994, de l'ONU à Srebrenica en 1995 ou encore de l'OTAN au Kosovo en 1999. En effet, l'intervention de ces organisations est temporaire, précaire, destinée à remédier à une situation de crise. Au plus ont-elles les moyens de sauvegarder l'intégrité physique des personnes en cas de conflit armé et parfois échouent dans cette mission même.

Sans doute la directive exige-t-elle que l'alternative soit « raisonnable » (art. 7§2 et art. 8§1). Toutefois, les éléments d'appréciation apparaissent bien sommaires, puisque les Etats membres sont simplement appelés à tenir compte des « orientations éventuellement données par le Conseil » s'agissant de la capacité de contrôle et de protection des organisations internationales présentes (art. 7§3), des « conditions générales » dans la partie du pays où le demandeur pourrait trouver refuge et de la « situation personnelle » de l'intéressé (art. 8§3). De surcroît, l'existence d'obstacles techniques au retour n'empêche pas de récuser le besoin de protection internationale (art. 8§3).

Au demeurant, la question de l'accès à une protection interne ne cesse d'alimenter la critique. Introduite en droit français par la « loi Villepin/ Sarkozy », du 10 décembre 2003, dans des termes

équivalents et avec les mêmes effets que dans la directive<sup>87</sup>, l'innovation a suscité la saisine du Conseil constitutionnel, les requérant dénonçant à la fois la création d'un « *asile interne alternatif qui priverait de garanties légales le droit d'asile* » et le « *paradoxe constitutionnellement insurmontable [consistant] à considérer dans un même mouvement qu'une personne risque effectivement d'être persécutée dans son pays d'origine et qu'il existe une alternative de séjour dans ce même pays* ». Sans faire droit à leur requête, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins émis une réserve d'interprétation, liant la constitutionnalité de la disposition contestée à la responsabilité incombant à l'OFPRA de ne rejeter une demande pour ce motif « *qu'après s'être assuré que l'intéressé peut, en toute sûreté, accéder à une partie substantielle de son pays d'origine, s'y établir et y mener une existence normale* »<sup>88</sup>. Dans l'exercice de son contrôle, il appartiendra alors à la Commission des recours des réfugiés, de juger au cas par cas de la réalité et de l'effectivité de la protection interne<sup>89</sup>.

En définitive, pour constituer un fondement valable à l'attribution d'une protection internationale, le risque de persécutions ou d'atteintes graves doit éventuellement s'étendre à l'ensemble du pays d'origine. Par contre, il ne doit pas obligatoirement naître alors que l'intéressé se trouve sur le territoire...

*b) Les caractéristiques du risque* – Sous l'intitulé « Besoin de protection apparaissant sur place » (autrement dit dans l'Etat d'accueil), la directive admet que la crainte d'être persécuté ou de

---

<sup>87</sup> Article 2, III, de la loi de 1952 modifiée.

<sup>88</sup> C. Const., 4 décembre 2003, Décision n° 2003-485 DC, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, *JO* 11 décembre 2003, p. 21085.

<sup>89</sup> A ce propos, la décision de la Commission des recours de réfugiés sur l'application des dispositions relatives à l'asile interne en Côte d'Ivoire, par laquelle elle considère que les autorités étatiques ivoiriennes ne sont pas en mesure de garantir la protection du demandeur d'asile : CRR, 16 février 2007, n° 573815, M. T.

subir des atteintes graves puisse être la conséquence d'événements survenus après le départ du demandeur de son pays d'origine, ou s'appuyer sur les activités qu'il aurait exercées depuis, surtout si lesdites activités expriment ou prolongent des convictions ou des orientations déjà affichées dans le pays d'origine<sup>90</sup> (Article 5). Conformément aux définitions du réfugié et du bénéficiaire de la protection subsidiaire, il suffit donc que le risque empêche le retour, sans devoir déterminer la fuite.

Fondamentalement cependant, le besoin de protection internationale suppose l'existence d'un risque « qualifié ». A cet égard, la directive 2004/83 fait une différence, selon que le demandeur prétend au statut de réfugié ou à la protection subsidiaire, et se montre plus exigeante dans ce dernier cas. En effet, ses articles 2, e), 4§4 et 5 se réfèrent alors à un « risque réel » - expression qui paraît directement empruntée à la jurisprudence européenne des droits de l'Homme, concernant l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants<sup>91</sup>. De même, en France, la Commission des recours des réfugiés semble-t-elle insister sur la nature et le caractère répété des sévices, pour mesurer la réalité du risque en cas de retour<sup>92</sup>. En revanche, pour ce qui concerne les réfugiés, la directive reprend l'expression consacrée par la convention de Genève, qui exige une « crainte fondée » de subir des persécutions, donc un risque simplement raisonnable.

La directive 2004/83 effectuerait ainsi un échelonnement dans le niveau du risque. Dans cette optique, le champ

---

<sup>90</sup> A l'inverse, le statut de réfugié n'est normalement pas octroyé si le risque de persécutions est fondé sur des circonstances que le demandeur a créées de son propre fait, depuis son départ.

<sup>91</sup> Pour la Cour européenne des droits de l'homme, une mesure d'éloignement ou de refoulement n'est contraire pour ce motif à l'article 3 de la CEDH que si l'individu court un « *risque réel* » de subir des traitements inhumains ou dégradants dans le pays de destination.

<sup>92</sup> Voir notamment: CRR, 21 décembre 2004, aff. n° 483691, *Mlle. D.*, concernant une ressortissante mauritanienne mineure, ayant subi un mariage forcé et étant victime de sévices graves et répétées de la part de son époux.

d'application matériel plus large de la protection subsidiaire justifierait qu'un degré plus élevé de risque soit requis<sup>93</sup>. La différenciation introduite lors des négociations, entre les critères respectivement appliqués pour accéder au statut de réfugié ou à la protection subsidiaire, contrebalancerait la prise en compte d'atteintes détachées des motifs de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social ou d'opinions politiques.

Et la distinction se retrouve s'agissant de la preuve.

c) *La preuve du risque* – Reprenant une fois encore les critères établis par la Cour européenne des droits de l'homme, concernant la protection par ricochet garantie par l'article 3 de la CEDH, la directive 2004/83 limite le bénéfice de la protection subsidiaire aux ressortissants de pays tiers pour lesquels il y a des « *motifs sérieux et avérés* » de croire à un risque réel d'atteintes graves (art. 2 e). S'agissant des réfugiés, par contre, la norme communautaire ne définit pas expressément le niveau de preuve requis. On regrettera à cet égard, qu'à l'inverse de la position commune de 1996<sup>94</sup>, elle ne prévoit pas d'accorder au demandeur le « bénéfice du doute ».

---

<sup>93</sup> J. Y. Carlier, « Réfugiés : identifications et statut des personnes à protéger, la directive qualification », in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, Ö. Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. p. 308. L'auteur soutient cependant que le niveau de risque ne devrait pas être préétablie, les éléments fondant le besoin de protection internationale étant en interrelation et appelant une appréciation globale, qui permette notamment d'établir une proportionnalité interne inversée entre le niveau des atteintes graves ou des persécutions et celui du risque exigé. En ce sens, plus l'atteinte est élevée (en tant qu'elle menacerait par exemple la vie même du demandeur), plus le niveau de risque pourrait être faible. En tout état de cause, cette doctrine ne saurait servir à expliquer la distinction opérée par la directive entre le statut de réfugié et la protection subsidiaire quant au niveau de risque requis, puisque les actes donnant droit à la protection subsidiaire, tels que définis à l'article 15, menacent exclusivement la vie ou l'intégrité physique des personnes. Dès lors, leur gravité intrinsèque aurait dû conduire au contraire à un abaissement du seuil d'exigence, ou du moins à un alignement sur les critères appliqués aux réfugiés.

<sup>94</sup> Position commune du 4 mars 1996, concernant l'application harmonisée de la définition du terme réfugié au sens de la Convention de Genève, *JOCE*, n° L 63, 13 mars 1996, p. 2, point 3.

A la lumière des motifs de la proposition de directive<sup>95</sup>, le critère de la « crainte fondée » semble du moins impliquer un test de « probabilité raisonnable ».

Cela étant, les Etats membres sont autorisés dans les deux cas à faire peser la charge de la preuve sur le demandeur, qui doit fournir les informations et pièces dont il dispose concernant son âge, son passé, son identité, sa ou ses nationalités, ses demandes d'asile antérieures, son itinéraire ainsi que les raisons justifiant sa demande (art. 4§1 et § 2). Outre ces éléments, il doit être tenu compte de tous les faits pertinents concernant le pays d'origine, y compris ses lois et règlements et la manière dont ils sont appliqués (art. 4§3, point a). Le fait que l'intéressé a déjà été victime de persécutions ou d'atteintes graves, ou du moins de menaces directes, constitue logiquement un indice sérieux (art. 4§4). Sachant toutefois que, de par leur situation précaire, la plupart des demandeurs arrivent souvent dans le pays d'accueil sans papiers ni documents officiels, l'article 4§5 de la directive 2004/83 énumère les conditions auxquelles leurs déclarations n'ont pas besoin d'être confirmées. Un faisceau d'indices est alors mis en avant, renvoyant entre autres au fait que « le demandeur s'est réellement efforcé d'étayer sa demande » (article 4, § 5, a), ou encore au fait que « les déclarations du demandeur sont jugées cohérentes et plausibles » (article 4, § 5, c). Dans l'ensemble, diligence et crédibilité semblent constituer les deux impératifs majeurs.

Ces critères sont importants dans la mesure où un alignement de la pratique des autorités étatiques dans l'Union européenne est souhaitable. Néanmoins, ils demeurent assez subjectifs, ce qui laisse une marge d'appréciation assez étendue aux Etats membres. En France, par exemple, la Commission des recours des réfugiés a un pouvoir souverain d'appréciation des faits qui concourent à la preuve<sup>96</sup> du risque, bien que les critères énoncés par la Directive

---

<sup>95</sup> Voir l'exposé relatif à l'article 7 b, COM (2001)510.

<sup>96</sup> Voir notamment : CE, 6 septembre 1993, aff. 102716, M.C « *Cependant, en relevant que ni les pièces du dossier ni les déclarations faites en séance publique ne permettent de tenir les faits pour établis ni les craintes pour fondées, la Commission se livre à une appréciation souveraine des faits qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation* ».

soient utilisés par cette juridiction administrative et que ses décisions soient obligatoirement motivées<sup>97</sup>. L'inégalité des chances en matière d'accès à la protection internationale pourrait ainsi perdurer.

### 3 – L'énumération des motifs d'exclusion du statut de réfugié et de la protection subsidiaire

En la matière, le droit communautaire ne procède pas à un alignement global sur les standards internationaux. Décalquant l'article 1 F de la convention de Genève, l'article 12§2 de la Directive 2004/83 énumère certes les causes classiques d'exclusion du statut de réfugié, que l'article 17§1 étend à la protection subsidiaire. Sont mentionnés des crimes internationaux (crime contre la paix, crime de guerre ou crime contre l'humanité), un crime grave de droit commun et des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies - les complices ou instigateurs de tels actes tombant également sous le coup de ces dispositions (art. 12§3, art. 17§2). Pour autant, les régimes ne sont pas totalement uniformisés.

Premièrement, les articles 1 D et 1 E de la Convention de Genève n'ont pas été élargis à la protection subsidiaire : ainsi, les ressortissants de pays tiers qui bénéficieraient d'une protection des Nations-Unies (autre que celle accordée par le HCR) ou de droits et obligations équivalents à ceux des nationaux dans leur pays de résidence sont exclus seulement du statut de réfugié (art. 12§1 Directive 2004/83).

---

<sup>97</sup> « Le contrôle du Conseil d'Etat juge de cassation, sur l'existence d'une motivation suffisante, porte sur l'ensemble des moyens » (CE, 24 juillet 1981, M.C), « à l'exception de ceux qui sont inopérants » (CE, 27 février 1995, M.O) « et sur l'ensemble des conclusions » (CE, 21 juin 1989, M.C). « La Commission entache sa décision d'insuffisance de motivation et ne met pas le juge de cassation à même d'exercer son contrôle en ne se prononçant pas sur la valeur probante des documents produits » (CE, 16 novembre 1998, M.N.), « mais non lorsqu'elle ne précise pas les raisons pour lesquelles elle les juge dénués de valeur probante » (CE, 21 mai 1997, M.S).

Deuxièmement, la prise en compte des crimes graves de droit commun ne revêt pas les mêmes contours. Autant l'article 17§1 ne fournit aucune précision, autant l'article 12§2 les multiplie. Pour justifier l'exclusion, le crime grave de droit commun doit d'abord avoir été commis « *en dehors du pays de refuge avant d'être admis comme réfugié* »<sup>98</sup>. Sur ce point, la directive ajoute à la Convention de Genève, en indiquant que l'admission correspond à la date d'obtention du titre de séjour, délivré sur la base du statut. Le choix ne semble pas être le plus approprié, ne serait-ce qu'en raison du délai assez important qui sépare souvent la reconnaissance du statut de réfugié et l'obtention matérielle du titre de séjour<sup>99</sup>. En outre, l'incise paraît en contradiction avec le caractère déclaratif de l'acte de reconnaissance, rappelé au considérant 14 de la Directive. Il est ensuite spécifié que la catégorie des crimes graves de droit commun peut inclure les « *actions particulièrement cruelles, même si elles commises avec un objectif prétendument politiques* ». Applicable au terrorisme, la qualification permet une extension du motif d'exclusion, révélatrice des orientations sécuritaires actuelles. Celles-ci peuvent d'ailleurs transparaître sous une autre forme dans le cadre de la protection subsidiaire.

Troisièmement, en effet, l'article 17§1 de la directive énonce un motif particulier d'exclusion, tenant à la menace que l'intéressé « *représente [...] pour la société ou la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve* ». Avant même l'adoption de la norme communautaire, la loi française du 10 décembre 2003, relative au droit d'asile, avait intégré une réserve de cette nature, en prévoyant le refus de la protection subsidiaire lorsque l'activité du demandeur « *constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat* »<sup>100</sup>. Il est également à noter que l'article 17§3 permet d'opposer au demandeur le ou les crime(s)

<sup>98</sup> Article 12, §2, b, Directive 2004/83.

<sup>99</sup> A ce propos, le Conseil d'Etat a jugé que les réfugiés ont accès à une activité salariée et à la protection sociale dès la reconnaissance du statut, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la délivrance effective de la carte de résident : CE, 3 octobre 1990, *Office nationale d'immigration*, n° 94414.

<sup>100</sup> Loi précitée, article A, IV, d.

qu'il aurait commis avant son admission dans l'Etat membre et qui y seraient passibles d'une peine de prison s'ils avaient eu lieu sur son territoire, pour autant que l'intéressé ait fui son pays dans l'unique but d'échapper aux sanctions résultant de ces crimes.

Au total, la dissymétrie entre les dispositions de l'article 12 et de l'article 17 témoigne à nouveau d'une rigueur accrue dans le cadre de la protection subsidiaire.

Mais les possibilités d'accès à la protection internationale ne sauraient être complètement évaluées, sans considérer par ailleurs les aspects procéduraux.

## **B – La diversification des procédures**

La très controversée<sup>101</sup> Directive 2005/85, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres<sup>102</sup> a finalement été adoptée le 1<sup>er</sup> décembre 2005, à l'issue d'un processus long et difficile. Prenant effet le 2 janvier 2006, elle doit être transposée avant le 1<sup>er</sup> décembre 2007, y compris par le Royaume-Uni et l'Irlande qui ont choisi de participer à son adoption et à son application. Les normes arrêtées valent également pour l'octroi de la protection subsidiaire, puisqu'elles concernent toute demande d'asile présentée sur le territoire des Etats membres et que toute demande de protection internationale est présumée être une demande d'asile en vertu de la Convention de Genève<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés a déclaré que cette directive « *pourrait entraîner une dégradation des standards de l'asile* » : Communiqué de presse du 2 décembre 2005, disponible sur [www.unhcr.fr](http://www.unhcr.fr)

<sup>102</sup> JOUE L 326 du 13 décembre 2005, pp. 13-34.

<sup>103</sup> Voir les articles 2 b et 3§1 de la Directive 2005/85. L'article 3§3 de ce texte précise en outre que si les Etats membres utilisent ou instaurent une procédure dans le cadre de laquelle les demandes d'asile sont examinées en tant que demandes fondées sur la Convention de Genève et en tant que demandes des autres types de protection internationale accordée dans les circonstances précisées à l'article 15 de la directive 2004/83 [relatif à la protection subsidiaire], ils appliquent la directive 2005/85 pendant toute leur procédure.

L'objectif est de contribuer à limiter les mouvements secondaires des demandeurs d'asile au sein de l'Union dans les cas où ces déplacements seraient dus aux différences existant entre les cadres juridiques des Etats membres (cons. 6). Malgré la volonté affirmée de rapprocher les règles nationales, la directive présente le défaut de multiplier les clauses ouvrant aux Etats de simples options, voire des dérogations, quand elles ne les autorisent pas à maintenir une législation existante. En outre, bien qu'elle constitue une première étape sur la voie d'une « *procédure d'asile équitable et efficace* » (cons. 3), elle met en place un système complexe et à géométrie variable. Une analyse exhaustive dépasserait au demeurant les limites de l'étude. L'accent sera donc mis sur deux traits saillants : l'adaptation des principes selon les procédures d'examen (1) ; l'interférence des concepts d'Etats sûrs sur les conditions d'examen (2).

#### 1 – L'adaptation des principes selon les procédures d'examen

S'agissant de la procédure d'octroi du statut de réfugié, la directive 2005/85 prévoit trois formules différentes qui, plutôt que d'être examinées successivement, peuvent être regroupées selon qu'elles se conforment (b) ou dérogent (c) au cadre minimal instauré (a).

*a) La détermination d'un cadre procédural minimal* - Dans la droite ligne de ses objectifs, la directive 2005/85 consacre l'intégralité de son Chapitre II à la définition de principes de base et de garanties fondamentales. De portée et d'intensité juridiques variables, ces dispositions sont dans l'ensemble inspirées par le souci de permettre à chaque demandeur d'avoir « *un accès effectif aux procédures, [de] pouvoir coopérer et communiquer de façon appropriée avec les autorités compétentes, afin de présenter les faits pertinents le concernant, et disposer de garanties suffisantes pour faire valoir sa demande à tous les stades* » (cons. 13).

Se voient notamment consacrés le droit de rester dans l'Etat membre jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande (article 7), le principe d'un traitement individuel, objectif, impartial des dossiers (article 8, §2) et d'un entretien personnel avec le demandeur

(articles 12, 13 et 14), le droit à l'assistance judiciaire et à la représentation (articles 15 et 16)... L'article 10§1 fixe plus précisément les garanties dont tout demandeur d'asile devrait bénéficier (information sur le déroulement de la procédure, services d'un interprète, notification dans un délai raisonnable de la décision, possibilité de communiquer avec le HCR), tandis que l'article 17 énumère celles qui doivent être spécifiquement accordées aux mineurs non accompagnés.

Bien qu'ils puissent sembler classiques, la détermination de ces principes n'a pas été si consensuelle. En fait, le chapitre II de la directive a subi de profonds remaniements au cours de la procédure : *« conformément aux suggestions formulées par certains Etats membres et par le Parlement européen, la plupart des garanties prévues [...], sinon toutes, ont été modifiées ; certaines ont ainsi été améliorées en ce qui concerne le niveau de protection octroyé aux demandeurs d'asile ou modérées de manière à tenir compte de circonstances particulières ou d'exceptions constatées dans la pratique, de méthode de lutte ou de prévention contre les abus et de certains conditions ou particularités nationales »*<sup>104</sup>. Les dispositions relatives au placement en rétention, notamment, ont largement perdu en substance : l'article 11 de la proposition initiale dressait une liste exhaustive des motifs susceptibles de le justifier ; abandonnant cette approche, l'article 17 de la proposition modifiée fixait plutôt les garanties entourant l'application de ce procédé ; finalement, l'article 18 de la directive se borne à rappeler que les Etats ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile et leur commande de veiller à prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide, lorsque l'intéressé est néanmoins soumis à cette mesure. Le même phénomène d'évidement se constate d'ailleurs à propos des procédures de recours, traitées au Chapitre IV.

---

<sup>104</sup> Exposé des motifs de la proposition modifiée de directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, COM(2002)326, point 2.6.

Ces dispositions n'en sont pas moins censées former un cadre général.

*b) Les procédures conformes* – Sur cette base, l'article 23 de la directive se réfère à deux premières catégories de procédure.

La procédure normale se définit par sa conformité aux principes de base et garanties fondamentales énoncées au chapitre II (article 23§1 et §2).

La procédure accélérée (ou prioritaire) devrait seulement se distinguer de la précédente par des délais resserrés, car l'examen de la demande d'asile doit encore s'effectuer dans le respect des mêmes principes et garanties (art. 23§3 et §4). Il apparaît toutefois que la faculté d'y recourir ne se limite pas aux cas dans lesquels le demandeur a des besoins particuliers ou aux demandes susceptibles d'être fondées (article 23§3). Au contraire, à considérer les quinze hypothèses visées non sans redondance à l'article 23§4, l'accélération dans le traitement du dossier se justifie également pour les demandes infondées (point c) ou manifestement peu convaincantes (point g)<sup>105</sup>, pour des raisons tenant au manque de diligence, de coopération ou de bonne foi de la personne concernée<sup>106</sup>, en cas d'abus de procédure<sup>107</sup>, ou encore lorsque le demandeur représente un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale de l'Etat membre (point m). On peut craindre alors que la recherche d'efficacité dans la détermination des personnes qui ont besoin de protection internationale ne l'emporte et que la

---

<sup>105</sup> Dans le même ordre d'idée, la procédure accélérée est applicable lorsque le demandeur soulève des questions sans pertinence au regard de la vérification des conditions prescrites par la directive 2004/83 ou ne peut manifestement pas être considéré comme réfugié.

<sup>106</sup> Soit que l'intéressé n'ait pas introduit plus tôt sa demande alors qu'il aurait été en mesure de le faire (point i), soit qu'il a failli sans motif valable à ses obligations de coopération avec les autorités (point k), soit qu'il refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales (point n), soit qu'il a induit les autorités en erreur en fournissant de fausses informations et pièces ou en dissimulant des éléments qui lui étaient défavorables (point d), soit qu'il n'a pas établi son identité ou a cherché à la cacher (point f).

<sup>107</sup> Hypothèse dans laquelle la demande d'asile est uniquement introduite pour empêcher l'exécution d'une décision entraînant l'expulsion (point j).

procédure accélérée ne devienne un moyen de « désencombrer » les services.

Mais il est une dernière catégorie de procédures qui paraît d'office plus problématique.

c) *Les procédures dérogatoires* - Les procédures spéciales, en effet, ont pour caractéristique commune de déroger aux principes et garanties affirmés dans le chapitre II de la directive – l'étendue de la dérogation étant variable.

En ce qui concerne les demandes d'asile ultérieures, l'obligation de mener une nouvelle procédure d'examen complet pourrait s'avérer disproportionnée en l'absence de nouvelles preuves ou de nouveaux arguments rendant plus probable l'obtention du statut de réfugié (cons. 15). Aussi, ces demandes sont-elles soumises à un examen préliminaire, au cours duquel seules les garanties fournies à l'article 10§1 s'appliquent (art. 32§ 3 et art. 34§1).

En ce qui concerne par ailleurs les demandes d'asile à la frontière (ou dans les zones de transit), les Etats membres peuvent maintenir des procédures spéciales afin de se prononcer préalablement sur l'autorisation d'entrée sur le territoire (article 35§2). Dans ce cadre, les garanties minimales assurées aux demandeurs se résument « notamment » à l'autorisation de rester à la frontière ou dans les zones de transit, à être immédiatement informés de leurs droits et obligations et auditionnés avant adoption de la décision, ainsi qu'à pouvoir bénéficier le cas échéant des services d'un interprète et d'un conseil juridique<sup>108</sup> (article 35§3). D'autres principes de base auraient pourtant mérité de n'être pas laissés à la discrétion des Etats membres et il est d'autant plus fâcheux que la directive s'accommode de telles dérogations, que l'autorisation d'entrée comporte nécessairement une première (et parfois unique) appréciation de la demande

---

<sup>108</sup> En principe, les mineurs non-accompagnés se voient de surcroît désigner un représentant.

d'asile. De plus, cela revient à entériner une inégalité de traitement entre les demandeurs, selon qu'ils ont pu ou non franchir les frontières de l'Etat membre.

Certes, sur d'autres points, le législateur communautaire paraît s'être efforcé d'intégrer les standards européens des droits de l'homme.

D'une part, la directive fait devoir aux Etats de veiller au respect d'un « délai raisonnable » - l'absence de décision dans un délai de quatre semaines leur imposant d'accorder aux intéressés le droit d'entrée afin que leur demande soit traitée conformément aux autres dispositions de la directive (article 35, § 4). Un rapprochement est alors possible avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, selon laquelle le maintien en zone internationale ne doit ni se prolonger de manière excessive sous peine de « *transformer une simple restriction à la liberté – inévitable [...] pendant l'examen de la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile – en privation de liberté* », ni, surtout, « *priver le demandeur du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du statut de réfugié* »<sup>109</sup>. Mais il reste que les points de vue sont fondamentalement différents. En effet, là où la directive présente le maintien en zone de transit comme une garantie, la Cour considère que semblable mesure « *n'est acceptable que pour permettre aux Etats de combattre l'immigration clandestine, tout en respectant leurs engagements internationaux* »<sup>110</sup>. En outre, en cas d'afflux massif de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides, la directive 2005/85 prévoit que la procédure spéciale est applicable « *dès lors et aussi longtemps* » que ces personnes sont « *hébergés normalement* » dans des endroits situés à proximité de la frontière ou de la zone de transit (article 35, § 5). Dans cette hypothèse et sous cette condition, il n'est donc plus question de délai raisonnable.

S'agissant d'autre part du droit de recours ouvert aux demandeurs d'asile à la frontière, l'article 39§1 de la directive pose

---

<sup>109</sup> Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, req. n° 19776/92, Rec. 1996 –III, point 43.

<sup>110</sup> *Ibid.*

une exigence d' « effectivité », évocatrice de l'article 13 de la CEDH, tandis que l'article 39§3 rappelle aux Etats membres les obligations qui leur incombent à ce titre, concernant notamment l'effet suspensif du recours ou la possibilité, à défaut, de mesures conservatoires<sup>111</sup>. Compte tenu de l'importance attachée à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, la juridiction européenne des droits de l'homme a d'ailleurs récemment pris une position de principe à ce sujet, en jugeant que l'article 13 de la Convention exige « *l'accès à un recours de plein droit suspensif* », propre à interdire que l'intéressé puisse légalement être réacheminé avant que le juge ait statué<sup>112</sup>. Condamnée pour n'avoir pas donné un tel effet à la saisine du juge des référés, dans le cadre de la procédure d'asile à la frontière, la France a rapidement réformé son droit interne<sup>113</sup>. Mais à la lumière de cette jurisprudence, on peut regretter que la directive ne se montre pas plus prescriptive et ait en quelque sorte procédé par « translation », en se contentant de renvoyer aux obligations internationales des Etats.

---

<sup>111</sup> Encore que la CEDH ne soit pas spécifiquement visée dans cette disposition qui renvoie aux Etats membres le soin de prévoir les règles découlant, de manière plus générale, de leurs obligations internationales.

<sup>112</sup> Cour EDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. France*, Req. n° 25389/05. Voir aussi : Cour EDH, décision sur la recevabilité, 10 octobre 2006, *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. France*, Req. n° 25389/05.

<sup>113</sup> Voir l'article 24 de la loi 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (*JORF* n° 270, 21 nov. 2007, p. 18993) : pour mettre la législation française en conformité avec la jurisprudence européenne, un article L 213-9 est inséré dans le CESEDA dont il ressort que le refus d'entrée au titre de l'asile ne peut être exécutée avant l'expiration d'un délai de 48 heures suivant sa notification (temps laissé à l'intéressé pour saisir le juge des référés) ou en cas de saisine du juge avant que ce dernier n'ait statué. Au demeurant, cette ferme condamnation de la France a eu comme conséquence plus immédiate la « libération » de près de quarante demandeurs d'asile maintenus en zone d'attente de Roissy, par les juges des libertés et de la détention de Bobigny, qui ont estimé que l'absence de recours effectif constituait une atteinte à la liberté fondamentale.

Indépendamment des demandes ultérieures et des demandes à la frontière, l'article 24§2 permet encore de prévoir des dérogations dans un autre cas, fondé sur le concept de « pays tiers européens sûrs ».

## 2 – L'interférence des concepts d'Etats sûrs sur les conditions d'examen

La directive 2005/85 met en exergue trois concepts différents d'Etats sûrs, qui interfèrent à des degrés variables sur les conditions d'examen des demandes d'asile. Pour comprendre les nombreuses critiques émises à ce propos, il convient d'examiner leurs critères de définition respectifs (a), avant d'analyser leur portée exacte (b).

a) *La définition des concepts d'Etats sûrs* – Outre les « pays tiers européens sûrs » visés à l'article 36 de la directive, l'article 23§4, point c, se réfère aux « pays d'origine sûrs » et « pays tiers sûrs ».

A la différence des deux autres, le concept de « pays d'origine sûr » ne fait pas véritablement l'objet de critères dans le corps même de la directive. L'article 31 précise seulement que le demandeur d'asile doit en être ressortissant (ou y avoir eu sa résidence habituelle, pour les apatrides)<sup>114</sup>. En outre, l'établissement annoncé d'une liste commune minimale (article 29) n'empêche pas les Etats de désigner d'autres pays tiers comme « pays d'origine sûrs » (art. 30). Toutefois, c'est justement pour éviter une trop forte hétérogénéité que la directive leur adresse dans son annexe II un instructif vademecum. Il en ressort que le

---

<sup>114</sup> Autrement, l'article 31 revient surtout à dire que la qualification représente une présomption réfragable, la disposition devant être lue à la lumière du considérant 21 : « *Le fait qu'un pays tiers soit désigné comme pays d'origine sûr aux fins de la présente directive ne saurait donner aux ressortissants de ce pays une garantie absolue de sécurité. [...] pour cette raison, il importe que, lorsqu'un demandeur fait valoir des motifs sérieux portant à croire que le pays concerné n'est pas sûr dans son cas particulier, la désignation comme pays sûr ne puisse plus être considérée comme pertinente à son égard* ».

pays d'origine est considéré comme « sûr », lorsqu'il peut être démontré, d'une manière générale et uniformément, qu'il n'y est jamais recouru à la persécution au sens de l'article 9 de la directive 2004/83, ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison de violences indiscriminées dans des situations de conflit armé international ou interne. Par ailleurs, la protection que le pays tiers offre doit être évaluée en tenant compte, premièrement, de ses dispositions législatives et réglementaires et de la manière dont elles sont appliquées ; deuxièmement, de la manière dont sont respectés les droits et libertés définis dans la CEDH, le Pacte international sur les droits civils et politiques et/ou la Convention contre la torture ; troisièmement, de la manière dont est respecté le principe de non-refoulement au sens de la Convention de Genève ; quatrièmement, enfin, de l'existence d'un système de sanctions efficaces contre les violations de ces droits et libertés.

Il n'est malheureusement pas certain que les désignations nationales se conforment strictement à ces axes, qui font peser sur les autorités administratives une lourde charge d'enquête. En France, une première liste de « pays d'origine sûrs » a ainsi été établie, regroupant le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Cap-Vert, la Croatie, la Géorgie, le Ghana, l'Inde, le Mali, Maurice, la Mongolie, le Sénégal et l'Ukraine<sup>115</sup>. Y ont ensuite été ajoutés l'Albanie, l'ancienne République Yougoslave de Macédoine, Madagascar, le Niger et la Tanzanie<sup>116</sup>. La sélection, qui laisse songeur, s'est effectuée en fonction des dispositions de l'article L741-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, selon lequel un pays est considéré comme sûr « *s'il veille au respect de principes de liberté, de la démocratie et de l'état de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Or, bien qu'ils fassent écho aux principes fondamentaux de l'Union, énoncés à l'article 6§1 du traité sur

---

<sup>115</sup> Décision du Conseil d'administration de l'OFPRA du 30 juin 2005, *JORF* du 2 juillet 2005.

<sup>116</sup> Décision du Conseil d'administration de l'OFPRA du 16 mai 2006, *JORF* du 23 mai 2006.

l'Union européenne, les termes du Code paraissent comporter un degré d'exigence plus diffus que l'annexe II de la directive 2005/85. Au regard de ces critères nationaux, le Conseil d'Etat a ainsi jugé que les appréciations portées par le Conseil d'administration de l'OFPRA sur la situation des pays retenus ne sauraient être considérés comme inexacts, « *alors qu'il a tenu compte de l'ensemble des informations dont l'Office disposait [...], en particulier des rapports du Haut commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés* »<sup>117</sup>.

Le concept de « pays tiers sûrs », de son côté, est plus large, puisqu'il vise tout pays tiers où l'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que l'intéressé cherche d'abord protection du fait d'un lien dont la nature reste à définir par le droit national de chaque Etat membre (article 27§2, point a ; cons. 23). La qualification suppose néanmoins que les demandeurs d'asile n'y aient à craindre aucune persécution ; qu'y soient respectés le principe de non-refoulement et l'interdiction de prendre des mesures d'éloignement exposant une personne à la torture ou à des traitements inhumains, cruels ou dégradants ; enfin qu'y existe la possibilité de solliciter un statut de réfugié, permettant de bénéficier le cas échéant d'une protection conformément à la convention de Genève (article 27§1) – la somme de ces critères permettant de rapprocher la protection susceptible d'être offerte dans ce pays de celle demandée à un Etat membre<sup>118</sup>. Encore les autorités nationales doivent-elles avoir « *acquis la certitude* » que ces principes sont observés, pour pouvoir appliquer le concept de pays tiers sûrs. Mais une fois de plus, les méthodes utilisées pour s'en assurer relèvent de la compétence des Etats membres, sous réserve de prévoir un examen au cas par cas (article 27§2 point b). Aussi la marge d'appréciation qui leur est consentie paraît-elle

---

<sup>117</sup> CE, 5 avril 2006, GISTI, req. n° 284706.

<sup>118</sup> Il cependant regrettable que la version définitive de la directive ne maintienne pas la précision selon laquelle « un pays qui constitue un pays tiers sûr [...] ne peut être considéré comme tel pour un demandeur d'asile déterminé que si [...] le demandeur [...] a eu l'occasion de bénéficier de la protection des autorités de ce pays » (article 28 de la proposition de directive modifiée, COM(2002)326).

excessive, même si le demandeur doit au moins avoir la possibilité de contester l'application du concept dans son cas particulier (art. 27§2, point c).

Quoique la directive entretienne une certaine ambiguïté en les désignant parfois sous les termes de « pays tiers sûrs »<sup>119</sup>, les « pays tiers européens sûrs » constituent une sous-catégorie distincte, en tant qu'ils sont censés correspondre à des Etats voisins de l'Union « *observant des normes particulièrement élevées en matière de droits de l'homme et de protection des réfugiés* » (cons. 24). L'article 36§2 de la directive 2005/85 soumet ainsi leur identification à quatre critères cumulatifs : qu'ils aient ratifié sans limite géographique la Convention de Genève et en respectent les dispositions ; qu'ils disposent d'une procédure d'asile prévue par la loi ; qu'ils aient ratifié la Convention Européenne des Droits de l'Homme et en respectent les dispositions, et qu'ils aient été désignés comme tel par le Conseil dans une liste commune à venir. Face au principe de non-refoulement<sup>120</sup>, le problème vient de que ce concept, parfois qualifié de « pays tiers super sûrs »<sup>121</sup>, semble être porteur d'une présomption irréfutable.

b) *La portée des concepts d'Etats sûrs* – Aux termes de l'article 36§1, en effet, les autorités compétentes des Etats membres sont

---

<sup>119</sup> L'intitulé de l'article 36 vise les pays tiers européens sûrs mais la disposition en tant que telle ne reprend pas l'adjectif. Le même flottement s'observe au considérant 24 de la directive. Néanmoins la nécessaire localisation de ces pays sur le territoire européen peut se déduire de ce qu'ils doivent avoir ratifié la CEDH.

<sup>120</sup> On rappellera pour mémoire qu'en vertu de l'article 33 de la Convention de Genève, « aucun Etat contractant n'expulsera ou ne refoulera de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

<sup>121</sup> Voir notamment K. Hailbronner, « The directive on minimum standards on procedures for granting and withdrawing refugee status », in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle, Ö. Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 279, spéc. p. 284.

autorisées à n'effectuer aucun examen ou aucun examen complet de la demande d'asile et de la sécurité personnelle du demandeur, s'il est établi que celui-ci cherche à entrer, ou est entré, illégalement sur le territoire national « depuis » un pays tiers européen sûr – hypothèse intégrant apparemment le simple transit<sup>122</sup>. C'est dire que sur le fondement de ce concept, les Etats membres pourront éventuellement refuser tout accès à la procédure d'asile ; aussi bien les principes de base et les garanties fondamentales n'auront même pas lieu de s'appliquer ; seul le droit à un recours effectif devra être assuré (art. 39 § 1, point a, iii). Il faudrait alors que le « pays tiers européen sûr » refuse de réadmettre l'intéressé pour que les Etats membres doivent lui donner la possibilité d'engager une procédure conforme au chapitre II de la directive (article 36§6). Dans ces conditions, l'utilisation du concept de pays tiers sûrs pourrait s'apparenter à un moyen de « retour accéléré », s'inscrivant plutôt dans une logique de lutte contre l'immigration clandestine.

La portée du concept de « pays tiers sûrs » est plus ambivalente.

Il peut d'abord permettre de considérer la demande comme étant « *manifestement irrecevable* » (article 25) et agit alors comme un motif de rejet dès les premiers stades de la procédure, qu'elle soit normale ou accélérée<sup>123</sup>. Par exception, une demande manifestement irrecevable ne nécessite en effet aucun examen au fond : les autorités nationales ne sont pas tenues d'évaluer si la personne concernée peut prétendre au statut de réfugié, conformément à la directive 2004/83. Sous réserve des dispositions prévues par le droit national de l'Etat membre, il sera donc difficile à l'intéressé de montrer que l'application du concept de pays tiers sûrs n'est pas fondée dans son cas particulier, autrement qu'au stade du recours (article 39§1, point a , i). Cette première

---

<sup>122</sup> Ibid., p. 282.

<sup>123</sup> Sachant que le concept se voit privé d'effet si le pays tiers concerné ne permet pas au demandeur d'entrer sur son territoire (article 27§4 ; cons. 25).

éventualité se rapproche ainsi des effets du concept de pays tiers super sûrs, du moins lorsque celui-ci autorise un examen limité.

En revanche, la portée du concept de « pays tiers sûrs » s'identifie à celle du « pays d'origine sûr », quand il conduit à tenir la demande pour « infondée » (article 23§4, point c). Les conséquences procédurales ne sont pas exactement les mêmes.

Dans la directive, une « demande infondée » justifie le recours à une procédure accélérée, mais ne dispense pas d'un examen au fond. En ce sens, le Conseil d'Etat a relevé que « *l'établissement d'une liste de pays d'origine sûrs a pour effet de permettre l'application d'une procédure prioritaire pour l'examen des demandes d'asile émanant des ressortissants desdits pays* » mais « *ne saurait exempter l'administration de l'obligation de procéder à l'examen de chaque dossier* »<sup>124</sup>. Mais dans la mesure où les associations requérantes dénonçaient l'instauration d'un mécanisme de non-admission automatique, contraire à la Convention de Genève, il aurait été bon de rappeler par surcroît<sup>125</sup>, en référence à l'article 31§1 de la directive, que le concept de pays d'origine sûr permet de rejeter une demande si et seulement si le demandeur n'a fait valoir aucune raison sérieuse et personnelle de craindre pour sa vie ou sa liberté<sup>126</sup>.

Les mêmes observations devraient valoir pour l'application de la notion de « pays tiers sûrs » au titre de l'article 23§4. Il

---

<sup>124</sup> CE, 5 avril 2006, *GISTI*, req. n° 284706

<sup>125</sup> Le Conseil d'Etat se contente en effet de répondre que « *L'organisation d'une procédure prioritaire associée à l'obligation de procéder, dans chaque cas, à un examen individuel des demandes ne saurait s'analyser comme une procédure automatique de refoulement* ».

<sup>126</sup> L'instauration d'une liste commune minimale de pays d'origine sûrs ne devrait pas altérer ces principes, puisque « *les Etats membres considèrent, conformément au paragraphe 1, que la demande d'asile est infondée, lorsque le pays tiers [y] est désigné comme sûr* » (article 31§2 – nous soulignons). Comme le martelait le Parlement européen, « *l'inscription d'un pays sur cette liste ne signifierait pas automatiquement que les demandeurs d'asile provenant de ce pays se verraient refuser l'asile mais plutôt que conformément à la Convention de Genève, chaque demande fait l'objet d'une évaluation particulière* ». (Résolution du parlement européen, 21 juin 2007, P6-TA PROV (2007)286, point L).

appartient néanmoins aux Etats membres de déterminer « *les règles, conformes au droit international, qui autorisent un examen individuel en vue de déterminer si le pays tiers concerné est sûr pour un demandeur particulier* » (article 27 §2 point c). Or sous couvert d'une telle faculté, la prise en considération du risque personnel de subir des tortures et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, pourrait être repoussée au stade des procédures de recours.

En tout état de cause, l'introduction d'une présomption, qu'il appartient à chaque demandeur de renverser, rend plus difficile l'accès à l'asile. Et la notion de pays d'origine sûrs soulève encore un problème particulier, tenant évidemment à l'exigence de non-discrimination quant à l'origine des réfugiés (article 3 de la Convention de Genève)<sup>127</sup>.

\*

Considérées dans leur ensemble, les directives 2004/83 et 2005/85 édifient un système dont la cohérence ne joue pas nécessairement en faveur des demandeurs d'asile.

S'agissant des conditions de fond, l'ouverture constituée par la prise en compte d'atteintes graves, indépendantes des raisons de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social ou d'opinions politiques, est contrebalancée par l'exigence d'un degré de risque et de preuve plus élevé, ainsi que par des motifs d'exclusion plus étendus. De même faut-il mettre en balance pour les réfugiés, l'élargissement à des persécutions d'origine privée en cas d'impuissance des autorités publiques locales, d'une part et la

---

<sup>127</sup> Confronté à cet argument, le Conseil d'Etat a fait valoir que « *les demandeurs provenant de pays considérés comme sûrs se trouvent placés dans des situations différentes* », justifiant des règles de procédure distinctes, et que « *l'examen individuel assure le respect des garanties attachées à la mise en œuvre de l'asile* ». Mais la difficulté semble plus contournée que résolue : l'invocation d'une différence de situation semble quelque peu excessive quand dans son cas particulier, le ressortissant d'un pays prétendument sûr peut se trouver en butte à des persécutions, exactement comme le ressortissant d'un autre pays.

mise en exergue d'un critère potentiellement restrictif de « gravité suffisante », d'autre part.

S'agissant des procédures d'octroi, le progrès tenant à la détermination d'un cadre minimal, fondé sur des principes de base et des garanties essentielles, se voit également tempéré par l'admission de procédures partiellement ou complètement dérogatoires, et par l'introduction de différentes présomptions permettant aux États membres de refuser l'asile (d'emblée, au stade de la recevabilité ou sur le fond).

Fondamentalement, les concepts d'asile interne, dans la directive 2004/83, de pays d'origine ou tiers sûrs, voire super-sûrs, dans la directive 2005/85, s'inscrivent dans une même logique, visant à faire de l'asile au sein de l'Union une protection d'ultime ressort.

On se félicitera donc que la Commission ait récemment suggéré de réévaluer ces mécanismes et d'améliorer les garanties juridiques lors des procédures à la frontière, afin d'accroître les possibilités de présenter une demande d'asile<sup>128</sup>.

*A. Beduschi-Ortiz & C. Picheral*

---

<sup>128</sup> Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, 6 juin 2007, COM(2007)301 final.

## CHAPITRE II – GRADATION DES REGIMES

Dans les conclusions du Conseil européen, le contenu de la protection internationale n'est pas un thème dominant. Pourtant, la qualité de l'asile européen ne dépend pas seulement de son accessibilité ; elle se mesure également aux conditions d'accueil et de séjour qui sont réservées aux personnes fuyant leur pays d'origine ou de résidence pour des raisons « humanitaires ». Or à cet égard, le droit communautaire n'établit pas de standard généralisé ; selon la situation des intéressés, des gradations sont tangibles<sup>1</sup>.

Cela tient d'abord au fait que certains régimes sont temporaires, et donc, par définition, plus précaires. Sous cet angle, il est possible de rapprocher - bien que leurs objets respectifs soient fondamentalement différents - la protection offerte en cas d'afflux massif de personnes déplacées, rendant impraticable un examen individuel des cas, et le statut accordé à ceux qui revendiquent la qualité de réfugié, pendant l'instruction de leur demande. En effet, ledit statut est nécessairement transitoire, tandis que la protection des personnes déplacées est d'une durée d'un an, prorogeable jusqu'à deux ans supplémentaires. En revanche, aucune limite d'ordre temporel n'est assignée à la protection subsidiaire dont peuvent éventuellement se réclamer les ressortissants de pays tiers qui n'entrent pas dans la définition de « réfugié » au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Le critère de « durabilité » conduit donc à une première distinction.

---

<sup>1</sup> Le traité de Lisbonne, approuvé le 18 octobre 2007 et signé le 13 décembre 2007, maintient également des distinctions, puisqu'il introduirait dans le traité sur le fonctionnement de l'Union (ex-traité CE) un article 78, en remplacement de l'actuel article 63 §§ 1 et 2, qui évoque de façon quasi-décroissante des statuts uniformes d'asile et de protection subsidiaire, un système commun visant à la protection temporaire et des normes, sans autre qualificatif, concernant les conditions d'accueil des demandeurs d'asile ou de protection subsidiaire.

S'y ajoutent ensuite des contrastes « internes ». Parce que la protection internationale ne leur est pas acquise, les demandeurs d'asile sont soumis à un régime spécifique, à la fois mieux et moins bien assuré que celui des personnes déplacées couvertes par la protection temporaire (I). Parallèlement, sans que leur situation personnelle le justifie mais parce que les Etats membres ne s'accordaient pas, les bénéficiaires de la protection subsidiaire ne disposent pas exactement des mêmes droits ou garanties que les réfugiés (II).

#### I – LA MODULATION DES CONDITIONS D'ACCUEIL RESERVEES AUX DEMANDEURS D'ASILE ET PERSONNES DEPLACEES

Les cas d'afflux massif de personnes déplacées, ne pouvant regagner leur pays d'origine, ont pris des proportions plus importantes au cours des années 90. Le phénomène nécessitait donc de mettre en place un dispositif exceptionnel, assurant une protection immédiate aux intéressés, mais aussi d'équilibrer les efforts consentis par les Etats membres, conformément au principe de solidarité. C'est l'objet du premier texte communautaire qui ait été adopté en matière d'asile, la directive 2001/55/CE<sup>2</sup>. Les normes minimales qu'elle établit portent notamment sur la durée, la mise en œuvre et la fin de la protection temporaire ainsi que sur les obligations des Etats envers les personnes qui en bénéficient (en terme de délivrance des titres de séjour, de regroupement familial, d'accès à une activité professionnelle, à la formation professionnelle, à l'aide sociale et aux soins médicaux, ou encore au système d'éducation). Une attention particulière est accordée aux mineurs non accompagnés, ainsi qu'aux personnes vulnérables.

L'élaboration d'une véritable politique européenne imposait cependant d'autres mesures et la fixation de normes

---

<sup>2</sup> Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JOCE n° L 212, 7 août 2001, p. 12.

minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres constituait une étape toute désignée sur cette voie. Une harmonisation est ainsi opérée par la directive 2003/9<sup>3</sup>, qui traite notamment de l'information des demandeurs d'asile quant aux avantages dont ils peuvent bénéficier et obligations qu'ils doivent respecter, des documents qui doivent leur être fournis, des règles régissant leur séjour et leur circulation dans l'Etat d'accueil, de l'accès au système éducatif, au marché du travail et à la formation professionnelle et de la garantie des conditions matérielles d'accueil (telles que le logement, la nourriture ou la possibilité de bénéficier des soins médicaux et psychologiques). Des clauses particulièrement protectrices ont été introduites, relatives à la situation des personnes vulnérables et surtout des mineurs non accompagnés. Le bénéfice des conditions d'accueil pourra néanmoins être limité, voire retiré, les demandeurs d'asile ayant alors la possibilité d'introduire un recours.

Les avancées réalisées sont indéniables. Cependant, un regard rétrospectif montre qu'elles sont largement insuffisantes. L'objectif fixé au Conseil européen de Tampere de 1999, de mettre en place « *un régime d'asile européen commun, fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève* »<sup>4</sup> est loin d'être acquis.

D'abord, les statuts dérogatoires consentis à certains Etats membres lors des négociations du traité d'Amsterdam, consistant en une position d'opt-out modulée par des facultés distinctes d'opt-in, sont plutôt « *les preuves de l'existence d'une Europe en cercle concentriques* »<sup>5</sup>. Les deux directives précitées s'inscrivent ainsi dans une spatialité différenciée. Le Danemark ne s'est pas joint à

---

<sup>3</sup> Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JOUE n° L 31, 6 février 2003, p. 18.

<sup>4</sup> Conseil européen de Tampere, Conclusions de la présidence, c'est nous qui soulignons.

<sup>5</sup> A. Roig, « L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique », *RMCUE*, 2004, n° 482, pp. 590-596, spéc. p. 595.

leur adoption et n'est pas soumis à leur application<sup>6</sup> ; il en va de même pour l'Irlande<sup>7</sup>, à la différence du Royaume-Uni, qui a notifié sa participation<sup>8</sup>. Comme le relevait un commentateur, « *Voilà la géométrie variable menée à l'extrême !* »<sup>9</sup>.

Ensuite, l'articulation entre les directives 2001/55 et 2003/9 n'est pas nécessairement favorable aux intéressés. Si l'article 17 de la directive 2001/55 prévoit que ses bénéficiaires doivent avoir la possibilité de déposer une demande d'asile à tout moment, l'article 19 permet aux Etats d'exclure tout cumul entre la protection temporaire et le statut de demandeur d'asile pendant l'instruction du dossier<sup>10</sup>. La doctrine n'a pas manqué de relever que « *cette disposition est regrettable car elle peut entraîner des disparités entre les Etats [...] et de plus, dans les Etats où le statut des demandeurs d'asile est moins protecteur que celui des demandeurs de la protection temporaire – en particulier quant à la stabilité du séjour, au droit d'exercer une activité professionnelle et à la protection sociale -, elle peut avoir pour effet de dissuader les bénéficiaires de la protection temporaire de demander le statut de réfugié, ce qui pourrait être considéré comme une remise en cause de la primauté de la Convention de Genève* »<sup>11</sup>.

Enfin, des infléchissements sont notables sur le fond. Il faut dire que le climat général était peu favorable à l'asile, produisant un décalage entre la volonté de principe et les résultats obtenus. Au niveau interne, la méfiance envers les étrangers, notamment les migrants économiques, s'est étendue aux demandeurs d'asile : les mesures les concernant ont alors souvent

---

<sup>6</sup> Considérant 26 de la directive 2001/55/CE et 21 de la directive 2003/9/CE.

<sup>7</sup> Considérant 25 de la directive 2001/55/CE et 20 de la directive 2003/9/CE.

<sup>8</sup> Considérant 24 de la directive 2001/55/CE et 19 de la directive 2003/9/CE.

<sup>9</sup> N. Piçarra, « Le développement d'une politique commune en matière d'asile. Commentaire », in C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), op. cit., pp. 15-21, spéc. p. 17.

<sup>10</sup> Le législateur français se montre relativement restrictif à cet égard, puisque l'article L 811-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile retient l'option de l'interdiction de cumul. On soulignera néanmoins que d'un autre côté, la directive 2003/9 précise en son article 3§3 qu'elle n'est elle-même pas applicable lorsque s'applique la directive 2001/55.

<sup>11</sup> F. Julien-Laferrière, « Le statut des personnes protégées », préc., p. 216.

été intégrées dans la politique de maîtrise de l'immigration, avec cette conséquence que l'exercice du droit d'asile est devenu de plus en plus difficile<sup>12</sup>. Au niveau européen, les événements du 11 septembre 2001 ont provoqué une véritable « fracture », marquant « *un tournant crucial quant au développement des politiques Justice et Affaires intérieures de l'Union européenne* »<sup>13</sup>.

Perceptible déjà dans le changement des priorités et des objectifs politiques, la nouvelle approche, plus restrictive et sécuritaire, transparaît surtout dans le contenu des normes communes. Sur le plan des objectifs, on est en effet passé de « *l'importance que l'Union et ses Etats membres attachent au respect absolu du droit de demander l'asile* » (Conseil européen de Tampere, 1999) à la volonté du Conseil de « *prévenir l'abus de l'asile et l'inefficacité du système* » (Conseil européen de Bruxelles, 2003). A considérer alors le contenu des normes communes<sup>14</sup>, on ne s'étonnera pas que la directive 2003/9 accuse une double modulation par rapport à la directive 2001/55. Elle témoigne en premier lieu d'une plus grande rigueur envers les demandeurs d'asile (A). Elle comprend en second lieu des clauses moins contraignantes pour les Etats— même si le degré d'harmonisation atteint est globalement dénoncé pour ses insuffisances (B).

---

<sup>12</sup> F. Julien-Laferrière, « La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », in V. Chetail (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 257-286, spéc. p. 258.

<sup>13</sup> A. Roig, op. cit., p. 594.

<sup>14</sup> On soulignera qu'il ne s'agit pas ici de faire une présentation détaillée des directives 2001/55 et 2003/9 mais de faire apparaître, à travers leur comparaison, l'évolution de la politique d'asile.

## A – Des clauses plus restrictives à l'égard des demandeurs d'asile

La directive 2001/55 instaure une forme de protection internationale centralisée<sup>15</sup>, exceptionnelle, pour répondre à une situation d'urgence, « *notamment si le système d'asile risque de ne pouvoir traiter cet afflux [de personnes arrivant massivement dans la Communauté] sans provoquer d'effets contraires à son bon fonctionnement* »<sup>16</sup>. La directive 2003/9, en revanche, s'inscrit dans le fonctionnement normal du système d'asile, en dehors de toute circonstance exceptionnelle : son objet est de fixer des normes « *qui devraient, en principe, suffire à garantir [aux intéressés] un niveau de vie digne et des conditions de vie comparables dans tous les Etats membres* »<sup>17</sup>, jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur leur demande de protection internationale. Ces considérations peuvent en partie expliquer des différences entre les conditions d'accueil respectivement prévues. Dans les deux cas, toutefois, les personnes concernées sont (ou pourraient être) des réfugiés en puissance<sup>18</sup>, les bénéficiaires de la protection temporaire devant avoir la possibilité de déposer une demande d'asile à tout

---

<sup>15</sup> L'afflux massif de personnes déplacées doit être constaté par une décision du Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission (éventuellement saisie d'une demande par un Etat membre). En même temps qu'elle précise la date d'entrée en vigueur de la protection temporaire, cette décision contient au moins une description des groupes spécifiques concernés, les informations communiquées par les Etats membres sur leur capacité d'accueil et celles transmises par la Commission, le HCR et d'autres organisations internationales. Elle entraîne, à l'égard des personnes déplacées qu'elle vise, la mise en œuvre de la protection temporaire conformément aux dispositions de la directive (art. 5, dir. 2001/55).

<sup>16</sup> Art. 2 point a), Dir. 2001/55.

<sup>17</sup> Cons. 7, Dir. 2003/9.

<sup>18</sup> En vertu de la directive 2003/9 (art. 2, point b), une demande d'asile se comprend comme une demande de protection internationale adressée à un Etat membre en vertu de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés. Aux termes de la directive 2001/55 (art. 2, point c), les personnes déplacées « peuvent éventuellement relever du champ d'application de l'article 1A de la Convention de Genève » qui définit la notion de réfugié.

moment<sup>19</sup>. Il est dès lors significatif que, comparée à la directive 2001/55, la directive 2003/9 assortisse l'accès aux avantages garantis (A) et leur définition même (B) de restrictions plus importantes.

#### 1 – Restrictions dans l'accès aux avantages garantis

D'emblée, la directive 2003/9 se distingue de la directive 2001/55 par un champ d'application personnel rétréci (a). Elle comporte en outre une clause spécifique visant à pénaliser les demandes d'asile tardives (b).

*a) Le rétrécissement du champ d'application personnel* – La directive 2001/55/CE s'applique aux ressortissants de pays tiers et apatrides qui ont dû quitter leur pays d'origine, en particulier pour fuir des zones de conflit armé ou de violence endémique ou échapper à des violations systématiques et généralisées des droits de l'homme, et qui ne peuvent y retourner dans des conditions sûres et durables en raison de la situation régnant dans ce pays. Dans l'hypothèse où des familles déjà constituées dans l'Etat d'origine se sont trouvées séparées lors de leur départ ou de leur arrivée dans la Communauté, des mesures de regroupement sont prévues, que les membres de la famille bénéficient eux-mêmes de la protection temporaire dans d'autres Etats membres ou qu'ils ne soient pas encore présents sur le territoire européen. De son côté, la directive 2003/9/CE vise les ressortissants de pays tiers et apatrides qui ont déposé une demande d'asile à la frontière ou sur le territoire d'un Etat membre, ainsi que les membres de leurs familles s'ils sont couverts par cette demande en vertu du droit national. Si les deux directives s'accordent donc pour exclure les ressortissants des Etats membres de leur champ d'application, les différences interviennent quant à la détermination du périmètre de la famille du bénéficiaire de la protection temporaire ou du demandeur d'asile.

---

<sup>19</sup> Dir. 2001/55, Art. 17.

Critiquée à l'époque pour une définition jugée restrictive - car limitée aux couples hétérosexuels, la directive 2001/55/CE se révèle néanmoins plus libérale dans sa rédaction que les instruments adoptés ultérieurement, dont la directive 2003/9/CE. Sont ainsi considérés comme membre de la famille, le conjoint du regroupant ou son partenaire non marié engagé dans une relation stable (lorsque l'Etat membre concerné traite de manière comparable les couples non mariés et les couples mariés dans sa législation sur les étrangers), les enfants mineurs et célibataires du regroupant ou de son conjoint (qu'ils soient légitimes, nés hors mariage ou adoptés) et d'autres parents proches qui vivaient au sein de l'unité familiale au moment des événements qui ont entraîné l'afflux massif et qui étaient alors entièrement ou principalement à la charge du regroupant<sup>20</sup>.

La famille prise en compte par la directive 2003/9 est plus réduite, puisqu'elle comprend seulement le couple et les enfants. Le couple est défini sur les mêmes bases que dans la directive 2001/55 (mariage ou relation stable, dès lors que l'Etat d'accueil assimile couples mariés et non mariés dans sa législation sur les étrangers), avec une avancée significative, car la formulation de l'article 2 point d) (« *le conjoint du demandeur d'asile ou son partenaire ou sa partenaire non marié(e)* ») semble cette fois inclure les couples homosexuels, dépassant ainsi une certaine « *vision passéiste de la famille* »<sup>21</sup>. Les enfants sont identifiés de manière comparable<sup>22</sup>, avec une condition supplémentaire : ils doivent être à charge. Mais l'absence de toute référence aux ascendants, aux collatéraux ou à d'autres personnes avec lesquelles le demandeur d'asile aurait noué des liens affectifs particuliers

---

<sup>20</sup> Une distinction s'impose cependant : les autres parents proches n'ont pas vocation à bénéficier automatiquement d'un regroupement – les Etats exerçant à leur égard une simple faculté (Dir. 2001/55, art. 15§ 2 et §3).

<sup>21</sup> J.-P. Lhernould, « Le périmètre de la famille en droit social communautaire », *Dr. fam.*, 2005, n° 12, Etude 26, n° 2.

<sup>22</sup> On observera cependant qu'au sens de la directive 2003/9, les enfants doivent être deux du couple ou du demandeur et non comme dans la directive 2001/55 ceux du regroupant bénéficiaire de la protection temporaire ou de son conjoint.

conduit la doctrine à remarquer qu'on est « *très loin (...) de la famille au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, construite de manière évolutive et progressiste à partir du lien de parenté ou hors de celui-ci, sur l'effectivité de la relation entre les personnes* »<sup>23</sup>.

b) *La pénalisation des demandes d'asile tardives* – La directive 2003/9 se démarque ensuite par une volonté sourcilleuse de « *limiter les possibilités d'abus du système d'accueil* » (pour reprendre les termes du considérant 12). Dans cette perspective, la notion d'abus est assez largement entendue, recouvrant d'autres hypothèses que la fraude délibérée (la dissimulation de ressources)<sup>24</sup> et justifiant des mesures sévères.

En vertu de l'article 16§ 2 de la directive, les Etats peuvent ainsi refuser le bénéfice des conditions d'accueil<sup>25</sup> aux personnes qui n'ont pas été en mesure de prouver que leur demande d'asile a été introduite « *dans les meilleurs délais raisonnables* » après leur arrivée. La disposition appelle deux séries de remarques.

En premier lieu, c'est la protection même des demandeurs d'asile qui est alors mise en cause : outre d'éventuelles répercussions sur l'issue de la procédure<sup>26</sup>, les intéressés risquent

---

<sup>23</sup> J.-P. Lhernould, op. cit., n° 4.

<sup>24</sup> L'introduction d'une autre demande dans le même Etat, le manquement à une obligation de résidence ou le manque de coopération avec les autorités (absence de réponse aux demandes d'information ou fait de ne pas se rendre dans un délai raisonnable aux entretiens personnels...) sont autant d'hypothèses dans lesquelles le bénéfice des conditions d'accueil peut être limité ou retiré.

<sup>25</sup> Au terme de l'article 2, la notion de « conditions d'accueil » englobe l'ensemble des mesures prises par les Etats membres en faveur des demandeurs d'asile conformément à la directive 2003/9 et se distingue de la notion plus étroite de « conditions matérielles d'accueil » qui recouvre quant à elle, le logement, la nourriture, l'habillement ainsi qu'une allocation journalière.

<sup>26</sup> On admettra qu'il est plus difficile de constituer un dossier étayé et de prendre conseil quand on est sans ressources, ni logement – dans le cadre éventuellement d'une procédure accélérée puisque la directive 2005/85 permet d'y recourir quand la demande d'asile est tardive (Directive 2005/85 du Conseil du 1<sup>er</sup> déc. 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du

en effet d'être privés des avantages prévus dans la directive, et plus particulièrement des moyens de subvenir à leurs besoins.

Certes, les Etats sont tenus d'assurer « *en toutes circonstances l'accès aux soins médicaux d'urgence* » (art. 16 §4), mais cette obligation pourrait facilement s'avérer insuffisante. Le HCR avait souhaité que la fourniture des biens de première nécessité, comme la nourriture et le logement, soit également garantie, « *car réduire les demandeurs d'asile à un état de dénuement peut avoir nombre de conséquences humanitaires et sociales indésirables* »<sup>27</sup>. Toutefois, sa proposition ne se retrouve pas dans le texte final de la directive, sans doute par crainte de charges financières trop lourdes pour les Etats.

L'article 16 impose aussi que toute décision négative soit prise au cas par cas, objectivement et impartialement et se fonde « *sur la situation particulière de la personne concernée, compte tenu du principe de proportionnalité* ». Mais dans le cas d'une décision de refus (à la différence d'une décision de limitation), cette dernière exigence ne pourra guère produire qu'un effet dissuasif (selon une alternative adoption/non-adoption) et non pondérateur.

En second lieu, il ressort de l'article 16§2 que le manque de diligence des demandeurs d'asile devient immédiatement suspect. On observera que les comportements au regard desquels la protection temporaire peut valablement être refusée sont d'une autre nature. Il s'agit plutôt de conjurer une menace ou d'éviter une forme d'abus grave... En cohérence avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et la directive 2004/83<sup>28</sup>, la directive 2001/55

---

statut de réfugié dans les Etats membres, *JOUE*, n° L 326, 13 déc. 2005, p. 13, spéc. art. 23§4, point i).

<sup>27</sup> Communiqué de presse du HCR, UNHCR Genève, 26 avril 2002.

<sup>28</sup> Directive 2004/83 du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui pour d'autres raisons ont besoin d'une protection internationale et relative au contenu de ces statuts, *JOUE*, n° L 304, 30 sept. 2004, p. 12, spéc. art. 12 et art. 17.

permet en effet l'exclusion des personnes dont on aura soit, de sérieuses raisons de penser qu'elles ont commis un crime international, ou des agissements contraires aux buts des Nations-Unies ou un crime grave de droit commun en dehors de l'Etat membre d'accueil avant d'y être admises, soit des motifs raisonnables de considérer qu'elles représentent un danger pour la sécurité nationale ou la communauté de l'Etat d'accueil<sup>29</sup>.

Au demeurant, cet esprit restrictif apparaît aussi dans la teneur des conditions d'accueil garanties aux demandeurs d'asile.

## 2 – Restrictions dans la définition des avantages garantis

A détailler la directive 2003/9, la reconnaissance d'un avantage semble souvent constituer une manière d'autoriser les Etats à en limiter l'exercice. Le HCR a d'ailleurs stigmatisé le fait que « *plusieurs dispositions de la directive donnent aux Etats membres une trop grande possibilité d'avoir recours à des exceptions et des adaptations* »<sup>30</sup>. Les dispositions relatives à la scolarisation et éducation des mineurs pourraient en être un exemple<sup>31</sup>. Mais l'observation s'illustre particulièrement en ce qui concerne la circulation à l'intérieur de l'Etat d'accueil (a) et l'accès au marché du travail ou à la formation professionnelle (b).

a) *La liberté de circulation* – Dans une résolution récente, le Parlement européen jugeait « *inacceptable que les demandeurs*

<sup>29</sup> Article 28 de la directive 2001/55/CE.

<sup>30</sup> Communiqué de presse du HCR du 26 avril 2002, préc..

<sup>31</sup> Le principe selon lequel les Etats membres accordent aux enfants mineurs des demandeurs d'asile et aux demandeurs d'asile mineurs l'accès au système éducatif dans des conditions analogues à celles qui sont prévues pour les nationaux est aussitôt assorti d'exceptions: l'enseignement peut être dispensé dans les centres d'hébergement ; il peut être limité au système d'éducation public ; lorsque la situation particulière du mineur ne permet pas l'accès au système éducatif, l'Etat membre peut proposer d'autres modalités d'enseignement (art. 10 de la directive 2003/9/CE). On mentionne au passage que la directive 2001/55/CE est plus protectrice, prévoyant aussi l'accès des adultes aux actions éducatives (art. 12) et la possibilité pour eux d'accéder au système éducatif général (art. 14 point 2).

*d'asile soient maintenus dans des conditions caractérisées par une privation de liberté individuelle* »<sup>32</sup>. De fait, malgré son intitulé (« *Séjour et liberté de circulation* »), l'article 7 de la directive 2003/9 s'attache essentiellement à recenser, et en définitive valider, les nombreuses restrictions applicables.

Il en ressort, premièrement, que le droit des demandeurs d'asile d'aller et de venir ne s'étend pas nécessairement à tout le territoire de l'Etat d'accueil mais peut être circonscrit « *à l'intérieur d'une zone qui leur est fixée par cet Etat membre* », sous la seule réserve de ne pas porter atteinte à « *la sphère inaliénable de la vie privée* » (sic) et de ménager une latitude suffisante pour ne pas compromettre l'accès à tous les autres avantages prévus dans la directive<sup>33</sup>. Deuxièmement, les Etats membres peuvent décider du lieu de résidence du demandeur pour diverses raisons (intérêt public, ordre public, mais aussi efficacité de la procédure...) ou subordonner le bénéfice des conditions matérielles d'accueil à une résidence effective dans un lieu déterminé<sup>34</sup>. Dans ces différentes hypothèses, le droit national doit prévoir la possibilité d'accorder aux intéressés une autorisation temporaire de « *sortie* » mais c'est dire, en d'autres termes, que les demandeurs d'asile n'ont pas nécessairement le droit de quitter la zone et/ou le lieu de résidence qui leur a été attribué sans autorisation<sup>35</sup>. Enfin, leur Etat d'accueil peut les obliger à demeurer dans un lieu déterminé<sup>36</sup>...

A cet égard, il apparaît d'ailleurs que la directive 2003/9 ne confère guère de garanties au demandeur d'asile qui ferait l'objet d'une « *mesure d'isolement dans un lieu déterminé où [il] est privé de sa liberté de mouvement* » (rétention). En écho au considérant

---

<sup>32</sup> Résolution du Parlement européen sur l'asile, 21 juin 2007, point 17, P 6 TA PROV (2007) 286.

<sup>33</sup> Art. 7§1, Dir. 2003/9.

<sup>34</sup> Art. 7§2 et §4, Dir. 2003/9.

<sup>35</sup> Art. 7§5, Dir. 2003/9. Il est toutefois précisé que les demandeurs d'asile sont dispensés de solliciter une autorisation pour se rendre devant les autorités et les tribunaux si leur présence est nécessaire.

<sup>36</sup> Art. 7§3, Dir. 2003/9.

10<sup>37</sup>, l'article 13§2 engage les Etats à faire en sorte qu'un niveau de vie adéquat soit assuré mais la logique même de cet isolement conduit à admettre qu'ils puissent écarter l'application de l'article 6 (relatif à la délivrance d'un certificat attestant du statut de demandeur d'asile ou du fait que l'intéressé est autorisé à séjourner sur le territoire durant l'examen de sa demande)<sup>38</sup> et fixer des « modalités différentes » de celles prévues à l'article 14 (concernant le logement, la nourriture, l'habillement et l'allocation journalière) du moment que les besoins fondamentaux sont couverts<sup>39</sup>. Au final, l'adaptation des conditions d'accueil semble donc laissée, pour une large part, à la discrétion des autorités nationales<sup>40</sup>, tandis que les motifs pour lesquels un demandeur d'asile peut être « retenu » - et non logé dans un centre d'hébergement - ne sont aucunement encadrés<sup>41</sup>.

*b) L'accès au marché du travail et à la formation professionnelle* – Ce second thème est celui qui a suscité le plus de débats, illustrant ainsi les profonds désaccords entre les Etats membres<sup>42</sup>. Constituant inévitablement l'expression d'un compromis, l'accord final a sacrifié quelques propositions de la Commission.

L'accès au marché du travail est assujéti à deux restrictions importantes.

La première est spécifique aux demandeurs d'asile. Aux termes de la directive 2003/9, ces derniers n'ont pas accès à

---

<sup>37</sup> « L'accueil des demandeurs d'asile placés en rétention devrait être spécifiquement conçu pour répondre à leurs besoins dans cette situation ».

<sup>38</sup> Art. 6§2, Dir. 2003/9.

<sup>39</sup> Art. 14§8, Dir. 2003/9.

<sup>40</sup> Au plus, le considérant 10 précise-t-il que « l'accueil des demandeurs d'asile placés en rétention devrait être spécifiquement conçu pour répondre à leurs besoins dans cette situation ».

<sup>41</sup> C'est d'autant plus conséquent qu'à la différence des propositions successives de la Commission, la directive 2005/85 (concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié) ne régleme guère davantage, dans son article 18, le placement en rétention (cf. supra, Chapitre I, II).

<sup>42</sup> L'opposition venait notamment de l'Allemagne, du Royaume-Uni et des Pays-Bas.

l'emploi pendant une période qui court à partir de la date de dépôt de la demande mais dont la durée est fixée par les Etats (art. 11 § 1). Cette disposition est en retrait par rapport à la proposition de la Commission, qui ne permettait pas d'imposer un délai d'attente supérieur à six mois<sup>43</sup>, et par rapport à la directive 2001/55/CE, qui prévoit, l'accès immédiat de ses bénéficiaires à une activité professionnelle<sup>44</sup>. Toutefois, et fort heureusement, les Etats ne sauraient prolonger de manière excessive la période durant laquelle les demandeurs d'asile sont tenus à l'écart du marché du travail : l'article 11§2 de la directive implique qu'ils y aient accès « *si une décision en première instance n'a pas été prise un an après la présentation d'une demande d'asile et que ce retard ne peut être imputé au demandeur* ». Cette précision a suscité une modification de la réglementation française<sup>45</sup>. Néanmoins, on reste loin de

---

<sup>43</sup> Le HCR avait d'ailleurs émis des appréciations positives à l'égard de la souplesse de cette proposition de la Commission, estimant que « *les demandeurs d'asile acquerront d'autant plus vite leur autonomie et leur indépendance vis-à-vis de l'assistance étatique qu'ils auront accès tôt au marché de l'emploi* » (Commentaire du HCR sur la Proposition de Directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, présentée par la Commission européenne, UNHCR Genève, juillet 2001, point 17).

<sup>44</sup> La directive 2001/55 prévoit que les Etats membres autorisent les bénéficiaires de la protection temporaire à exercer une activité salariée ou non salariée pour une période ne dépassant pas la durée de la protection temporaire (art. 12). Cette restriction temporelle insérée lors des négociations n'a donc pas le même objet que celle imposée aux demandeurs d'asile. En conséquence, la législation française limite seulement la durée de validité du contrat de travail dans l'hypothèse où elle serait supérieure à la période restant à courir jusqu'au terme de la protection temporaire ( art. 4 du Décret n° 2005-968 du 10 août 2005 relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France et de transfert vers un autre Etat de l'Union européenne des bénéficiaires de la protection temporaire et des membres de leur famille).

<sup>45</sup> Décret n° 2005-1051 du 23 août 2005 modifiant le décret no 46-1574 du 30 juin 1946 réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers, *JORF* du 30 août 2005, art. 14 : « *L'accès au marché du travail ne peut être autorisé au demandeur d'asile que dans le cas où l'office, pour des raisons qui ne sont pas imputables au demandeur, n'a pas statué sur la demande d'asile dans un délai d'un an suivant l'enregistrement de la demande. Dans ce cas, le demandeur d'asile est soumis aux règles de droit commun applicables aux travailleurs étrangers pour la délivrance d'une autorisation provisoire de travail. La situation*

l'autorisation automatique de travail qui était prévue par la circulaire Fabius du 17 mai 1985<sup>46</sup> et qui a été supprimée par la circulaire du 26 septembre 1991<sup>47</sup>, afin de répondre à une augmentation des demandes d'asile « où se mêlent, aux réfugiés, un nombre croissant d'immigrants à la recherche d'une insertion économique » tout en tenant compte de l'accélération dans le traitement des dossiers devant l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA).

La seconde restriction est commune aux demandeurs d'asile et aux bénéficiaires de la protection temporaire. Car les deux directives 2001/55 et 2003/9 autorisent également les Etats à donner la priorité aux citoyens de l'Union et à ceux des Parties à l'accord sur l'Espace économique européen, ainsi qu'aux ressortissant de pays tiers en séjour régulier, pour des raisons liées à leur politique du marché du travail. Témoignant de la réticence des Etats membres à ouvrir leur marché de travail, cette « clause de préférence » pourrait aisément constituer une barrière, mettant en cause l'effectivité des avantages reconnus aux personnes concernés.

L'accès des demandeurs d'asile à la formation professionnelle n'est pas mieux assuré, puisque les Etats ont à cet égard une faculté mais non une obligation (art. 12). De surcroît, les formations professionnelle liées à un contrat d'emploi ne sont ouvertes aux intéressés que s'ils ont déjà la possibilité d'accéder au

---

*de l'emploi lui est opposable.* ». La portée de cette insertion, nécessitée par la droit communautaire, doit néanmoins être relativisée : antérieurement, la circulaire du 26 septembre 1991 relative à la situation des demandeurs d'asile au regard du marché du travail (*JORF* du 27 septembre 1991) indiquait que les demandeurs d'asile « sont soumis, pendant la période d'examen de leur demande de statut de réfugié, aux règles de droit commun applicables aux travailleurs étrangers pour la délivrance d'une autorisation de travail, la situation de l'emploi leur étant opposable ».

<sup>46</sup> D'après cette circulaire, le récépissé de demande d'asile remis à l'intéressé par la Préfecture valait à la fois autorisation de séjour et autorisation de travail, lui donnant donc automatiquement droit à l'exercice de l'activité professionnelle de son choix.

<sup>47</sup> Circulaire du 26 septembre 1991 précitée.

marché du travail. A titre de comparaison, les bénéficiaires de la protection temporaires sont plus favorisés : les Etats les « autorisent (...) à participer à des activités telles que des actions éducatives pour adultes, des cours de formation professionnelle et des stages en entreprise »<sup>48</sup>.

Il apparaît ainsi que la différence entre les directives 2001/55 et 2003/9 tient également au degré de contrainte exercé sur les Etats.

## **B – Des clauses moins contraignantes à l’égard des Etats**

De manière générale, on reproche aux instruments de la politique d’asile commune<sup>49</sup> de procéder à une harmonisation au plus petit dénominateur commun. Les directives étudiées n’échappent pas à cette critique.

Certes, leur objet est de définir des normes « minimales » pour l’accueil des personnes déplacées ou des demandeurs d’asile au sein de l’Union : les Etats membres sont donc en droit d’adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables<sup>50</sup>. Toutefois, cette règle n’équivaut pas à une clause de non-régression, empêchant que le rapprochement des législations ne produise un effet d’alignement vers le bas. Le risque est alors que le plus petit dénominateur commun ne se transforme en norme générale<sup>51</sup>. En

---

<sup>48</sup> Art. 12 de la directive 2001/55/CE.

<sup>49</sup> V. la liste exhaustive de ces instruments dans P. de Bruycker, Le niveau d’harmonisation législative de la politique européenne d’immigration et d’asile, in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle, O. Edström (Dir.), *La politique européenne d’immigration et d’asile : bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 45-75, notamment p. 45-48.

<sup>50</sup> Prérogative qui leur est expressément et systématiquement reconnue (art. 3§5, Dir. 2001/55 ; art. 4, Dir. 2003/9).

<sup>51</sup> J. Handoll, Reception conditions of asylum seekers, in C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), *L’émergence d’une politique européenne d’asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004., pp. 113-148, spéc. p. 143: « (...) the aim of reducing secondary movements could lead the Member States rigidly adhering to the minimum standards set in the Directive. There is a risk of the “lowest common denominator”, rather than “best practice”, becoming the uniform standard ».

outre, c'est le principe même d'un standard minimum qui se voit affaibli par les nombreuses échappatoires ouvertes aux Etats. Car l'objectif d'harmonisation se heurte à leur volonté de maintenir des spécificités nationales, ce qui constitue « *une des raisons majeures de la dépréciation qualitative des propositions originelles de la Commission* »<sup>52</sup>.

De fait, les propositions de la Commission ont toutes subi une sorte d'« évidence » lors des discussions<sup>53</sup>. A confronter les dispositions des directives 2001/55 et 2003/9, il semble néanmoins que le phénomène se soit accentué au fil du temps. Les Etats ont eu recours aux mêmes techniques pour préserver leur pouvoir d'appréciation mais ils les ont davantage sollicitées en 2003 qu'en 2001 : si l'emploi de notions imprécises est une caractéristique commune (1), les renvois au droit national sont plus nombreux (2) et les clauses dérogatoires et/ou optionnelles, plus fréquentes (3).

### 1 – L'emploi de notions imprécises

Faute d'être suffisamment définies, certaines notions réservent une marge de manœuvre étendue aux Etats. En dehors de la notion de « *relation stable* », qui conditionne l'admission du couple non marié au bénéfice des deux directives étudiées, d'autres exemples sont significatifs.

On citera tout d'abord l'article 16§3 de la directive 2003/9, selon lequel « *les Etats membres peuvent déterminer les sanctions applicables en cas de manquement grave au règlement des centres d'hébergement ou de comportement particulièrement violent* » de la part du demandeur d'asile. Car aucun critère commun n'est fourni : la notion de « *manquement grave* » n'est pas autrement explicitée ; l'appréciation du caractère « *particulièrement violent* » du comportement du demandeur d'asile reste à la discrétion des

---

<sup>52</sup> A. Roig, L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique, *RMCUE*, 2004, n° 482, pp. 590-596, spéc. p. 594.

<sup>53</sup> Pour un inventaire complet de ces techniques, rapportées à tous les instruments de la politique d'immigration et d'asile, v. la présentation détaillée de P. de Bruycker, *Le niveau d'harmonisation législative ...*, *op. cit.*, spéc. pp. 52-59.

Etats, de même que la nature et la rigueur des « *sanctions applicables* ». Aussi des disparités entre les législations nationales ne sont-elles pas à exclure.

Déjà mentionné, l'article 14§8 laisse également place à des applications variables, en permettant aux Etats de fixer des modalités matérielles d'accueil différentes « *pendant une période raisonnable, aussi courte que possible* », pourvu qu'ils couvrent « *les besoins fondamentaux* » des demandeurs d'asile. Une fois de plus, le standard minimal n'est pas véritablement défini, tandis que la limitation temporelle reste vague.

S'agissant encore des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, on relèvera que l'article 13 engage les Etats à prendre des mesures « *qui permettent de garantir un niveau de vie adéquat pour la santé et d'assurer la subsistance* » des intéressés, sans donner d'indications objectives. Le législateur communautaire est resté sourd à l'appel du HCR, qui avait proposé que le texte « *fasse explicitement référence au niveau des prestations du système national de protection sociale et utilise ce critère pour déterminer le montant des aides sociales à accorder aux demandeurs d'asile* »<sup>54</sup>.

La directive 2001/55 souffre du même défaut. Les devoirs des Etats envers les personnes couvertes par la protection temporaires contiennent en effet une certaine part d'indétermination, dans la mesure où ils consistent à leur donner accès à un « *hébergement approprié* », à leur dispenser le « *soutien nécessaire en matière d'aide sociale et de subsistance* » ou à fournir « *l'aide nécessaire, médicale ou autres* » à ceux ou celles qui auraient des besoins particuliers (mineurs non accompagnés, victimes de sévices sexuels, de tortures ou de formes graves de violence psychologique)<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Commentaire du HCR sur la Proposition de Directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, préc., point 24.

<sup>55</sup> Dir. 2001/55, art. 13.

Bien plus, l'obligation qu'ont les Etats d'enregistrer des données à caractère personnel concernant les bénéficiaires de la protection temporaire sur leur territoire s'entoure d'un flou « *à la fois surprenant et inquiétant* »<sup>56</sup> : ni le lieu ni les modalités d'enregistrement et de conservation des données ne sont mentionnés ; les exigences de la directive 95/46 ne sont pas évoquées<sup>57</sup>.

Mais l'imprécision des termes n'est pas le seul facteur qui atténue la portée des directives.

## 2 – Le renvoi au droit national

Cette seconde technique peut prendre des formes différentes, explicites (a) ou plus détournées (b).

*a) Les renvois explicites à la législation nationale* - En renvoyant expressément à la législation nationale, certaines dispositions communautaires abandonnent « *aux Etats membres le soin de préciser une partie de leur contenu en leur laissant une marge de manœuvre variable selon les cas* »<sup>58</sup>.

Les dispositions relatives à l'insertion économique des demandeurs d'asile ou des bénéficiaires de la protection temporaire en sont une bonne illustration. Aux termes de la directive 2003/9/CE (art. 11§2), il appartient aux Etats de décider des conditions dans lesquelles s'effectue l'accès au marché de l'emploi

---

<sup>56</sup> F. Julien-Laferrière, Le statut des personnes protégées, in C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), *op. cit.*, pp. 195-219, spéc., p. 206.

<sup>57</sup> Directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (*JOCE*, n° L 281, 23 nov. 1995, p. 31). Sur ce point, la directive 2001/55 est même en retrait par rapport à la directive 2001/40 du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement (*JOCE*, n° L 149, 2 juin 2001, p. 34), puisque cette dernière précise au contraire à son article 5 que la protection de données à caractère personnel et la sécurité des données sont assurées conformément à la directive 95/46.

<sup>58</sup> P. de Bruycker, Le niveau d'harmonisation législative..., *op. cit.*, p. 54.

– ce qui laisse augurer des disparités et des restrictions défavorables aux demandeurs d’asile<sup>59</sup>. Dans la directive 2001/55/CE, l’accès à une activité salariée ou non salariée s’entend « *sous réserve des règles applicables à la profession choisie* » - donc des règles nationales - et c’est le droit commun en vigueur dans les Etats membres qui s’applique « *en ce qui concerne les rémunérations, l’accès au régimes de sécurité sociale liés aux activités professionnelles salariées ou non salariées, ainsi que les autres conditions relatives à l’emploi* » (art. 12).

Toutefois, c’est la principale, sinon la seule matière dans laquelle la directive 2001/55 opère un tel renvoi. En revanche, la directive 2003/9 en fournit d’autres exemples.

En vertu de l’article 7§ 3 et 4, c’est conformément au droit national ou sur le fondement de la législation nationale que le demandeur d’asile peut être tenu de demeurer dans un lieu déterminé ou que le bénéfice des conditions matérielles d’accueil peut être subordonné dans un cas individuel à une résidence effective dans un lieu déterminé.

Il résulte encore de l’article 21 que la possibilité de recours s’inscrit « *dans le cadre des procédures prévues par le droit national* » (la saisine d’une instance juridictionnelle devant cependant être prévue, au moins en dernière instance), tandis que les procédures d’accès à l’assistance juridique « *sont fixées par le droit national* ».

En outre, un examen attentif de la directive 2003/9 fait apparaître une forme de renvoi plus détournée.

*b) Les renvois implicites à un cas national* – En effet, l’introduction d’une simple alternative peut être le moyen de laisser subsister des règles ou des pratiques nationales spécifiques. En ce sens, l’article 13 de la directive 2003/9 précise que « *les*

---

<sup>59</sup> Le HCR avait d’ailleurs estimé que « *la décision des Etats membres de l’Union européenne de ne pas harmoniser leurs politiques et leurs procédures extrêmement différentes en ce qui concerne l’accès à l’emploi est un pas en arrière* », Communiqué de presse du HCR du 26 avril 2002, précité.

*conditions matérielles d'accueil peuvent être fournies en nature ou sous la forme d'allocations financières ou de bons ou en combinant ces formules* ». Or derrière cette référence aux « bons » se retrouve la position du gouvernement britannique, qui a ainsi réussi à défendre le système des tickets de rationnement. Dès la présentation de la proposition, le HCR avait pourtant émis des réserves à ce propos, en raison d'une « *sensibilité particulière de la société à l'égard des achats par bons qui peut induire des préjugés et des discriminations à l'encontre des demandeurs d'asile* »<sup>60</sup>. Mais la clause a résisté, l'ironie étant que « *cette politique a été critiquée et abrogée depuis au Royaume-Uni* »<sup>61</sup>.

En France, la solution retenue est celle d'une allocation temporaire d'attente<sup>62</sup> et de l'allocation d'insertion accordée à toutes les personnes en situation régulière sur le territoire français et sans emploi.

Cela étant, le recours à des alternatives dans des dispositions contraignantes n'est pas non plus l'unique manière de donner aux Etats une liberté de choix.

### 3 – La multiplication des clauses optionnelles

D'emblée, les directives 2001/55 et 2003/9 se singularisent par l'abondance de formules contournées : plutôt que de s'exprimer en terme de droits au profit des personnes couvertes par la protection temporaire et des demandeurs d'asile, elles indiquent souvent que « les Etats font en sorte », « les Etats prévoient », les « Etats veillent »... Mais surtout, elles incluent des dispositions, qualifiées d'optionnelles, parce qu'ouvrant aux autorités nationales une faculté sans leur imposer d'obligation.

---

<sup>60</sup> Commentaire du HCR sur la Proposition de Directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, préc., point 23.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Décret n° 2006-1380 du 13 novembre 2006 relatif à l'allocation temporaire d'attente et modifiant le code du travail et le code de l'action sociale et des familles (parties réglementaires), *JORF* du 15 novembre 2006.

Ces dispositions optionnelles peuvent servir à introduire des dérogations ou porter sur la reconnaissance même d'un avantage. Le risque est alors d'inciter les Etats à ne pas agir, ce qui met en cause l'idée même de standards communs<sup>63</sup>. En fait, la conjonction du caractère non (ou peu) contraignant de nombreuses dispositions et de la multitude des exceptions qui accompagnent les principes énoncés suscite des interrogations quant à la réalisation de l'harmonisation législative. Aux yeux de la doctrine, l'objectif, « *même en des termes de standards minimaux, n'a pas été atteint* »<sup>64</sup>.

Néanmoins, pour s'en tenir aux deux directives étudiées, on notera que les dispositions optionnelles se comptent en plus grand nombre dans la directive de 2003.

Sur les neuf articles de la directive 2001/55/CE qui définissent les obligations des Etats membres envers les bénéficiaires de la protection temporaire, quatre leur ménagent des facultés. Cela concerne :

- la possible inapplication de la disposition imposant, durant le temps de la protection temporaire, de reprendre un bénéficiaire qui séjourne ou cherche à entrer sur le territoire d'un autre Etat membre sans autorisation, (art. 11)
- la priorité éventuellement donnée, en terme d'emploi, aux citoyens de l'Union, aux ressortissants EEE et aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier qui bénéficient d'allocation chômage (art. 12),
- l'accès des adultes au système éducatif général et la possibilité de limiter l'accès des mineurs au système d'éducation public (art. 14)
- le regroupement familial des parents proches du bénéficiaire de la protection temporaire autres que son

---

<sup>63</sup> J. Handoll, op. cit., p. 141: « *In several cases (...) the Member States is permitted rather than required to act: such a provision – which in the wrong hands provides a recipe for inaction – again seems to contradict the idea of common standards of reception* ».

<sup>64</sup> A. Roig, L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique, *RMCUE*, 2004, n° 482, pp. 590-596, spéc. p. 593.

conjoint ou partenaire et ses enfants mineurs et célibataires (art. 15§2 et § 3).

S'y ajoutent trois autres dispositions optionnelles, respectivement inscrites à l'article 19 (possibilité d'exclure le cumul entre le bénéfice de la protection temporaire et le statut de demandeur d'asile), à l'article 21§3 (possibilité de prolonger les obligations découlant de la protection temporaire, après son terme, en faveur de personnes qui ont été couvertes et qui bénéficient d'un programme de retour volontaire, jusqu'à la date de retour) et à l'article 23§2 (possibilité à la fin de la protection temporaire, de faire bénéficier les familles dont les enfants mineurs sont scolarisés dans l'Etat membre de conditions de séjour leur permettant de terminer la période scolaire en cours).

En revanche, sur les onze articles qui fixent les conditions générales d'accueil des demandeurs d'asile, deux seulement ne comportent pas de disposition optionnelles : l'article 8 (mesures appropriées pour préserver dans la mesure du possible l'unité de la famille lorsqu'un logement est fourni au demandeur) et l'article 15 (soins de santé)<sup>65</sup>. Même quand la directive ne recourt pas à la

---

<sup>65</sup> C'est dire combien la liste des dispositions optionnelles est fournie. On en dressera un inventaire récapitulatif : art. 5§2 (possibilité de communiquer oralement les informations concernant le statut de demandeur d'asile) ; art. 6§2 (possibilité d'exclure l'application de la disposition quand le demandeur est placé en rétention, ou que la demande est présentée à la frontière ou dans le cadre d'une procédure visant à déterminer le droit du demandeur d'entrer sur le territoire), art. 6§5 (possibilité de fournir au demandeur un document de voyage lorsque des raisons humanitaires graves nécessitent sa présence dans un autre Etat), art. 7 §§ 2,3 et 4 (possibilité de restreindre la liberté de circulation du demandeur d'asile – cf. supra) ; art. 9 (possibilité de soumettre les demandeurs d'asile à un examen médical) ; art. 10 §1 (possibilité de dispenser les enseignements dans les centres d'hébergement et possibilité de limiter l'accès des mineurs au système d'éducation public) ; art. 10§3 (possibilité de proposer d'autres modalités d'enseignement lorsque la situation du mineur ne permet pas l'accès au système éducatif) ; art. 11§4 (possibilité d'accorder une priorité en terme d'emploi aux citoyens UE, aux ressortissants EEE et aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier – cf infra) ; art. 12 (possibilité d'autoriser l'accès des demandeurs d'asile à la formation professionnelle) ; art. 13 §§ 3 et 4 (possibilité de subordonner le bénéfice des conditions matérielles d'accueil à la condition que le demandeur ne

formule consacrée « Les Etats peuvent », elle leur laisse une certaine latitude. Par exemple, si les Etats doivent faire en sorte que les informations relatives aux conditions d'accueil soient fournies par écrit et « *dans la mesure du possible, dans une langue dont les demandeurs sont censés avoir une connaissance suffisante* », cela n'empêche pas qu'elles puissent également, « *le cas échéant* », « *être fournies oralement* » (art. 5§2). L'option reste donc ouverte. Dès lors, la garantie se voit relativisée par la souplesse même des obligations incombant aux autorités nationales. S'agissant de la langue à utiliser, le Conseil d'Etat a pu juger « *qu'aucun principe général ni aucune disposition législative ou réglementaire, ni en tout état de cause la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003, ne fait obligation à l'administration de présenter à chaque demandeur d'asile une notice d'information rédigée dans une autre langue que la langue française* »<sup>66</sup>.

Aussi certains auteurs se montrent-ils particulièrement critiques, dénonçant une « *technique légistique (...) désastreuse qui rend la portée juridique du texte difficilement compréhensible* » et « *témoigne en réalité du profond désaccord [entre] les Etats membres* »<sup>67</sup>. Dans ce contexte, on comprend bien qu'un compromis insatisfaisant ait encore paru préférable à un échec du

---

dispose pas de moyens suffisants et possibilité d'exiger une participation financière des demandeurs dont les ressources sont suffisantes); art. 14§6 (possibilité d'associer les demandeurs d'asile à la gestion du centre d'hébergement par l'intermédiaire d'un comité représentatif); art. 14§8 (possibilité d'appliquer des modalités différentes de celles prévues dans la directive concernant les conditions matérielles d'accueil si le demandeur d'asile se trouve en rétention ou dans un poste frontière, si les capacités de logement sont temporairement épuisées, si les conditions matérielles d'accueil prévues par la directive n'existent pas dans une zone géographique, si la situation du demandeur requiert une première évaluation). On ajoutera que dans l'article 16 (relatif à la limitation ou au retrait des conditions d'accueil), trois paragraphes sur cinq sont également de nature optionnelle.

<sup>66</sup> CE, 9 mars 2005, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> sous-sections réunies, *Mohamed X.*, requête n° 274509.

<sup>67</sup> P. de Bruycker, « Le niveau d'harmonisation législative... », préc., p. 58.

processus législatif<sup>68</sup> mais la valeur ajoutée des normes communautaires s'en ressent nécessairement. De plus, une mise en œuvre dans les délais<sup>69</sup> n'est même pas garantie. La Cour de justice a déjà condamné plusieurs Etats membres : le Luxembourg, la Grèce et le Royaume-Uni<sup>70</sup> pour la non transposition de la directive 2001/55/CE et l'Autriche<sup>71</sup> pour la non transposition de la directive 2003/9/CE. Encore des actions en manquement sont-elles actuellement pendantes contre la Grèce<sup>72</sup>, la Belgique<sup>73</sup> et l'Allemagne<sup>74</sup>. L'introduction d'un recours peut certes inciter les Etats concernés à prendre les mesures nécessaires pour se conformer à leurs obligations, conduisant la Commission à se désister<sup>75</sup>. Toutefois c'est la réalité même de la protection assurée par le droit communautaire qui est mise en cause lorsque la transposition nationale n'est pas effectuée.

\*

---

<sup>68</sup> C'est un fonctionnaire de la Commission qui n'hésite pas à reconnaître cela : « *I have to say that we are happy we were able to retain at least an optional provision which will require all Member States to take a decision on this issue when they will implement the Directive: some MS had asked for the complete deletion of this provision* », S. Vincenzi, « Reception conditions for asylum seekers: comments », in C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), op. cit., pp. 157-166, spec. pp. 158-159.

<sup>69</sup> Le 31 décembre 2002 pour la directive 2001/55/CE et le 6 février 2005 pour la directive 2003/9/CE.

<sup>70</sup> CJCE, 2 juin 2005, aff. C-454/04, *Commission c/ Luxembourg* (non publié) ; CJCE, 17 novembre 2005, aff. C-476/04, *Commission c/Grèce* (non publié) ; CJCE, 23 février 2006, aff. C-455/04, *Commission c/Royaume-Uni*, Rec. 2006, p. I-32.

<sup>71</sup> CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-102/06, *Commission c/Autriche*.

<sup>72</sup> Aff. C-72/06, recours introduit le 7 février 2006.

<sup>73</sup> Aff. C-389/06, recours introduit le 20 septembre 2006.

<sup>74</sup> Aff. C-496/06, recours introduit le 4 décembre 2006.

<sup>75</sup> Pour la directive 2001/55/CE, tel est le cas de la Belgique (aff. C-515/04), des Pays-Bas (aff. C-461/04) et de la France (aff. C-451/04). Pour la directive 2003/9/CE, c'est le cas du Luxembourg (aff. C-47/06) et du Portugal (aff. C-75/06).

L'état d'avancement de la politique d'asile commune n'est pas celui qu'on prévoyait à Tampere. La crainte des Etats membres de se voir « envahis » par des flux migratoires difficilement contrôlables, ainsi que « *la pression sécuritaire directement liée aux événements du 11 septembre* » 2001<sup>76</sup> ont conduit à une approche plus restrictive, qu'illustrent les écarts entre les conditions d'accueil respectivement garanties aux personnes déplacées couvertes par la protection temporaire et aux demandeurs d'asile. Ainsi, « *la lutte contre le terrorisme et le crime organisé est devenue prépondérante, reléguant ainsi à l'arrière plan l'adoption d'une politique commune d'asile et d'immigration. Celle-ci est devenue l'otage d'une approche restrictive et sécuritaire : la lutte contre l'immigration clandestine est devenue un objectif prioritaire* »<sup>77</sup>. Le décalage entre le discours politique, axé sur la volonté d'assurer une protection élevée de l'asile et la pratique est évident. Face aux résistances étatiques, l'objectif de créer des standards minimaux en matière d'accueil des demandeurs d'asile et des personnes déplacées s'est érodé, conduisant à une harmonisation réduite au plus petit dénominateur commun, voire à une absence d'harmonisation « *en ce qui concerne les questions véritablement " épineuses "* »<sup>78</sup>. La conséquence prévisible est une « géométrie variable » de la protection temporaire et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile, les normes nationales applicables risquant de diverger fortement d'un pays à l'autre. Certes, au niveau européen on s'accorde à dire qu'on se trouve seulement dans la première phase de mise en place de la politique d'asile. La seconde phase, planifiée par le programme de La Haye et engagée par le récent Livre vert de la Commission<sup>79</sup>, devrait permettre un meilleur

---

<sup>76</sup> H. Labayle, « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », *CDE*, 2004, n° 5-6, pp. 591-661, spéc. pp. 612-613.

<sup>77</sup> A. Roig, *op cit*, p. 595.

<sup>78</sup> H. Labayle, *op. cit*, p. 614.

<sup>79</sup> Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007)301 final, 6 juin 2007.

encadrement des compétences nationales<sup>80</sup>. On n'en conclura pas moins, avec A. Roig, que « *la jeunesse de cette politique ne justifie cependant pas ses nombreux manquements qualitatifs* »<sup>81</sup>.

*D. Riochet*

## II – LA DIFFERENCIATION DES DROITS ATTACHES AU STATUT DE REFUGIE ET A LA PROTECTION SUBSIDIAIRE

Outre qu'elle détermine les conditions requises pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou à une protection subsidiaire, la directive 2004/83 du 29 avril 2004<sup>82</sup> a le mérite de fixer le contenu de la protection internationale. Néanmoins, la standardisation opérée se révèle toute relative.

Antérieurement, des Etats membres, tels que la France, avaient introduit des dispositions spécifiques en faveur des ressortissants de pays tiers qui cherchaient asile en Europe pour échapper à des conflits et des violences dans leurs pays d'origine<sup>83</sup>. Comme ces personnes n'étaient ni expulsables - en raison de l'interdiction d'éloigner un étranger qui risquerait de subir des

---

<sup>80</sup> Dans son rapport du 26 novembre 2007 sur l'application de la directive 2003/09 (COM (2007) 745 final), la Commission aboutit d'ailleurs à des conclusions mitigées. Contrairement aux prédictions qui ont suivi l'adoption de la directive, il lui semble que les Etats n'ont pas abaissé leurs normes antérieures d'assistance aux demandeurs d'asile. En revanche, elle constate que l'important pouvoir discrétionnaire laissé aux Etats, notamment en ce qui concerne l'accès aux emplois et les soins de santé, le niveau et la forme des conditions matérielles d'accueil, le droit à la libre circulation et les besoins des personnes vulnérables, va à l'encontre de l'objectif poursuivi. Avant de proposer des modifications, la Commission juge néanmoins nécessaire d'attendre les résultats de la consultation publique sur le Livre vert relatif au futur régime d'asile européen du 6 juin 2007.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 592.

<sup>82</sup> Directive 2004/83 du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons ont besoin d'une protection internationale et relatives au contenu de ces statuts, *JOUE*, n° L 304, 30 sept. 2004, p. 12.

<sup>83</sup> Pays situés notamment dans le continent africain et asiatique.

actes de torture ou des traitements inhumains et dégradants dans son pays de destination<sup>84</sup>, ni admissibles au statut de réfugié, elles se voyaient accorder des statuts subsidiaires, dits « statuts B », ou encore « statuts C » et « statuts D »<sup>85</sup>. Cependant, ces formes de protection internationale présentaient le triple désavantage d'être tributaires de la volonté discrétionnaire des Etats, soumises à des législations nationales souvent disparates et surtout d'être plus précaires.

Or ces lacunes n'ont pas été pleinement comblées par la Directive 2004/83. Posant des normes minimales, elle n'interdit pas aux Etats d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables et garantit d'autant moins son uniformité d'application, qu'elle recourt à des formules optionnelles en ce qui concerne notamment la portée des droits attachés à la protection subsidiaire. En effet, le statut est loin d'être assimilé à celui des réfugiés. Sous couvert d'un Chapitre commun (le Chapitre VII)<sup>86</sup> et au sujet des mêmes droits, la directive laisse subsister un double standard et bien qu'il faille tenir compte de la législation en préparation, la gamme des traitements différenciés (A) apparaît plus conséquente que les cas de traitement indistinct (B).

### **A – La gamme des traitements distincts**

D'emblée, l'article 20§1 indique que la directive 2004/83 est « *sans préjudice des droits inscrits dans la Convention de Genève* ». Tous n'ayant pas été repris par le législateur

---

<sup>84</sup> Article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Voir notamment : Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88 ; Cour EDH, 20 mars 1991, *Cruz-Varas c. Suède*, req. n° 15576/89 ; Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni*, req. n° 13163/87, 13165/87, 13447/87, 13448/8.

<sup>85</sup> Voir à ce propos : F. Julien- Laferrière, Le statut des personnes protégées, in C. Dias Urbano de Sousa et Ph. de Bruycker (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 195.

<sup>86</sup> Au terme de l'article 20 de la directive 2004/83, « Le présent chapitre [VII] s'applique à la fois aux réfugiés et aux personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, sauf indication contraire ».

communautaire<sup>87</sup>, les réfugiés puiseront donc dans cet acquis des garanties et des avantages que la protection subsidiaire ne confèrera pas, en principe, à ses bénéficiaires. Il en résulte un premier facteur de décalage. Mais l'inventaire même de la directive fait apparaître des différenciations, d'un degré variable, dans trois registres : à propos des titres de séjour et des documents de voyage (1), de la protection de la famille (2) et enfin de droits économiques et sociaux essentiels (3).

#### 1 – Une distinction directe à propos des titres de séjour et des documents de voyage

Au terme de l'article 24, les réfugiés et les bénéficiaires de la protection subsidiaire ont également droit à un titre de séjour renouvelable, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ou d'ordre public ne s'y opposent. Il est à noter que la disposition ne précise pas le délai dans lequel les autorités administratives doivent matériellement délivrer ces pièces, mais se contente d'énoncer une obligation de « diligence raisonnable »<sup>88</sup>. Cela étant, les durées minimales de validité desdits titres ne sont pas identiques : si le seuil est fixé à trois ans pour les réfugiés, il est ramené à un an dans le cadre de la protection subsidiaire (article 24, § 1 et § 2). Dans ce dernier cas, la situation des ressortissants de pays tiers est d'évidence plus précaire. Le droit français

---

<sup>87</sup> Tels que la religion (article 4 de la Convention de Genève), la protection de la propriété intellectuelle et industrielle (article 14), le droit d'association (article 15), les charges fiscales (article 29)...

<sup>88</sup> Les titres sont délivrés « dès que possible après que le statut a été octroyé ». Le Conseil d'Etat a jugé, à cet égard, que les dispositions des articles 7 et 8 du décret n° 2004-813 du 14 août 2004 qui modifient l'article 18 du décret du 30 juin 1946 et y insèrent un article 18-1, selon lesquelles « *l'étranger auquel a été reconnu le droit d'asile ou le bénéfice de la protection subsidiaire est mis en possession d'un récépissé de demande de titre de séjour valant autorisation de séjour d'une durée de trois mois renouvelable dans un délai de huit jours à compter de sa demande* » ne méconnaissent pas l'article 24 de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, « *dès lors que cet article n'impose pas, dans ces circonstances, aux autorités compétentes de délivrer sans délai le titre de séjour auquel l'étranger a droit* » : CE, 12 octobre 2005, *GISTI et autres*, n° 273198.

accentue au demeurant la différence, dans la mesure où le bénéficiaire même de la protection subsidiaire n'est accordé que pour un an renouvelable<sup>89</sup>, tandis que les réfugiés reçoivent de plein droit une carte de résident valable dix ans et renouvelable de plein droit<sup>90</sup>.

D'autre part, la directive 2004/83 engage les Etats membres à délivrer aux réfugiés, sauf raisons impérieuses d'ordre public et de sécurité nationale, des titres de voyage établis selon l'annexe de la Convention de Genève<sup>91</sup>. En revanche, à l'égard des bénéficiaires de la protection subsidiaire, l'obligation est à la fois circonscrite et minimale, puisque qu'elle s'impose seulement si les intéressés sont dans l'impossibilité d'obtenir un passeport national, « *au moins lorsque leur présence dans un autre Etat est requise pour des raisons humanitaires graves* »<sup>92</sup>.

## 2 – Une distinction indirectement accentuée à propos de la protection de la famille

Il est permis de considérer que, globalement, la famille du réfugié jouit d'une protection plus complète que celle du bénéficiaire de la protection subsidiaire – tant du point de vue des avantages accordés aux membres de la famille présents dans le même Etat de l'Union (a) que du point de vue du regroupement familial (b).

*a) Les avantages accordés aux membres de la famille sur place -*  
L'article 23 pose comme principe commun, que les Etats membres veillent au maintien de l'unité familiale et que les membres de la famille présents sur leur territoire peuvent prétendre aux avantages prévus par les articles 24 à 34 de la directive, même s'ils ne

---

<sup>89</sup> Article L 712-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). En conséquence, l'article L313-13 du Code prévoit l'attribution d'une carte de séjour temporaire valable un an aux bénéficiaires de la protection subsidiaire et aux membres de leur famille.

<sup>90</sup> Article L 314-11 8° du CESEDA, et antérieurement article 15-10° de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

<sup>91</sup> Article 25, § 1, Directive 2004/83.

<sup>92</sup> Article 25, § 2, Directive 2004/83.

remplissent pas individuellement les conditions nécessaires pour obtenir le statut de réfugié ou de bénéficiaire de la protection subsidiaire.

Sous une forme très édulcorée, ces dispositions évoquent la logique du principe d'unité de famille<sup>93</sup>. Fondé sur la protection due au réfugié<sup>94</sup>, ledit principe impose de reconnaître la même qualité à certains membres de la famille. En France, il a été très tôt forgé par la Commission des recours des réfugiés<sup>95</sup>, avant d'être consacré par le Conseil d'Etat<sup>96</sup>, devenant un motif d'élection au statut de réfugié<sup>97</sup> pour le conjoint ou le concubin<sup>98</sup> de même nationalité, ainsi que pour leurs enfants mineurs (les ascendants ne semblant pas pouvoir s'en réclamer<sup>99</sup>). Plus récemment, la Commission des recours des réfugiés en a étendu l'application aux membres de la famille des bénéficiaires de la protection subsidiaire. Elle juge que le principe d'unité de famille fait partie des garanties effectives découlant des principes généraux du droit applicables aux réfugiés, qui doivent, néanmoins, être assurées à

---

<sup>93</sup> Le considérant 27 de la directive « les membres de la famille, du seul fait de leur lien avec le réfugié, risquent en règle générale d'être exposés à des actes de persécution susceptibles de motiver l'octroi du statut de réfugié ».

<sup>94</sup> Selon l'Acte final de la conférence des plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et apatrides du 28 juillet 1951, l'unité de la famille est un « élément naturel et fondamental de la société (et) un droit essentiel du réfugié ».

<sup>95</sup> CRR, 12 mars 1957, n° 1474, *Baselga* (conjoint) ; CRR, 27 mars 1958, n° 1778, *Atanasio Mejias* (enfants mineurs) ; CRR, SR, 2 juillet 1994, *Woyakana Shako* : Rec. CRR, p. 67.

<sup>96</sup> CE, 2 décembre 1994, n° 112842, *Agyepong* : Rec. CE, p. 523.

<sup>97</sup> Le droit au statut au titre de l'unité familiale n'est cependant pas absolu, il peut faire l'objet des clauses d'exclusion et des clauses de cessation dans les mêmes conditions que celles applicables au réfugié.

<sup>98</sup> Voir CE, 21 mai 1997, n° 159999, *Gomez Botero* : Rec. CRR, p. 58 (concubin) ; CE, 30 juin 2000, *GISTI*, n° 199336 (décision par laquelle le CE a jugé qu'il n'y a pas lieu de distinguer le mariage du concubinage en matière de vie familiale).

<sup>99</sup> Voir CRR, 3 décembre 1959, n° 3584, *Rubion* (reconnaissant ce principe à l'égard des ascendants à charge) et CRR, SR, 16 octobre 1995, *Nadarajah* : Rec. CRR, p. 57 (revirement de jurisprudence privant les ascendants à charge du statut de réfugié au titre de l'unité familiale).

l'ensemble des bénéficiaires de la protection internationale (réfugiés statutaires et détenteurs de la protection subsidiaire)<sup>100</sup>.

Par comparaison, toutefois, l'article 23 de la directive offre un degré de protection nettement moindre. Dans la mesure où il ne permet pas aux membres de la famille de prétendre au statut soit de réfugié soit de bénéficiaire de la protection subsidiaire, il ne les prémunit nullement contre une éventuelle mesure de refoulement. Cette garantie, inscrite à l'article 21 de la directive, ne figure d'ailleurs pas parmi les avantages dont ils peuvent profiter.

La directive 2004/83 semble également très soucieuse de ménager aux Etats une certaine latitude à propos d'une forme de protection internationale qu'ils pouvaient ignorer. Par exemple, si l'article 24§1 indique que les membres de la famille d'un réfugié pourront se voir délivrer un titre de séjour d'une durée de validité identique, également renouvelable, le paragraphe 2 de cette même disposition ne se réfère aucunement aux membres de la famille d'un bénéficiaire de la protection subsidiaire. En fait, le considérant 29 de la directive pose le postulat que les avantages qui leur sont accordés ne doivent pas nécessairement être équivalents à ceux du bénéficiaire de la protection subsidiaire mais respecter un simple rapport d'équité. Ainsi l'article 23§2 autorise-t-il les Etats à fixer les conditions spécifiques régissant ces avantages, sous la seule réserve d'assurer aux intéressés un « *niveau de vie adéquat* ».

En d'autres termes, les membres de la famille d'un réfugié peuvent prétendre à des droits similaires ; les membres de la famille d'un bénéficiaire de la protection subsidiaire, à des droits équitables. Il y a une gradation sensible entre ces deux standards.

Par contre, la portée *ratione personae* de ces dispositions est identique. En effet, par « membres de la famille » la Directive entend le conjoint ou le partenaire non marié engagé dans une relation stable (si la législation ou la pratique en vigueur dans l'Etat membre les assimile), ainsi que les enfants non mariés et à

---

<sup>100</sup> CRR, SR, 27 mai 2005, n° 487613, *Mme. A.* Consécration de ce principe à l'égard du conjoint marié et de l'enfant mineur.

charge, dans la mesure où la famille était déjà fondée dans le pays d'origine<sup>101</sup>. Toutefois, les Etats membres sont libres d'étendre ces avantages aux « *parents proches* » vivant au sein de la famille à la date du départ du pays d'origine et qui étaient alors « *entièrement ou principalement à la charge du bénéficiaire* »<sup>102</sup>.

Mais il est une autre question qui distingue profondément les deux statuts.

*b) Le regroupement familial* – A la différence de la proposition de 2001<sup>103</sup>, la version définitive de la directive 2004/83 n'évoque pas la possibilité pour les bénéficiaires d'une protection internationale de se faire rejoindre par des membres de leur famille qui seraient restés dans le pays d'origine. Au plus peut-on déduire de l'article 23§1 une vague obligation de moyen à la charge des Etats de l'Union, en vue de permettre « *le maintien de l'unité familiale* ». Il faut alors examiner les dispositions de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial<sup>104</sup>. Immédiatement, la situation respective des réfugiés et des bénéficiaires de la protection subsidiaire apparaît diamétralement opposée.

D'un côté, les réfugiés font figure de bénéficiaires privilégiés de la directive 2003/86. En effet, un chapitre spécifique leur est consacré, qui introduit un certain nombre d'assouplissements aux règles de droit commun.

---

<sup>101</sup> Article 2, h, Directive 2004/83.

<sup>102</sup> Article 23, § 3, Directive 2004/83.

<sup>103</sup> Proposition de Directive COM (2001) 510 final. Encore ce texte initial faisait-il une différence. En ce qui concerne la protection subsidiaire, seuls les membres de la famille qui auraient accompagné le bénéficiaire pourraient être admis au séjour et jouir ainsi des avantages du statut. Aucun regroupement n'était envisagé. En revanche, les réfugiés auraient droit à faire venir les membres de la famille restés dans le pays d'origine, en application des règles définies par la législation communautaire, alors en préparation, relative au regroupement familial

<sup>104</sup> Chapitre V, articles 9 à 12 de la Directive 2003/86 du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial, *JOCE* L 251 du 3 octobre 2003, pp. 12-18.

Par dérogation, les Etats membres ne peuvent ni exiger la preuve que le réfugié dispose d'un logement considéré comme normal, d'une assurance maladie complète et de ressources stables, régulières et suffisantes, ni lui imposer un certain délai d'attente avant de se faire rejoindre par sa famille<sup>105</sup>.

Parallèlement, certaines conditions sont rendues inapplicables : dans l'hypothèse où le réfugié serait un mineur non accompagné, l'admission de ses ascendants directs est affranchie des dispositions législatives ou réglementaires nationales et représente une obligation, en vertu du droit communautaire<sup>106</sup>. De même, l'enfant d'un réfugié, qui aurait plus de douze ans et qui serait arrivé indépendamment du reste de sa famille, est dispensé de satisfaire à un critère d'intégration, qui peut être autrement requis<sup>107</sup>.

Enfin, la demande de regroupement ne peut pas être rejetée pour la seule raison que le réfugié est dans l'incapacité de fournir les pièces justificatives officielles attestant des liens familiaux<sup>108</sup>. Les Etats doivent prendre en compte les autres éléments de preuve existants.

En France, ces dispositions n'ont pas nécessité de profonds changements. En effet, les réfugiés sont dispensés de la procédure de regroupement familial, en tant qu'une carte de résident est délivrée de plein droit à leur conjoint et à leurs enfants mineurs depuis la loi 93-1027 du 24 août 1993. La loi 2006-911 du 24 juillet 2006, transposant avec retard la directive 2003/86, s'est donc contentée d'ajouter à cette liste les ascendants directs d'un réfugié, mineur non-accompagné<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Directive 2003/86, article 12.

<sup>106</sup> Directive 2003/86, article 10§3.

<sup>107</sup> Directive 2003/86, article 10§1.

<sup>108</sup> Directive 2003/86, article 11§2.

<sup>109</sup> Article L 314-11 8° du CESEDA. Il a aussi été jugé que le refus de délivrance pouvait être attaqué pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, autrement dit pour violation du droit au respect de la vie familiale (TA Paris, 17 mars 1995, Mme Esen épouse Ipek, Rec. CE, Tables, p. 626 et 852).

De l'autre côté, les bénéficiaires de la protection subsidiaire sont purement et simplement exclus du champ d'application de la directive 2003/86<sup>110</sup>. C'est dire que les conditions d'exercice du regroupement familial relèvent dans leur cas du seul droit national des Etats membres, sous réserve des obligations qui pourraient dériver de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme concernant le droit au respect de la vie familiale. Encore faut-il souligner que la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'a pas reconnu à ce titre un droit fondamental au regroupement familial : elle considère qu'en matière d'immigration, l'Etat n'a pas une « *obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire* »<sup>111</sup>. Il lui incombe plutôt de ménager un juste équilibre entre le contrôle l'immigration et l'intérêt des familles<sup>112</sup>.

### 3 – Une distinction facultative à propos de droits économiques et sociaux

La directive 2004/83 réserve encore un régime plus favorable aux réfugiés à propos de deux séries de droits, les uns touchant à la vie professionnelle (a), les autres concernant la protection sociale et les soins de santé (b).

a) *La vie professionnelle* – A l'égard des réfugiés, la Convention de Genève impose aux Etats parties l'application de la clause de la nation la plus favorisée en matière d'accès à une activité salariée (article 17) mais ne prévoit qu'un traitement « *aussi favorable que possible* », en tous cas non moins favorable que celui réservé aux étrangers, en ce qui concerne les activités non salariées et les professions libérales (article 18 et 19). En outre, l'article 24

<sup>110</sup> Article 3, § 2, Directive 2003/86.

<sup>111</sup> Cour EDH, 19 février 1996, *Gül c. Suisse*, req. 23218/94.

<sup>112</sup> Cour EDH, 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas*, req. 31465/96 ; Cour EDH, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Tuquabo-Tekele et autres c. Pays-Bas*, req. 60665/00 ; *Europe des libertés*, n° 19, p. 31 ; Cour EDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03.

commande une égalité de traitement avec les nationaux en matière de sécurité sociale, de conditions d'emploi (rémunération, durée de travail, heures supplémentaires, congés payés...) ou encore d'apprentissage et de formation professionnelle.

Aux termes de la directive 2004/83, tant les réfugiés que les bénéficiaires de la protection subsidiaire auront accès à l'emploi<sup>113</sup> et à la formation professionnelle<sup>114</sup>. La législation nationale leur sera applicable en ce qui concerne les rémunérations, l'accès aux régimes de sécurité sociale et les autres conditions d'emploi<sup>115</sup>. Sur ce dernier point, on regrettera cependant l'ambiguïté de la formule, dont l'interprétation pourrait différer selon la nature de la protection internationale<sup>116</sup>. Au demeurant, d'autres distinctions apparaissent de façon moins hypothétique.

En effet, les réfugiés seront autorisés à exercer une activité salariée ou non salariée, sous réserve des « *règles généralement applicables dans le secteur d'activité concerné et dans les services publics* »<sup>117</sup>, immédiatement après que le statut leur a été octroyé. La jurisprudence administrative française s'inscrit dans le même sens : il a été jugé que la reconnaissance de la qualité de réfugié par l'Office Français de la Protection des Réfugiés et des Apatrides

---

<sup>113</sup> Article 26, § 1 et § 3, Directive 2004/83.

<sup>114</sup> Article 26, § 2 et § 4, Directive 2004/83.

<sup>115</sup> Article 26§5, Directive 2004/83.

<sup>116</sup> A la lumière de l'article 24 de la Convention de Genève, la disposition de la directive doit être comprise comme garantissant aux réfugiés une égalité de traitement avec les nationaux dans les matières énoncées. La même interprétation pourrait être étendue aux bénéficiaires de la protection subsidiaire mais à défaut de référence expresse au principe de traitement national, la référence à l'application de la législation nationale pourrait aussi bien valoir simple renvoi de compétence...

<sup>117</sup> A cet égard on a pu considérer que les termes de la directive seraient contraires aux dispositions de la Convention de Genève, s'ils devaient signifier autre chose que l'application des règles générales relatives aux diplômes et qualifications requis pour l'exercice des activités professionnelles (K. Groenendijk, *Acces of third-country nationals to employment under the new EC migration law*, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, Ö. Edström, *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 141, spéc. p. 166.

(OFPRA) ouvre automatiquement droit au travail<sup>118</sup>, dans la mesure où elle confère le droit d'obtenir une carte de résident et par suite, le droit d'exercer en France la profession de son choix<sup>119</sup>. A l'inverse, des restrictions liées à la situation du marché du travail et des priorités d'accès à l'emploi pourront être opposées au bénéficiaire de la protection subsidiaire, « pour une période de temps limitée, à déterminer conformément à la législation nationale »<sup>120</sup>. La durée de ces restrictions est donc librement fixée par les Etats, alors que la proposition initiale de la directive la plafonnait à six mois maximum.

De même, les possibilités de formation n'obéiront-elles pas nécessairement aux mêmes conditions : car si la directive abandonne encore aux Etats le soin de les définir en ce qui concerne les bénéficiaires de la protection subsidiaire, elle impose en revanche une équivalence de traitement avec les nationaux, pour les réfugiés.

Ces décalages s'expliquent par les clivages entre les Etats membres lors des négociations. Tandis que la France, les Pays-Bas et la Suède plaidaient pour des règles communes aux deux statuts, l'Allemagne et l'Autriche, notamment, faisaient valoir que le statut conféré par la protection subsidiaire leur était mal connu, que le nombre de personnes concernées était incertain et que les répercussions sur leur marché du travail étaient problématiques. De ce fait, autant les droits des réfugiés n'ont guère été contestés, autant la controverse a perduré sur l'accès à l'emploi des bénéficiaires de la protection subsidiaire<sup>121</sup>. Les dispositions finales de la directive représentent donc un compromis politique, qui laisse aux autorités nationales une large marge d'appréciation.

---

<sup>118</sup> CE, 3 octobre 1990, *Office nationale d'immigration*, req. n° 94414, *Rec. CE*, tables, p. 779..

<sup>119</sup> Conformément aux dispositions de l'article L 322-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui dispense ainsi les titulaires de solliciter des autorisations de travail.

<sup>120</sup> Article 26, § 3, Directive 2004/83.

<sup>121</sup> Sur ce sujet, voir K. Groenendijk, *Acces of third-country nationals to employment...*, *op. cit.*, spéc. pp. 163-164.

b) *Les soins de santé et la protection sociale* – En principe, les Etats doivent veiller à ce que les bénéficiaires de la protection internationale accèdent dans les mêmes conditions que les nationaux aux soins de santé et à l'assistance sociale<sup>122</sup>. L'assimilation des réfugiés aux ressortissants de l'Etat d'asile, en matière de protection sociale, est requise par la Convention de Genève de 1951<sup>123</sup>. La Directive 2004/83 n'en fait donc qu'une juste application. Son mérite propre est d'en étendre la portée aux bénéficiaires de la protection subsidiaire. A leur égard, toutefois, des dérogations sont autorisées : l'assistance sociale et les soins de santé pourront être limités aux prestations essentielles<sup>124</sup>. L'alignement - entre les deux statuts et par rapport aux nationaux - n'est intangible qu'en ce qui concerne les soins de santé dispensés aux personnes ayant « des besoins particuliers » : les femmes enceintes, les personnes handicapées, les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou autre forme de violence morale, physique ou sexuelle, et les mineurs qui ont été victime de toute forme d'abus, de négligence, d'exploitation, de torture, de traitements inhumains et dégradants ou de conflits armés<sup>125</sup>.

Les dérogations étant facultatives, il faut à nouveau considérer les dispositions nationales. En France, les réfugiés bénéficient de l'ensemble des droits de protection sociale<sup>126</sup> dès la reconnaissance du statut, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la délivrance de la carte de résident. Les bénéficiaires de la protection subsidiaire, pour leur part, sont le plus souvent assimilés aux étrangers ordinaires.

Les réfugiés ont, par exemple, droit au revenu minimum d'insertion (RMI) et à la couverture maladie universelle (CMU)

---

<sup>122</sup> Articles 28, §1 et 29, §1, Directive 2004/83.

<sup>123</sup> Articles 23 et 24 de la Convention de Genève de 1951, relative au statut des réfugiés.

<sup>124</sup> Articles 28, § 2 et 29, § 2, Directive 2004/83.

<sup>125</sup> Article 29, § 3, Directive 2004/83.

<sup>126</sup> Prestations familiales, chômage, vieillesse, handicapé, santé, dans les mêmes conditions que les nationaux.

sans condition de durée de présence sur le territoire. En revanche, les bénéficiaires de la protection subsidiaire n'ont droit au RMI qu'après cinq ans de résidence sur le territoire, et à la CMU, qu'après trois mois de résidence sur le territoire, comme pour les « étrangers de droit commun ».

A la lumière de ces nombreux éléments, il apparaît donc que le statut est moins protecteur que celui de réfugié, sans que la différence de traitement soit en rapport avec la différence de situation des intéressés<sup>127</sup>. L'énumération n'épuise certes pas le contenu de la protection internationale. D'autres droits sont reconnus sans distinction au réfugié et au bénéficiaire de la protection subsidiaire. Mais l'apport du droit communautaire à cet égard est restreint.

## **B – Les cas de traitement indistinct**

A titre liminaire, il est instructif de souligner que l'une des premières règles générales établies par la directive consiste à permettre aux Etats de réduire les avantages consentis aux bénéficiaires de la protection internationale qui ont agi dans le seul but de créer les conditions nécessaires à la reconnaissance de leur statut (activités de *self serving*)<sup>128</sup>. Ces personnes ne seront donc pas expulsables en raison des engagements internationaux des Etats membres, mais n'auront pas la jouissance de l'intégralité des droits que leurs statuts auraient pu leur conférer.

Et si les autres dispositions « indifférenciées » se réfèrent à des droits ou des garanties, leur nature ou leur portée incitent à y voir un acquis limité (1). Dans ce contexte, de nouvelles perspectives semblent toutefois ouvertes par une récente proposition de la Commission<sup>129</sup>, visant à modifier la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers

---

<sup>127</sup> F. Julien- Laferrière, « Le statut des personnes protégées », in C. Dias Urbano de Sousa et Ph. de Bruycker (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, spéc. p. 214.

<sup>128</sup> Article 20, §§ 6 et 7, Directive 2004/83.

<sup>129</sup> COM(2007)298 final.

résidents de longue durée<sup>130</sup>, afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale (2).

#### 1 – Un acquis limité dans la directive 2004/83

Le statut conféré par la protection subsidiaire peut être assimilé à celui du réfugié pour ce qui est de la protection contre le refoulement (article 21), du droit à l'éducation (article 27), de la protection renforcée des mineurs non accompagnés (article 30), du droit au logement (article 31), de la liberté de circulation à l'intérieur de l'Etat membre d'accueil (article 32), et enfin du droit à l'aide au rapatriement (article 34). Quantitativement, l'énumération est conséquente. Qualitativement, l'appréciation doit être nuancée, soit que la directive n'ajoute rien aux standards externes (a), soit qu'elle aligne les droits des réfugiés et des bénéficiaires de la protection subsidiaire sur le régime commun des étrangers (b).

*a) L'alignement sur les standards externes* – Selon l'article 21§1 de la directive 2004/83, les Etats membres respectent le principe de non-refoulement en vertu de leurs obligations internationales. La portée de la disposition, purement confirmative, dépend donc de celle desdits engagements.

A cet égard, l'article 33 de la Convention de Genève interdit à tout Etat contractant d'expulser ou de refouler, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

De manière plus générale, et sans considération de statut, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme s'oppose à l'éloignement, sous quelque forme que ce soit (extradition, refoulement, expulsion), d'un étranger vers un pays

---

<sup>130</sup> Directive 2003/109/CE, du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JOUE*, n° L 16, 23 janvier 2004, pp. 44-53.

tiers où il serait exposé à des tortures ou des traitements inhumains et dégradants. Il en a été déduit que cet instrument prohibe implicitement le refoulement, même si l'interprétation a pu être discutée<sup>131</sup>. Pour la Commission<sup>132</sup>, en tous cas, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme fait bien partie des obligations internationales auxquelles il convient de se référer en matière de non-refoulement. Cette « protection par ricochet » permet donc d'inclure les bénéficiaires de la protection subsidiaire dans le champ d'application de l'article 21§1 de la directive<sup>133</sup>.

Ne procédant pas même expressément à l'extension du principe, la norme communautaire ne présente cependant guère de valeur ajoutée. Son intérêt est de traduire en droit positif des orientations politiques<sup>134</sup> et de fonder, par sa nature, la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard de l'interprétation et de l'application de l'obligation de non-refoulement.

Car celle-ci n'est pas absolue. Décalquant l'exception prévue à l'article 33§2 de la Convention de Genève, l'article 21§2 de la directive autorise les Etats membres, sous réserve de leurs obligations internationales, à refouler un réfugié, qu'il soit ou non formellement reconnu comme tel, « lorsqu'il y a des raisons

---

<sup>131</sup> Voir G. Noll, *Negotiating Asylum – The EU Acquis, Extraterritorial protection and the Common market of Deflection*, Martinus Nijhoff publishers, 2000, spéc. pp. 372-377.

<sup>132</sup> Voir COM(2001)510, Commentaire de l'article 19.

<sup>133</sup> Le risque de tortures ou de traitements inhumains et dégradants ne représente certes que l'un des trois motifs d'attribution de la protection subsidiaire, avec la peine de mort et les menaces individuelles et graves contre la vie ou la personne de civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé. La portée absolue et l'interprétation évolutive de l'article 3 CEDH incitent néanmoins à penser que la disposition s'opposerait également à l'éloignement d'une personne exposée à la peine capitale ou individuellement menacée dans un contexte de violence généralisée.

<sup>134</sup> Puisqu'il a été convenu à Tampere « d'assurer que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté, c'est-à-dire de maintenir le principe de non-refoulement » (Conseil européen spécial de Tampere, 15-16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 13).

*sérieuses de considérer qu'il est une menace pour la sécurité de l'Etat membre où il se trouve ou que, ayant été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, il constitue une menace pour la société de cet Etat membre* ». Bien qu'étant d'interprétation stricte, ces exceptions laissent place à une certaine marge nationale d'appréciation, que le contrôle de la Cour de justice pourrait venir encadrer.

*b) L'alignement sur le régime de droit commun des étrangers* – Trois droits différents sont concernés : l'accès à l'éducation (article 27), l'accès au logement (article 31) et la libre circulation à l'intérieur de l'Etat membre d'accueil (article 32).

S'agissant du droit à l'éducation, le dispositif est en fait modulé selon l'âge du réfugié ou du bénéficiaire de la protection subsidiaire. Pour les mineurs, l'article 27 § 1 de la directive prévoit un « *plein accès au système d'éducation* », dans les mêmes conditions que les nationaux. Quant aux adultes, le paragraphe 2 de l'article 27 prévoit leur accès au système éducatif général, ainsi qu'au perfectionnement et au recyclage professionnels, dans les mêmes conditions que les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire de l'Etat membre d'accueil. Il appartiendra donc aux Etats membres de définir discrétionnairement le régime applicable. La Convention de Genève opère également une distinction mais sur la base d'un autre critère : elle impose l'assimilation du réfugié au national pour l'enseignement primaire et l'application d'un traitement « *aussi favorable que possible* », en tous cas « *non moins favorable que celui qui est accordé aux étrangers en général* » pour les autres catégories d'enseignement. Le droit français, plus protecteur, assimile le réfugié au national, quelque soit le niveau d'enseignement.

L'accès au logement, pour sa part, sera régi par « *des conditions équivalentes à celles dont bénéficient les ressortissants d'autres pays tiers résidant légalement sur le territoire de cet Etat* ». Si ce standard est compatible avec celui retenu dans la

Convention de Genève<sup>135</sup>, il n'est cependant pas des plus élevés : en France, par exemple, les réfugiés et les bénéficiaires de la protection subsidiaire peuvent recevoir des aides au logement, au même titre que les nationaux<sup>136</sup>. En outre, il est regrettable que la directive ne fixe pas elle-même les contours d'un avantage dont la nature juridique demeure assez contestée dans la plupart des Etats membres. Qualifié d'objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel français<sup>137</sup>, puis érigé en droit « opposable » par la législature<sup>138</sup>, l'accès au logement est subordonné à des modalités de mise en œuvre spécifiques au droit français, qui pourront différer de celles appliquées dans les autres pays de l'Union. En bref, les disparités nationales risquent de persister, sous le couvert même de la directive .

La liberté de circulation à l'intérieur de l'Etat d'accueil, enfin, s'exerce « *dans les mêmes conditions et avec les mêmes restrictions que celles qui sont prévues pour les ressortissants d'autres pays tiers résident légalement sur le territoire* »<sup>139</sup>.

Ainsi, le statut conféré par la protection subsidiaire est-il aligné sur celui de réfugié pour des droits eux-mêmes nivelés sur le statut des migrants « ordinaires ». L'absence de distinction entre les deux formes de protection internationale n'apparaît donc pas si significative et le niveau d'avantages garanti par la directive 2004/83 se révèle à tous égards minimal. Il est notamment inférieur à certains droits internes, qui réservent aux réfugiés un régime plus proche de celui des ressortissants nationaux, que de celui accordé

---

<sup>135</sup> Selon l'article 21 de la Convention de Genève, les réfugiés ont droit en ce qui concerne le logement à un traitement « aussi favorable que possible », en tous cas « non moins favorable que celui qui est accordé aux étrangers en général ».

<sup>136</sup> Article L 512-2 du Code de la Sécurité Sociale.

<sup>137</sup> C. Const., Décision n° 94-359 DC, du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat : « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle ».

<sup>138</sup> Voir à ce propos, en France : la Loi n° 2007 -290, du 5 mars 2007, Loi instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale : *JO* du 6 mars 2007, p. 4190.

<sup>139</sup> La disposition peut là encore être mise en parallèle avec l'article 26 de la Convention de Genève.

aux ressortissants de pays tiers présents légalement sur le territoire de l'Etat d'accueil.

Le passage à la seconde phase de la politique européenne d'asile devrait néanmoins permettre de combler certaines des lacunes de la directive 2004/83.

## 2 – Des perspectives renouvelées avec la proposition COM(2007)298

Le 6 juin 2007, la Commission a présenté un Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun<sup>140</sup>, en vue de préparer le programme d'action qui devrait être adopté durant le premier trimestre 2008 : parmi les différentes options envisagées, l'institution suggère de rapprocher les droits et les avantages liés à la protection octroyée (en particulier ceux concernant le permis de séjour, la sécurité sociale et les soins de santé, l'emploi), voire d'accorder un statut uniforme unique aux personnes qui peuvent prétendre à la qualité de réfugié ou à la protection subsidiaire.

Le même jour, la Commission a également adopté une proposition législative, afin d'ouvrir le statut de résident de longue durée aux bénéficiaires de la protection internationale qui satisferaient aux conditions fixées en la matière par la directive 2003/109<sup>141</sup>. En son état actuel, ce dernier texte les exclut en effet de son champ d'application *ratione personae*<sup>142</sup>. La proposition

---

<sup>140</sup> COM(2007)301 final, non publié au JOUE.

<sup>141</sup> Les personnes s'étant vues reconnaître le statut de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire dans un Etat membre pourraient y obtenir le statut de résident de longue durée, à condition d'avoir résidé légalement et de façon ininterrompue pendant au moins 5 ans sur le territoire de cet Etat membre ; de disposer de ressources stables, régulières et suffisantes ainsi que d'une assurance maladie complète ; de ne pas constituer une menace à l'ordre public ou à la sécurité publique. Des conditions supplémentaires liées à l'intégration peuvent être requises par l'Etat membre (articles 4 et 5, Directive 2003/109). Le statut de résident de longue durée pourrait être demandé également et sous les mêmes conditions dans un autre Etat membre que celui qui a délivré la protection internationale, si son bénéficiaire a déjà le statut de résident de longue durée dans l'Etat membre d'accueil (article 15, Directive 2003/109)

<sup>142</sup> Article 3, § 2, c et d, Directive 2003/109.

s'inscrit ainsi dans la logique des conclusions de Tampere et du programme de La Haye, visant à donner un traitement équitable à tous les ressortissants de pays tiers, légalement présents sur le territoire de l'Union<sup>143</sup>. Elle aurait pour conséquence d'éliminer, après une certaine durée de séjour, toute distinction entre les réfugiés et les personnes qui se sont vues accorder la protection subsidiaire. Cependant si certains des attributs inhérents au statut de résident de longue durée représentent effectivement un gain commun (a), l'apport réel de la proposition est nécessairement relatif, en raison des écarts séparant les deux formes de protection internationale (b).

a) *Un gain commun* – Le statut de résident de longue durée permettrait aux réfugiés et aux bénéficiaires de la protection subsidiaire de prétendre à un droit de séjour dans les autres Etats membres et de recevoir des garanties accrues contre l'éloignement.

Dans la directive 2004/83, la possibilité de voyager en dehors de l'Etat d'asile est garantie par l'attribution des titres nécessaires (suffisants pour circuler à l'intérieur de l'espace Schengen) mais ne se traduit par aucun droit spécifique envers les autres membres de l'Union, en matière de longs séjours. Le statut de résident de longue durée, au contraire, bénéficie d'une forme de reconnaissance mutuelle qui évite à ses titulaires d'être assimilé à des primo-arrivants et d'en passer par une procédure complète d'admission dans les autres Etats membres. Conformément aux principes établis par la directive 2003/109, un résident de longue durée acquiert en effet le droit de séjourner sur le territoire des autres Etats membres, en vue d'y exercer une activité économique, d'y poursuivre des études ou une formation professionnelle, ou à d'autres fins, à la condition d'attester de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète, de satisfaire éventuellement à

---

<sup>143</sup> Cela irait dans le sens de l'élaboration d'un statut uniforme, applicable aux diverses catégories de ressortissants de pays tiers. Nous estimons, toutefois, que l'état actuel du droit communautaire en la matière ne permet pas encore l'élaboration d'un statut unique.

des mesures d'intégration et de ne pas représenter une menace à l'ordre public ou à la sécurité publique<sup>144</sup>. Son conjoint et leurs enfants mineurs, y compris adoptés, sont autorisés à l'accompagner<sup>145</sup>.

Selon la proposition de la Commission, ces dispositions auraient vocation à s'appliquer de la même façon à tous les résidents de longue durée, sans que la situation des réfugiés et bénéficiaires de la protection subsidiaire doive à cet égard faire l'objet d'un traitement séparé<sup>146</sup>. Faute d'harmonisation suffisante entre les procédures nationales d'asile, cette mobilité intra-communautaire ne comporterait cependant aucun transfert de responsabilité en matière de protection<sup>147</sup>. Les autres Etats membres seraient seulement tenus de respecter le principe de non-refoulement, même s'ils n'ont pas eux mêmes pris la décision d'asile.

Avec l'élargissement *ratione personae* de la directive 2003/109, ce principe se combinerait au demeurant avec d'autres garanties. L'obligation de non-refoulement n'interdit pas toute expulsion mais seulement l'éloignement vers un territoire où l'intéressé risquerait sa vie ou sa liberté. Autrement, l'article 32 de la Convention de Genève précise que les Etats contractants n'expulseront un réfugié en situation régulière que pour des raisons d'ordre public et de sécurité nationale, en exécution d'une décision rendue conformément à une procédure contradictoire prévue par la loi, après lui avoir laissé un délai raisonnable pour chercher à se faire réadmettre régulièrement dans un autre pays. Ces exigences sont importantes mais les termes de la directive 2003/109 apparaissent à certains égards plus contraignants : ainsi, l'éloignement d'un résident de longue durée ne se justifie que si celui-ci représente une « menace réelle et suffisamment grave »

---

<sup>144</sup> Articles 14 et 15, directive 2003/109.

<sup>145</sup> Article 16§1, directive 2003/109.

<sup>146</sup> COM(2007)298, cons. 8. de la proposition de directive modifiant la directive 2003/109.

<sup>147</sup> COM(2007)298, cons. 9 de la proposition de directive modifiant la directive 2003/109.

pour l'ordre public ou la sécurité publique ; avant de prendre leur décision, les autorités nationales doivent tenir compte de la durée de résidence sur le territoire, de l'âge de la personne concernée, des conséquences pour elle et sa famille et des liens avec la pays de résidence ; un recours juridictionnel doit non seulement lui être ouvert, mais l'aide judiciaire lui sera, si nécessaire, accordée dans les mêmes conditions qu'aux nationaux<sup>148</sup>.

L'intérêt de la proposition de juin 2007 est de conjuguer les deux régimes. En effet, le statut de résident de longue durée n'aurait pas vocation à se substituer à celui conféré par la protection internationale ; il s'y superposerait et serait sans préjudice des droits qui y sont attachés<sup>149</sup>. Deux séries de modifications en résultent. Afin de garantir que le principe de non-refoulement soit pleinement respecté lorsque l'intéressé s'est vu accorder la protection internationale dans un autre Etat membre que celui où il obtiendrait le statut de résident de longue durée, l'expulsion ne pourrait avoir lieu que vers cet Etat membre, qui aurait l'obligation de le réadmettre immédiatement et sans formalités avec sa famille<sup>150</sup>. Pour la même raison, dans l'hypothèse où le bénéficiaire de la protection internationale résident de longue durée se serait établi dans un autre Etat membre en vertu de son droit de séjour, les autorités de cet Etat n'auraient pas la possibilité de l'éloigner du territoire de l'Union<sup>151</sup>.

Le statut de résident de longue durée, enfin, assurerait aux bénéficiaires de la protection internationale une égalité de traitement avec les nationaux dans des domaines où elle ne leur est pas, ou pas pleinement, reconnue par la directive 2004/83 (à savoir

---

<sup>148</sup> Article 12, directive 2003/109.

<sup>149</sup> « Aussi longtemps qu'un résident de longue durée reste bénéficiaire d'une protection internationale en vertu de la directive 2004/83, les droits qui en découlent ne peuvent être limités par la directive 2003/109 ».

<sup>150</sup> Considérant 10 et article 1, point 6, de la proposition de directive COM(2007)298 visant à modifier la Directive 2003/109 relative au statut des résidents de longue durée.

<sup>151</sup> Considérant 11 et article 1, point 8, de la proposition de directive COM(2007)298, précitée.

pour ce qui concerne l'accès à l'éducation et à la formation professionnelle et l'accès au logement). En d'autres matières cependant, l'avancée induite par la proposition du 6 juin 2007 se ressent des distinctions entre les deux formes de protection internationale.

*b) Un apport relatif* – Globalement, il apparaît en effet que la possibilité d'obtenir le statut de résident de longue durée consoliderait davantage la situation des bénéficiaires de la protection subsidiaire, plus fragile que celle des réfugiés, sans cependant compenser en tous points les limites de la directive 2004/83.

Le statut de résident de longue durée, lui-même permanent, se matérialise par un permis de séjour d'une durée de validité d'au moins cinq ans, renouvelable de plein droit<sup>152</sup>. L'avantage serait donc substantiel pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire, auxquels leur statut confère un titre de séjour d'une durée minimale très limitée (un an), sans assurance de renouvellement. En revanche, les conséquences seraient moins significatives pour les réfugiés, puisque le droit, tant communautaire que national, leur réserve un traitement plus favorable. En fait, en France, le statut de réfugié ouvre déjà droit à une carte de résident.

De même, l'égalité de traitement avec les nationaux en terme d'avantages fiscaux ou de liberté d'association<sup>153</sup> représenterait-elle une amélioration plus sensible pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire (auxquels la directive 2004/83 ne garantit rien en la matière) que pour les réfugiés (qui peuvent au moins se réclamer des articles 15 et 29 de la Convention de Genève<sup>154</sup>).

---

<sup>152</sup> Article 8, §2, Directive 2003/109.

<sup>153</sup> Article 11, Directive 2003/109.

<sup>154</sup> L'article 15 de la Convention de Genève prévoit l'application de la clause de la nation la plus favorisée en matière de droit d'association, tandis que l'article 29 du même texte impose une égalité de traitement avec les nationaux au regard des charges fiscales.

Pour autant, l'extension de la directive 2003/109 aux bénéficiaires de la protection internationale sans distinction ne suffirait pas à combler toutes les lacunes de la protection subsidiaire. S'agissant de l'accès à l'emploi, par exemple, les restrictions permises par la directive 2004/83 « pour une période de temps limitée » ne sauraient guère être levées sur la base d'un statut dont l'obtention suppose cinq ans de résidence préalable. Et s'agissant de l'assistance sociale, les Etats membres conserveraient la faculté de s'en tenir aux prestations essentielles.

Ces dernières remarques n'empêchent pas que l'initiative de la Commission doive être saluée, d'autant plus que l'inclusion des bénéficiaires de la protection subsidiaire a dès à présent été contestée et que la proposition initiale pourrait ainsi subir une sévère amputation lors des négociations.

\*

L'un des objectifs de la directive 2004/83 était de fixer un noyau minimal d'avantages, de donner un contenu commun à la protection internationale. Les résultats de l'harmonisation ne sont cependant guère satisfaisants. En l'absence d'une clause de non-régression, certains systèmes juridiques nationaux plus protecteurs céderont, éventuellement, à la tentation de restreindre leur niveau de garantie, dès lors que le droit communautaire n'impose pas un standard très élevé. Le danger encouru est celui d'un « alignement par le bas » du droit d'asile dans l'ensemble des Etats membres de l'Union.

En l'état actuel, les dispositions de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, conjuguées à l'interprétation que donne le juge de Strasbourg à celles de la Convention européenne des droits de l'homme, pourraient ainsi devenir une espèce de « filet de sécurité », pour préserver la substance même du droit d'asile. Ce scénario n'est cependant pas une fatalité.

Initié par le Livre vert de la Commission et éclairé par un rapport d'évaluation du système de Dublin<sup>155</sup>, un vaste débat doit maintenant s'engager sur le fond du futur régime d'asile européen commun. Il reste à espérer que les objectifs de cette seconde phase du programme de Tampere et de La Haye, à savoir la mise en place d'un niveau de protection commun plus élevé, d'une protection plus uniforme et d'une plus grande solidarité entre les Etats membres, soient atteints d'ici 2010.

*A. Beduschi-Ortiz*

---

<sup>155</sup> Un livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, une proposition de directive visant à modifier la directive 2003/109/CE relative au statut des résidents de longue durée [COM/2007/0298 final], et Précités, voir notes n° 51 et 52.



## PARTIE II – UNE SELECTIVITE LATENTE EN MATIERE D'IMMIGRATION LEGALE

D'un point de vue statistique, il apparaît que l'Europe représente aujourd'hui un des premiers continents d'immigration, avec 1,7 million d'entrées légales en 2000. Cette même année, les ressortissants de pays tiers représentaient déjà, selon Eurostat, environ 4 % de la population totale de l'Union et l'excédent migratoire (à savoir la différence entre l'immigration et l'émigration) en est ainsi devenu, au cours des années quatre-vingt dix, la première source d'augmentation.

D'un point de vue politique, ces chiffres ne suffisent pas à trancher entre les deux images, contraires mais également honnies, de la « forteresse » et de la « passoire ». Ils semblent du moins témoigner d'une « *réalité que nul, ou presque, ne cherche plus aujourd'hui à contester : l'Europe a besoin de l'immigration – d'une immigration maîtrisée, voulue et non subie* »<sup>1</sup>. Plusieurs documents communautaires, communications de la Commission ou conclusions du Conseil européen, s'en font d'ailleurs l'écho.

D'un point de vue juridique, une telle orientation ne manque pas de suggérer une idée de sélectivité, comme solution intermédiaire entre une fermeture de l'espace européen préjudiciable à la liberté, d'une part et une ouverture de nature à compromettre la sécurité, d'autre part. A l'heure où l'un des objectifs de l'Union est de « *faire face aux difficultés que posent les migrations et [de] tirer parti des possibilités qu'elles offrent, pour le bien de tous* »<sup>2</sup>, la question est plus exactement de savoir si le législateur communautaire s'est effectivement engagé sur la voie d'une gestion « utilitariste » des flux. La réponse doit d'abord être recherchée sur le terrain de l'admission, qui apparaît assez

---

<sup>1</sup> T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, Rapport AN n° 1238, 19 novembre 2003.

<sup>2</sup> Conseil européen des 14 et 15 décembre 2006, Conclusions de la présidence, point 21.

étroitement contrôlée (Chapitre I). Ainsi que l'a souligné le Conseil européen de Séville, « *l'immigration doit être canalisée dans les voies légales prévues à cet effet* »<sup>3</sup>. Mais compte tenu de l'approche holistique recommandée par la Commission depuis 2000, il convient de considérer d'autres aspects, notamment celui de l'intégration – la notion assumant une fonction passablement ambivalente (Chapitre II).

---

<sup>3</sup> Conseil européen de Séville, 21 et 22 juin 2002, Conclusions de la présidence, point 29.

## CHAPITRE I – CONTROLE DE L'ADMISSION

Dans sa communication du 22 novembre 2000 sur une politique communautaire en matière d'immigration<sup>4</sup>, la Commission européenne s'est clairement prononcée en faveur d'une réouverture maîtrisée des canaux de l'immigration légale, en fonction de divers paramètres (parmi lesquels les besoins des Etats membres) et selon la catégorie de migrants considérés. La législation subséquente n'a pas démenti cette option initiale.

Axe commun aux politiques communautaire et nationale<sup>5</sup>, la promotion d'une « immigration choisie » se manifeste notamment par un assouplissement des conditions et/ou des procédures d'admission, en faveur des ressortissants d'Etats tiers qui semblent les mieux à même de contribuer au rayonnement, au développement et à l'économie de l'Europe. Cette logique peut conduire à une approche plus stricte de l'immigration familiale – bien que le regroupement familial soit dans le même temps perçu comme un facteur de stabilisation de l'étranger au sein de sa société d'accueil et un élément d'intégration (cf. *infra*). Dans la législation communautaire, elle se traduit en tous cas par une relative valorisation de l'immigration « scientifique » (I) et une probable « instrumentalisation » de l'immigration économique (II).

### I - LA RELATIVE VALORISATION DE L'IMMIGRATION « SCIENTIFIQUE »

S'agissant des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'Etats tiers, l'acquis communautaire actuel ne se compose encore, en dehors de la directive sur le regroupement familial analysée plus loin, que de deux autres textes. La directive

---

<sup>4</sup> COM (2000)757 Final, 22 nov. 2000.

<sup>5</sup> T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, *Rapport AN n° 3042*, 12 avril 2006.

2004/114<sup>6</sup> traite des conditions d'admission des étrangers à des fins d'études, d'échanges d'élèves, de formation non rémunérée et de volontariat (sachant que, conformément à son article 3§1, l'application de ses dispositions représente, dans ces trois derniers cas, une simple faculté pour les Etats). La directive 2005/71<sup>7</sup>, de son côté, instaure une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique (étant précisé que les doctorants effectuant des recherches sous le couvert du statut d'étudiant sont exclus de son champ d'application et continuent de relever de la directive 2004/114).

L'une et l'autre ne s'inscrivent pas dans la réalisation des mêmes objectifs. La première est un élément clé de la stratégie consistant à « *promouvoir l'Europe dans son ensemble, en tant que centre mondial d'excellence pour les études et la formation professionnelle* » (Directive 2004/114, point 6). La seconde participe directement de la stratégie de Lisbonne, visant à faire de la Communauté « *l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde* » d'ici à 2010 (Directive 2005/71, point 2) : face à l'insuffisance du réservoir européen, une plus grande ouverture à l'égard des ressortissants de pays tiers s'impose pour atteindre le nombre de 700.000 chercheurs, impliqué par un investissement dans la recherche fixé à hauteur de 3% du PIB par le Conseil européen de Barcelone de mars 2002 (Directive 2005/71, point 4).

Plus encore que la directive 2004/114, la directive 2005/71 cherche donc à favoriser la mobilité des étrangers concernés à destination de la Communauté, par une admission facilitée (A) et

---

<sup>6</sup> Directive 2004/114 du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'étude, d'échanges d'élèves, de stage non rémunérés et de volontariat, *JOUE*, n° L 375, 23 déc. 2004, p. 12. Entrée en vigueur le 12 janvier 2005, elle devait avoir été transposée deux ans plus tard. L'Irlande, le Royaume-Uni et le Danemark ne sont pas soumis à son application et ne sont pas lésés par ses dispositions.

<sup>7</sup> Directive 2005/71 du 12 octobre 2005, relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, *JOUE*, n° L 289, 3 nov. 2005, p. 15. Ses dispositions doivent être transposées au 12 octobre 2007. Si l'Irlande a souhaité participer à l'adoption et à l'application de cette directive, ni le Royaume-Uni ni le Danemark n'y sont soumis.

des droits adaptés (B)<sup>8</sup>. Cela étant, aucun de ces deux actes ne devrait bouleverser le statut respectivement réservé aux intéressés en droit français des étrangers et de ce point de vue, l'harmonisation opérée n'est pas sans présenter d'indubitables limites (C).

## A - Une admission facilitée

### 1 – Les conditions applicables aux étudiants

L'immigration à des fins d'étude est traditionnellement considérée avec faveur dans les Etats membres<sup>9</sup>. Car elle présente cette particularité d'être temporaire par principe et indépendante de la situation du marché national de l'emploi dans l'Etat d'accueil. Au niveau communautaire, ces caractéristiques n'ont pas seulement contribué à l'émergence d'un accord au sein du Conseil ; elles ont surtout conduit à la définition de conditions d'admission se voulant relativement libérales<sup>10</sup>.

La directive 2004/114 en énumère deux séries, les unes générales car également applicables aux élèves, stagiaires non

---

<sup>8</sup> Dans les limites de la présente contribution, on s'en tiendra en effet à l'analyse des dispositions essentielles des directives 2004/114 et 2005/71. Pour illustrer la logique d'ouverture qui les sous-tend, il convient cependant de noter également que toutes deux invitent les Etats à faire en sorte qu'un ensemble d'information, le plus complet possible et régulièrement actualisé soit mis à la disposition du grand public, notamment sur l'internet (pt. 22, Dir. 2004/114 ; pt. 10, Dir. 2005/71).

<sup>9</sup> Cf. la résolution du Conseil du 30 novembre 1994, relative à l'admission des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres à des fins d'étude, *JOCE*, n° C 274, 19 sept. 1996, p. 19.

<sup>10</sup> Commentant sa proposition de directive, la Commission déclarait ainsi avoir rédigé les conditions particulières d'admission « *de la manière la plus objective possible en vue de favoriser l'admission des personnes concernées [...] tout en préservant le pouvoir d'appréciation des Etats* » (COM (2002)248 du 7 oct. 2002, *JOUE*, n° C 45 E, 25 fév. 2003, p. 18, pt. 3.2). La liste et la nature desdites conditions n'ont pas été substantiellement modifiées lors des négociations mais leur reformulation n'en a pas moins ouvert aux Etats une latitude plus grande, évitant à certains de devoir modifier leur législation nationale. Nous y reviendrons au titre des limites de l'harmonisation.

rémunérés et volontaires (article 6), les autres particulières aux étudiants (article 7).

Les conditions générales ne font que reprendre des exigences de base : présentation d'un document de voyage valide ; absence de menace pour l'ordre public, la sécurité ou la santé publique ; assurance maladie complète. Cette dernière mention ne doit pas surprendre, du moment qu'une exigence équivalente s'impose aux ressortissants communautaires qui entendent séjourner plus de trois mois dans un autre Etat membre, lorsqu'il n'ont pas la qualité de travailleur salarié ou indépendant<sup>11</sup>. Le rapprochement peut également être effectué, s'agissant des deux principaux critères propres aux étudiants.

Ainsi, l'article 7 de la directive 2004/114 précise que le ressortissant d'un pays tiers doit avoir été préalablement « *admis dans un établissement d'enseignement pour y suivre un cycle d'études* » (le vocable d'admission ayant été préféré à celui d'inscription pour la raison que les documents d'inscription sont le plus souvent délivrés après l'entrée sur le territoire, lorsque l'étudiant est arrivé sur place) ; par comparaison, un ressortissant communautaire qui souhaiterait suivre des études ou une formation professionnelle dans un autre Etat membre doit, quant à lui, y avoir été inscrit dans un établissement agréé ou financé par l'Etat d'accueil<sup>12</sup>. De même, des ressources suffisantes sont-elles requises dans les deux cas – les seules différences se mesurant alors au mode de preuve et à la fixation par l'Etat d'accueil d'un montant mensuel minimum, pour les étrangers<sup>13</sup>. L'article 7 énonce encore

---

<sup>11</sup> Directive 2004/38 du 29 avril 2004, relative au droits des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, *JOUE*, n° L 158, 30 avril 2004, p. 77, art. 7.

<sup>12</sup> Directive 2004/38, art. 7.

<sup>13</sup> Le ressortissant d'un pays tiers doit « *apporter la preuve demandée par un Etat membre* » (art. 7§1, dir. 2004/114). En revanche, s'agissant des ressortissants des Etats membres de l'Union, « *les Etats membres ne peuvent pas fixer le montant des ressources qu'ils considèrent comme suffisantes mais ils doivent tenir compte de la situation personnelle de la personne concernée* » (art. 8§4, Dir. 2004/38). Il suffit en outre à l'intéressé de « *garantir à l'autorité nationale, par le biais d'une déclaration ou par tout autre moyen équivalent de son choix, qu'il dispose de*

deux dernières conditions, relatives d'une part à la connaissance de la langue d'étude, d'autre part au paiement des droits d'inscription exigés par l'établissement. Pour des raisons de souplesse, cependant, elles n'ont pas été rendues obligatoires et sont laissées à la discrétion de chaque Etat. Au total, le dispositif apparaît d'évidence moins rigoureux que celui prévu dans l'ancienne proposition de directive - aujourd'hui retirée - relative à l'immigration aux fins d'emploi<sup>14</sup> (cf. *infra*).

Pour finir, l'article 6§2 de la directive 2004/114 engage logiquement les Etats à faciliter l'admission des ressortissants de pays tiers qui participent à des programmes communautaires tels que Socrates ou surtout Erasmus Mundus<sup>15</sup>, tandis que l'article 19 prévoit la possibilité de mettre en place, au moyen d'une convention entre les autorités nationales et les établissements d'enseignement supérieur, une procédure accélérée permettant de

---

*ressources suffisantes* » (art. 7§1, Dir. 2004/38). On notera qu'en France, une circulaire du 12 octobre 2007 (*JORF*, n° 240, 16 oct. 2007, p. 17024), relative aux justificatifs exigibles des ressortissants de l'UE, est venue abroger les dispositions d'une précédente circulaire du 6 décembre 2000, qui avaient fait l'objet d'une mise en demeure de la Commission pour incompatibilité avec le droit communautaire. Aucune pièce concernant la nature et le montant des ressources ne doit donc être exigée des étudiants (la référence à un seuil minimal fixé par référence à l'allocation de base des boursiers étant annulée).

<sup>14</sup> La Commission proposait en effet que pour obtenir un « permis de séjour-travailleur », le ressortissant d'un pays tiers doive notamment présenter un passeport en cours de validité, un contrat de travail valide ou une promesse irrévocable d'embauche, des documents établissant qu'il possédait les qualifications requises pour l'exercice des activités professionnelles envisagées, la preuve de ressources suffisantes, éventuellement une attestation ou une preuve appropriée de bonnes vie et mœurs ainsi qu'une attestation de son état de santé. La proposition consacrait également au niveau communautaire un principe général, censé refléter les règles déjà en vigueur dans les Etats membres, subordonnant l'admission à une analyse approfondie de l'état du marché national et conduisant à une véritable préférence communautaire (COM (2001)386 Final, *JOCE*, n° C 332 E, 27 nov. 2001, p. 248, art. 5 et art. 6).

<sup>15</sup> Décision n° 2317/2003 concernant l'établissement d'un programme pour l'amélioration de la qualité dans l'enseignement supérieur et la promotion de la compréhension interculturelle à travers une coopération avec les Etats tiers, *JOUE*, n° L 345, 31 déc. 2003, p. 1.

délivrer des titres de séjour ou visas au nom du ressortissant de pays tiers. Dans ce cas, la demande est introduite en principe par l'établissement d'enseignement.

## 2 – La procédure ouverte aux chercheurs

Avec la directive 2005/71, le législateur communautaire est allé plus loin encore, en faisant reposer l'admission des chercheurs sur la signature préalable d'une convention dite d'accueil<sup>16</sup> avec un organisme de recherche. A partir de là, il suffit au demandeur de produire, outre la convention, un document de voyage valide, éventuellement une attestation de prise en charge financière délivrée par l'organisme et, naturellement, de ne pas être considéré comme une menace à l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique, pour obtenir des autorités nationales compétentes en matière d'immigration un titre de séjour (Dir. 2005/71, art. 7). Les prérogatives des Etats en matière de police des étrangers sont donc préservées, puisque leur intervention reste indispensable. Mais d'un autre côté, la tâche de leurs services se voit considérablement allégée.

La spécificité de la procédure instaurée par la directive 2005/71 tient en effet au rôle central qu'y assument les organismes de recherche. A considérer les conditions qui président à la signature d'une convention d'accueil, il leur incombe non seulement d'évaluer l'intérêt scientifique et la crédibilité du projet de recherche présenté par un ressortissant d'Etat tiers - en fonction de ses qualifications, de l'objet des recherches, de leur durée et de la disponibilité des moyens financiers nécessaires à leur réalisation – mais aussi de vérifier que l'intéressé dispose à la fois de ressources mensuelles suffisantes et d'une assurance-maladie complète (Dir. 2005/71, art. 6§2). Ce sont ces appréciations qui vont le cas échéant déclencher la procédure d'admission. Les

---

<sup>16</sup> Autrement dit, un acte juridique de nature contractuelle par lequel le chercheur s'engage à mener à bien un projet de recherche accepté par l'organisme et celui-ci, à accueillir le chercheur (Dir. 2005/71, art. 6§1). C'est également la convention d'accueil qui précise la relation juridique et les conditions de travail du chercheur.

prérogatives dont les organismes de recherche sont investis justifient alors que des mesures aient été prévues pour s'assurer de leur fiabilité et les responsabiliser. Outre qu'ils doivent être préalablement agréés par les autorités nationales, des obligations particulières peuvent leur être imposées – telles qu'un engagement écrit d'assumer le remboursement des frais liés au séjour et au retour du chercheur qui serait demeuré illégalement sur le territoire, ou la transmission, dans un délai de deux mois après la date d'expiration de la convention d'accueil, d'une confirmation que les travaux ont été effectués (Dir. 2005/71, art. 5§3 et 5§4). Enfin, les autorités nationales ont la faculté de retirer ou de refuser de renouveler l'agrément d'un organisme de recherche qui ne répondrait plus aux exigences requises ou qui aurait signé une convention d'accueil de manière négligente ou frauduleuse (Dir. 2005/71, art. 5§6).

Au total, la directive 2005/71 offre aux chercheurs étrangers une voie d'admission plus rapide et plus simple, indépendante de leur statut juridique vis-à-vis de l'organisme d'accueil<sup>17</sup> et n'exigeant plus la délivrance d'un permis de travail. L'intérêt en est d'autant plus sensible que pour favoriser la migration scientifique, la directive emploie des concepts extensifs. Les organismes habilités à utiliser la procédure spécifique sont largement définis, sur la seule base de leurs travaux de recherche, sans que leur nature publique ou privée soit déterminante. Il peut s'agir indifféremment d'un établissement universitaire, d'une fondation, d'un laboratoire ou d'une entreprise... Parallèlement, la procédure ne se limite pas aux ressortissants de pays tiers qui auraient la qualité de chercheurs dans leur Etat d'origine. Il suffit qu'ils soient « *titulaires d'un diplôme de l'enseignement supérieur approprié, donnant accès aux programmes de doctorat* » (art. 2). En fait, « *l'accent a plutôt été mis sur l'objet de l'admission, à*

---

<sup>17</sup> Dans son Livre vert « Education – formation – recherche, Les obstacles à la mobilité transnationale » (COM (1996)462, 2 oct. 1996, p. 11), la Commission relevait en effet que l'une des difficultés auxquelles se heurtent les chercheurs tenait à la diversité des statuts qui pouvaient leur être appliqués (travailleurs salariés ou indépendants, étudiant, boursier...).

*savoir l'accomplissement d'un projet de recherche, ce qui devrait permettre à l'Union d'accueillir temporairement des professionnels ou des experts de haut niveau [...] ou de jeunes diplômés »<sup>18</sup>.*

Au demeurant, cette logique d'ouverture ne se manifeste pas seulement par les mesures prises en faveur de l'admission des ressortissants de pays tiers concernés. Elle se reflète également au travers des droits qui leur sont garantis au sein de l'Union.

## **B – Des droits adaptés**

La comparaison des directives 2004/114 et 2005/71 conduit à distinguer trois séries de droits ou d'avantages, de nature à soutenir les objectifs du législateur communautaire. La première est commune aux étudiants et aux chercheurs ; la deuxième permet encore de rapprocher leur situation ; la troisième, en revanche, est propre aux chercheurs.

### 1 – Un droit commun aux étudiants et aux chercheurs : la mobilité au sein de l'Union

a) *Les étudiants* - Afin d'inscrire l'Union dans la réalité d'un enseignement de plus en plus appelé à s'internationaliser, le législateur communautaire a jugé utile de faciliter la mobilité des étudiants entre Etats membres (Dir. 2004/114, art. 8). Ainsi le titre de séjour délivré sur la base de la directive permet de se rendre dans un autre Etat membre, où l'intéressé demande à être admis soit pour suivre une partie des études dans lesquelles il est engagé, soit pour les compléter par un cycle d'études apparenté.

Toutefois, cette faculté rencontre plusieurs limites.

---

<sup>18</sup> Exposé des motifs de la proposition de directive relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique (COM (2004)178 Final, point 1.4).

D'abord, elle ne peut manifestement pas être invoquée en cas de changement d'orientation.

Ensuite, son exercice est assez strictement encadré, sauf si l'étudiant est obligé, dans le cadre de son cycle d'études, de suivre une partie de ses cours dans un établissement situé dans un autre Etat membre. Autrement, il ne suffit pas de remplir les conditions générales et spécifiques d'admission, fixés par les articles 6 et 7 de la directive, à l'égard du second Etat membre. L'étudiant doit encore répondre à deux autres exigences cumulatives : transmettre un dossier détaillant l'intégralité de son parcours universitaire et justifiant que le cycle d'étude envisagé est bien complémentaire à celui qui a déjà été accompli, d'une part ; participer à un programme d'échange (communautaire ou bilatéral) ou avoir été admis dans le premier Etat membre pour une période d'au moins deux ans, d'autre part.

Enfin, une troisième limite tient à l'opposabilité des motifs de refus, tirés de l'article 16 de la directive (cf. *infra*).

En accordant cet avantage, les institutions n'ont donc pas moins eu le souci d'éviter que le ressortissant d'un pays tiers n'en profite pour prolonger de manière excessive son séjour dans l'Union, alors qu'il ne progresserait pas suffisamment dans ses études.

*b) Les chercheurs.* Le régime consenti aux chercheurs apparaît plus favorable. Il faut dire que leur mobilité au sein de l'Union est perçue comme un « *moyen de développer et de valoriser les contacts et les réseaux de recherche entre partenaires pour asseoir le rôle de l'Espace européen de recherche au niveau mondial* » (Dir. 2005/71, pt. 17). Dès lors, le ressortissant d'un pays tiers, admis à des fins de recherche au titre de la directive, se voit autorisé à mener une partie de ses travaux scientifiques dans un autre Etat membre (Dir. 2005/71, art. 13).

Pour les séjours n'excédant pas trois mois, ce droit s'exerce sur la seule base de la convention d'accueil conclue dans le premier Etat membre, sous réserve que l'intéressé dispose de ressources suffisantes dans le second Etat membre et qu'il n'y soit pas considéré comme une menace pour l'ordre public, la santé

publique ou la sécurité publique. En revanche, pour de plus longs séjours, la conclusion d'une nouvelle convention d'accueil, portant spécifiquement sur les travaux entrepris dans l'autre Etat membre, peut être requise. En tout état de cause, les conditions tenant à l'acceptation par un organisme de recherche, aux ressources et à la couverture sociale du chercheur, à la possession d'un document de voyage valide et à l'absence de menace pour l'ordre public doivent être remplies à l'égard de l'Etat membre concerné.

Et si la directive n'exclut pas que l'exercice de la mobilité soit subordonnée, par la législation nationale pertinente, à l'obtention d'un visa ou d'un titre de séjour, elle commande que ces pièces soient accordées « *immédiatement dans un délai qui n'entrave pas la poursuite des recherches, tout en laissant aux autorités compétentes suffisamment de temps pour traiter la demande* ». Sans doute la rédaction de la disposition peut-elle légitimement laisser perplexe, l'adverbe immédiatement ne se concevant guère dans la perspective d'un délai... Les autorités administratives n'en sont pas moins tenues à une relative diligence. L'autre mérite de la directive est de contenir une disposition, visant à s'assurer que le chercheur ne soit pas obligé de regagner son pays d'origine pour déposer, le cas échéant, sa demande de visa ou de titre de séjour dans le second Etat membre.

2 – Des avantages voisins pour les étudiants et les chercheurs :  
l'accès à des activités parallèles.

L'admission à des fins d'études ou de recherche scientifique n'oblige pas les intéressés à s'y vouer exclusivement. Pour des raisons différentes, l'accès à des activités parallèles leur est ouvert sous certaines réserves.

a) *Un accès limité au marché du travail pour les étudiants.* Le coût des formations impose à de plus en plus de personnes de travailler durant leurs études afin d'assurer leur financement. Ni la Commission, ni le Conseil n'ont négligé cette réalité : malgré l'opposition de l'Autriche, de l'Allemagne, de la Grèce et des

Pays-Bas<sup>19</sup>, la directive 2004/114 (art. 17) autorise donc les étudiants étrangers à exercer une activité économique dans leur Etat d'accueil - sachant qu'une distinction est faite entre les activités salariées, qui leur sont ouvertes, et les activités indépendantes, auxquelles l'accès dépend des Etats.

Mais en tout état de cause, ce droit reste limité par sa finalité même. Plusieurs mesures contribuent ainsi à « *préserver l'objectif du séjour, qui est bien d'étudier et non de travailler* »<sup>20</sup>. Parce que le statut étudiant ne doit pas servir à dissimuler une immigration économique, chaque Etat membre est d'abord appelé à déterminer le nombre d'heures de travail autorisées par semaine, ou de jours ou mois par année – ce plafond ne pouvant être inférieur à dix heures hebdomadaires ou équivalent. Deuxièmement, la directive laisse aux Etats la possibilité d'imposer aux intéressés, voire à leurs employeurs, une obligation de déclaration préalable, afin de faciliter les contrôles. Troisièmement, il est permis aux autorités nationales de ne pas octroyer de manière générale, à tous les étudiants étrangers, le droit de travailler durant leur première année de séjour. Cette disposition, dont la *ratio* pourrait paraître moins évidente, répond à deux séries de considérations : elle est destinée d'une part, à décourager ceux qui chercheraient à abuser du statut étudiant, pour s'employer sous son couvert à des activités strictement économiques<sup>21</sup> ; elle est motivée d'autre part par le fait que « *la première année de séjour est pour nombre d'étudiants une année*

---

<sup>19</sup> V. K. Groenendijk, Access of third-country nationals to employment under the new EC migration law, in F. Julien-Laferrrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 141-174, spéc. p. 167.

<sup>20</sup> COM (2002)548 Final, p. 21, commentaire de l'article 18 de la proposition de directive relative à l'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'étude, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée et de volontariat.

<sup>21</sup> Il faut souligner à cet égard que le titre de séjour étudiant a, en principe, une durée de validité d'un an, renouvelable.

*de transition parfois difficile, durant laquelle ils ont tout intérêt à se concentrer sur leurs études* »<sup>22</sup>.

En définitive, l'article 17 offre une bonne synthèse des options retenues par le législateur communautaire : si l'avantage accordé aux étudiants étrangers tend à favoriser leur mobilité à destination de l'Union, les restrictions qui y sont inhérentes vont néanmoins dans le sens d'une maîtrise de l'immigration. L'analyse se vérifie d'autant plus que, dans sa version finale, la directive 2004/114 fait une concession aux intérêts nationaux : bien que le principe de l'accès au marché du travail doive constituer une règle générale, les Etats peuvent exceptionnellement tenir compte de la situation de l'emploi sur leur territoire (art. 17§1). En termes moins diplomatiques, cela signifie donc qu'ils sont en droit de l'opposer au demandeur.

*b) Un accès secondaire aux activités d'enseignement pour les chercheurs étrangers.* De son côté, la directive 2005/71 prévoit en son article 11 que le chercheur admis au titre de ses dispositions « peut enseigner conformément à la législation nationale ». *A priori*, ce renvoi devrait seulement porter sur les modalités d'exercice de cette activité : les Etats ont d'ailleurs la faculté de fixer le nombre d'heures et de jours qui peuvent y être consacrés<sup>23</sup>, afin que la recherche scientifique demeure l'occupation principale du ressortissant de pays tiers. En revanche, la possibilité même de dispenser des cours à titre accessoire semble acquise. Car il ne s'agit pas seulement de mettre à profit le savoir des chercheurs étrangers, au bénéfice de la diffusion des connaissances mais aussi de rendre la Communauté plus « *attrayante* » (*sic*) à leurs yeux (cf. considérant 15, Dir. 2005/71). La préoccupation explique au demeurant qu'un droit spécifique leur ait été reconnu.

---

<sup>22</sup> COM (2002)548 Final, p. 21, commentaire de l'article 18 de la proposition de directive relative à l'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'étude, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée et de volontariat.

<sup>23</sup> A la différence de la directive 2004/114, la directive 2005/71 n'impose pas de contingentement ; la décision est du ressort des Etats.

### 3 – Un droit propre aux chercheurs : l'égalité de traitement<sup>24</sup>

Afin d'inciter un plus grand nombre de chercheurs à choisir la Communauté pour mener leurs travaux, la directive 2005/71 s'efforce d'améliorer leurs conditions de séjour.

Dès les motifs, l'accent est ainsi mis sur la nécessité de préserver l'unité familiale (considérant 18), notamment dans l'exercice de la mobilité intracommunautaire (considérant 19). Une recommandation parallèle du Conseil invite d'ailleurs les Etats membres à « *faciliter et soutenir le regroupement des membres de la famille d'un chercheur en leur réservant des conditions et des procédures favorables et attractives* »<sup>25</sup>. La question, toutefois, continue de relever pour l'essentiel de la directive 2003/86, l'apport intrinsèque de la directive 2005/71 se réduisant en la matière à des précisions (art. 9). On en retiendra donc surtout que contrairement à ce que prévoit l'article 8 de la directive 2003/86 (cf. *infra*), le regroupement familial ne saurait être subordonné à une durée de séjour minimale du chercheur<sup>26</sup>.

En fait, la directive 2005/71 représente une avancée, en tant qu'elle reconnaît à ses bénéficiaires le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux dans plusieurs domaines de la vie socio-économique : reconnaissance des diplômes, certificats et autres qualifications professionnelles ; conditions de travail (y

---

<sup>24</sup> Sous réserve du droit communautaire en préparation : conformément à la proposition de directive du 23 octobre 2007, établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers (COM (2007)638 final), un étudiant qui aurait été autorisé à travailler sur le territoire d'un Etat membre, comme un chercheur dans la même situation, peut prétendre à l'égalité de traitement avec les nationaux dans divers domaines liés à l'emploi.

<sup>25</sup> Recommandation du Conseil du 12 octobre 2005, en vue de favoriser l'admission des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche scientifique, *JOUE*, n° L 289, 3 nov. 2005, p. 26, pt 3.

<sup>26</sup> L'autre précision tient à la durée de validité du titre de séjour que les Etats décident d'accorder aux membres de la famille d'un chercheur, qui doit être identique à celle du titre de séjour délivré audit chercheur – à savoir au moins un an (sauf si la durée du projet de recherche est inférieure), renouvelable. La durée du titre de séjour d'un membre de la famille peut néanmoins être écourtée dans des cas dûment justifiés (art. 9§1, Dir. 2005/71).

compris les conditions de rémunération et de licenciement) ; avantages fiscaux ; accès aux biens et aux services et sécurité sociale... A cet égard, l'amélioration est « *extrêmement significative* », puisque le principe de non-discrimination s'applique directement aux personnes arrivant d'un pays tiers (cf. pt. 16, Dir. 2005/71)<sup>27</sup>. Sa portée doit cependant être temporisée, en raison des avancées déjà opérées par la jurisprudence européenne des droits de l'homme. Sur le fondement combiné de l'article 14 de la Convention et de l'article 1 du Protocole I, la Cour de Strasbourg a en effet condamné une discrimination fondée sur la nationalité dans la jouissance d'une prestation sociale (en l'occurrence, une allocation d'urgence), les travailleurs étrangers devant donc bénéficier à cet égard d'une égalité de traitement avec les travailleurs nationaux<sup>28</sup>. On aura garde de confondre le droit de l'aide et de l'action sociale avec celui, voisin mais distinct de la sécurité sociale – de sorte que la directive 2005/71 n'est pas dépourvue de tout intérêt. En tout état de cause, l'article 12 contribue à concrétiser les ambitions politiques, exprimées depuis le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, concernant le traitement équitable des étrangers.

---

<sup>27</sup> Le règlement 859/2003 du 14 mai 2003 (*JOUE*, n° L 124, 20 mai 2003, p. 1) contribuait certes déjà à rapprocher le statut juridique des ressortissants de pays tiers de celui des ressortissants communautaires, en étendant aux premiers les dispositions du règlement n° 1408/71 relatif à la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale. Mais l'application de cet acte s'inscrit dans un contexte de mobilité intracommunautaire des travailleurs et ne concerne donc que les ressortissants de pays tiers, légalement admis dans un Etat membre qui se déplace dans un autre Etat membre.

<sup>28</sup> CourEDH, 16 sept. 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, *JCP*, 1997, I, 4000, n° 46, obs. F. Sudre; *D*, 1998, Jur. p. 438, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly. Sur l'influence de cette jurisprudence en droit communautaire, v. P. Mavridis, *La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, *CDE*, 2002, p. 633. Sur l'influence en droit interne, dans la jurisprudence administrative, civile ou sociale, v. J.-P. Marguénaud, *La notion de bien*, in F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantzimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Thémis, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 63, spéc. p. 629.

Les mérites de l'harmonisation communautaire ne doivent donc pas être minimisés. Mais on ne saurait non plus les exagérer.

### C – Un dispositif limité

D'emblée, il importe de relever qu'à l'instar de la plupart des textes adoptés sur la base de l'article 63 TCE, les directives 2004/114 et 2005/71 se bornent à établir un standard minimum. C'est néanmoins une limite à l'harmonisation sur laquelle on n'insistera pas, dans la mesure où cette caractéristique permet au législateur national « *de maintenir ou d'adopter des dispositions plus favorables* » pour les personnes concernées (art. 4§2, Dir. 2004/114 ; art. 4§2 Dir. 2005/71) <sup>29</sup>. Les autorités n'y sont certes pas tenues. Mais *a priori*, le respect du droit communautaire ne devrait pas se traduire par une régression (sauf à ce que les Etats en tirent prétexte pour justifier un durcissement de leur politique nationale, comme on en a eu l'exemple en d'autres domaines). D'autres aspects apparaissent en revanche plus problématiques. Confrontées au droit français des étrangers, les dispositions arrêtées par le Conseil apparaissent en effet modérément innovantes (1), modérément contraignantes (2) et modérément protectrices (3).

#### 1 – Des dispositions modérément innovantes

Ainsi qu'on a déjà eu l'occasion de le relever, l'option consistant à valoriser l'immigration scientifique ne représente pas une révolution.

---

<sup>29</sup> On a cependant pu relever à juste raison que « *l'impossibilité d'une harmonisation à la hausse combinée à la volonté d'éviter une harmonisation à la baisse amène [...] à s'interroger sur la réalité de l'harmonisation projetée* » (P. De Bruycker, Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile, in in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 45-75, spéc. p. 56).

L'adoption de la directive 2005/71 se justifie certes par l'insuffisance des dispositions nationales : parmi les Etats membres de l'Union, seuls neuf avaient pris des mesures destinées à faciliter l'admission des chercheurs étrangers et deux uniquement avaient mis en place une procédure spécifique<sup>30</sup>. Toutefois, la France est justement l'un d'entre eux.

En l'occurrence, le droit interne a donc précédé et inspiré le droit communautaire. C'est ainsi que dès la fin des années quatre-vingt-dix, le ressortissant d'un pays tiers pouvait se voir délivrer une carte temporaire de séjour portant la mention « scientifique », lui permettant de mener des travaux de recherche (ou de dispenser un enseignement de niveau universitaire)<sup>31</sup>, à condition de présenter un protocole d'accueil, délivré par un organisme scientifique ou universitaire agréé, attestant de sa qualité de scientifique ainsi que de l'objet et de la durée de son séjour en France<sup>32</sup>. En outre, les précisions apportées par la circulaire du 12 mai 1998<sup>33</sup>, quant aux modalités d'obtention de ce titre, allaient déjà toutes dans le sens de l'assouplissement souhaité (dispense d'autorisation de travail, validation du séjour par l'organisme d'accueil, accélération de la procédure...). Enfin, le conjoint du titulaire était mis de plein droit en possession d'une carte temporaire « Vie privée et familiale ».

Dès lors, la transposition de la directive 2005/71<sup>34</sup> n'a nécessité que des adaptations limitées, le principal changement

---

<sup>30</sup> COM (2004)178 Final, Exposé des motifs de la proposition de directive relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, pt. 3.2.

<sup>31</sup> Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 modifiant l'article 12 de l'ordonnance 45-2658 du 2 novembre 1945.

<sup>32</sup> Décret n° 99-352 du 5 mai 1999 modifiant le décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 qui réglementait les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Un arrêté du 19 septembre 2001 (*JORF*, 19 octobre 2001) fixe la liste des établissements agréés, ainsi que les conditions dans lesquelles des établissements privés peuvent être agréés.

<sup>33</sup> Bulletin Officiel du Ministère de l'intérieur, n° 2198.

<sup>34</sup> Transposition réalisée pour partie par l'article 11 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 et par les articles 17 à 19 du décret 2007-373 du 21 mars 2007 (*JORF* 22 mars 2007). Conformément au nouvel art. R 313-13 du Code de l'entrée et du

concernant la situation des étrangers admis dans un autre Etat membre à des fins de recherche ou d'enseignement supérieur : conformément à la directive, les intéressés sont désormais autorisés à séjourner en France, pour une durée n'excédant pas trois mois, sous couvert de la convention d'accueil conclue dans cet Etat membre<sup>35</sup>.

La directive 2004/114 a encore moins impliqué de modifications. Bien qu'inédite, la mobilité intracommunautaire des étudiants étrangers est soumise à de telles conditions qu'elle n'a pas requis d'aménagement particulier. Et l'accès au marché du travail, pour avoir été érigé en principe (conformément à une suggestion française) et constituer un droit<sup>36</sup>, ne représente cependant pas une totale nouveauté, puisque le droit interne le permettait déjà. Force est même d'admettre que les dispositions nationales se révèlent à certains égards plus généreuses : aucune restriction durant la première année de séjour n'a été introduite<sup>37</sup>, alors que la directive en réservait la possibilité ; le contingentement horaire, désormais inscrit à l'article L 313-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers, dépasse largement le minimum fixé par la

---

séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), un arrêté conjoint du Ministre de l'Intérieur et du Ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche doit encore établir la liste et les modalités d'agrément des organismes délivrant la convention d'accueil ainsi que le modèle type de cette convention.

<sup>35</sup> Au-delà de trois mois, le nouvel article L 313-8 du CESEDA prévoit que le demandeur doit remplir les conditions présidant à la délivrance de la carte de séjour « scientifique ».

<sup>36</sup> V. K. Groenendijk, Access of third-country nationals to employment under the new EC migration law, in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 141-174, spéc. p. 167 – 168.

<sup>37</sup> Dès avant la loi du 24 juillet 2006, il était admis au contraire que les revenus provenant d'une activité salariée puissent être pris en compte dans l'appréciation des ressources, y compris la première année, à condition que ladite activité ait été autorisée (CE, 14 mars 1986, GISTI, *Leb.* p. 337). De façon plus précise encore, il a été jugé qu'il appartenait aux intéressés de solliciter l'autorisation de travail dans les conditions prévues à l'article L 341-2 du Code du Travail sans que cette possibilité puisse être limitée aux étudiants étrangers ayant accompli une première année d'études en France (CE, 18 novembre 1987, GISTI, *Leb.*, p. 971).

norme communautaire. L'étudiant pourra ainsi se livrer à son activité professionnelle à concurrence de 60% de la durée de travail annuelle – ce qui devrait correspondre à 964 heures par an. En fait, de l'avis du député T. Mariani, membre de la Délégation pour l'Union européenne à l'Assemblée nationale, « *la réglementation française est, selon les informations transmises au rapporteur, déjà conforme* » à la directive, « *qui ne nécessite donc aucune mesure de transposition* »<sup>38</sup> en ce qui concerne les étudiants<sup>39</sup>. Si la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration améliore à certains égards leur statut - en leur conférant la possibilité d'obtenir, à la première demande de renouvellement de leur titre de séjour, une carte pluriannuelle ou en les dispensant de solliciter une autorisation provisoire de travail pour exercer une activité salariée, ces apports ne sont pas directement commandés par la directive 2004/114. A la différence de la proposition présentée par la Commission, celle-ci n'impose pas, en effet, qu'une pièce unique donne à la fois droit au séjour et droit à l'exercice d'un emploi à titre accessoire, comme le prévoit maintenant l'article L 313-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers<sup>40</sup>. Au contraire, elle se borne à exiger des Etats qu'ils délivrent le cas échéant, une autorisation préalable - notion incluant l'octroi d'un permis de travail<sup>41</sup> - « *conformément à la législation nationale* ».

Cela nous amène à la seconde limite de l'harmonisation.

---

<sup>38</sup> *Rapport AN n°3042*, 12 avril 2006.

<sup>39</sup> L'article 9 III de la loi n° 2006-911 du 24 juillet instaure par contre un dispositif d'accueil des étrangers souhaitant effectuer en France un stage non rémunéré (mais indemnisé), qui transpose une disposition facultative de la directive. Voir le nouvel article L 313-7-1 du CESEDA.

<sup>40</sup> Cette disposition indique que la carte de séjour temporaire accordée aux étudiants « *donne droit à l'exercice à titre accessoire d'une activité professionnelle salariée* ».

<sup>41</sup> Considérant 19, Dir. 2004/114

## 2 – Des dispositions modérément contraignantes

La jurisprudence communautaire enseigne que la liberté dont jouissent les Etats dans la mise en œuvre des directives « *est fonction du résultat que le Conseil et la Commission ont entendu voir atteindre* »<sup>42</sup>. Il faut alors croire que les institutions n'ont pas eu l'intention d'établir des normes strictement uniformes, en adoptant les directives 2005/71 et 2004/114. Car l'une, et surtout l'autre, tolèrent des transpositions à géométrie variable. D'emblée, les propositions de la Commission dénotaient un certain souci de souplesse, que les négociations au sein du Conseil sont loin d'avoir atténué.

En ce sens, des dispositions, jugées trop détaillées, ont été réécrites et des précisions, supprimées – telles les indications sur les conditions d'agrément des organismes de recherche, relevant du secteur privé dans la directive 2005/71 ou le plafonnement des activités économiques des étudiants à vingt heures par semaine et la mention d'un délai maximal de trente jours, pour la délivrance d'un titre de séjour dans un second Etat membre<sup>43</sup> dans la directive 2004/114.

Mais la déperdition de force contraignante se mesure encore à l'usage de deux techniques passablement pernicieuses. Les renvois à la législation nationale, tout d'abord, sont multiples - de la définition des concepts de base<sup>44</sup> jusqu'à celle des garanties procédurales<sup>45</sup>, en passant par les aspects les plus saillants du régime réservé aux chercheurs<sup>46</sup> et aux étudiants<sup>47</sup>. Le recours à des

---

<sup>42</sup> CJCE, 23 nov. 1977, Enka, aff. 38/77, Rec. p. 2212.

<sup>43</sup> COM (2002)548 Final, 7 oct. 2002, article 7.

<sup>44</sup> Dir. 2004/114, art. 2 (s'agissant notamment de la définition des termes d'étudiants et d'établissements).

<sup>45</sup> Dir. 2004/114, art. 18§2 et Dir. 2005/71, art. 15§3 (pour les procédures de notification des décisions de refus)

<sup>46</sup> Ainsi, les modalités d'agrément des organismes de recherche qui souhaiteraient recourir à la procédure spécifique instaurée par la directive 2005/71, comme les effets du retrait de cet agrément, sont-ils déterminés par les législations nationales (art. 5 § 2 et 7, Dir. 2005/71). Il en va de même des conditions d'exercice des activités accessoires d'enseignement (art. 11§1), ce rapide survol ne prétendant pas à l'exhaustivité.

clauses facultatives, ensuite, est notable. A cet égard, on rappellera que les Etats peuvent décider d'appliquer ou non les dispositions de la directive 2004/114 aux élèves, stagiaires non rémunérés et volontaires (art. 3§1), avant de souligner que la directive 2005/71 leur suggère seulement de faire bénéficier les étrangers qui sollicitent une admission à des fins d'enseignement supérieur de dispositions similaires à celles établies pour les chercheurs (point 11). Mais au-delà, c'est l'application de plusieurs conditions de fond, obligations ou limites qui est laissée à la discrétion des autorités nationales<sup>48</sup>. Relevant d'un art subtil du compromis, le procédé évite à des Etats de devoir réformer leur dispositif législatif ou réglementaire. Du point de vue français, l'harmonisation communautaire n'impose pas, par exemple, de reconsidérer les conditions d'admission des étudiants étrangers : l'exigence d'un visa de long séjour pourrait être rattachée à la notion de « *document de voyage valide, conformément à la législation nationale* » ; la mise en place d'une procédure spéciale de préinscription à partir du pays d'origine n'est pas contredite par la notion d'admission dans un établissement d'enseignement supérieur ; la vérification de la connaissance de la langue française, à laquelle sont soumis les ressortissants de pays non-francophones candidats à une première inscription en premier cycle, est permise par la directive<sup>49</sup>... Bref, la politique suivie depuis la circulaire

---

<sup>47</sup> On citera par exemple l'article 17§1 de la directive 2004/114, concernant la délivrance d'une autorisation préalable de travail aux étudiants ou encore l'article 12§1 point b), s'agissant du motif de retrait ou de non-renouvellement du titre de séjour pour insuffisance des progrès dans les études.

<sup>48</sup> Pour mémoire, la directive 2005/71 reconnaît aux Etats la faculté de soumettre les organismes de recherche agréés à des obligations particulières (art. § 3 et § 4) et de déterminer le nombre maximal d'heures ou de jours d'enseignement susceptibles d'être assurés par un chercheur étranger (art. 11§2). De son côté, la directive 2004/114 les laisse libres de décider de l'accès des étudiants étrangers aux activités économiques indépendantes (art. 17§1), d'imposer une obligation de déclaration préalable avant l'exercice de tout emploi (art. 17§4) ou de subordonner l'admission sur le territoire à une maîtrise suffisante de la langue et au paiement des droits d'inscription (art. 7§1 et § 2).

<sup>49</sup> A première lecture, une différence semblerait certes se faire jour : la justification d'une couverture sociale complète, érigée en condition générale d'admission par la directive 2004/114, n'a en revanche aucune base législative ou

Bonnet<sup>50</sup> - dont l'objectif déclaré était d'aboutir à une « *diminution du nombre d'étudiants étrangers s'inscrivant en premier cycle d'enseignement supérieur* » - ne semble heurter aucune obligation communautaire, tandis que d'autres Etats membres ne sont pas non plus tenus de renoncer à une politique plus attractive.

A la lumière de ces quelques considérations, on conclura – pour employer une aimable litote - que les directives 2004/114 et 2005/71 ne sont pas de celles qui privent les autorités internes de toute latitude. Sans doute faut-il y voir la conséquence du principe de proportionnalité, qui, en vertu du septième protocole additionnel annexé au traité CE par le traité d'Amsterdam, commande de « *laisser une marge de décision aussi grande que possible au plan national* ». Mais c'est aussi la manifestation d'une certaine crispation des Etats, enclins à préserver leurs prérogatives. Il n'est dès lors pas étonnant que les directives « chercheurs » et « étudiants » ne se traduisent guère, pour leurs bénéficiaires, par un surcroît de protection.

### 3 – Des dispositions modérément protectrices.

Bien que chacune des deux directives consacre une disposition spécifique aux garanties procédurales (Dir. 2004/114, art. 18 ; Dir. 2005/71, art. 15), ces dehors prometteurs s'avèrent passablement décevants à l'analyse. On en retiendra certes que

---

réglementaire en droit français. Le Conseil d'Etat a jugé qu'elle pouvait être légalement exigée dans la mesure où l'inscription obligatoire dans un établissement d'enseignement supérieur permet d'être automatiquement affilié à un régime d'assurance (CE, 14 mars 1986, GISTI, *Leb.* p. 337). De son côté, la directive 2004/114 prévoit que les étudiants bénéficiant automatiquement d'une assurance-maladie en raison de leur inscription auprès d'un établissement sont réputés satisfaire à la condition visée à l'article 6§1 point c). En définitive, droit communautaire et droit national se rencontrent donc assez pour qu'aucune modification ne soit nécessaire.

<sup>50</sup> Circulaire n° 77/524 du ministère de l'intérieur, du 12 décembre 1977. Voir également le décret du 31 décembre 1981 (*JORF*, 3 janv. 1982), qui maintenait la procédure de préinscription et le contrôle du niveau de compréhension de la langue française.

l'insuffisance des renseignements fournis à l'appui de la demande ne constitue pas automatiquement un motif d'irrecevabilité : l'examen peut être suspendu et le demandeur est informé des éléments qui seraient nécessaires. Mais d'un autre côté, l'obligation de diligence, qui incombe aux autorités nationales dans l'instruction des dossiers paraît toute relative : les décisions doivent être adoptées « *dès que possible* » (Dir. 2005/71) ou « *dans un délai qui n'entrave pas la poursuite des études en question, tout en laissant aux autorités compétentes suffisamment de temps pour traiter la demande* » (Dir. 2004/114). On voit que les contraintes administratives sont dûment prises en compte... Quant aux deux dernières garanties, à savoir la notification des décisions de refus et le droit de recours juridictionnel, elles semblent des plus élémentaires dans un Etat de droit – d'autant qu'elles sont formulées sans s'assortir d'une obligation de motivation, pour l'une, et sans davantage de précision, pour l'autre. Ainsi rien n'est dit sur l'accès au juge ou l'intensité du contrôle juridictionnel ; nulle exigence d'effectivité n'est posée ; tout est abandonné à l'autonomie procédurale des Etats.

Par ailleurs, aucune protection particulière contre l'éloignement n'est instituée et le maintien sur le territoire, durant tout le temps de la recherche ou des études, n'est pas acquis. Sans doute le Conseil a-t-il recommandé de garantir aux chercheurs étrangers le renouvellement de leur titre de séjour<sup>51</sup>. Toutefois, la directive 2005/71 ne comporte pas d'exhortation équivalente, ni dans son préambule, ni dans ses dispositions. La situation des étudiants est encore moins assurée, l'inventaire des motifs de non-renouvellement ou de retrait de leur titre de séjour se révélant aussi rigoureux qu'en droit interne. Outre la méconnaissance des limites imposées à l'accès à des activités économiques<sup>52</sup>, l'article 12 de la

---

<sup>51</sup> Recommandation du Conseil du 12 octobre 2005, en vue de favoriser l'admission des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche scientifique, *JOUE*, n° L 289, 3 nov. 2005, p. 26, pt 3.

<sup>52</sup> C'est l'article 13 I de la loi du 24 juillet 2006 qui a introduit ce motif (art. L 313-5 du CESEDA) : auparavant le non-respect de la durée de travail autorisée

directive 2004/114 mentionne ainsi l'insuffisance des progrès dans les études, également opposable<sup>53</sup> et souvent opposée au demandeur par l'administration française. L'article 16 de la directive y ajoute le non respect des conditions générales et particulières d'admission – ainsi que l'existence d'une menace pour l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique<sup>54</sup>. Cette dernière réserve est des plus classiques et les bénéficiaires du droit communautaire eux-mêmes n'y échappent pas<sup>55</sup>. Toutefois, la directive 2004/114 – comme la directive 2005/71 – se distingue par l'absence de tout encadrement<sup>56</sup> : l'usage de la clause, en particulier, n'est subordonnée à aucune exigence de

---

n'entraînait pas le retrait de la carte de séjour mais seulement celui de l'autorisation de travail.

<sup>53</sup> Le critère du sérieux et de la réalité des études exigé des étudiants étrangers n'est pas explicitement posé dans les textes mais a été développé par la jurisprudence administrative. Dès 1983, le Conseil d'Etat admettait que l'administration puisse contrôler le sérieux et la réalité des études poursuivies et, à défaut, opposer un refus de séjour (CE, 18 nov. 1983, Touilite, *Leb.* p. 809). Aux termes de l'arrêt Gisti du 14 mars 1986, « *les textes relatifs au séjour des étudiants étrangers impliquent que l'intéressé puisse être raisonnablement considéré comme poursuivant effectivement des études* ». Une circulaire du 26 mars 2002 fait le point sur les critères qui doivent être pris en compte : assiduité dans les études et inscription aux examens ; contrôle de la progression raisonnable dans le cursus universitaire choisi ; cohérence des changements d'orientation. On relèvera que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant le respect de la vie privée et familiale, ne peut être utilement invoqué à l'encontre d'un refus fondé sur ce motif, la disposition étant sans incidence sur l'appréciation par l'administration de la réalité et du sérieux des études suivies, lors de l'instruction de la demande de renouvellement (CE, 29 déc. 1997, Odi, req. n° 160169 et CE, 29 déc. 1997, Hobbah, req. n° 173 266).

<sup>54</sup> La rédaction de la disposition apparaît à cet égard quelque peu redondante, puisque l'absence de menace à l'ordre public, à la sécurité publique ou à la santé publique est déjà une condition générale d'admission, qui, à défaut d'être remplie, suffit à justifier le départ de l'intéressé. C'est dire le souci des institutions communautaires de préserver les responsabilités des Etats en la matière.

<sup>55</sup> V. notamment Art. 27§1 Directive 2004/38 du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (*JOUE*, n° L 158, 30 avr. 2004, p. 77).

<sup>56</sup> C. Picheral, Droit communautaire et ordre public – Communautarisation des réserves d'ordre public, *Jcl. Europe*, Fasc. 650.

proportionnalité, qui permettrait de prendre en compte la situation personnelle de l'étudiant étranger. C'est une réaffirmation pure et simple de la compétence étatique, dans la droite ligne de l'article 64§1 du traité CE. Au plus le préambule de la directive indique-t-il que « *la notion d'ordre public peut couvrir la condamnation pour infraction grave* » et « *les cas où un ressortissant d'un pays tiers appartient ou a appartenu à une association qui soutient le terrorisme, soutient ou a soutenu une association de ce type ou a ou a eu des visées extrémistes* »<sup>57</sup>. On ne saurait dire que ces précisions, qui expriment des préoccupations résolument sécuritaires, offrent une garantie.

En dernier lieu et pour s'en tenir au cas des étudiants, la directive 2004/114 n'aborde pas la question de leur changement de statut, que des lois successives ont rendu plus difficile en France<sup>58</sup>. L'administration nationale tend en effet à considérer qu'un étudiant étranger a vocation à regagner son pays d'origine au terme de sa formation. C'est un facteur de précarité que la réforme du 24 juillet 2006 ne compense qu'imparfaitement<sup>59</sup> et que les normes communautaires n'éliminent pas. L'accès des étudiants au statut de résident de longue durée, par exemple, n'est pas prévu dans la

---

<sup>57</sup> Dir. 2004/114, pt. 14

<sup>58</sup> La loi n° 93-1027 du 24 août 1993 a ainsi supprimé le droit pour les étudiants étrangers en situation régulière de bénéficier d'une carte de résident, tandis que la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 a restreint leur possibilité d'obtenir une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » en portant à quinze ans (au lieu de dix dans le cas général) le délai de résidence habituelle en France.

<sup>59</sup> La loi n° 2006-911 prévoit qu'une autorisation provisoire de séjour de six mois peut être accordée au ressortissant d'un pays tiers qui aurait « *achevé avec succès un cycle de formation conduisant à un diplôme au moins équivalent à un master* » et qui souhaiterait, « *dans la perspective de son retour* », acquérir une « *première expérience professionnelle participant directement ou indirectement au développement économique de la France et du pays dont il a la nationalité* ». L'autorisation lui permet de chercher et le cas échéant d'exercer un emploi en relation avec sa formation. A l'issue des six mois, il n'y a pas nécessairement obligation de départ : l'intéressé pourvu d'un emploi ou d'une promesse d'embauche est autorisé à séjourner en France en vue d'exercer son activité professionnelle sous couvert d'une carte de séjour travailleur (art. L 311-11 du CESEDA).

directive 2003/109, qui les exclut au contraire de son champ d'application<sup>60</sup>. L'acquisition du statut de travailleur n'est pas davantage envisagée dans la directive 2004/114. La Commission n'ignorait cependant pas que pour combler d'éventuels déficits en main d'œuvre qualifiée, d'autres Etats offrent de plus en plus fréquemment la possibilité à certains ressortissants de pays tiers de rester en cette qualité, une fois leurs études achevées<sup>61</sup>. Mais l'institution a choisi d'envisager un tel changement de statut dans la proposition de directive relative aux conditions d'admission aux fins d'emploi. Or, l'option s'est avérée malheureuse, puisque ladite proposition n'a jamais abouti<sup>62</sup>. Il faut dire que l'immigration économique pose d'autres problèmes.

---

<sup>60</sup> « La présente directive ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers qui séjournent pour faire des études ou suivre une formation professionnelle » (art. 3§2 point a, Dir. 2003/109 du 25 nov. 2003, JOUE n° L 16, 23 janv. 2004, p. 44). Et l'article 4§2 de la même directive précise que « lorsque le ressortissant d'un pays tiers [admis à des fins d'étude ou de formation professionnelle] a acquis un titre de séjour qui lui permettra d'obtenir le statut de résident de longue durée, seule la moitié des périodes de résidence effectuée aux fins d'étude ou de formation professionnelle peut être prise en compte dans le calcul » des cinq ans de résidence légale et ininterrompue. Cette possibilité n'est même pas reprise dans la loi 2006-911 du 24 juillet 2006 (art. 4§2, al. 2).

<sup>61</sup> COM (2002)548, pt. 1.4.

<sup>62</sup> En tant que telle, la question du changement de statut n'est plus abordée dans les deux propositions de directive que la Commission a récemment présenté en matière d'immigration économique. Celle établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié précise néanmoins qu'en fixant les volumes d'admission, les Etats doivent intégrer « les ressortissants de pays tiers qui cherchent à rester sur le territoire [national] afin d'y exercer une activité économique et qui y séjournent légalement dans le cadre d'autres régimes tels que les étudiants venant de terminer leurs études ou les chercheurs » (COM(2007) 637 final, 23 oct. 2007, cons. 9). Parallèlement, la proposition visant à établir un socle commun de droits pour les « travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre » inclut dans cette notion les ressortissants de pays tiers qui ont été admis à d'autres fins que l'emploi puis qui ont été autorisés à travailler, y compris les étudiants et les chercheurs (COM(2007) 638 final, 23 oct. 2007, cons. 10). Cf. infra, II.

## II – LA PROBABLE INSTRUMENTALISATION DE L'IMMIGRATION ECONOMIQUE

Fondamentalement, les Etats membres sont plutôt réservés à l'égard de l'immigration économique : sauf dans deux d'entre eux, la majorité des admissions concernent des personnes qui tentent de bénéficier d'un regroupement familial et des personnes qui doivent bénéficier d'une certaine forme de protection humanitaire<sup>63</sup>. Les données sont donc foncièrement différentes de celles présidant à l'immigration scientifique<sup>64</sup>. Et la Commission elle-même admettait que la situation du marché de l'emploi ne permettait pas à la Communauté de se doter en la matière d'une politique d'entrée et de séjour, du type de celle, très ouverte, menée dans les années 50 et 60<sup>65</sup>. Certes, pas moins de huit directives<sup>66</sup> prévoient l'accès de leurs bénéficiaires au marché du travail dans l'Etat d'accueil. Mais en dehors du cas des chercheurs, qui peuvent être considérés comme une catégorie particulière de travailleurs,

---

<sup>63</sup> Commission européenne, Etude sur les liens entre l'immigration légale et l'immigration clandestine, COM(2004)412 Final, p. 5.

<sup>64</sup> En France, le nombre de titres délivrés pour des motifs économiques a chuté de 1,7% en 2005, après avoir déjà diminué de 9,7% en 2004. En fait, le nombre établi à 20956 en 2002 est tombé à 11110 en 2005, soit une diminution de 47%. En 2005, un titre sur quatre est attribué à un étudiant et moins d'un titre sur seize pour des motifs économiques (Secrétariat général du Comité interministériel du contrôle de l'immigration, *Rapport au Parlement sur les orientations de la politique d'immigration*, La Doc. Fr., 2007, spéc. pp. 49-54).

<sup>65</sup> COM (1999)638 final, point 1.4.

<sup>66</sup> Directive 2001/55 du 20 juillet 2001 sur l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées, art. 12 ; directive 2003/09 du 27 janvier 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile, art. 11 ; directive 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, art. 14§2 ; directive 2003/109 du 25 novembre 2003 relative au statut de résident de longue durée, art. 11 ; directive 2004/81 du 29 avril 2004 relative au statut des victimes de la traite humaine, art. 11 ; directive 2004/83 relative au statut de réfugié, art. 26 ; directive 2004/114, relative aux étudiants, art. 17 et dir. 2005/71 relative aux chercheurs.

l'exercice d'une activité professionnelle ne représente jamais qu'un accessoire, un élément d'intégration<sup>67</sup>.

Au demeurant, la gestion de l'immigration économique ne fait plus l'objet d'une mention particulière dans le nouveau titre IV du traité CE, alors qu'elle était précédemment citée comme question d'intérêt général dans la partie du traité sur l'Union européenne consacrée à la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures<sup>68</sup>. En fait, la communautarisation n'aura guère permis de réaliser de progrès sur le sujet : en tant que telle, l'admission aux fins d'emploi ne fait actuellement l'objet d'aucune norme commune, si bien que la progression dans l'édification d'une politique communautaire de l'immigration apparaît en quelque sorte inverse à celle qui a prévalu dans la réalisation du Marché intérieur, en matière de libre circulation des ressortissants des Etats membres. Ainsi la gestion des flux de main d'œuvre étrangère pourrait rester largement nationale.

L'analyse des stratégies communautaires se heurte donc immédiatement aux difficultés rencontrées par une harmonisation, voire une simple coordination, des politiques étatiques (A). Une relative incertitude demeure sur les orientations que les Etats souhaitent ou accepteraient de voir consacrées. En revanche, la « philosophie » qui imprègne l'action de la Commission ne laisse pas de doute. De la première proposition de directive jusqu'aux plus récentes, ses travaux reflètent une conception utilitariste de l'immigration (B).

---

<sup>67</sup> « *Since the church and the army have lost much of their integrative role in many Member States, the labour market and the school are the two main remaining instruments of integration* » (V. K. Groenendijk, Access of third-country nationals to employment under the new EC migration law, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 141-174, spéc. p. 172). La Commission souligne dans le même sens que « *L'accès des immigrants et des réfugiés au marché de l'emploi dans l'Union européenne constitue une composante essentielle du processus d'intégration et contribue par ailleurs de façon plus générale au succès de la stratégie de Lisbonne* » (COM 2003)336) Final, 3 juin 2003, Communication sur l'immigration, l'intégration et l'emploi, p. 3).

<sup>68</sup> Article K 1, § 3, point a du Traité sur l'Union européenne.

## A – Difficultés de l’harmonisation

La première entrave est d’ordre procédural. A titre liminaire, il convient en effet de rappeler que les mesures relatives à l’immigration légale supposent encore l’unanimité au Conseil, à l’inverse de celles touchant au contrôle des frontières et à l’immigration clandestine<sup>69</sup>. On accordera que les mérites de la majorité qualifiée ne doivent pas être surestimés ; ce mode de votation n’aurait pas nécessairement permis de faire émerger une vision commune qui fait encore cruellement défaut : comme le soulignait Paul Masson, les difficultés semblent liées « *non pas aux procédures de décision mais à une réflexion encore lacunaire sur ce que doit être la présence étrangère en Europe* »<sup>70</sup>. Néanmoins, la menace d’une décision à la majorité qualifiée aurait évité que certains Etats soient en mesure de camper sur leurs positions, en arrachant des compromis peu heureux<sup>71</sup>. Car les défauts de l’unanimité, sur un sujet aussi sensible politiquement que l’immigration économique, et face à des contextes nationaux aussi différents, sont, quant à eux, indéniables. Surtout, la volonté de conserver un véritable droit de veto est révélatrice d’une attitude défensive. Dans l’exercice de sa fonction d’initiative, la Commission est ainsi confrontée à une résistance étatique non seulement manifeste (1) mais aussi récurrente (2).

### 1 – Une résistance étatique manifeste

---

<sup>69</sup> Décision du Conseil du 22 décembre 2004, *JOUE*, n° L 396, 31 déc. 2004, p. 45.

<sup>70</sup> Rapport d’information de Paul Masson, « L’Europe face à l’immigration : quels objectifs ? Quels moyens ? », *Commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées*, n° 438 (1999–2000).

<sup>71</sup> H. Labayle, Vers une politique commune de l’asile et de l’immigration dans l’Union européenne, in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d’immigration et d’asile : bilan critique cinq ans après le traité d’Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 11-43, spéc. p. 38.

Avec le besoin de protection internationale et le regroupement familial, la recherche ou l'exercice d'un emploi représente un des trois principaux motifs d'immigration. A ce titre, la réglementation de l'immigration économique devrait certainement constituer l'une des pierres angulaires de la politique européenne. Il n'en reste pas moins que la première tentative d'harmonisation a échoué (a), sans que des propositions alternatives ou complémentaires aient davantage remporté de succès (b).

*a) L'échec de la proposition de directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'emploi salarié ou d'exercice d'une activité économique indépendante* – Instruite de la diversité des réglementations nationales par une étude comparative des conditions d'admission des travailleurs étrangers au sein des Etats membres, la Commission avait adopté dès le 11 juillet 2001, une proposition, offrant un cadre juridique complet et global qui régirait les conditions d'entrée et de séjour, ainsi que la mobilité intracommunautaire, de tous les migrants économiques<sup>72</sup>.

Les objectifs étaient de deux natures différentes et partiellement contradictoires. D'un côté, il s'agissait d'établir des critères et des procédures communes, d'assurer par des garanties appropriées un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence et d'accorder des droits aux ressortissants de pays tiers en fonction de leur durée de séjour. D'un autre côté, la Commission entendait respecter à la fois le pouvoir discrétionnaire des Etats de limiter l'immigration économique sur leur territoire et la situation de leur marché du travail. Il en résultait un ensemble détaillé de règles, dont on retiendra surtout deux aspects : l'idée d'un titre combiné unique, d'une durée de validité maximale de trois ans, qui ferait à la fois office d'autorisation de séjour et de permis de travail et l'affirmation d'un principe de préférence au

---

<sup>72</sup> Proposition de directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, COM 2001(386) Final, *JOCE*, n° C 332 E, 27 nov. 2001, p. 248.

bénéfice de six catégories de personnes (au premier rang desquelles, les ressortissants communautaires).

Après transmission au Conseil, le 5 septembre 2001, les négociations débutèrent en mars 2002. Les réactions des Etats membres se sont rapidement révélées hostiles. L'Allemagne, par exemple, récusait le principe même d'une législation communautaire contraignante en matière d'immigration économique<sup>73</sup>. La France, qui en d'autres occurrences avait pu se montrer favorable à l'accès des ressortissants de pays tiers au marché du travail, dénonçait ici une violation du principe de subsidiarité... Interrogé sur ce point, lors de son audition devant la délégation pour l'Union européenne du Sénat, le 13 mars 2003, le ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy, déclarait ainsi : « *Cette directive pose en fait la question de la mise en place d'une politique européenne de l'immigration économique, qui est considérée par certains (Allemagne, Autriche) comme ne relevant pas des compétences de l'Union. De son côté, la France entend veiller au strict respect du principe de subsidiarité et s'opposer à la mise en place d'un dispositif trop rigide, qui ne répondrait pas aux besoins des États membres. Les traditions nationales sont, en effet, très différentes entre le Nord et le Sud de l'Europe.* »<sup>74</sup>.

En définitive, la proposition n'a pas dépassé le stade de la première lecture au sein du groupe de travail compétent et n'a jamais été inscrite à l'ordre du jour du Conseil. Aussi la Commission l'a-t-elle officiellement retirée en mars 2006<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Selon la rumeur, le Chancelier Schröder aurait promis aux premiers ministres des Lander de Bavière et de Westphalie qu'au vu du taux de chômage dans l'Allemagne réunifiée, aucune directive communautaire ne viendrait définir les conditions d'admission aux fins d'emploi des ressortissants de pays tiers (V. K. Groenendijk, Access of third-country nationals to employment under the new EC migration law, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 141-174, spéc. p. 146).

<sup>74</sup> R. Del Picchia, Rapport d'information au Sénat sur la politique européenne d'immigration, 8 juin 2005, *Rapport n° 385*, spéc. p. 32.

<sup>75</sup> *JOUE*, n° C 64, 17 mars 2006, spéc. p. 8.

b) *L'échec des mécanismes complémentaires ou alternatifs* – Parallèlement à la proposition de directive 2001(386), la Commission avait suggéré d'étendre à la politique de l'immigration la « méthode ouverte de coordination » utilisée dans le domaine de l'emploi et pour la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne<sup>76</sup>. Des orientations pluriannuelles auraient été approuvées par le Conseil et transposées dans les politiques internes par le biais d'objectifs spécifiques, tenant compte des disparités nationales et régionales. Des plans d'action nationaux auraient ensuite permis de les mettre en œuvre, en dressant dans une première partie le bilan des actions menées à cet effet l'année précédente et en présentant dans une seconde partie des propositions pour l'année à venir. En favorisant une approche globale du phénomène migratoire, la méthode – d'une orthodoxie contestable dans un domaine de compétences communautaires normatives – pouvait permettre de contourner « l'impossibilité, ou quasiment, d'aborder le volet économique de l'immigration par la voie de la lecture littérale du traité »<sup>77</sup>. Toutefois, l'idée de se soumettre à une évaluation mutuelle n'a guère suscité l'enthousiasme des Etats. Si un système d'information a effectivement été mis en place depuis octobre 2006<sup>78</sup>, la communication en tant que telle n'a pas connu d'autres suites que des avis mitigés du Parlement européen<sup>79</sup> et du Comité économique et social européen.

---

<sup>76</sup> COM (2001)387 Final, 11 juillet 2001.

<sup>77</sup> H. Labayle, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 11-43, spéc. p. 32.

<sup>78</sup> Décision du Conseil du 5 oct. 2006, relative à l'établissement d'un mécanisme d'information mutuelle sur les mesures des Etats membres dans le domaine de l'asile et de l'immigration, *JOUE*, n° L 283, 14 oct. 2006, p. 40.

<sup>79</sup> A lire la résolution du Parlement européen du 19 mai 2003, l'approbation de principe ne dissimule pas une certaine méfiance : « aucune méthode de coordination des politiques nationales ne peut se substituer aux mesures législatives souhaitées et [...] l'introduction de telles méthodes pourrait se révéler problématique au cas où il en serait fait un usage abusif, pour retarder le processus législatif ou pour masquer la stagnation de celui-ci »

Le débat a rebondi en septembre 2003, quand la présidence italienne proposa d'ajouter au niveau européen des quotas d'immigration légale, qu'il appartiendrait à chaque Etat de fixer en fonction de ses propres besoins mais que l'Union pourrait utiliser dans les négociations avec des pays tiers, notamment pour les accords de réadmission. Alors que l'Espagne et l'Autriche y étaient favorables, d'autres Etats membres exprimèrent une véritable opposition de principe : comme le rappelait le Président de la République, Jacques Chirac, à l'issue du Conseil européen d'octobre 2003, « *la position de la France et de l'Allemagne et d'un certain nombre d'autres pays est, a priori, hostile au système même des quotas* ». En conséquence, la Commission fut simplement chargée de réaliser une étude<sup>80</sup>.

Cette absence de consensus est d'autant plus inquiétante pour le développement d'une approche commune en matière d'immigration économique, que les résistances ne désarment pas.

## 2 – Des résistances étatiques récurrentes

Depuis 2003, l'attachement des Etats à leur compétence s'est encore illustré dans trois contextes différents : lors des négociations du traité établissant une Constitution pour l'Europe et du traité modificatif qui est appelé à s'y substituer (a), dans le cadre du Livre vert sur une approche communautaire des migrations économiques (b), au sein, enfin, du Conseil européen (c).

*a) La réaffirmation d'un pouvoir discrétionnaire des Etats lors de la réforme des traités*– L'élaboration du Traité établissant une Constitution pour l'Europe était l'occasion de renouveler les bases

---

<sup>80</sup> Il s'agit de l'étude sur les liens entre l'immigration légale et l'immigration clandestine, COM(2004)412 Final,

du débat. Les ambitions ont été plus clairement affichées<sup>81</sup> et bien que la suite des événements ait en partie prouvé le contraire<sup>82</sup>, les Etats semblaient au moins prêts à passer à la majorité qualifiée et à la codécision dans la définition de la politique commune d'immigration. Mais, comme par compensation, l'article III-267 s'est assorti d'un paragraphe 5, en vertu duquel les compétences dévolues à l'Union n'affectent pas « *le droit des Etats membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers, en provenance d'un pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié* ».

Une lecture littérale pourrait laisser penser que la réserve bénéficie seulement à ceux d'entre eux qui auraient instauré des quotas d'immigration. Mais si l'on considère qu'elle a été introduite à l'instigation de représentants allemands au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe, il est permis de se demander si elle ne vise pas à préserver, de manière plus générale, le pouvoir discrétionnaire des Etats de réguler les flux de main d'œuvre étrangère, en fonction des besoins de leur marché du travail et de leur capacité globale d'intégration<sup>83</sup>. En tout état de cause, la relance du processus de réforme des traités n'a pas conduit à reconsidérer cette articulation des compétences nationales et européenne puisque la disposition se retrouve à l'identique dans le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Aux termes de l'article III 267 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, « *L'Union développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires [...]* ». Même si la terminologie est constamment employée par le Conseil européen depuis sa réunion de Tampere, en 1999, elle n'apparaît pas dans la lettre actuelle du traité CE.

<sup>82</sup> Décision du Conseil du 22 décembre 2004, *JOUE*, n° L 396, 31 déc. 2004, p. 45.

<sup>83</sup> D'aucuns n'hésitent même pas à y voir l'affirmation d'une compétence exclusive des Etats en matière d'accès des ressortissants d'Etats tiers au marché national du travail (R. Del Picchia, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, 8 juin 2005, *Rapport Sénat* n° 385, p. 44).

<sup>84</sup> Voir l'article 2 du traité modificatif qui prévoit le remplacement de l'actuel article 63 du TCE par un article 79, dont le paragraphe 5 précise que « *le présent article n'affecte pas le droit des Etats membres de fixer les volumes d'entrée des*

Dès lors, les perspectives s'en trouvent singulièrement resserrées. Politiquement, ce paragraphe 5 ne signale pas seulement une revendication étatique ; il équivaut à la reconnaissance solennelle d'une maîtrise nationale partielle, mais persistante, de la question. Techniquement, la dissociation des aspects quantitatifs, du ressort des Etats, paraît délicate, sinon illusoire : il sera difficile d'harmoniser les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'Etats tiers (en termes, en particulier, de sélection), sans affecter les volumes d'entrée.

L'obstacle est d'autant plus sérieux qu'il est indépendant de la ratification du traité modificatif. La limite, en effet, n'est pas nouvelle, puisque sous l'empire actuel du traité CE, déjà, la Commission se voit contrainte de reconnaître « *pleinement que les décisions sur le nombre de migrants économiques pouvant être admis dans le but de rechercher un emploi relèvent des Etats* »<sup>85</sup>. Et la consultation de grande ampleur à laquelle elle s'est livrée lui en a été un constant rappel.

b) *Des réactions mitigées au Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques* – Convaincue que l'absence de législation sur l'admission aux fins d'emploi compromettrait le succès et la cohérence de la politique européenne d'immigration, mais avertie par l'échec de la proposition de directive sur le sujet, la Commission a décidé, en

---

*ressortissants de pays tiers, en provenance d'un pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié* ».

<sup>85</sup> COM (2004)811 Final, 11 janv. 2005, Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, p. 3. Au demeurant, la référence à ce pouvoir discrétionnaire est constante : elle apparaissait déjà dans l'exposé des motifs de la proposition de directive sur l'admission des ressortissants d'Etats tiers aux fins d'emploi (COM (2001)386 Final, point 3, 5<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> objectifs de la proposition) ; elle se retrouve encore dans le programme d'action relatif à l'immigration légale (COM 2005(669) Final, 21 déc. 2005, point 1.1, p. 4). Le Parlement européen lui-même n'ignore pas « *qu'il est du ressort des Etats membres de décider du nombre et de la nature des ressortissants de pays tiers présents sur leur territoire* » (Résolution du 26 octobre 2005, JOUE n° C 272 E, 9 nov. 2006, p. 442).

janvier 2005, de soumettre la nécessité et les modalités d'une approche communautaire des migrations économiques à la réflexion publique<sup>86</sup>. Les réponses ont été aussi abondantes que contrastées. S'il existe un relatif consensus en faveur de l'adoption de règles communes, on note d'importantes divergences quant à la méthode et au résultat escompté.

Le Parlement européen<sup>87</sup>, le Comité économique et social européen<sup>88</sup> ainsi que plusieurs partenaires sociaux, dont la Confédération européenne des syndicats (CES) et l'Union des industries de la Communauté (UNICE)<sup>89</sup>, ont exprimé leur préférence pour un cadre horizontal, couvrant l'ensemble des ressortissants de pays tiers demandant à entrer sur les marchés européens du travail. Les Etats membres, en revanche, n'ont guère été enclins à soutenir cette option, certaines délégations se prononçant ouvertement pour une approche sectorielle, par catégories de migrants économiques.

En outre, il semble que la densité normative des éventuelles directives doive rester modérée pour être acceptée : si le Comité économique et social européen réclamait un « *degré élevé d'harmonisation législative* », les partenaires sociaux et les Etats ont été plus nombreux à invoquer le respect du principe de subsidiarité et à plaider pour des solutions flexibles, tenant compte des spécificités nationales et permettant de répondre rapidement aux besoins des entreprises. La préservation des prérogatives étatiques trouve encore un autre écho, au sein du Conseil européen.

---

<sup>86</sup> COM (2004)811 Final, 11 janv. 2005, Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques. Le document s'articulait plus précisément autour de trois axes : le degré et la méthode d'harmonisation, la procédure d'admission, la coopération avec les pays tiers.

<sup>87</sup> Résolution du 26 octobre 2005, *JOUE* n° C 272 E, 9 nov. 2006, p. 442.

<sup>88</sup> Avis du 9 juin 2005, *JOUE* n° C 286, 17 nov. 2005, p. 20.

<sup>89</sup> La Fédération des syndicats patronaux allemands (BDA), la fédération des industries allemandes (BDI) et le MEDEF français ont cependant estimé qu'un cadre européen concernant l'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'emploi n'apporterait aucune valeur ajoutée.

c) *La relative pusillanimité du Conseil européen* – Les conclusions de l'instance ont rarement consacré de développements spécifiques à l'immigration économique.

Pour faire preuve d'une forte détermination politique, le programme de Tampere n'en demeurait pas moins prudent en ce qui concerne les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'Etats tiers : au point 20, il n'était question que de rapprocher les législations nationales, en tenant compte de la capacité d'accueil des Etats membres et des liens historiques qu'ils conservaient avec certains pays d'origine<sup>90</sup>. Bien que résolu à accélérer la mise en œuvre dudit programme « sous tous ses aspects », le Conseil européen de Séville, trois ans plus tard, se garda bien d'aborder le problème de la proposition de directive sur l'admission aux fins d'emploi et n'a en aucune façon permis de débloquent le dossier<sup>91</sup>. L'année suivante, à Thessalonique, les chefs d'Etat et de gouvernement s'en tenaient encore à des déclarations, certes vigoureuses, mais générales et passablement incidentes<sup>92</sup>.

Dans ce contexte, le programme de La Haye traduit une certaine avancée, en appelant à la mise en place de « *procédures d'admission qui permettent au marché du travail de réagir rapidement à une demande de main-d'œuvre étrangère en constante mutation* »<sup>93</sup> - à charge pour la Commission d'établir un

---

<sup>90</sup> Conseil européen de Tampere, 15 et 16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 20. V. H. Labayle, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 11-43, spéc. p. 26.

<sup>91</sup> Conseil européen de Séville, 21 et 22 juin 2002, conclusions de la présidence, point 26 et point 37 : soucieux de « *faire avancer l'examen des propositions en cours* », le Conseil européen demandait instamment au Conseil d'approuver le Règlement Dublin II, les normes relatives à l'acquisition et au contenu du statut de réfugié, au statut de résident de longue durée et au regroupement familial...

<sup>92</sup> Au détour des longs développements sur l'intégration des ressortissants d'Etats tiers, le Conseil européen mettait ainsi « *l'accent sur la nécessité d'envisager des moyens juridiques permettant à des ressortissants de pays tiers d'immigrer dans l'Union européenne* », afin de relever les défis économiques et démographiques auxquels celle-ci est confrontée (Conseil européen de Thessalonique, 19-20 juin 2003, conclusions de la présidence, point 30).

<sup>93</sup> Conseil européen, 4-5 nov. 2004, Annexe I, point III 1.4.

programme d'action. Plus récemment, le Conseil européen est encore convenu d'élaborer des politiques de bonne gestion des migrations légales, afin de répondre aux besoins actuels et futurs du marché du travail, tout en contribuant au développement durable de tous les pays ; l'examen rapide des propositions de la Commission est tout particulièrement recommandé<sup>94</sup>.

Ce survol rapide pourrait donc donner l'image d'une volonté politique croissante. La réalité est toutefois plus nuancée.

Dans l'ordre des priorités, l'attention portée à la question du traitement des migrants économiques reste moindre que celle accordée, par exemple, à la lutte contre l'immigration illégale, à la gestion des frontières extérieures ou encore à la dimension externe de la politique d'asile et d'immigration.

De surcroît, les conclusions les plus récentes se distinguent par une déférence marquée envers les responsabilités étatiques. Dans le programme de La Haye, déjà, le Conseil européen a pris soin de souligner que « *la détermination des volumes d'admission de travailleurs migrants relève de la compétence des Etats membres* ». Dans ses conclusions de décembre 2006, il tempère doublement l'ambition des mesures annoncées : « *respectant pleinement les compétences nationales* », leur finalité est « *d'aider les Etats membres* » à satisfaire les besoins en main-d'œuvre. Les 21 et 22 juin 2007, il apparaît encore, de manière incidente, que la bonne gestion des possibilités de migration légale se conçoit « *dans le respect des compétences des Etats membres et des nécessités propres à leur marché du travail* »<sup>95</sup>.

L'impulsion et l'orientation données tracent ainsi une ligne de crête que la Commission pourrait avoir des difficultés à tenir, si prudente et progressive que soit sa démarche. Et même s'il est en phase avec l'évolution de certaines législations nationales, l'utilitarisme, qui transparait dans ses travaux, ne garantit pas forcément son succès auprès des Etats.

---

<sup>94</sup> Conseil européen, 14-15 déc. 2006, conclusions de la présidence, point 24 d).

<sup>95</sup> Conseil européen, 21-22 juin 2007, conclusions de la présidence, point 17.

## B – Utilitarisme des conceptions

A la suite du Livre vert et sur la base des contributions qui y ont répondu, la Commission a présenté le 21 décembre 2005, un Programme d'action relatif à l'immigration légale<sup>96</sup>, largement centré, en fait, sur l'immigration économique. Le document ne contient aucune proposition, législative ou opérationnelle : se fondant sur le cadre existant dans le secteur « Justice, liberté et sécurité » et dans le secteur « Emploi, affaires sociales et égalité des chances », il définit une feuille de route pour la période 2006-2009 et dresse une liste des mesures et des initiatives législatives que la Commission entend prendre. Conformément au calendrier annoncé<sup>97</sup>, l'institution a ainsi commencé par présenter le 23 octobre 2007, deux nouvelles propositions de directives, visant pour l'une à une simplification administrative et à la définition d'un socle commun de droits pour les migrants économiques<sup>98</sup>, s'attachant pour l'autre, à l'admission des travailleurs hautement qualifiés<sup>99</sup>. Bien que le processus soit encore en cours et que les options retenues par l'institution aient à certains égards évolué, l'immigration reste d'abord perçue comme un moyen de soutenir la compétitivité de l'Union, ainsi qu'en attestent les justifications (1) et les apports éventuels de l'action communautaire (2).

---

<sup>96</sup> COM (2005)669 Final, 21 décembre 2005.

<sup>97</sup> L'institution a prudemment choisi d'échelonner ses propositions sur toute la période considérée (2007 : proposition de directive-cadre et proposition de directive relative aux travailleurs hautement qualifiés ; 2008 : proposition de directive relative aux travailleurs saisonniers ; 2009 : propositions de directive relatives d'une part aux personnes transférées et d'autre part aux stagiaires rémunérés).

<sup>98</sup> Proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre, COM(2007)638 final.

<sup>99</sup> Proposition de directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM(2007)637 final.

## 1 – Les justifications de l'action communautaire

Conformément au principe de subsidiarité, l'adoption d'une législation communautaire doit être « nécessaire ». Mais en même temps qu'elles expliquent l'intervention de l'échelon supranational, les justifications, tirées du contexte général (a) et spécifiées en fonction de l'objet assigné à chaque acte (b), éclairent l'approche des migrations économiques.

*a) Le contexte de l'action communautaire* - Du point de vue de la Commission, l'admission de la main-d'œuvre étrangère constitue un enjeu commun, qui ne saurait être totalement abandonné aux Etats. Divers arguments, plus ou moins convaincants, sont mobilisés en ce sens.

Si l'on ne voit pas exactement pour quelles raisons l'absence de critères communs entraînerait d'office une recrudescence de l'immigration illégale<sup>100</sup>, on comprend mieux que dans un espace sans frontières intérieures, l'admission d'un ressortissant de pays tiers dans un Etat membre ait des répercussions sur ses partenaires. Actuellement, les étrangers n'ont certes pas le droit d'accéder au marché du travail dans les autres Etats membres<sup>101</sup>, mais ils peuvent voyager au sein de l'Espace Schengen, prester des services dans un autre Etat membre ou

---

<sup>100</sup> « La nécessité d'une initiative stratégique européenne est renforcée par le fait qu'en son absence, les flux migratoires seront encore plus susceptibles de contourner les législations et les réglementations nationales. En conséquence, sans critères communs pour l'admission des migrants économiques, le nombre de ressortissants de pays tiers entrant illégalement et sans garantie d'avoir un emploi déclaré va croître » (COM (2004)811 Final, 11 janv. 2005, Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, p. 3). La prédiction ne bénéficie d'aucune forme de démonstration. Or il semble que ce soit davantage les facilités de déplacement au sein d'un Espace Schengen ayant vocation à s'élargir que la disparité même des législations nationales qui pourraient interférer.

<sup>101</sup> La directive 2003/109 sur le statut de résident de longue durée reconnaît à ses bénéficiaires le droit de séjourner dans un autre Etat membre, en vue notamment d'y exercer une activité professionnelle mais elle autorise l'Etat concerné à examiner la situation de son marché du travail ainsi qu'à appliquer sa procédure nationale concernant les exigences relatives au pourvoi d'un poste.

encore y séjourner, une fois acquis le statut de résident de longue durée. Les premières réalisations de l'espace de liberté, de sécurité et de justice impliquent donc de poursuivre, par une sorte d'effet d'entraînement.

Toutefois, les principales justifications sont encore d'un autre ordre. Depuis sa première communication sur la politique communautaire en matière d'immigration, la Commission n'a cessé de confronter le déclin démographique de l'Union à ses besoins économiques actuels et futurs, en particulier dans la perspective de l'agenda de Lisbonne<sup>102</sup>. Se fondant sur des projections d'Eurostat, l'institution fait ainsi valoir qu'aux taux actuels d'immigration, le solde migratoire cesserait de compenser la décroissance naturelle de la population à compter de 2025. Dès lors, « *la part de la population en âge de travailler[...] dans la population totale devrait fortement diminuer [...], passant de 67,2% en 2004 à 56,7% en 2050* » (soit 52 millions de travailleurs en moins)<sup>103</sup>. Cette diminution devrait se faire sentir dès 2011, avec de fortes variations selon les Etats. Le phénomène n'en constitue pas moins une tendance générale « *à laquelle il faudrait trouver des solutions d'une manière coordonnée et efficace* »<sup>104</sup>. Car si ses perspectives se vérifient, l'impact sur la croissance globale, le fonctionnement du marché intérieur et la compétitivité des entreprises européennes sera considérable. Une politique active s'imposerait d'autant plus, au sens de l'institution, que les principales régions du monde se font d'ores et déjà concurrence pour attirer des travailleurs migrants. En bref, « *Des flux d'immigration plus soutenus pourraient être de plus en plus*

---

<sup>102</sup> La politique communautaire en matière d'immigration (COM(2000)757 Final, 22 nov. 2000, Annexe I ; Immigration, intégration, emploi (COM (2003)336 Final, 3 juin 2003, pp. 9-17 ; Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques (COM (2004)811 Final, 11 janv. 2005, pp. 2-3). Voir également L'avenir démographique de l'Europe, transformer un défi en opportunité, COM(2006)571 final.

<sup>103</sup> Programme d'action relatif à l'immigration légale (COM (2005)669) Final, 21 décembre 2005, point 1.2)

<sup>104</sup> *Ibid.*

*nécessaires pour couvrir les besoins du marché européen du travail et pour assurer la prospérité de l'Europe* »<sup>105</sup>. Tout en étant consciente qu'il ne s'agit là ni d'un remède à long terme ni d'une solution exclusive, la Commission reprend strictement la même idée dans le Programme d'action de décembre 2005, en abandonnant au passage le conditionnel pour l'indicatif<sup>106</sup>. Enfin, le lien entre l'immigration économique, les objectifs de la stratégie de Lisbonne et le vieillissement démographique se voit encore établi dans les deux dernières propositions de directive<sup>107</sup>.

La pertinence de cette démonstration n'a pas échappé à la controverse<sup>108</sup>. Dans le cadre de la présente contribution, toutefois,

---

<sup>105</sup> COM (2004)811 Final.

<sup>106</sup> « *A court et moyen terme, l'immigration de main-d'œuvre peut aider à gérer les effets de l'évolution démographique, jouer un rôle capital pour répondre aux besoins actuels et futurs du marché du travail et ainsi assurer la pérennité de l'économie et la croissance* » (COM (2005)669, pt. 1.2 – c'est nous qui soulignons).

<sup>107</sup> Dans les motivations des propositions COM(2007)637 final et COM(2007)638 final (précitées), la Commission se réclame d'emblée du programme de La Haye, aux termes duquel « *l'immigration légale jouera un rôle important dans le renforcement de l'économie de la connaissance en Europe et dans le développement économique et contribuera ainsi à la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne* ».

<sup>108</sup> Il a ainsi été reproché à la Commission de développer une approche qui ne tient pas suffisamment compte de la diversité des situations nationales, qui méconnaît les difficultés à évaluer les besoins actuels et futurs du marché du travail et surtout qui repose sur un postulat contestable : « *Comme le souligne l'étude du Conseil de l'Europe, le déclin démographique a peu de chance de pouvoir être contrebalancé par l'immigration, car il faudrait à l'Europe « 1,8 million de migrants par an d'ici 2050 pour maintenir sa population à son niveau de 1995 ; 3,6 millions d'immigrants par an pour maintenir à son niveau la population en âge de travailler et même 25,2 millions d'immigrés par an pour maintenir le rapport entre les actifs et les retraités. » De plus, « doubler la population active demain, c'est quadrupler la population retraitée d'après demain par rapport à son niveau actuel, donc devoir quadrupler la population active d'après demain et ainsi de suite » (R. Del Picchia, Rapport d'information au Sénat sur la politique européenne d'immigration, 8 juin 2005, Rapport n° 385, pp. 39-43, notamment p. 40 et les références citées). Pour une présentation circonstanciée des termes du débat, voir également T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, Rapport AN n° 1238, 19 nov. 2003.*

c'est son essence qui retiendra davantage l'attention. Car au travers des arguments économiques et démographiques, l'immigration est présentée comme un instrument dont l'Union devrait tirer profit. Qu'on y adhère ou qu'on le déplore<sup>109</sup>, l'utilitarisme est hors de doute.

b) *L'objet de l'action communautaire* - A cet égard, il pourrait paraître plus juste de parler de pragmatisme, tant les réticences des Etats ont pesé sur les choix de la Commission. Ainsi une réglementation communautaire horizontale des conditions d'admission, sur le principe de la proposition de directive 2001(386), n'est-elle plus envisagée. En lieu et place, le Programme d'action annonce un paquet législatif, composé d'une directive-cadre générale et de quatre directives sectorielles. Toutefois, la manière dont leur objet respectif est exposé ou évalué réserve encore une place – variable – aux considérations utilitaires.

*La directive-cadre* répond à deux objets distincts mais complémentaires. Il s'agit d'une part de simplifier et d'harmoniser les procédures nationales d'admission, sur la base d'une « demande unique de permis unique » (cf. *infra*), afin de renforcer l'attractivité de l'Union pour les travailleurs issus de pays tiers, dans le contexte d'une mondialisation croissante du marché du travail<sup>110</sup> - l'intérêt étant notamment de créer des « *synergies utiles* » et de permettre

---

<sup>109</sup> En réponse au Livre vert sur une approche communautaire des migrations économiques, la Confédération européenne des syndicats s'est par exemple déclarée déçue que l'accent soit mis sur les aspects économiques et les arguments utilitaires liés à la thématique de l'immigration. Le Parlement européen de son côté, estimait que la politique de l'Union en matière d'immigration devrait obéir à une démarche globale et cohérente, qui ne soit pas simplement fondée sur les besoins éprouvés au sein des marchés nationaux du travail (Résolution, 26 oct. 2005, point 12, *JOUE*, C 272 E, 9 nov. 2006, p. 442).

<sup>110</sup> Cons. 3, Proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre, COM(2007)638 final, 23 oct. 2007.

« aux Etats de mieux gérer et de mieux contrôler la présence de ressortissants de pays tiers sur leur territoire à des fins d'emploi »<sup>111</sup>.

Mais il s'agit surtout, d'autre part, de garantir un ensemble de droits minimaux dans l'Union à tous les ressortissants de pays tiers qui ont été admis et autorisés à travailler sur le territoire d'un Etat membre<sup>112</sup>, sans pouvoir encore prétendre au statut de résident de longue durée. Conformément aux principes de Tampere, la proposition veut ainsi reconnaître leur contribution à la prospérité de l'économie européenne (cons. 9) et leur assurer un traitement à la fois équitable et égal<sup>113</sup> (cf. *infra*). Cela étant, la définition d'un corpus commun n'est pas seulement conçue dans l'intérêt des migrants. Dans la fiche d'impact annexée au Programme d'action, la Commission prenait immédiatement soin de pointer les avantages « collatéraux » qui en résulteraient pour les Etats membres et les ressortissants communautaires : non seulement « cela encouragerait les migrants à aller là où leur travail est vraiment nécessaire, sans que le choix de leur destination ne soit

---

<sup>111</sup> Motivations de la proposition COM(2007)638 final, p. 1. Plus loin, la Commission souligne encore que « grâce à une fonction de contrôle renforcée, elle [la simplification procédurale] compléterait en outre la récente proposition de la Commission prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » (p. 3).

<sup>112</sup> La définition retenue à l'article 2 b) de la proposition ne se ramène pas en effet aux seuls ressortissants de pays tiers qui occupent effectivement un emploi légal dans un Etat membre, de manière à étendre le bénéfice de l'égalité de traitement à ceux qui ont été admis à d'autres fins (ex : regroupement familial, recherche ou études) puis qui ont été autorisés à travailler en vertu d'actes de droit communautaire ou national (voir le cons. 10, COM(2007)638 final). Le découplage d'avec l'exercice effectif d'un emploi permet en outre de couvrir les situations antérieures (reconnaissance des diplômes, assistance offerte par les services de l'emploi) ou postérieures (allocation chômage).

<sup>113</sup> « Ce serait non seulement équitable envers les personnes qui contribuent, par leur travail et par les impôts et les taxes qu'ils paient, à nos économies mais cela permettrait également d'assurer à tous, au sein de l'Union, des conditions comparables » (COM 2005(669) Final, point 2.1) – sachant il ne s'agirait pas seulement de soumettre l'ensemble des migrants économiques à un régime commun mais de leur accorder un traitement identique à celui des travailleurs nationaux (cons. 10 et art. 12, COM(2007)638 final).

*trop influencé par la perspective d'obtenir davantage d'indemnités» mais cela «protègera également la main-d'œuvre de l'Union contre les conséquences possibles de l'emploi de main-d'œuvre étrangère bon marché»<sup>114</sup> - toute considération que l'institution répète dans la présentation de sa proposition<sup>115</sup>, voire dans le préambule<sup>116</sup>. En outre, il est bien rappelé que l'initiative législative est cohérente avec les autres politiques de l'Union, en tant qu'elle « vise à favoriser l'intégration des immigrants et de leurs familles, comme partie intégrante de la solution nécessaire pour préparer l'économie et la société européennes à la réalité du vieillissement démographique »<sup>117</sup>.*

Néanmoins, la prise en compte des besoins et des intérêts des sociétés d'accueil est surtout sensible dans les directives sectorielles.

*Les directives sectorielles, complémentaires de la directive-cadre, visent à définir des « conditions [d'entrée et de séjour] intéressantes pour attirer certaines catégories de migrants dont l'Union a besoin ». La diversité des structures, des tendances et des demandes des marchés nationaux du travail, ainsi que les écarts entre les Etats membres, en terme de prévision démographique et de conditions sociales, ont en effet conduit à écarter une approche par secteurs économiques. En revanche, la*

---

<sup>114</sup> SEC (2005)1680, 21 déc. 2005, p. 20.

<sup>115</sup> Evoquant le contexte général, la Commission souligne ainsi que « cette équivalence de droits pourrait également contribuer à réduire la concurrence déloyale favorisée par l'inégalité et jouer ainsi comme un garde-fou protégeant à la fois les citoyens de l'Union de la menace d'une main-d'œuvre bon marché et les immigrants de l'exploitation. En outre, l'établissement d'un socle commun de droits dans la législation communautaire créerait des conditions partout équitables, dans l'ensemble de l'Union européenne, pour tous les ressortissants de pays tiers travaillant légalement, indépendamment de leur Etat membre de résidence » (COM(2007)638, p. 3).

<sup>116</sup> Le considérant 9 de la proposition indique également que l'objectif est entre autres de « mettre en place un garde-fou contre la concurrence déloyale pouvant s'exercer entre travailleurs nationaux et travailleurs migrants du fait de l'exploitation de ces derniers ».

<sup>117</sup> COM(2007)638, p. 4.

consultation publique a permis d'identifier clairement les migrants économiques dont l'admission serait tout particulièrement utile à l'Europe : il s'agit, par ordre de priorité, des travailleurs hautement qualifiés, des travailleurs saisonniers, des personnes transférées au sein de leur entreprise et des stagiaires rémunérés.

Les travailleurs hautement qualifiés représentent une catégorie « *vitale pour la compétitivité de l'Union* ». D'ailleurs, de nombreux Etats membres ont déjà fait appel à l'immigration pour compenser un déficit dans leur propre réservoir de main-d'œuvre et une dizaine d'entre eux ont instauré des dispositifs spécifiques en ce sens. Ces initiatives nationales ne suffisent cependant pas et les flux migratoires mondiaux accusent un fort déséquilibre en défaveur de l'Union. A la lumière de récentes études, la Commission souligne ainsi que 54 % des immigrés de la première génération, originaires de la zone MED-Mena<sup>118</sup>, titulaires d'un diplôme universitaire, résident aux Etats-Unis et au Canada, tandis que 87% de ceux qui n'ont pas achevé leurs études primaires ou qui n'ont qu'un niveau d'étude primaire ou secondaire se trouvent en Europe. Le but des règles communes serait donc de remédier à cette situation, en palliant de surcroît le risque d'une concurrence accrue entre Etats membres<sup>119</sup>. Dans sa proposition du 23 octobre 2007, la Commission souligne néanmoins que la directive ne créerait pas de droit d'admission<sup>120</sup>, le système d'entrée restant « *axé sur la demande* » (cons. 10).

Les travailleurs saisonniers, de leur côté, répondent également à un besoin dans certains secteurs de l'économie (principalement le bâtiment, l'hôtellerie et le tourisme). La Commission constate cependant que nombre de migrants y sont employés de manière illégale, dans des conditions précaires. Partant de là, l'institution se revendique d'un double objectif : fournir la main-d'œuvre nécessaire aux Etats, tout en protégeant

---

<sup>118</sup> Pays méditerranéens du Moyen-orient et d'Afrique du Nord.

<sup>119</sup> COM (2005)669, point 2.2.1 et SEC 2005(1680), p. 13. Ces éléments statistiques sont repris dans la présentation de la proposition de directive établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM(2007)637 final, p. 3

<sup>120</sup> COM(2007)637 final, précitée, commentaire de l'article 9.

une catégorie particulièrement fragile de travailleurs et contribuer ainsi à lutter contre l'immigration clandestine et le travail « au noir ». De plus, l'impact sur l'emploi dans les sociétés hôtes resterait, à son sens, limité, puisque même si les taux de chômage sont élevés, les migrants n'entreraient guère en concurrence avec les travailleurs UE, dont une faible proportion (hormis dans le secteur du tourisme) serait disposée à exercer une activité saisonnière<sup>121</sup>.

De même la Commission estime-t-elle que la question de la protection de la main-d'œuvre locale ne se pose pas pour les deux dernières catégories recensées, dès lors que les personnes transférées au sein de leur entreprise et les stagiaires rémunérés ne sont pas considérés comme entrant sur le marché national du travail<sup>122</sup>. S'agissant des stagiaires rémunérés à l'égard desquels il n'existe pas actuellement de règles communes, la proposition permettrait en outre de combler un vide législatif et serait un moyen d' « encourager la mobilité des cerveaux », en offrant la possibilité aux ressortissants de pays tiers d'acquérir des qualifications et des connaissances dans le cadre d'un stage en Europe<sup>123</sup>.

Ces futures propositions, exclusivement centrées sur les travailleurs salariés, ne sont pas exhaustives<sup>124</sup>. Mais, sous réserves de nouveaux développements, leur objet catégoriel évoque fortement la notion d'« immigration choisie », dans le sens d'un processus à la fois maîtrisé et sélectif.

---

<sup>121</sup> COM (2005)669, pt. 2.2.2 et SEC (2005)1680, p. 13.

<sup>122</sup> SEC (2005)1680, p. 12.

<sup>123</sup> COM (2005)669, point 2.2.3 et point 2.2.4.

<sup>124</sup> « Le cas échéant, des propositions supplémentaires pourraient être présentées, dans des domaines où un complément d'examen est nécessaire (par exemple, pour tenir compte des situations dans lesquelles un contact personnel entre les migrants économiques et leur employeur sont une condition préalable ou pour fixer des règles concernant les travailleurs indépendants) » (COM (2005)669, point 2).

## 2 – Les apports de l'action communautaire

Le Programme d'action ne détaille guère le contenu de chaque instrument et toutes les propositions n'ont pas encore été présentées. Les indications sont néanmoins suffisantes pour faire émerger quelques idées essentielles. Il en ressort qu'à l'exception du statut juridique minimal qui serait garanti à tout travailleur étranger (a), la valeur ajoutée du droit communautaire se concentre sur la demande des marchés européens. Si le principe de la préférence communautaire en est sans doute la meilleure illustration (c), l'effort de simplification procédurale (b) et la flexibilité des régimes d'admission (d) contribuent de leur côté à une plus grande réactivité.

*a) Une statut juridique commun et minimal – « En l'absence de législation communautaire horizontale, les ressortissants de pays tiers voient leurs droits varier en fonction de leur nationalité et de l'Etat membre dans lequel ils travaillent. Ils ne jouissent pas des mêmes droits que les citoyens de cet Etat membre ou que les autres citoyens de l'Union »* (cons. 9). En vue de réduire ces inégalités et de poursuivre l'élaboration d'une politique d'immigration cohérente, la Commission suggère donc d'offrir aux travailleurs issus de pays tiers un statut juridique sûr, qui les protégerait de l'exploitation en leur garantissant, à titre d'exigence minimale<sup>125</sup>, un traitement identique à celui des travailleurs nationaux dans différents domaines socio-économiques liés à l'emploi<sup>126</sup>. En écho aux dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, l'article 12 de la récente proposition (2007)638 en identifie huit : conditions de travail (y compris la rémunération et le licenciement) ; liberté d'association, d'affiliation et d'engagement

<sup>125</sup> L'article 13 de la proposition précise très classiquement que la directive est sans préjudice du droit pour les Etats d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables.

<sup>126</sup> Par comparaison avec le Programme d'action (COM (2005)669 Final, point 2.1), la Commission semble cependant avoir renoncé à prêter une attention particulière aux droits des femmes migrantes, qui peuvent pourtant rencontrer des problèmes spécifiques.

dans une organisation professionnelle ; éducation et formation professionnelle<sup>127</sup> ; reconnaissance des titres professionnels, conformément aux procédures nationales applicables<sup>128</sup> ; sécurité sociale ; paiement des droits acquis en matière de pension en cas de déménagement dans un pays tiers ; avantages fiscaux et enfin, accès aux biens et aux services y compris les procédures d'accès au logement et l'assistance offerte par les services de l'emploi. Si la directive est adoptée et si l'article ne subit pas de modifications au cours des discussions, le droit communautaire entamerait ainsi un mouvement de nivellement « par le haut », rapprochant le statut des travailleurs immigrés de celui conféré aux chercheurs étrangers et aux résidents de longue durée<sup>129</sup>.

Néanmoins, la définition de ce socle commun n'exclut pas toute différenciation.

---

<sup>127</sup> L'égalité de traitement en matière d'éducation et de formation professionnelle s'étend aux frais d'inscription dans les écoles et les universités ; les Etats peuvent néanmoins la restreindre en ce qui concerne les bourses d'étude.

<sup>128</sup> Afin d'éviter que les ressortissants de pays tiers ne travaillent en deçà de leurs compétences – ce qui représente une perte en terme de revenus et de valorisations des connaissances, tant pour les intéressés que pour leurs pays de résidence et d'origine (COM(2005)669 final, point 2.1), les qualifications professionnelles acquises dans un autre Etat membre devraient donc être reconnues comme le sont celles d'un citoyen de l'Union et les qualifications acquises dans un Etat tiers être prise en considération conformément aux dispositions de la directive 2005/36 du 7 septembre 2005 (*JOUE*, n° L 255, 30 sept. 2005, p. 22).

<sup>129</sup> L'énumération est même plus large que celle contenue à l'article 12 de la directive 2005/71 instituant une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique (*JOUE*, n° L 289, 3 nov. 2005, p. 15), qui ne se réfère pas à liberté d'association, d'affiliation et d'engagement dans une organisation professionnelle. Pour autant, il subsiste des différences avec le statut de résident de longue durée défini par la directive 2003/109 (*JOUE* n° L 16, 23 janv. 2004, p. 44) dans la mesure où ses bénéficiaires peuvent quant à eux se réclamer d'une égalité de traitement dans l'accès aux activités économiques (et non pas seulement en ce qui concerne leur exercice), ainsi qu'en matière de sécurité sociale, aide sociale et prestation sociale telles qu'elles sont définies dans la législation nationale (et non pas seulement dans les branches de la sécurité sociale, telles que définies dans le règlement 1408/71)...

D'abord, la proposition permet aux Etats d'introduire diverses restrictions. Par exemple, l'accès au logement social dans les mêmes conditions que les nationaux pourrait être réservé aux ressortissants de pays tiers ayant séjourné ou ayant été autorisés à séjourner sur le territoire national pendant trois ans au moins, et le droit à l'égalité de traitement en matière de conditions de travail, de liberté syndicale et d'avantages fiscaux, être limité aux travailleurs de pays tiers qui occupent effectivement un emploi<sup>130</sup>.

Ensuite, et au-delà des éventuelles variations dans les transpositions nationales, c'est l'institution communautaire elle-même qui peut ajouter à ce statut commun, selon les objectifs recherchés et la catégorie de travailleurs considérée. En ce sens s'esquisse un phénomène de « finalisation »<sup>131</sup>, dont le régime des travailleurs hautement qualifiés est exemplaire (cf. *infra*).

*« Dans tous les cas, le droit à l'égalité de traitement est strictement lié au statut de résident légal et à l'autorisation de travailler dans un Etat membre, tels que consacrés notamment par le permis unique »*<sup>132</sup>.

*b) La demande unique de titre combiné* - Au titre des dispositions horizontales, la proposition (2007)638 prévoit en effet l'instauration d'une procédure de demande nationale unique, aboutissant à la délivrance, sous la forme d'un seul acte administratif, d'un titre valant permis de séjour et permis de travail. La Commission reprend donc l'un des éléments de la précédente proposition de directive sur l'immigration économique<sup>133</sup>, non sans l'avoir préalablement soumis au débat public<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Conformément à l'article 12 §2 e), le droit à l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale peut subir la même restriction sauf en ce qui concerne les allocations chômage.

<sup>131</sup> Le terme s'entend en ce sens que les avantages reconnus sont largement déterminés par les fins qu'ils peuvent contribuer à servir.

<sup>132</sup> COM(2007) 638 final, commentaire de l'article 12, p. 12. Voir également le considérant 14 de la proposition.

<sup>133</sup> COM (2001) 386 Final, art. 5

<sup>134</sup> COM (2004) 811 Final, p. 9.

Sans doute échaudée par son premier échec, l'institution multiplie cependant les marques de prudence à l'adresse des Etats. D'emblée, le Livre vert sur la gestion communautaire des migrations économiques indiquait que la simplification procédurale n'aurait pas pour objet d'introduire une quelconque automaticité dans la délivrance des permis<sup>135</sup>. Par la suite, le Programme d'action en matière de gestion des migrations légales soulignait que l'innovation « *présenterait l'avantage de ne pas modifier sensiblement les procédures internes nationales* »<sup>136</sup> - la validité du titre combiné devant être « *strictement liée* », en principe, à l'existence d'un contrat de travail légal<sup>137</sup>, conformément aux exigences de plusieurs droits nationaux<sup>138</sup>. Suivant ces lignes directrices, la proposition se limite donc à quelques dispositions essentielles. Les Etats membres ne seraient soumis qu'à l'interdiction générale de délivrer des documents supplémentaires<sup>139</sup> et à l'obligation générale d'instituer un système de « guichet unique »<sup>140</sup>. Encore ladite obligation ne remet-elle pas en cause le rôle incombant à d'autres autorités en terme d'instruction et de décision et n'empêche pas non plus les Etats membres d'en désigner de différentes (telles les représentations

---

<sup>135</sup> « *Dans la plupart des Etats membres, les ressortissants de pays tiers doivent préalablement être en possession d'un permis de travail pour que leur demande de permis de séjour soit examinée. On pourrait donc avoir l'impression que la délivrance d'un permis de séjour – sur la base de critères différents de ceux du permis de travail – deviendrait presque automatique dans le cadre de cette procédure combinée, ce qui n'est pas l'intention de la Commission* » (COM (2004)811 final, point 2.4, p. 9 - nous soulignons).

<sup>136</sup> COM (2005)669 Final, point 2.1

<sup>137</sup> *Ibid.* La précision ne se retrouve pas dans la proposition (2007) 638 qui ne comporte pas de disposition sur la validité du permis unique. En revanche, il y est fait écho dans la proposition (2007) 637 final concernant l'admission des travailleurs hautement qualifiés.

<sup>138</sup> Pour la France, voir l'article L 341-2 du Code du travail.

<sup>139</sup> L'article 6§2 interdit aux Etats membres de délivrer des permis supplémentaires, en particulier des permis de travail de quelque type que ce soit, comme preuve de ce qu'un accès au marché du travail a été accordé (COM(2007) 638 final).

<sup>140</sup> Autrement dit de nommer une autorité compétente chargée de réceptionner les demandes et de délivrer le permis unique – art. 5§1, COM (2007)638 final.

consulaires) auprès desquelles la demande pourrait être introduite et le permis, retiré<sup>141</sup>. L'interférence sur les procédures de traitement est volontairement minimale et l'exigence de transparence se résume ainsi à prévoir que « *les Etats prennent les mesures nécessaires pour que les ressortissants de pays tiers intéressés et leurs futurs employeurs soient informés des pièces justificatives à fournir pour compléter la demande* » (art. 9), le demandeur devant être informé des renseignements supplémentaires requis au cas où ceux qu'il a fournis s'avèrent inadéquats (art. 5§4) et toute décision de rejet devant être « *dûment motivée dans sa notification écrite* » (art. 8§1).

Toutefois, la principale différence avec la proposition (2001)386 vient de ce que les conditions de délivrance et de refus du titre combiné ne sont pas harmonisées et devraient continuer à relever des législations nationales, sous réserve des mesures communautaires catégorielles. Au plus, le sixième considérant de la proposition rappelle-t-il dans ce cadre « *l'obligation de respecter le principe de préférence communautaire* ».

*c) La condition du besoin économique et la clause de préférence communautaire* – La restriction n'est pas nouvelle. Depuis les années 1970, tous les Etats membres ont progressivement soumis l'immigration économique à un principe d' « opposabilité de la situation de l'emploi », excluant qu'une autorisation de travail soit accordée à un étranger si l'emploi peut être occupé par un travailleur disponible sur le marché local<sup>142</sup>. S'en faisant l'écho, le

---

<sup>141</sup> COM (2007) 638 final, commentaire de l'article 5, p. 10.

<sup>142</sup> Plusieurs Etats ont néanmoins introduit des dérogations. On citera par exemple le cas du Royaume-Uni, avec la liste des professions en pénurie de main-d'œuvre (*UK Skills Shortage Occupations*) ou encore celui de l'Allemagne, qui au début de l'année 2000 a instauré un système prévoyant l'octroi d'un titre de séjour sans production préalable d'un contrat de travail afin d'attirer sur son sol des informaticiens étrangers. Pour une présentation des systèmes appliqués par plusieurs Etats membres, v. T. Mariani, Rapport d'information sur le Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques et sur les expériences de certains pays de l'OCDE en matière de migrations à des fins d'emploi, *Rapport AN n° 2365*, 8 juin 2005. Egalement COM (2004)412 Final, 4 juin 2004.

Conseil avait été amené à poser un principe de « préférence communautaire »<sup>143</sup>, que la Commission a repris et étendu dans la proposition de directive (2001)386. Très exactement, l'institution suggérait alors de limiter l'admission des ressortissants de pays tiers en fonction des postes qui, à l'échéance d'un délai déterminé, n'avait pu être pourvu par : un citoyen de l'Union ; ou un ressortissant de pays tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union ; ou un ressortissant de pays tiers ayant déjà pleinement accès au marché du travail concerné, en vertu d'accords externes conclus par la Communauté (Accords EEE, accords CE-Turquie notamment mais aussi Accord général sur le commerce de services dans le cadre de l'OMC) ou d'autres accords internationaux auxquels elle ne serait pas partie ; ou un ressortissant de pays tiers ayant accès au marché du travail sur la base de la législation nationale ou communautaire ; ou un travailleur de pays tiers faisant déjà partie de la main-d'œuvre régulière d'un Etat membre ; ou, enfin, un ressortissant de pays tiers faisant déjà partie de la main-d'œuvre régulière d'un Etat membre et souhaitant retourner dans cet Etat après une absence limitée (migration circulaire)<sup>144</sup>.

Des systèmes moins rigides auraient été concevables : le Livre vert évoquait notamment un « système européen de sélection », sur le modèle canadien<sup>145</sup>, qui privilégierait outre

---

<sup>143</sup> « Les Etats membres prendront en compte les demandes d'accès sur leur territoire en vue d'emploi, seulement quand l'offre d'emploi proposée dans un Etat membre ne peut pas être pourvue par la main-d'œuvre nationale et communautaire ou par la main-d'œuvre non communautaire qui réside d'une façon permanente et légale dans cet Etat membre et qui appartient déjà au marché du travail régulier » (Résolution du Conseil du 20 juin 1994 concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres, *JOCE*, n° C 274, 19 sept. 1996, p. 3).

<sup>144</sup> Proposition de directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique, COM (2001)386, art. 6.

<sup>145</sup> Selon ce système, les personnes qui souhaitent immigrer au Canada en tant que « travailleurs qualifiés » sont sélectionnées en fonction de six critères : les compétences linguistiques, le niveau d'études, l'expérience professionnelle, l'âge, l'existence d'un emploi réservé au Canada et la capacité d'intégration de la personne. Chacun de ces six critères se voit attribuer un nombre déterminé mais

l'existence d'une offre d'emploi, l'expérience, la formation, les connaissances linguistiques, la présence de liens familiaux dans l'Etat membre concerné<sup>146</sup>... Particulièrement susceptible d'interférer sur les volumes d'entrée, cette solution ne s'est toutefois pas imposée<sup>147</sup>.

En définitive, la Commission s'est plutôt dirigée vers une application assouplie, sous forme de faculté, du critère du besoin économique. Ainsi, dans la proposition de directive (2007)637 sur les conditions d'entrée et de séjour des travailleurs hautement qualifiés, la prise en considération du principe de préférence communautaire et des discussions sur les mesures transitoires touchant les citoyens des nouveaux Etats membres<sup>148</sup> se traduit de deux manières différentes.

---

différent de points. Le candidat est admissible s'il a obtenu un score de 67 sur 100.

<sup>146</sup> COM (2004)811, point 2. 2.2, p. 8.

<sup>147</sup> Dans l'analyse d'impact de la proposition de directive (2007) 637 final sur l'admission des travailleurs hautement qualifié, la Commission estimait que l'option consistant à soumettre les intéressés à un système de points et à une procédure accélérée n'empêcherait pas de fortes divergences selon les Etats membres, « sauf si les points étaient fixés au niveau de l'Union (ce qui se démarquerait de la subsidiarité actuelle) ». Et de ce fait, elle ne s'attarde pas davantage.

<sup>148</sup> Pour répondre aux craintes exprimés par les Quinze, le traité d'adhésion du 16 avril 2003 leur laisse la faculté (que seuls le Royaume-Uni, l'Irlande et la Suède n'ont pas exploitée) de maintenir des restrictions à la libre circulation des travailleurs originaires des nouveaux membres durant une période maximale de sept ans décomposée en trois étapes : pendant les deux années suivant la date d'adhésion du 1er mai 2004, les États membres pourront décider d'ouvrir ou non leur marché du travail aux travailleurs salariés originaires des nouveaux États membres ; deux ans après l'adhésion (soit le 1er mai 2006) les États membres ont dû reconsidérer l'ouverture de leur marché du travail et décider, le cas échéant, de prolonger pour trois ans la période transitoire ; cinq ans après l'adhésion (soit en 2009), la libre circulation s'applique de droit, sauf dans les États membres qui feraient état de perturbations graves de leur marché du travail et qui pourraient alors prolonger une nouvelle fois la période (ce régime transitoire ne s'appliquant ni à Chypre, ni à Malte). Compte tenu de ces restrictions, les nouveaux États membres concernés ont fait valoir que le recours à l'immigration devrait s'entendre sous réserve des droits de leurs propres ressortissants.

D'une part, la situation du marché national du travail est susceptible de motiver une décision de refus, priorité pouvant être donnée « *aux citoyens de l'Union, aux ressortissants de pays tiers lorsque cela est prévu par la législation communautaire*<sup>149</sup>, ainsi qu'à des ressortissants de pays tiers résidant légalement et percevant des prestations de chômage dans l'Etat membre concerné » (art. 9§2). Contrairement à ce qu'annonçait le Programme d'action, l'examen des besoins économiques ne s'impose donc pas, par principe, comme une condition d'admission mais constitue un obstacle éventuel à l'entrée, relevant de l'appréciation des Etats membres.

D'autre part, postérieurement à l'admission, c'est l'accès au marché du travail qui s'applique « *sans préjudice du principe de la préférence communautaire consacré dans les dispositions pertinentes des actes d'adhésion du 16 avril 2003 et du 25 avril 2005, en particulier par rapport aux droits des nationaux de ces Etats membres* » (art. 13§6). Il est certes probable qu'à l'échéance du délai de transposition de la future directive, les dispositions transitoires auront elles-même pris fin. Toutefois, cette circonstance ne neutralisera pas un principe qui conduit à limiter la mobilité professionnelle des travailleurs issus de pays tiers durant les deux premières années de leur séjour<sup>150</sup>.

Ce type d'immigration n'en est pas moins privilégiée.

*d) Flexibilité des régimes d'admission* – En vue de s'adapter aux besoins, les régimes annoncés pour les quatre catégories de migrants économiques concernés par une harmonisation communautaire mettent en effet l'accent sur des aspects différents.

---

<sup>149</sup> La mention se rapporte vraisemblablement aux ressortissants de pays tiers ayant acquis le statut de résidents de longue durée auxquels la Directive 2003/109 du 25 nov. 2003 (*JOUE*, n° L 16, 23 janv. 2004, p. 44) garantit une égalité de traitement avec les nationaux dans l'accès aux emplois salarié et aux activités indépendantes. Eux-mêmes néanmoins peuvent se voir opposer le critère du besoin économique et le principe de préférence communautaire lorsqu'ils prétendent exercer leur droit de séjour à des fins professionnelles dans un second Etat membre.

<sup>150</sup> En ce sens voir le considérant 15 de la proposition Com(2007)637 final.

S'agissant des travailleurs hautement qualifiés, la politique européenne se veut foncièrement attractive (tout en appelant à des mesures et des principes de « recrutement éthique » applicables aux employeurs des secteurs public et privé, afin de ne pas nuire au développement des pays d'origine - en particulier dans des secteurs, comme la santé, qui sont confrontés à des pénuries de ressources humaines). En ce sens, la Commission associe plusieurs suggestions.

La première consiste à établir une procédure d'admission accélérée (normalement inscrite dans un délai de 30 jours à compter de la demande<sup>151</sup>), qui repose sur des critères communs et objectifs : en particulier contrat de travail ou offre d'emploi ferme ; preuve des qualifications professionnelles<sup>152</sup> ; seuil salarial minimal comparable aux niveaux de rémunération pratiqués dans les Etats membres<sup>153</sup>. Un régime spécifique pour les jeunes professionnels est prévu<sup>154</sup>. Sous réserve d'avoir fait l'objet d'une

---

<sup>151</sup> L'article 12 de la proposition admet que dans des cas exceptionnels, ce délai puisse être prolongé de 60 jours maximum.

<sup>152</sup> L'article 5§1 de la proposition distingue à cet égard selon que la profession est ou non réglementée : dans le premier cas, le demandeur doit satisfaire aux conditions auxquelles la législation nationale subordonne l'exercice par un citoyen UE de la profession réglementée indiquée dans le contrat de travail ou la promesse d'embauche ; dans le second cas, il doit présenter des documents attestant qu'il possède un diplôme de l'enseignement supérieur sanctionnant une formation post-secondaire d'au moins trois ans ou des qualifications étayées par trois années au moins d'expérience professionnelle équivalente.

<sup>153</sup> Le salaire mensuel brut indiqué dans le contrat de travail ou l'offre d'emploi ne doit pas être inférieur à un seuil salarial national, qu'il appartient à chaque Etat de définir mais qui doit être au moins égal au triple du salaire mensuel minimum brut fixé par le droit national (art. 5§2).

<sup>154</sup> Les professionnels de moins de 30 ans risquent en effet de ne pas avoir suffisamment d'expérience pour pouvoir prétendre à des salaires élevés : le critère salarial se voit donc assoupli, les Etats membres pouvant même l'abandonner si le demandeur a effectué ses études supérieures sur place et obtenu une licence ou un master dans un établissement d'enseignement supérieur situé dans la Communauté (art. 6).

décision positive<sup>155</sup>, les personnes remplissant ces conditions obtiendraient une « carte bleue européenne », d'une durée de validité de deux ans, leur permettant de résider et de travailler légalement sur le territoire de l'Union.

Pour encourager ces migrants à choisir l'Europe comme destination, la proposition de directive (2007)637 prévoit parallèlement de leur accorder des conditions avantageuses en terme de regroupement familial<sup>156</sup>, d'égalité de traitement avec les nationaux<sup>157</sup> et de mobilité professionnelle<sup>158</sup>.

Enfin « *pour améliorer l'efficacité du marché de l'emploi, prévenir les pénuries de main-d'œuvre et corriger des déséquilibres régionaux* » (cons. 15), la mobilité géographique se voit également favorisée. Sans être exactement équivalente à une « carte verte », la carte bleue européenne donnerait à ses titulaires la possibilité (différée et conditionnée) de se rendre dans un autre Etat membre pour y exercer un emploi hautement qualifié<sup>159</sup> - les

---

<sup>155</sup> Outre qu'ils peuvent opposer au demandeur la situation de leur marché du travail et la clause de préférence communautaire (art.9 – cf. supra), les Etats restent en effet libres d'appliquer des quotas (art 7).

<sup>156</sup> L'article 16 de la proposition énumère les dérogations jugées nécessaires à la directive 2003/86 sur le droit au regroupement familial, afin de permettre un regroupement familial immédiat et l'accès des conjoints au marché du travail.

<sup>157</sup> Par rapport au socle commun défini dans la proposition (2007) 638 final, l'égalité de traitement inclut en principe les bourses d'étude (en matière d'éducation et de formation professionnelle) et s'étend à l'aide sociale – sachant que ce sont justement les seuls aspects (avec l'accès au logement social) qui sont susceptibles de restrictions.

<sup>158</sup> Si pendant les deux premières années de séjour légal, tout changement de situation professionnelle doit être acceptée par les autorités publiques (de sorte que l'intéressé ne peut exercer une activité rémunérée ne correspondant pas à ses conditions d'admission en matière de salaire et de compétence), le titulaire d'une carte bleue bénéficie ensuite de l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès aux emplois hautement qualifiés - sauf emplois participant à l'exercice de l'autorité publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou emploi réservé à des citoyens UE ou ressortissants EEE (art. 13, COM (2007)637 final). En outre, un chômage temporaire (inférieur à trois mois consécutif) n'est pas une raison d'annuler une carte bleue européenne (art. 14).

<sup>159</sup> En effet, la proposition n'entend pas conférer d'office à ses bénéficiaires un « droit de séjour dans les autres Etats membres ». L'expression même de droit de séjour n'est d'ailleurs jamais employée. Aux termes de l'article 19, qui énonce les

conditions d'obtention du statut de résident de longue durée se voyant aménagées, de manière à ne pas pénaliser les travailleurs mobiles<sup>160</sup>. Une fois ce statut acquis, l'accès de ces professionnels au marché de l'emploi dans les autres Etats membres serait encore affermi par le fait que des quotas ne pourraient leur être appliqués et que la préférence devrait leur être accordée sur les travailleurs issus de pays tiers qui sollicitent leur admission<sup>161</sup>. La Commission s'efforce ainsi de valoriser ce qu'elle considère comme « *l'attrait principal qu'offre l'Union par rapport à ses concurrents* », à savoir « *la possibilité d'accéder à 27 marchés de l'emploi et donc d'évoluer professionnellement* »<sup>162</sup>.

Pour les autres catégories de migrants économiques, il convient de se reporter au Programme d'action qui constitue aujourd'hui la seule référence disponible.

Il en ressort qu'en ce qui concerne les travailleurs saisonniers, la politique européenne se veut davantage protectrice. Le mécanisme consistera en effet à proposer un titre combiné autorisant les ressortissants de pays tiers à travailler un certain nombre de mois par année, durant quatre à cinq ans, de manière à

---

conditions régissant l'exercice de la mobilité au sein de l'Union, c'est après deux ans de séjour légal que le titulaire d'une carte bleue européenne et les membres de sa famille sont autorisés à s'établir à des fins professionnelles dans un second Etat membre, ce dernier pouvant appliquer les mêmes conditions que pour la première entrée.

<sup>160</sup> L'article 17 de la proposition autorise la personne concernée à cumuler les séjours effectués dans différents Etats membres en vue d'obtenir le statut de résident de longue durée, pour autant qu'il réside depuis cinq ans sur le territoire de la Communauté et depuis deux ans sur le territoire de l'Etat où il a introduit sa demande. Des dérogations sont également introduites concernant les périodes d'absence de l'Union européenne, afin de soutenir la politique relative aux migrations circulaires et de limiter un éventuel exode des cerveaux. Au total, la conjonction de ces différentes dispositions facilite l'acquisition du statut de résident de longue durée.

<sup>161</sup> A cet égard, l'article 20 de la proposition de directive (2007)637 final revient à introduire des exceptions aux restrictions permises par la directive 2003/109 relative au statut communautaire de résident de longue durée.

<sup>162</sup> COM(2007) 637 final, p. 8.

leur conférer un statut légal sûr et des perspectives de travail régulier. Des cachets d'entrée et de sortie devraient éviter les abus.

S'agissant des stagiaires rémunérés, il s'agira d'empêcher par des garanties appropriées et des limites claires qu'ils ne deviennent en réalité des travailleurs temporaires sous-payés, tandis que pour les personnes transférés au sein de leur entreprise, c'est la question de la mobilité intracommunautaire qui semble mise en avant, afin de faciliter la réaffectation du personnel.

Sur ces différents points, il existe une évidente symétrie avec le droit français des étrangers, dont la récente réforme s'inscrit résolument dans l'optique d'une « immigration choisie ». Ainsi le CESEDA identifie-t-il désormais cinq catégories d'étrangers susceptibles d'obtenir une carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité professionnelle. Y figurent notamment les travailleurs saisonniers (auxquels la carte permet d'exercer des travaux n'excédant pas six mois sur douze mois consécutifs, pendant une durée maximale de trois ans renouvelables) et les salariés détachés par un employeur établi hors de France (art. L 313-10 CESEDA)<sup>163</sup>. La même disposition prévoit la levée de l'opposabilité de la situation de l'emploi pour les métiers et les zones géographiques connaissant des difficultés de recrutement. Une nouvelle carte de séjour « compétence et talents » est créée, en vue de faciliter l'admission des étrangers susceptibles de « *participer [...] de façon significative et durable au développement économique ou au rayonnement, notamment*

---

<sup>163</sup> Ces nouvelles dispositions ont impliqué une modification du Code du Travail, qui a été opérée par le décret n° 2007-801 du 11 mai 2007. Il en résulte notamment que l'autorisation de travail requise de tout étranger non-ressortissant UE, EEE ou suisse (ainsi que de tout étranger ressortissant de l'UE pendant la période d'application des mesures transitoires relatives à la libre circulation des travailleurs) est constituée par la carte de séjour temporaire « salarié », « travailleur temporaire », « travailleur saisonnier » ou encore « salarié en mission » (art. R 341-2 du Code du Travail). Le décret 2007-1292 du 30 août 2007 (*JORF*, 1<sup>er</sup> sept. 2007) a cependant inséré deux nouvelles dispositions dans la partie réglementaire du CESEDA (articles R 313-18 et R 313-19) qui subordonnent la délivrance des cartes « travailleur saisonnier » et « salarié en mission » à la présentation d'un contrat de travail.

*intellectuel, scientifique, culturel, humanitaire ou sportif de la France et du pays dont il a la nationalité*». (art. L 315-1, CESEDA).

De telles évolutions sont importantes, car les Etats membres continueront d'admettre la majorité des migrants économiques sur la base de leurs règles nationales. En outre, ils conserveront manifestement une grande marge de manœuvre dans le cadre des actes communautaires, qui visent à mettre en place des « *instruments non bureaucratiques et souples* ». Au sein du Conseil « Justice et Affaires intérieures », l'accent a d'ailleurs été mis sur la nécessité de « *garantir de manière fiable la responsabilité nationale exclusive des Etats vis-à-vis de leur marché du travail, dans le cadre des propositions de gestion de la migration de main-d'œuvre* »<sup>164</sup>. D'emblée, l'harmonisation s'annonce donc non seulement ciblée mais aussi « amortie ».

\*

Les règles déjà établies en faveur de l'immigration scientifique et les orientations actuelles dans le domaine de l'immigration économique accréditent l'hypothèse d'une ouverture modulée de l'espace européen. L'option préconisée par la Commission en novembre 2000 s'est ainsi progressivement concrétisée. Sa portée novatrice s'est cependant édulcorée, sous le double effet des réticences étatiques et de l'évolution des législations nationales. Des standards ont certes été posés, tels les procédures spécifiques d'admission en faveur des chercheurs (et bientôt des travailleurs hautement qualifiés), l'accès des étudiants étrangers au marché national du travail, la mobilité entre les Etats membres des « cerveaux » (chercheurs, étudiants, et dans l'avenir, travailleurs hautement qualifiés ou personnels dirigeants et spécialistes transférés au sein de leur entreprise), la préférence communautaire, éventuellement l'égalité de traitement avec les travailleurs

---

<sup>164</sup> Doc. 6193/1/07, sur la base duquel les Ministres ont procédé à un échange de vues, lors de la session du 15 fév. 2007.

nationaux... Toutefois, nombre de ces apports semblent davantage inspirés par le pragmatisme que soutenus par une réelle ambition politique. La recherche d'un dénominateur commun acceptable se fait systématiquement sentir, à croire que l'intérêt de l'Union peine à se distinguer de la somme, ou plus exactement de l'équilibre entre les intérêts nationaux. Qu'on y décèle un effort d'anticipation de la part des droits internes ou un phénomène de mimétisme de la part du droit communautaire, les stratégies convergent. Du point de vue des Etats comme de l'Union, « *il ne fait guère de doute que les flux d'immigration vont continuer à s'accroître et qu'ils seront plus que jamais nécessaires, à condition d'être maîtrisés et de s'accompagner d'une politique d'intégration efficace* »<sup>165</sup>.

C. Picheral

---

<sup>165</sup> T. Mariani, Rapport sur la politique européenne d'immigration, *rapport AN n° 1238*, 19 nov. 2003. Comparer avec les propos de la Commission européenne, dans sa communication « Emploi, immigration, intégration » : « *Il est de plus en plus probable que les flux d'immigration vont s'accroître et qu'ils seront plus que jamais nécessaires... Il sera donc essentiels de parvenir à gérer ces pressions migratoires grâce à des politiques d'entrée et d'installation adaptée* » (COM (2003)336 final, p. 17).

## CHAPITRE II – AMBIVALENCE DE L'INTEGRATION

« *L'intégration est un processus continu, à double sens, fondé sur des droits réciproques et des obligations correspondantes pour les ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans l'UE et leur société d'accueil* »<sup>1</sup>. En l'état actuel du traité CE, aucune disposition n'habilite expressément et spécifiquement le Conseil à œuvrer en la matière<sup>2</sup>. Cette absence de base juridique n'a cependant pas empêché les institutions d'en faire une des priorités de la politique européenne d'immigration. D'emblée, le programme de Tampere appelait à une « *politique d'intégration plus énergique* », qui devrait avoir pour ambition d'offrir aux ressortissants de pays tiers un « *ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'UE* » et qui « *devrait également favoriser la non-discrimination dans la vie économique, sociale et culturelle* »<sup>3</sup>. En des termes peut-être moins vigoureux, le programme de La Haye, à son tour, « *recommande l'instauration de l'égalité des chances, afin de permettre à ces ressortissants [de pays tiers en séjour régulier] d'être des membres à part entière de la société* » et insiste

---

<sup>1</sup> Conseil européen de Thessalonique, 19-20 juin 2003, Conclusions de la présidence, point 31 ; également Conseil européen, 4 et 5 novembre 2004, Annexe I, point 1.5. La Commission retient la même définition et précise que « *Cela implique d'une part qu'il incombe à la société d'accueil de veiller à la mise en place des droits formels des immigrants, d'une manière permettant à ceux-ci de participer à la vie économique, sociale, culturelle et civile et d'autre part que les immigrants respectent les normes et les valeurs fondamentales de la société d'accueil et participent activement au processus d'intégration, sans devoir abandonner leur identité propre* » (COM (2003)336 final, 3 juin 2003, p.18).

<sup>2</sup> C'est le traité établissant une Constitution pour l'Europe qui prévoit en son article III-267 que « la loi ou la loi-cadre européenne peut établir des mesures pour encourager et appuyer l'action des Etats membres en vue de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur leur territoire ». Toute harmonisation est cependant exclue.

<sup>3</sup> Conseil européen de Tampere, 15-16 oct. 1999, Conclusions de la présidence, point 18.

sur la nécessité d'un « *cadre européen cohérent en matière d'intégration* »<sup>4</sup>. A cette fin, le Conseil Justice et Affaires intérieures s'est rapidement attaché à définir des principes de base communs<sup>5</sup>. Mais c'est surtout la Commission qui est venue relayer l'impulsion politique – avec une grande constance<sup>6</sup>. Son « Programme commun pour l'intégration », en particulier, détaille les mesures qui devraient être prises, tant au niveau national qu'au niveau de l'Union. Parmi ces dernières, bien peu sont de nature législative. Il est toutefois plusieurs directives qui, sans porter directement sur le sujet, contribuent à des degrés divers à l'intégration des ressortissants de pays tiers dans leur société hôte.

La préoccupation, cependant, ne se résume pas à garantir aux intéressés un traitement équitable. L'intégration est une nécessité, parce qu'elle est à la fois « *bénéfique pour la stabilité et la cohésion de nos sociétés* »<sup>7</sup> et « *une condition préalable de l'efficacité économique* »<sup>8</sup>. L'insertion dans le marché du travail, notamment, est « *particulièrement importante si l'Europe veut attirer des migrants pour occuper des postes hautement qualifiés* »<sup>9</sup> et représente à ce titre, un élément « *pour atteindre les objectifs de Lisbonne* »<sup>10</sup>. Au-delà, la Commission ne s'est pas privée de faire valoir qu' « *un grand nombre de mesures d'intégration peuvent avoir une double utilité* », en ce sens qu'elle « *pourront aussi préparer le retour* »<sup>11</sup>. Dans les actes normatifs qui concernent indirectement cette thématique, la notion n'est pas

---

<sup>4</sup> Conseil européen, 4 et 5 novembre 2004, Annexe I, point 1.5.

<sup>5</sup> Conseil JAI, 19 nov. 2004, Doc. 14615/04.

<sup>6</sup> Commission européenne, « *La politique communautaire en matière d'immigration* », COM (2000)757 Final, 22 nov. 2000 ; *Immigration, intégration, emploi* », COM (2003)336 Final, 3 juin 2003 ; *Programme d'action en matière d'immigration légale*, COM (2005)669Final, 21 déc. 2005 ; *Programme commun pour l'intégration – Cadre relatif à l'intégration des ressortissants de pays tiers dans l'UE*, COM (2005)389 final, 1 sept. 2005.

<sup>7</sup> Conseil européen, 4 et 5 novembre 2004, Annexe I, point 1.5.

<sup>8</sup> Commission européenne, « *Emploi, immigration, intégration* », COM (2003)336 final, p. 17.

<sup>9</sup> COM (2000)757Final, p. 21.

<sup>10</sup> COM (2005)389 Final, p. 3.

<sup>11</sup> COM (2003)336 final, p. 19.

non plus dénuée d'ambivalence. En même temps qu'elle est un objectif revendiqué, l'intégration s'impose en effet comme une condition, certes facultative mais néanmoins expresse, pour bénéficier du dispositif<sup>12</sup> - de sorte que s'opère une forme de sélection entre les ressortissants de pays tiers. La logique de l'immigration choisie semble ainsi se prolonger au-delà du stade de l'admission – en aboutissant à ce que certains moyens d'intégration soient offerts non pas à ceux qui en auraient le plus besoin mais à ceux qui auraient déjà commencé à s'intégrer dans la société hôte.

Le propos ne concerne évidemment pas les directives relatives à la lutte contre le racisme, la xénophobie et les discriminations, qui représentent des garanties fondamentales (I). Il se vérifie en revanche, dans le cadre du regroupement familial et du statut de résident de longue durée. C'est d'autant plus significatif que si le regroupement familial apparaît comme un moyen assez minimal d'intégration (II), le statut de résident de longue durée, qui en est également un « *instrument essentiel* »<sup>13</sup>, correspond aujourd'hui au degré maximal de rapprochement avec le statut de citoyen européen (III).

---

<sup>12</sup> En 2003, la Commission relevait d'ailleurs que dans les débats en cours au niveau de l'Union sur les exigences en matière d'intégration, un aspect fondamental est « *la question de savoir si ces mesures [d'intégration] devraient ou non être obligatoires et les conséquences tant juridiques que financières que pourraient entraîner leur non-respect. La question du retrait éventuel du titre de séjour en cas de non-respect des mesures obligatoires prend une place croissante dans les négociations en cours au Conseil sur différentes propositions législatives* » (COM (2003)336Final, p. 9).

<sup>13</sup> Selon les termes du Conseil européen de Thessalonique, 19-20 juin 2003, Conclusions de la présidence, point 28.

## I- UNE GARANTIE FONDAMENTALE : LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS RACIALES ET LA XENOPHOBIE

D'emblée, le lien fut établi entre la politique de l'Union en matière d'intégration et la lutte contre les discriminations raciales et la xénophobie<sup>14</sup>. De fait la corrélation est élémentaire : on ne peut raisonnablement attendre d'un étranger qu'il s'intègre harmonieusement dans sa société hôte, s'il s'y trouve en butte à un racisme larvé et reste en situation d'exclusion. En outre, le préambule de chacun des actes adoptés sur la base de l'article 63 du traité CE précise qu'il incombe aux Etats de les mettre en œuvre « *sans faire de discriminations fondées notamment sur le sexe, la race ou la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou autres, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* »<sup>15</sup>.

Néanmoins, c'est naturellement sur la base du nouvel article

---

<sup>14</sup> Au titre du traitement équitable pour les ressortissants de pays tiers, le Conseil européen de Tampere demandait ainsi « *l'intensification de la lutte contre le racisme et la xénophobie* » (Conseil européen, 15-16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 19). Par la suite, le Conseil européen de Laeken soulignait encore qu'une véritable politique commune d'asile et d'immigration suppose l'établissement de programmes spécifiques en matière de lutte contre la discrimination et le racisme (Conseil européen, 14-15 déc. 2001, conclusions de la présidence, point 40), tandis que l'agenda de La Haye précise que l'intégration « *englobe la politique anti-discriminatoire mais ne se limite pas à celle-ci* » (Conseil européen, 4-5 nov. 2004, conclusions de la présidence, Annexe I, point 1.5).

<sup>15</sup> Directive 2003/109 du 25 nov. 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (*JOUE*, n° L 16, 23 janv. 2004, p. 44, considérant 5). Sous une forme éventuellement moins détaillée, la même clause se retrouve également dans la directive 2003/86 du 23 sept. 2003 relative au droit au regroupement familial (*JOUE*, n° L 251, 3 oct. 2003, p. 12, cons. 5) ; dans la directive 2004/114 du 13 déc. 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'étude, d'échange, de formation non rémunérée ou de volontariat (*JOUE*, n° L 375, 23 déc. 2004, p. 12, cons. 5) et dans la directive 2005/71 du 12 oct. 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche scientifique (*JOUE*, n° L 289, 3 nov. 2005, p.15, cons. 24).

13 du traité qu'ont été arrêtés les deux textes de référence en la matière, à savoir les directives 2000/43, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique<sup>16</sup>, et 2000/78, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail<sup>17</sup> - un programme d'action communautaire pour la lutte contre la discrimination ayant également été mené au cours de la période 2001-2006<sup>18</sup>.

Les deux directives visent à compléter et renforcer les mesures nationales existantes<sup>19</sup>, en offrant une définition commune des discriminations illicites et en engageant les Etats à supprimer ou neutraliser, dans leurs ordres juridiques respectifs, toute disposition directement ou indirectement discriminatoire, dans des domaines soigneusement définis<sup>20</sup>. Par souci d'effectivité, l'accent est aussi mis sur le dialogue avec les partenaires sociaux, afin d'organiser une surveillance des pratiques sur les lieux de travail ; dans une perspective d'autorégulation, la rédaction de textes (code de bonnes conduites) et d'accords (conventions collectives) est encouragée pour promouvoir l'égalité de traitement et surtout, des mécanismes de garantie sont prévus : renforcement de l'accès à la

---

<sup>16</sup> Directive du 29 juin 2000, *JOCE*, n° L 180, 19 juil. 2000, pp. 22-26.

<sup>17</sup> Directive du 27 novembre 2000, *JOCE*, n° L 303, 2 déc. 2002, pp. 16-22.

<sup>18</sup> Décision 2000/750, 27 nov. 2000, établissant un programme d'action communautaire pour lutter contre la discrimination, *JOCE*, n° L 303, 2 déc. 2000, p. 23. L'objectif global est d'améliorer la connaissance et l'appréciation des facteurs de discrimination, de développer la coopération transnationale et de promouvoir les meilleures pratiques.

<sup>19</sup> En ce sens, les obligations imposées aux Etats sont minimales, une clause de non-régression leur interdisant d'abaisser leur propre standard de protection.

<sup>20</sup> La directive 2000/78 condamne ainsi les discriminations en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle, de conditions d'emploi et de travail, d'affiliation à certains organismes ; la directive 2000/43 couvre des domaines plus vastes plus qu'elle prohibe également les discriminations en matière d'éducation, d'accès aux biens et aux services (y compris en matière de logement), de protection sociale (y inclus la sécurité sociale et les soins de santé).

justice ou à des procédures de conciliation<sup>21</sup> ; inversion de la charge de la preuve dès que des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination sont établis ; protection des victimes contre d'éventuelles mesures de rétorsion en particulier le licenciement... Enfin, les Etats sont appelés à introduire des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées en cas de contravention aux dispositions communautaires<sup>22</sup>. Au demeurant, une décision-cadre parallèle est en cours d'adoption, en vue d'assurer une répression pénale<sup>23</sup>.

Sans les concerner exclusivement, ces directives devraient d'évidence bénéficier tout particulièrement aux ressortissants de pays tiers<sup>24</sup>, qui peuvent rencontrer de plus grandes difficultés que des nationaux à faire cesser et condamner une discrimination dont ils feraient l'objet. De par leurs objectifs, elles tendent d'ailleurs indéniablement à favoriser l'intégration des étrangers au sein de l'Union européenne : la directive 2000/43 indique ainsi, dans son considérant 12, vouloir contribuer au « *développement de sociétés démocratiques et tolérantes permettant la participation de tous les*

---

<sup>21</sup> Au terme de la directive 2000/43, les Etats doivent notamment permettre que des actions soient engagées au nom de la victime par une association, une organisation ou toute autre personne morale.

<sup>22</sup> Pour une présentation plus générale, voir notamment J.-F. Flauss, L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie, *RTDH*, 2001, n° 46, pp. 487-515.

<sup>23</sup> Après quelque six ans de négociation, la première proposition ayant été présentée en 2001 (COM (2001)664), le Conseil JAI est enfin parvenu à un accord politique sur la base du document 5118/07, lors de sa session du 19 avril 2007. De son côté, le Parlement européen recommandait, le 21 juin 2007, de mettre en place un cadre complet en faveur de la lutte contre la discrimination sous toutes ses formes par l'adoption rapide d'une directive globale, prévoyant des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives ainsi que des sanctions administratives ou des sanctions de réhabilitation, telles que des travaux d'intérêt général (P6 – TA(2007)285).

<sup>24</sup> En ce sens, O. Dubos, « Quel statut personnel pour les ressortissants des États tiers ? », in H. Gaudin (dir.), *De nouvelles frontières pour le droit communautaire? La question du champ d'application*, *RAE*, 2004, p. 86 et E. Howard, « Anti Race Discrimination Measures in Europe : An Attack on Two Fronts », *ELJ*, Juillet 2005, p. 479.

*individus quelle que soit leur race ou leur origine ethnique* ». Néanmoins, cette ambition louable n'est peut être pas suivie de conséquences aussi favorables aux ressortissants des pays tiers que certaines formules euphoriques peuvent le laisser penser.

En effet, l'article 3 § 2 de ces directives restreint considérablement leur champ d'application, en indiquant d'une part qu'elles ne visent pas les différences de traitement fondées sur la nationalité<sup>25</sup> et d'autre part qu'elles s'entendent sans préjudice des dispositions relatives à l'entrée et au séjour sur le territoire des États membres des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides et de tout traitement spécifique lié à leur statut juridique.

La portée exacte de cette clause est certes controversée. D'un côté, on pourrait penser qu'elle revient à exclure toute discrimination visant les ressortissants de pays tiers<sup>26</sup>, aboutissant en définitive à soustraire cette catégorie de personnes au champ d'application *ratione personae* des directives<sup>27</sup>. D'un autre côté, un considérant indique bien, dans ces deux textes, que l'interdiction des discriminations « *doit également s'appliquer aux ressortissants de pays tiers* » et apporte en outre une précision instructive, en soulignant l'absence d'incidence sur « *les dispositions régissant [...] leur accès à l'emploi et au travail* »<sup>28</sup>. L'objectif poursuivi par

---

<sup>25</sup> Il faut donc établir une distinction entre cette forme de discrimination, qui renvoie à un lien de nature juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts et de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs (pour reprendre les termes de la Cour internationale de justice dans le célèbre arrêt *Nottebohm*, à propos de la notion de nationalité) et les discriminations fondées sur la race – notion de nature anthropologique qui désigne « un groupement naturel d'hommes, présentant un ensemble de caractères physiques héréditaires communs, quels que soit leur langage, leurs mœurs ou leur nationalité » (M. Grawitz, *Lexique de Sciences sociales*, Dalloz, 1981, spéc. p. 304).

<sup>26</sup> En ce sens, D. Schiek, « A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law ? », *ELJ*, Juin 2002, p. 294.

<sup>27</sup> *Contra*, E. Dubout, *L'article 13 TCE, la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, § 349.

<sup>28</sup> Considérant 13 de la directive 2000/43 et considérant 12 de la directive 2000/78.

les États<sup>29</sup> apparaît alors plus clairement : il s'agirait d'empêcher notamment que les directives combattant les discriminations ne puissent permettre aux intéressés de contourner les impossibilités de travailler attachées à certains types de droit de séjour<sup>30</sup>. Bien que la Cour de justice n'ait pas pris position<sup>31</sup>, il semble que la lettre et l'effet utile des directives 2000/43 et 2000/78 doivent conduire à privilégier cette seconde interprétation<sup>32</sup>.

Force est cependant de tempérer les propos de la Commission, selon laquelle « *les directives arrêtées en 2000 conféreront de nouveaux droits importants, tant aux migrants qui arrivent sur le territoire de l'Union qu'aux minorités ethniques déjà installées* »<sup>33</sup>. Même si les ressortissants de pays tiers ne sont pas exclus du bénéfice de ces textes, ils ne pourront pas s'en prévaloir pour obtenir un traitement identique à celui réservé aux nationaux<sup>34</sup> ou contester les différenciations introduites par les dispositions nationales ou communautaires régissant leur statut. Dès lors, si la lutte contre les discriminations et la xénophobie peut

---

<sup>29</sup> C'est visiblement lors de la discussion au sein du Conseil que le paragraphe 2 de l'article 3 a été ajouté. Il n'apparaît dans aucune des propositions de la Commission.

<sup>30</sup> Voir E. Dubout, *L'article 13 TCE, la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*.

<sup>31</sup> La Cour s'est seulement prononcée sur des recours en manquement d'États pour la non transposition de ces directives dans le délai prescrit. Voir, par exemple, CJCE, 4 mai 2005, Commission c/ Autriche, C-335/04, Rec. P. I-.

<sup>32</sup> En ce sens, voir Commission européenne, « Emploi, immigration, intégration », COM(2003)336, p. 6. L'institution relève que « même si ces directives ne s'attaquent pas aux discriminations fondées sur la nationalité et sont sans préjudice des conditions applicables à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et du traitement qui découle de leur statut juridique, elles s'appliquent à toutes personnes résidant dans les États membres et donc aux ressortissants de pays tiers ». Également et sur la base du même argument, voir M. Illamola Dausa, *Egalité et intégration*, in H. Labayle, F. Julien-Laférrière, Ö. Edström, *La politique européenne d'asile et d'immigration : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant 2005, pp. 175-202, spéc. p. 181.

<sup>33</sup> COM(2003)336, p. 6.

<sup>34</sup> Puisque les différences de traitement fondées sur la nationalité ne sont pas couvertes.

être considérée comme une garantie fondamentale de l'intégration des étrangers au sein de l'Union, cette garantie est néanmoins lacunaire et demeure subsidiaire par rapport aux textes spécifiques adoptés sur la base du titre IV du TCE.

Parmi ces textes spécifiques censés déterminer le statut de certaines catégories d'étrangers au sein de l'espace communautaire, la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial constitue un moyen minimal d'intégration.

## II - UN MOYEN MINIMAL : LE REGROUPEMENT FAMILIAL (DIRECTIVE 2003/86)

Ainsi que l'a itérativement souligné la Commission<sup>35</sup>, le regroupement familial contribue incontestablement à l'intégration de l'étranger dans son pays d'accueil. Mais il constitue également la première source d'immigration légale dans les pays de l'Union européenne, ce qui peut expliquer la réticence des Etats à l'égard d'un encadrement communautaire de leurs compétences dans ce domaine. La directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial<sup>36</sup> en garde d'ailleurs les stigmates. Le texte final a déçu<sup>37</sup>. Non seulement les négociations se sont avérées laborieuses mais

---

<sup>35</sup> La toute première proposition de directive en la matière (COM (1999) 638 final, point 2.2) relevait que « *le regroupement familial est un moyen nécessaire pour réussir l'intégration des ressortissants de pays tiers* ». Lors des discussions au Conseil, le Commissaire Vitorino soulignait que « *le regroupement familial devait être un facteur d'intégration des personnes concernées et que l'approche du problème devait s'inspirer de cette considération* » (Conseil « Justice et Affaires intérieures », 27 avr. 2001, Doc. N° 12204/01). Dans sa communication « Emploi, immigration, intégration », la Commission qualifiait encore le droit au regroupement familial de « *moyen d'intégration incontournable* » (COM(2003)336 final, p. 5).

<sup>36</sup> Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOUE*, 3 octobre 2003, n° L 251, pp. 12-18. On relèvera que conformément à leur position particulière à l'égard du titre IV, ni le Royaume-Uni, ni l'Irlande n'ont choisi de participer à l'adoption de cet acte, qui faute de constituer un développement de l'acquis Schengen, n'est pas non plus susceptible de s'appliquer au Danemark.

<sup>37</sup> Voir G. Brinkmann, « The Immigration and Asylum Agenda », *ELJ*, Mars 2004, p. 190.

les choix opérés - afin d'arbitrer entre l'impératif de régulation de l'immigration, mis en avant par les États, et la nécessité de permettre aux ressortissants de pays tiers résidants légalement sur le territoire d'un État membre de mener une vie familiale normale - n'ont cessé d'alimenter la critique, en doctrine<sup>38</sup> ou devant le juge communautaire. Estimant que la directive ne respectait pas les droits fondamentaux et particulièrement le droit au respect de la vie familiale, le Parlement européen n'a pas hésité à former un recours en annulation.

Dans son arrêt du 27 juin 2006<sup>39</sup>, la Cour de justice ne retient certes aucun des griefs exprimés par l'assemblée<sup>40</sup>. Cependant, elle engage plusieurs fois les États à faire en sorte que l'application des règles posées par la directive soit conforme aux droits fondamentaux garantis par la jurisprudence communautaire<sup>41</sup>, d'autant plus que le législateur national conserve la faculté « *d'adopter ou de maintenir des conditions plus favorables* »<sup>42</sup>. Se fondant subsidiairement sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et tirant ainsi, pour la première fois<sup>43</sup>, les conclusions logiques de l'inscription désormais systématique de ce texte dans les actes de droit dérivé, la Cour place au coeur de son raisonnement l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ainsi que la jurisprudence afférente de la Cour de Strasbourg (CourEDH). Dès

---

<sup>38</sup>Notamment, C. Urbano de Sousa, « Le regroupement familial au regard des standards internationaux », in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle et Ö Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 127-139.

<sup>39</sup>CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne, C-540/03, Rec. p. I, *AJDA*, 2006, p. 2285, L. Burgogue-Larsen.

<sup>40</sup> Les différents moyens seront abordés *infra*.

<sup>41</sup> Voir le point 104 dans lequel cette affirmation apparaît clairement, ainsi que les points 63, 64, 70, 87 et 90.

<sup>42</sup> Article 3 § 5, Dir. 2003/86.

<sup>43</sup> C'est dans cet arrêt que la Cour de justice se réfère pour la première fois expressément à la Charte des droits fondamentaux. Elle mentionne également le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention relative aux droits de l'enfant (points 37 et 57) et la Charte sociale européenne (point 107).

lors, si certains aspects du droit au regroupement familial (tels qu'ils sont exposés par la directive) peuvent paraître difficilement compatibles avec le droit au respect de la vie familiale (tel que défini par la jurisprudence de la CourEDH), il reviendra aux juridictions nationales de s'assurer que l'application de la norme communautaire se fait conformément au droit de la Convention<sup>44</sup>, quitte à ce qu'elles saisissent la Cour de justice d'un éventuel renvoi préjudiciel<sup>45</sup>. Face aux craintes entretenues par la lettre de la directive, l'arrêt du 27 juin 2006 semble vouloir empêcher un abaissement du standard européen de protection du fait du droit communautaire et ouvrir la voie, au contraire, à une convergence accrue des protections communautaire, conventionnelle, et nationales.

L'appréciation de la directive suppose donc d'examiner avec attention la façon dont les Etats ont entendu la transposer, même si cela ne permet pas d'anticiper avec certitude la manière dont les autorités administratives traiteront les demandes dont elles seront saisies. L'accent sera essentiellement mis sur l'exemple français, même s'il pourra être fait référence, de temps à autre, à la législation d'autres États membres de l'Union européenne. Plus précisément, l'analyse s'attachera à la loi « relative à l'intégration et à l'immigration » du 24 juillet 2006<sup>46</sup> et au décret n°2006-1561 du 8 décembre 2006 « relatif au regroupement familial des étrangers et modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire) »<sup>47</sup>, qui sont récemment venus transposer la directive 2003/86, afin de dégager les modifications que cela entraîne pour le droit français des étrangers.

Sur ces bases, on avouera que l'apport de l'harmonisation

---

<sup>44</sup> D'ailleurs, au-delà du strict droit communautaire, les États sont également liés par d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, dont les prescriptions peuvent tout autant s'avérer contraires à certaines restrictions posées par la directive. Voir les exemples *infra*.

<sup>45</sup> Ce que la Cour de justice rappelle au point 105 de l'arrêt.

<sup>46</sup> *JORF* n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

<sup>47</sup> *JORF* n° 286 du 10 décembre 2006, p. 18720.

reste mesuré. Bien que la réglementation du droit au regroupement familial au niveau communautaire représente à certains égards une avancée (A), la volonté de maîtriser les flux migratoires est largement perceptible. Loin de bénéficier à tous les étrangers en situation régulière, la promotion de l'intégration se recentre quelque peu derrière la logique de l'immigration choisie : au terme de la directive, le regroupement familial se présente comme un mécanisme soigneusement circonscrit, au point que l'on a pu se demander si l'action de la Communauté en la matière tendait à garantir un droit ou à en restreindre l'exercice<sup>48</sup> (B).

### A – Une avancée relative

Au regard des standards européens préexistants, l'apport de la directive 2003/86 tient surtout à l'établissement d'un droit au regroupement familial en faveur des ressortissants de pays tiers (1). Mais dans une moindre mesure, son mérite s'apprécie aussi en terme de rapprochement avec le statut des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, dans l'hypothèse où l'Etat d'accueil entendrait leur retirer le bénéfice dudit droit. Car, bien que les autorités nationales ne soient pas soumises au même degré de contrainte, elles doivent prendre en compte des critères personnels comparables, inspirés de la jurisprudence européenne des droits de l'homme (2).

#### 1 - L'établissement d'un droit au regroupement familial en droit communautaire

*a) Les standards préexistants.* Jusqu'à l'adoption de la directive 2003/86, seuls les citoyens de l'Union tiraient des règles communautaires le droit de se faire accompagner ou rejoindre, dans un autre Etat, par les membres de leur famille. Pourvu qu'ils aient cette qualité, des ressortissants de pays tiers pouvaient donc bénéficier d'une mesure de regroupement familial et la

---

<sup>48</sup> H. Labayle, Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible, *RAE*, 2006/1, pp. 93-109, spéc. p. 102.

jurisprudence constructive de la Cour de justice n'a pas manqué de leur profiter – qu'il s'agisse de donner une interprétation extensive<sup>49</sup> (et autonome<sup>50</sup>) de la notion d'ascendant (à charge), de relativiser les considérations tenant à l'irrégularité initiale du séjour en présence d'un mariage authentique<sup>51</sup>, ou encore de s'opposer à une mesure de refoulement<sup>52</sup> ou d'expulsion<sup>53</sup>. Le raisonnement du juge, cependant, se fonde exclusivement sur le droit au respect de la vie familiale du citoyen de l'Union et suppose que ce dernier exerce sa liberté de circulation<sup>54</sup>. En dehors de ces hypothèses, qui sont aujourd'hui régies par la directive 2004/38<sup>55</sup>, le droit communautaire n'appréhendait pas la question.

D'un autre côté, il est impossible de déduire de la CEDH un droit général au regroupement familial<sup>56</sup>. Certes, l'article 8 garantit le droit au respect de la vie familiale et le juge de la Convention a développé, sur ce fondement, une jurisprudence protégeant les

---

<sup>49</sup> CJCE, 19 oct. 2004, Zhu et Chen, aff. C-200/02, *Rec.* p. I-9925, *Europe*, 2004, n° 401, obs. D. Simon

<sup>50</sup> CJCE, 9 janv. 2007, Jia, aff. C-1/05, non encore publié, *Europe*, mars 2007, n° 86, obs. F. Kauff-Gazin.

<sup>51</sup> CJCE, 23 sept. 2003, Akrich c/ Secretary of State for Home Department, aff. C-109/01, *Rec.* I-9607, *Europe*, novembre 2003, n°353, obs. L. Idot, *RTDH*, 2004, pp. 726-727, obs. Ch. Maubernard.

<sup>52</sup> CJCE, 25 juil. 2002, MRAX, aff. C-459/99, *Rec.* p. I-6591.

<sup>53</sup> CJCE, 11 juil. 2002, Carpenter, aff. C-60/00, *Rec.* p. I-6279

<sup>54</sup> Les situations purement internes ne sont pas couvertes par le droit communautaire, voir CJCE, 18 oct. 1990, Dzodzi, aff. C-297/88 et C-197/88, *Rec.* p. I-3763.

<sup>55</sup> Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (*JOUE*, 30 avril 2004, n° L158, pp. 77-123 et rectificatif au *JOUE*, 29 juin 2004, n° L229, pp. 35-38). Partant, les dispositions de la directive 2003/86 ne sont pas applicables aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union.

<sup>56</sup> Les propos qui suivent sont en partie reproduit de R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Thèse, Montpellier I, 2006, pp. 576-578.

étrangers contre l'éloignement<sup>57</sup>. Néanmoins, la Cour n'en est encore jamais venu à consacrer formellement un droit subjectif qui permette aux familles de choisir de résider dans un certain pays<sup>58</sup>. Même s'il est acquis que le respect de l'article 8 peut nécessiter des mesures positives, il n'est pas si fréquent qu'un Etat partie se voit condamné faute d'avoir admis au séjour un conjoint, parent ou enfant d'immigrés. Régulièrement, la Cour rappelle que les Etats ont le droit souverain de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol et leur reconnaît à ce titre une large marge d'appréciation, qui, pendant longtemps, n'a pas fait l'objet d'un contrôle effectif. Cette jurisprudence a connu une inflexion avec l'arrêt *Sen*<sup>59</sup>, dont il ressort que les obligations positives découlant de l'article 8 ne doivent pas être analysées sous le seul angle du contrôle de l'immigration, mais que leur appréciation doit résulter d'un réel test de proportionnalité. Dans cette ligne, l'arrêt *Tuquabo-Tekle* semblait pouvoir initier une évolution vers la reconnaissance d'un droit au regroupement familial, bien que la Cour s'y soit en l'occurrence refusée<sup>60</sup>. Mais depuis l'arrêt *Üner*<sup>61</sup>, il est légitime de

<sup>57</sup> Voir notamment les arrêts CourEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, A. 94 et CourEDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*, A. 234-A, *GACEDH*, n°52.

<sup>58</sup> CourEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, points 67-69 ; CourEDH, 19 février 1996, *Gül c/ Suisse*, *Rec. 1996-I*, point 38, *JCP G*, 1997, I, 4000, n°36, F. Sudre ; Cour EDH, 28 nov. 1996, *Ahmut c/ Pays-Bas*, *Rec. 1996-IV*, point 67.

<sup>59</sup> CourEDH, 21 décembre 2001, *Sen c/ Pays-Bas*, req. n°31465, *JCP G*, 2002, I, 105, n°14, F. Sudre.

<sup>60</sup> CourEDH, 1er décembre 2005, *Tuquabo-Tekle c/ Pays-Bas*, req. n°60665/00, *RDP*, 2006, p. 806, F. Sudre. Elle réitère dans cet arrêt l'affirmation selon laquelle « *En matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par les couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire* » (point 43).

<sup>61</sup> CourEDH, 18 octobre 2006, *Uner c/ Pays-Bas*, Req. n°46410/99, *JCP G*, 2007, I 106, F. Sudre et les remarques critiques de H. Labayle, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, *RFDA*, 2007, pp. 101-119, spéc. pp. 111-112. Pour une lecture plus nuancée mais fondée sur les considérations de la Cour à propos du droit au respect de la vie privée, voir la chronique de J.-F. Flauss, *AJDA*, 30 avril 2007, p. 906.

s'interroger sur les perspectives d'une orientation jurisprudentielle mettant davantage l'accent sur le respect de la vie privée et familiale des étrangers. En effet, dans cet arrêt, la Grande chambre entend fixer pour l'avenir<sup>62</sup> une grille de lecture dont l'application par le juge conduit à « sur-pondérer » la gravité de l'atteinte à l'ordre public<sup>63</sup> face à la situation familiale du requérant<sup>64</sup>.

*b) L'interprétation authentique de la directive 2003/86* – Dans ce contexte, la directive 2003/86 constitue incontestablement une avancée sur le terrain des droits des étrangers au sein de l'espace européen. C'est le constat qui est fait par la Cour de justice lorsqu'elle relève, par comparaison avec l'article 8 de la CEDH, les articles 9§1 et 10§1 de la Convention relative aux droits de l'enfant ou encore les articles 7 et 24 §§2 et 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, que la directive « *va au-delà de ces dispositions, [car] l'article 4 § 1 de la directive impose aux États membres des obligations positives précises, auxquelles correspondent des droits subjectifs clairement définis, puisqu'il leur impose, dans les hypothèses déterminées par la directive, d'autoriser le regroupement familial de certains membres de la famille du regroupant sans pouvoir exercer leur marge d'appréciation* »<sup>65</sup>.

Toutefois une réserve s'impose : s'il existe bien un droit subjectif au regroupement familial qui peut être exercé suivant

---

<sup>62</sup> La Cour indique dans le § 60 de l'arrêt que les éléments qu'elle présente « *doivent être pris en compte dans toutes les affaires concernant des immigrés établis censés être expulsés et/ou interdits du territoire à la suite d'une condamnation pénale* ».

<sup>63</sup> Selon le terme employé dans l'opinion dissidente commune aux juges Costa, Zupancic et Türmen, § 16.

<sup>64</sup> En l'occurrence, le requérant avait résidé 17 ans aux Pays-Bas, menant une vie de couple depuis sept ans avec une néerlandaise et avait deux enfants mineurs de nationalité néerlandaise qui, comme leur mère, n'ont aucun lien avec la Turquie, pays où le requérant a été expulsé suite à une interdiction du territoire de dix ans résultant d'une condamnation pour homicide involontaire.

<sup>65</sup> CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, *op. cit.*, point 60.

certaines conditions, il ne s'agit pas d'un droit fondamental. L'arrêt de la Cour permet certes d'envisager une évolution. Néanmoins, en l'état actuel, deux droits différents coexistent : un droit « classique » au regroupement familial prévu par la directive; et un droit fondamental au respect de la vie familiale qui peut, dans certains cas, imposer un regroupement familial. Comme le remarque Olivier De Schutter dans son *rapport sur les droits fondamentaux dans l'UE en 2003*, le principal reproche qui peut être fait à la directive à ce stade est de n'avoir pas clairement fait la distinction<sup>66</sup>. En effet, la confusion pourrait laisser penser aux États qu'ils peuvent se fonder sur la directive 2003/86 pour opposer une fin de non-recevoir à une demande de regroupement familial ou de renouvellement de titre de séjour valablement fondée sur le droit garanti par l'article 8 de la CEDH. C'est précisément cette source de confusion que la Cour de justice a entendu tarir en indiquant avec force que, si la directive soumet le bénéfice du droit au regroupement familial à plusieurs conditions, celles-ci ne sauraient conduire à remettre en cause le droit fondamental à la protection de la vie familiale, qui constitue un standard minimal auquel il ne peut être porté atteinte. Les juridictions nationales devront donc y veiller<sup>67</sup>.

Au demeurant, la directive elle-même commande aux Etats de respecter un juste équilibre, dans certaines circonstances.

## 2- La prise en compte de la protection du droit au respect de la vie familiale dans les conditions de retrait

En contrepoint à l'établissement d'un droit au regroupement familial, il convient de considérer la faculté qu'ont les autorités nationales de s'opposer à son exercice. A cet égard, on ne saurait dire que la directive 2003/86 opère un strict encadrement des compétences étatiques. Pour être recensés de manière exhaustive

---

<sup>66</sup> *Rapport sur les droits fondamentaux dans l'UE en 2003*, p. 51 (document disponible sur le site internet de la Commission européenne: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm)).

<sup>67</sup> Voir les points 104 à 106 de l'arrêt précité.

aux articles 6 et 16 de la directive, les motifs justifiant qu'un Etat rejette une demande de regroupement, retire le titre de séjour d'un membre de la famille ou en refuse le renouvellement sont nombreux (a). Toutefois, si certaines de ces dispositions peuvent paraître, en elles-même, difficilement acceptables au regard de la protection des droits individuels, leur mise en œuvre doit s'effectuer conformément aux articles 18 et surtout 17, qui introduit des paramètres issus de la jurisprudence de la CourEDH. (b). Par rapport aux autres directives adoptées sur la base de l'article 63§3 (hors celle concernant le statut de résident de longue durée), c'est ce qui fait l'intérêt du texte.

*a) Des motifs diversifiés* – D'emblée, l'article 6 pose une réserve traditionnelle tenant à « des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ». S'il est exclu que la seule survenance de maladies ou d'infirmité après la délivrance du titre de séjour puisse justifier une mesure d'éloignement, l'absence de précisions accompagnant la référence à la santé publique a déjà été dénoncée<sup>68</sup>. La notion d'ordre public n'est pas davantage délimitée. A l'inverse de la directive 2004/38 (concernant les citoyens européens et les membres de leur famille), la directive 2003/86 n'interdit pas expressément aux États d'invoquer des motifs à finalité économique lorsqu'ils se prévalent de l'article 6<sup>69</sup>. Elle n'exige pas non plus que le comportement personnel de l'intéressé constitue une menace grave à un intérêt fondamental de la société. Enfin, une condamnation pénale pourrait suffire à déclencher le jeu

---

<sup>68</sup> Dans ses conclusions de 2004, le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux de l'Union européenne constatait ainsi que la législation chypriote peut considérer, en accord avec les dispositions de la directive, que le SIDA, les hépatites et les maladies vénériennes constituent des obstacles au regroupement familial ce qui paraît être, par contre, en contradiction avec les dispositions de la Charte sociale européenne révisée (pp 50-51 des conclusions, document disponible sur le site internet de la Commission européenne: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm)).

<sup>69</sup> Voir l'article 27 de la directive 2004/38/CE et, concernant le statut de résident de longue durée, les articles 8 § 2 et 12 § 2 de la directive 2003/109/CE.

de la réserve<sup>70</sup> Cette différence de traitement entre ressortissants de pays tiers et citoyens européens n'est cependant pas totalement infondée et peut s'expliquer par la nécessité de laisser aux États une certaine marge de manœuvre dans la gestion des flux migratoires. Elle traduit également le statut particulier dont jouit le citoyen européen, qui le distingue à la fois des nationaux et des étrangers en situation régulière<sup>71</sup>. En tout état de cause, cette clause d'ordre public correspond à la fois aux pratiques nationales existantes<sup>72</sup> et au droit de la CEDH, le paragraphe second de l'article 8 CEDH admettant la conventionnalité d'une ingérence qui vise à préserver l'ordre public, dans la mesure où elle est prévue par la loi, poursuit un but légitime et, surtout, s'avère nécessaire dans une société démocratique<sup>73</sup>. Bien que l'exigence de proportionnalité ne soit pas formellement posée, nous verrons plus loin qu'elle transparait dans le texte communautaire.

L'article 16, de son côté, n'énumère pas moins de cinq circonstances justificatives différentes<sup>74</sup>. Deux d'entre elles, relevant de la fraude<sup>75</sup>, ne semblent pas devoir susciter de

---

<sup>70</sup> Le considérant 14 de la directive 2003/86 indique ainsi que la notion d'ordre public « peut couvrir la condamnation pour infraction grave » et « les cas où un ressortissant de pays tiers appartient à une association qui soutient le terrorisme ou a des visées extrémistes ».

<sup>71</sup> La CourEDH a d'ailleurs récemment reconnu de façon particulièrement explicite l'originalité du statut de citoyen de l'UE dans son arrêt Mendizabal (CourEDH, 17 janvier 2006, Aristimuño Mendizabal, req. n°51431/99, *JCP G*, 2 août 2006, n°31, I, 164, F. Sudre).

<sup>72</sup> Voir ainsi, concernant le droit français, l'article L 411-6 du CESEDA.

<sup>73</sup> Pour un aperçu de la jurisprudence de la CourEDH dans ce domaine, voir CourEDH, 26 mars 1992, Beldjoudi c/ France, *op. cit.* et F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2006, 8e édition, § 268 et les références citées au § 288.

<sup>74</sup> On laisse de côté l'hypothèse dans laquelle les membres de la famille peuvent se voir retirer leur titre de séjour, lorsque celui du regroupant arrive à échéance sans avoir été renouvelé et qu'ils ne disposent pas de titres de séjours autonomes.

<sup>75</sup> Lorsque le regroupement a été obtenu en ayant recours à des manœuvres frauduleuses, comme des documents falsifiés, ou à l'aide d'un mariage, partenariat ou adoption de complaisance visant seulement à permettre à la personne concernée de séjourner sur le territoire de l'État membre (art. 16, § 2 point a et b).

remarques particulières. On ne s'attardera pas non plus sur le motif tiré du fait que le regroupant vit en état de polygamie ou entretient une relation durable avec une autre personne (art. 16§1, point c), sinon pour signaler l'expression d'une valeur européenne d'ordre public.

En revanche, les autres dispositions de l'article 16§1 appellent une appréciation différente. Il en ressort qu'à défaut de remplir les conditions fixées par la directive (cf. *infra*) ou d'entretenir une vie familiale ou conjugale effective, les membres de la famille peuvent ne pas être autorisés à séjourner. Bien qu'elles soient empreintes de logique, ces hypothèses sont problématiques à plusieurs égards. Que la perte par le regroupant de sa source de revenu, donc de son travail, ou bien de son logement soit ainsi « sanctionnée » paraît particulièrement injuste<sup>76</sup> et contribue à maintenir les ressortissants de pays tiers dans une situation de précarité. En outre, établir un rapport d'automatisme entre la rupture de la relation conjugale et la fin du droit de séjour du conjoint du regroupant conduit à placer ce dernier dans une relation de dépendance étroite, d'autant plus que la directive n'incite pas les États à accorder rapidement un titre de séjour autonome aux membres de la famille. Elle se borne en effet à fixer un délai maximal de cinq ans, sans distinction<sup>77</sup>, là où la directive 2004/38 prévoit, pour les citoyens européens, un délai variant de un à trois ans, en fonction des causes de rupture de la vie commune<sup>78</sup> (décès du regroupant ou bien séparation ou divorce). Sur ces questions, le droit français offre d'ailleurs un niveau de protection supérieur à celui du droit communautaire, alors même qu'il enregistre un certain recul. Car s'il fait passer de deux à trois ans la durée nécessaire pour l'obtention d'un titre de séjour

---

<sup>76</sup> En ce sens, C. Urbano De Sousa, « Le regroupement familial au regard des standards internationaux », *op. cit.*, p. 135.

<sup>77</sup> Article 15 § 1 de la directive.

<sup>78</sup> Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (*JOUE*, 30 avril 2004, n° L158, pp. 77-123 et rectificatif au *JOUE*, 29 juin 2004, n° L229, pp. 35-38), articles 12 et 13.

autonome, l'article L 431-2 du CESEDA<sup>79</sup> prévoit une série de situations dans lesquelles il ne peut être mis fin au droit de séjour du conjoint du regroupant : lorsque la rupture de la vie commune résulte du décès du regroupant ; que le regroupant, qui bénéficie d'une carte de résident, contribue à l'entretien et l'éducation des enfants nés de cette relation ou que la communauté de vie a été rompue à l'initiative du conjoint bénéficiaire du regroupement lorsqu'il était victime de violences conjugales<sup>80</sup>.

En bref, le chapitre VII de la directive 2003/86 ne paraîtrait guère réaliser d'avancée, s'il ne comportait parallèlement des garanties.

*b) Des garanties réaffirmées* - Les articles 17 et 18 de la directive établissent un cadre général dans lequel doit s'inscrire toute décision négative.

En des termes un peu contournés, l'article 18 revient à consacrer, assez classiquement, un droit de recours. L'affirmation est nécessaire mais aurait mérité des développements plus complets, visant à mieux définir les garanties procédurales dont devraient bénéficier les ressortissants de pays tiers<sup>81</sup>.

L'article 17 est, quant à lui, beaucoup plus satisfaisant au regard de la protection des droits fondamentaux des étrangers. Il précise en effet que, dans l'un des cas évoqués ci-dessus, « *les États membres prennent dûment en considération la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de résidence dans l'État membre, ainsi que l'existence d'attaches familiales, culturelles ou sociales avec son pays d'origine* ». Dans le cadre de la réserve d'ordre public, ces éléments sont appelés à balancer la gravité ou la nature de l'infraction commise par le membre de la

---

<sup>79</sup> Tel que modifié par l'article 47 de la loi du 24 juillet 2006.

<sup>80</sup> Cette dernière mesure acquiert sa pleine dimension en rappelant que la majorité des personnes rejoignant leur conjoint au titre du regroupement familial sont des femmes. Il s'agit donc d'éviter qu'une femme victime de violence conjugale voit son titre de séjour lui être retiré du seul fait qu'elle a tenté de fuir ces violences.

<sup>81</sup> Voir ainsi les articles 30 et 31 de la directive 2004/38/CE.

famille, ou les dangers qu'il peut représenter<sup>82</sup>. La garantie n'est pas nouvelle. Ce sont les critères fixés par la CourEDH dans l'appréciation d'une éventuelle atteinte au droit au respect de la vie familiale<sup>83</sup> qui intègrent le droit communautaire dérivé. L'insertion n'en est pas moins essentielle à plus d'un titre.

De ce fait, la directive semble vouloir mettre en pratique l'affirmation, inscrite au deuxième considérant, selon laquelle « *les mesures concernant le regroupement familial devraient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale (...). La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par l'article 8 de la CEDH et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». En liaison avec l'article 5 § 5, qui prévoit que les autorités nationales doivent prendre « *dûment en considération l'intérêt supérieur de l'enfant mineur* », l'article 17 a permis à la Cour de justice<sup>84</sup> de « *vider de toute dangerosité* » les dispositions déferées à son contrôle, en les « *transfigurant par une interprétation volontariste* »<sup>85</sup>. Enfin, l'emprunt à la jurisprudence européenne des droits de l'homme relativise la différenciation avec le statut des citoyens de l'Union et des membres de leur famille – puisqu'il aboutit à imposer aux États un exercice de pondération équivalent. A travers la reprise des « critères Boultif », l'article 17 de la directive 2003/86 peut ainsi être mis en parallèle avec les arrêts « *Akrich* » et « *Orfanopoulos* »<sup>86</sup>, de même qu'avec l'article 28 de la directive

---

<sup>82</sup> L'article 6§2, relatif à la réserve d'ordre public, renvoie expressément à l'article 17.

<sup>83</sup> Voir, par exemple, l'arrêt CourEDH, 2 août 2001, Boultif c/ Suisse, *Rec.* 2001-IX, points 46 à 56. La Cour de justice se réfère d'ailleurs à cet arrêt dans ses arrêts « *Akrich* » et « *Orfanopoulos* » (précités).

<sup>84</sup> CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, précité, points 63-64 et points 99-101 (cf. *infra*).

<sup>85</sup> Les expressions sont empruntées à H. Labayle, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, *RFDA*, 2007, pp. 101-119, spéc. p. 115.

<sup>86</sup> Respectivement, CJCE, 23 sept. 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, *Rec.* I-9607 et CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos e.a. c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-482

2004/38, relative au droit des citoyens et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement<sup>87</sup>.

Au total, la disposition constitue donc un heureux tempérament dans un texte qui régleme rigoureusement l'exercice du droit au regroupement familial.

## **B – Un mécanisme circonscrit**

Lors des négociations, la question du champ d'application de la directive a fait l'objet de nombreuses difficultés de la part de plusieurs délégations<sup>88</sup>. Les périodes d'attente qui peuvent être imposés au regroupant ou aux membres de la famille<sup>89</sup>, les droits accordés aux immigrants admis au séjour par le canal du regroupement<sup>90</sup> ont également constitué des points névralgiques. En définitive, le compromis s'est traduit par une identification « concentrique » des bénéficiaires (1) et des conditions d'exercice strictes (2).

---

et 493/01, *Rec. I-5257, Europe*, juin 2004, n°200, D. Simon et *RTDH*, 2005, pp. 651-653, Ch. Maubernard.

<sup>87</sup> Cette disposition exige qu'avant de prendre une décision d'éloignement à l'encontre d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, l'Etat tienne compte notamment « *de la durée de séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans l'Etat membre d'accueil et de l'intensité des liens avec son pays d'origine* ».

<sup>88</sup> Doc. 12204/01, 27/28 sept. 2001.

<sup>89</sup> En 2001, par exemple, la Grèce, l'Autriche et l'Allemagne réclamaient qu'un long délai soit prévu, alors que pour la Belgique, la France, le Portugal et l'Espagne, toute période d'attente devait être aussi courte que possible (Doc. 12022/01, 24 septembre 2001). Et jusqu'en février 2003, les compromis élaborés par la Commission se sont heurtés aux objections de l'Autriche et de l'Allemagne.

<sup>90</sup> A cet égard, la proposition initiale de la Commission prévoyait une égalité de traitement avec les citoyens de l'Union (COM (1999)638 final, art. 12). D'emblée, l'Allemagne et l'Autriche s'y sont opposées. Au cours des discussions sur la troisième proposition de la Commission (COM(2002)225 final), ces deux Etats suggéraient de remplacer la clause sur un égal accès au marché du travail par une référence aux législations nationales – amendement que rejetait la majorité des autres Etats, Finlande, Pays-Bas et Suède en tête (Doc. 5508/03, 23 janvier 2003).

## 1 – Une identification concentrique des bénéficiaires du droit au regroupement familial

Selon l'article 3 de la directive, le regroupant<sup>91</sup> doit être un ressortissant d'un pays tiers « titulaire d'un titre de séjour délivré par un État membre d'une durée de validité supérieure ou égale à un an, ayant une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent ». Sont expressément exclus du champ d'application de cette directive, les étrangers en attente du statut de réfugié, les bénéficiaires d'une protection temporaire et tout bénéficiaire d'une forme subsidiaire de protection<sup>92</sup>.

Le ressortissant d'État tiers qui remplirait les conditions fixées par l'article 3 ne saurait cependant demander à être rejoint par n'importe quel membre de sa famille. A cet égard, l'article 4 de la directive procède à une énumération assez restrictive, s'articulant autour d'une distinction entre les membres de la famille qui doivent (a) et ceux qui peuvent (b) bénéficier d'une mesure de regroupement.

a) *Le premier cercle de bénéficiaires* - Selon l'article 4 paragraphe 1, les États membres autorisent l'entrée et le séjour, sous réserve du respect des conditions énoncées, du conjoint du regroupant ainsi que des enfants mineurs du couple et de chacun des deux conjoints séparément s'ils en ont la garde et la charge, y compris les enfants adoptés.

Si cette dernière précision représente une avancée<sup>93</sup>, la

---

<sup>91</sup> L'article 2 c) donne la définition suivante du « regroupant »: « un ressortissant de pays tiers qui réside légalement dans un État membre et qui demande le regroupement familial, ou dont les membres de la famille demandent à le rejoindre ».

<sup>92</sup> En revanche, les réfugiés font partie des titulaires de ce droit. Voir à ce sujet la contribution de Ana Beduschi-Ortiz.

<sup>93</sup> Encore qu'en droit français, la définition des enfants admis au regroupement familial incluait l'enfant adopté, dès la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 (voir art. 29 de l'Ordonnance du 2 nov. 1945).

cellule familiale est néanmoins ramené à sa dimension la plus élémentaire. De surcroît, la directive pose deux réserves facultatives mais importantes, en indiquant d'une part, que l'enfant âgé de plus de 12 ans qui arrive indépendamment du reste de sa famille peut être soumis au respect d'un « *critère d'intégration prévu par la législation existante à la date de la mise en oeuvre de la présente directive* » (art. 4§1 dernier alinéa) et d'autre part, que les États peuvent exiger que les mineurs admis au titre du regroupement familial doivent avoir moins de 15 ans lors du dépôt de la demande (art. 4§6). La première réserve est pour le moins paradoxale dans la mesure où elle autorise la vérification d'un critère d'intégration pour l'acceptation sur le territoire national d'un mineur qui vise justement à s'intégrer dans la société au sein de laquelle vit déjà sa famille<sup>94</sup>. Au demeurant, le Parlement européen fondait pour partie son recours en annulation sur l'incompatibilité de ces restrictions avec le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la CEDH<sup>95</sup> et le principe de non-discrimination. La Cour de justice n'a pas fait droit à ces arguments au motif que, si la directive accorde aux États membres une marge d'appréciation dans la mise en oeuvre du droit au regroupement familial, elle ne les autorise pas pour autant à adopter des dispositions contraires aux droits fondamentaux protégés par le droit communautaire<sup>96</sup>. Outre que ces dispositions doivent être interprétées et appliquées à la lumière des articles 5 § 5 et 17 de la directive, imposant que l'intérêt supérieur de l'enfant, la solidité de ses liens familiaux avec les personnes présentes dans l'Etat d'accueil et ses attaches dans son pays d'origine soient dûment pris en considération (points 71 et 90), les âges retenus se justifient, selon le juge, en tant qu'ils « *correspondent à un stade de la vie d'un mineur où celui-ci a déjà vécu pendant une durée relativement longue dans un pays tiers sans les membres de sa famille, de telle sorte qu'une intégration dans un autre*

---

<sup>94</sup> En ce sens également, « le rapport sur les droits fondamentaux dans l'UE en 2003 », *op. cit.*, p. 53.

<sup>95</sup> Points 40 à 90 de l'arrêt Parlement c/ Conseil précité.

<sup>96</sup> Points 71 et 90 de l'arrêt.

*environnement est susceptible d'engendrer davantage de difficultés* » (points 74 et 80). En définitive, se voit ainsi validée l'idée selon laquelle pour faciliter l'intégration, conformément à l'objectif général de la directive, un « *niveau minimal* [et préalable] *de capacité d'intégration* » peut être requis. Là où le Parlement européen décelait une contradiction, la Cour observe donc, et légitime, une dualité, ou pour reprendre les termes de notre introduction, une ambivalence<sup>97</sup>. Elle prend toutefois soin de préciser que, s'il s'applique conformément à la législation nationale existant à la date de mise en œuvre de la directive, ce critère d'intégration ne saurait être utilisé dans un sens contraire aux principes généraux du droit communautaire. Reste à voir quel usage les Etats ont fait de ces dispositions.

A cet égard, on notera qu'en France, la réforme du 24 juillet 2006 n'a pas modifié l'article L 411-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après le CESEDA), qui fixe l'âge maximal des enfants susceptibles de bénéficier d'un regroupement à 18 ans. Par contre, le Danemark l'a effectivement abaissé de 18 à 15 ans, dans la loi 2004/427 modifiant la loi sur les étrangers et la loi sur l'intégration, comme l'a constaté le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux de l'Union européenne dans son « rapport de synthèse de 2004 »<sup>98</sup>. Vraisemblablement, l'article 4 § 6 de la directive a donc ici permis au législateur national de durcir sensiblement les conditions d'exercice du droit au regroupement familial.

S'agissant des liens conjugaux, la directive apporte deux précisions terminales, tendant respectivement à empêcher qu'un ressortissant de pays tiers polygame puisse se faire rejoindre par

---

<sup>97</sup> « Contrairement à ce que soutient le parlement, le législateur communautaire n'a pas confondu le critère d'intégration visé à l'article 4§1 dernier alinéa de la directive et l'objectif d'intégration des mineurs [...]. Il s'agit en effet de deux éléments différents » (Point 67 de l'arrêt).

<sup>98</sup>Pages 49 et 51 du rapport (document disponible sur le site internet de la Commission européenne: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm)).

plus d'un conjoint<sup>99</sup> (art. 4§4) et à prévenir les mariages forcés, en même temps qu'à favoriser une meilleure intégration (art. 4§5). En ce sens, les États sont en droit d'exiger que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal, qui ne peut excéder 21 ans, avant que le regroupement puisse avoir lieu. Une disposition de ce type existait déjà en droit français. Et si la loi du 24 juillet 2006 a eu pour effet de porter de 15 ans à 18 ans l'âge minimal du conjoint, cette modification s'est faite en cohérence avec le droit applicable aux citoyens français<sup>100</sup>. En Belgique, en revanche, la proposition de loi destinée à transposer la directive 2003/86<sup>101</sup> prévoit, dans son article 2, de relever à 21 ans l'âge minimal pour le conjoint du regroupant, alors que l'âge nubile est de 18 ans. La directive pourrait donc, pour ce qui concerne cet Etat, justifier encore une fois un durcissement de la législation nationale.

*b) Le second cercle de bénéficiaires* – Au-delà du noyau constitué des parents et des enfants, l'article 4 dresse une liste des autres membres de la famille auxquels les Etats sont libres d'octroyer, par voie législative ou réglementaire, un droit au regroupement familial au titre de la directive. Ce cercle de « bénéficiaires potentiels » se subdivise en fait en deux catégories, la première incluant les parents du regroupant et ses enfants majeurs célibataires lorsqu'ils sont dans l'incapacité objective de subvenir à leurs propres besoins en raison de leur état de santé (art. 4§2), la seconde visant les partenaires non mariés, que cette relation soit attestée par un partenariat enregistré ou non, ainsi que les enfants du couple (art. 4§3).

---

<sup>99</sup> Sur ce point le droit français n'a pas été révisé, l'article L 411-7 du CESEDA allant déjà en ce sens.

<sup>100</sup> La loi n°2006-399 du 4 avril 2006 « renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *JO* n°81 du 5 avril 2006, p. 5097, dont l'article 1<sup>er</sup> modifie l'article 144 du code civil, relevant l'âge nubile à 18 ans.

<sup>101</sup> Proposition de loi du 1er février 2005 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (disponible sur le site du Sénat Belge: <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/51/1584/51K1584001.pdf>).

La distinction existant entre le conjoint et le partenaire non marié appelle quelques remarques.

A première vue, elle semble tout d'abord en décalage par rapport à l'interprétation extensive de la notion de « vie familiale », dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme<sup>102</sup>. En suivant un raisonnement analogue à celui de la Cour de justice dans son arrêt du 27 juin 2006, on admettra néanmoins que la faculté de choix laissée aux Etats membres ne les autorise pas à refuser automatiquement le bénéfice du regroupement familial au partenaire non marié, au mépris des droits fondamentaux. Pour dire les choses autrement, l'absence d'obligation au niveau législatif ou réglementaire ne les dispense pas de se livrer à une appréciation individuelle, dans le respect du droit garanti par l'article 8 de la CEDH. Sur ce point, il n'apparaît donc pas que la directive conduite à modifier le niveau de protection assuré par la Convention. On relèvera simplement que le législateur français n'a pas exploité cette occasion d'élargir le champ d'application du droit au regroupement familial à d'autres personnes que le conjoint et les enfants du couple marié. Il s'ensuit une seconde remarque.

Car la relégation du partenaire enregistré dans la catégorie

---

<sup>102</sup> En effet, suivant la jurisprudence de la CourEDH, la vie familiale protégée au titre de l'article 8 ne se limite pas au couple marié, mais s'étend également aux relations hors mariage dès lors que cette relation est effective (voir, par exemple, CourEDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, A 290, § 44 et 45 et CourEDH, 27 octobre 1994, *Kroon e.a. c/ Pays-Bas*, A 297-C, § 40 et les remarques de A. Goutenoire in *GACEDH* n°48, p. 475). Il faut cependant relever que la CourEDH n'a pas reconnu l'existence d'une vie familiale dans un couple de concubin sans enfant (*ibid.*). En outre, cette reconnaissance ne s'entend que pour les couples hétérosexuels (pour un refus d'étendre la notion de vie familiale aux couples homosexuels, voir CommEDH, 10 février 1990, *B. c/ Royaume-Uni*, DR, 64, p. 278 et, en droit communautaire, CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c/ South-West Trains Ltd*, aff. C-294/96, Rec. I-621). La situation des transsexuels pourrait bien être plus favorable, dans la mesure où les deux Cours européennes tendent, depuis peu, à assimiler la situation des couples hétérosexuels à celle des couples comportant un transsexuel (voir les arrêts CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. c/ National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, Rec. I-541, et CourEDH, 11 juillet 2002, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, Rec. 2002-VI).

des bénéficiaires potentiels différencie aussi la situation des ressortissants de pays tiers de celle des citoyens de l'Union. En effet, si elle ne procède pas à une assimilation d'office avec le conjoint, la directive 2004/38 n'en impose pas moins à l'Etat d'accueil du citoyen européen d'accepter son partenaire non marié, pour autant que le partenariat soit enregistré et que conformément à la législation de l'Etat d'accueil, les partenariats enregistrés soient équivalents au mariage<sup>103</sup>.

De manière générale, au demeurant, l'identification des bénéficiaires du regroupement familial apparaît plus généreuse dans la directive 2004/38. La définition des « membres de la famille » du ressortissant communautaire s'étend ainsi aux descendants majeurs à charge (sans que la raison de leur incapacité à subvenir à leurs propres besoins soient limitée comme dans la directive 2003/86) et aux ascendants directs à charge<sup>104</sup>, de sorte que les Etats sont en position de compétence liée à leur égard, tandis qu'ils conservent une compétence discrétionnaire quand le regroupant est un ressortissant de pays tiers. Dans la perspective d'une Union plus étroite entre les peuples européens, la différenciation se conçoit légitimement. Néanmoins sa rigueur traduit un souci manifeste de contrôler l'immigration familiale. Et l'exercice même du droit des étrangers au regroupement s'en ressent singulièrement.

---

<sup>103</sup> Article 2 § 2 b de la directive 2004/38/CE en relation, notamment, avec l'article 5. Cette obligation est toutefois assortie d'une certaine marge d'appréciation au profit de l'État (voir à ce sujet: M. Candela Soriano, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *RTDH*, 2005, pp. 943-946).

<sup>104</sup> Article 2 § 2 d de la directive 2004/38/CE en relation, notamment, avec l'article 5.

## 2 - Des conditions strictes d'accès au droit au regroupement familial

En ce qui concerne les formalités administratives requises, la directive 2003/86 procède à une énumération relativement générale<sup>105</sup>. Son article 5§2 précise néanmoins que « *pour obtenir la preuve de l'existence de liens familiaux, les Etats membres peuvent procéder à des entretiens avec le regroupant et les membres de sa famille et à toute enquête jugée nécessaire* ». Reste à savoir si le législateur français n'a pas excédé sur ce point les limites de sa marge d'appréciation en instituant – fût-ce à titre subsidiaire – un dispositif aussi polémique et problématique que les « tests ADN »<sup>106</sup> ...

---

<sup>105</sup> Il est ainsi indiqué que « *la demande est accompagnée de pièces justificatives prouvant les liens familiaux et le respect des conditions prévues [...] ainsi que de copies certifiées conformes des documents de voyage des membres de la famille* (art. 5§2, Dir. 2003/86).

<sup>106</sup> On sait en effet que l'article 13 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile permet désormais de recourir à un test ADN, en cas d'inexistence ou de doute sérieux quant à l'authenticité de l'acte d'état civil, pour établir une filiation déclarée avec la mère (limitation introduite par le Sénat pour préserver la paix des familles et éviter qu'un père ne découvre à l'occasion d'une demande de regroupement familial l'absence de vérité biologique de sa paternité...). La décision de procéder à une identification par empreinte génétique doit certes être prise par le tribunal de grande instance de Nantes « *après toutes investigations utiles et un débat contradictoire* » ; en outre, le consentement du demandeur et de sa mère doit avoir été « *préalablement et expressément recueilli* ». La précision est notable si l'on considère les exigences de la jurisprudence européenne des droits de l'homme et plus particulièrement, l'importance du consentement en cas d'atteinte à la vie privée (voir par exemple, Cour EDH, 22 juil. 2003, Y.F. c/ Turquie, JCP G, 2004, I 107, obs. F. Sudre, § 43). On relèvera néanmoins que si la disposition n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel, sa constitutionnalité s'entend sous une double réserve : d'une part, elle ne saurait avoir pour effet d'instituer des règles particulières qui pourraient conduire à ne pas reconnaître un lien de filiation légalement établi au sens de la loi applicable aux enfants demandeurs de visa, ni les priver de la possibilité de justifier de leur lien de filiation par d'autres modes de preuve admis en vertu de ladite loi ; d'autre part, elle ne dispense aucunement les autorités diplomatiques et consulaires de vérifier au cas par cas, sous le contrôle du juge, la validité et l'authenticité des actes d'état civil produits (Cons. Constit, n° 2007-557 DC, 15 nov. 2007, JORF, n° 270, 21 nov. 2007, p. 19001).

Parallèlement, le chapitre IV fixe les conditions que les États « peuvent exiger » du demandeur. La formulation ne doit pas tromper. Elle ne signifie pas que lesdites conditions n'aient pas vocation à être impératives mais que, sans avoir la faculté d'en appliquer d'autres, les États restent libres de retenir celles dont ils imposeront effectivement le respect dans leur droit national. Aussi la souplesse des articles 7 et 8 ne joue-t-elle pas nécessairement en faveur des ressortissants de pays tiers (sans parler du degré d'harmonisation réellement atteint). Car le législateur communautaire ne s'en est pas tenu à des conditions de prime abord comparables à celles exigées du citoyen de l'Union (a) ; il en a prévu d'autres, spécifiques, qui peuvent contribuer à restreindre considérablement l'exercice effectif du droit au regroupement (b).

a) *Les conditions apparemment communes aux ressortissants de pays tiers et au citoyen de l'Union* – L'article 7§1 de la directive 2003/86 énonce trois conditions dont deux font écho à celles présidant actuellement au regroupement familial du citoyen européen (sachant que le droit fondamental au respect de la vie familiale, garanti par l'article 8 CEDH, ne saurait, de son côté, y être subordonné<sup>107</sup>). Elles tiennent à une assurance maladie complète et des ressources suffisantes pour ne pas avoir besoin de recourir au système d'aide sociale de l'Etat d'accueil. Une comparaison plus minutieuse révèle cependant de notables différences. Au terme de la directive 2004/38, ces conditions ne s'appliquent pas au citoyen de l'Union, lorsqu'il a la qualité de travailleur<sup>108</sup> ; en tout état de cause, le montant des ressources exigées ne doit pas dépasser le niveau en-dessous duquel les nationaux peuvent bénéficier d'une assistance sociale, ou à défaut,

---

<sup>107</sup> Comme indiqué précédemment (II A, 1), il faut distinguer entre le droit au regroupement familial institué par la directive, qui constitue un droit que les États sont appelés à concéder aux étrangers résidant légalement sur leur territoire sous réserve de conditions déterminées, et le droit au respect de la vie familiale, droit fondamental inscrit notamment à l'article 8 de la CEDH et qui peut, dans certaines circonstances, imposer un regroupement familial sans qu'il soit fait, pour autant, référence aux ressources ou au logement du regroupant.

<sup>108</sup> art. 7§2 en liaison avec art. 7 § 1, point a), Dir. 2004/38.

être supérieur à la pension minimale de sécurité sociale versée par l'Etat d'accueil (art. 8§4). La directive 2003/86, de son côté, ne réserve nullement le cas de l'immigrant économiquement actif et ne contient aucun plafonnement des ressources exigibles. La directive 2003/86 introduit, de plus, une troisième condition – tenant à l'existence d'un « *logement considéré comme normal pour une famille de taille comparable dans la même région*<sup>109</sup> et qui répond aux normes générales de salubrité et de sécurité en vigueur dans l'Etat membre concerné ». Or, si l'article 10§3 du règlement 1612/68 imposait une exigence équivalente aux travailleurs ressortissants d'un autre Etat membre<sup>110</sup>, la disposition a été supprimée par la directive 2004/38.

L'écart avec les citoyens de l'Union s'accroît d'ailleurs, si l'on considère les mesures de transposition. Car il est regrettable de constater que le droit communautaire conduit ici à justifier l'adoption de dispositions nationales plus restrictives que celles précédemment en vigueur. En France par exemple, la réforme du CESEDA pourrait rendre plus difficile l'exercice du regroupement familial, en revoyant à la hausse les conditions de logement<sup>111</sup> et en excluant désormais les « revenus d'assistance »<sup>112</sup> du décompte

---

<sup>109</sup> En France, la substitution de ce critère régional à une référence précédemment nationale pour apprécier l'hébergement au regard de celui des familles comparables n'a pas été jugé inconstitutionnel mais trouve sa justification « dans les disparités du marché de l'immobilier sur l'ensemble du territoire » (C. Constit., décision n° 2006-539 DC – 20 juillet 2006).

<sup>110</sup> Règlement 1612/68 du 15 oct. 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JOCE, n° L 257, 19 oct. 1968, p. 2, art. 10§3 : « pour l'application des paragraphes 1 et 2 [concernant le regroupement familial], le travailleur doit disposer d'un logement pour sa famille considéré comme normal pour les travailleurs nationaux dans la région ».

<sup>111</sup> Sur la base de l'art. R 411-5 du CESEDA, tel que modifié par le Décret n°2006-1561 du 8 décembre 2006 relatif au regroupement familial des étrangers et modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le regroupant qui souhaiterait par exemple être rejoint par sa femme et ses trois enfants doit ainsi disposer d'une superficie habitable d'au moins 52 m<sup>2</sup> en zone A.

<sup>112</sup> A savoir le revenu minimum d'insertion, l'allocation de solidarité aux personnes âgées, l'allocation temporaire d'attente, l'allocation supplémentaire

des ressources. La dernière loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile prévoit en outre d'en faire varier le montant minimal, selon la taille de la famille, entre un plancher égal au SMIC (disposition actuelle) et un plafond égal à ce salaire majoré d'un cinquième<sup>113</sup>. En Belgique, la proposition de loi visant à transposer la directive 2003/86 introduirait, en vertu de son article 3, des conditions relatives aux ressources et au logement qui étaient autrefois complètement absentes de la législation nationale. S'il est probablement un peu rapide d'estimer que ce durcissement des législations nationales est la conséquence directe de la directive 2003/86, il n'en demeure pas moins que les rapporteurs citent systématiquement ce texte à l'appui des reculs du standard national, le rapporteur belge, Madame Lanrij, indiquant même que la directive « *permet aux États membres d'imposer aux étrangers non-ressortissants de l'UE des conditions plus strictes en matière de regroupement familial* » et ajoutant alors que « *c'est sur les dispositions de cette directive que s'appuie la présente proposition de loi* ». Il est difficile d'être plus clair<sup>114</sup>.

On aurait sans doute préféré que les autorités politiques nationales assument davantage leurs responsabilités, s'agissant d'une directive qui les autorise à maintenir ou établir des règles plus favorables. Mais on reconnaîtra que la norme communautaire véhicule une certaine volonté de sélection de l'immigration, en reprenant des exigences d'une telle nature que le droit au regroupement familial semble surtout devoir concerner des travailleurs, bénéficiant d'un niveau de rémunération suffisant pour disposer d'un domicile conforme aux critères définis par les États. Cette sélectivité se confirme encore au travers des conditions spécifiques aux ressortissants de pays tiers.

---

d'attente et l'allocation équivalent retraite. (art. L 411-5 1° du CESEDA, tel que modifié par la loi 2006-911 du 24 juil. 2006).

<sup>113</sup> Art. 2 de la loi 2007-1631 du 20 novembre 2007 (*JORF* n° 270, 21 nov. 2007, p. 18993), modifiant l'article L 411-5 du CESEDA).

<sup>114</sup> Le rapporteur de la commission des lois du Sénat, F.-N. Buffet, se contente d'indiquer que l'exclusion des prestations sociales « *s'inscrit parfaitement dans les termes et l'esprit de la directive 2003/86/CE* ». Voir également le rapport de T. Mariani pour l'Assemblée Nationale.

b) *Les conditions spécifiques aux ressortissants de pays tiers* – A cet égard, la directive 2003/86 paraît admettre que l'exercice du droit dépend éventuellement d'un degré minimal d'enracinement dans la société hôte.

En vertu de l'article 7§2 (qu'il convient de lire à la lumière de l'article 16 –cf. *supra*), les ressortissants de pays tiers peuvent être tenus de se conformer à des mesures d'intégration, dans le respect du droit national (sous peine de se voir refuser ou de perdre le bénéfice du regroupement familial). Lors des discussions, certaines délégations auraient souhaité que le terme de « condition » soit substitué à celui de « mesures », sans obtenir gain de cause. On pourrait donc en déduire que la directive permet uniquement d'imposer à un étranger qu'il se plie aux mesures prévues pour favoriser son intégration, sans que l'Etat soit en droit de lui demander des preuves de son intégration. Il n'est cependant pas certain que cette nuance terminologique soit toujours respectée dans les transpositions nationales. S'agissant des innovations introduites en droit français des étrangers par la loi du 24 juillet 2006, le contrat d'accueil et d'intégration (par lequel tout primo-arrivant s'engage à suivre une formation linguistique et civique) relève sans doute de la catégorie des « mesures » évoquées par la directive. En revanche, l'exigence tenant à ce que le demandeur se conforme « *aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » (art. L 411-5 3° du CESEDA) semble davantage constituer une « condition », sauf à y voir une application extensive de la réserve d'ordre public (dans la mesure où ladite exigence constitue formellement un motif de refus du regroupement). Or malgré la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, selon lequel « *le législateur a entendu se référer aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil* »<sup>115</sup>, cette référence manque cruellement d'objectivité et pourrait bien se révéler être un nouvel outil de fermeture du regroupement familial. La même ambiguïté

---

<sup>115</sup> CC, 20 juillet 2006, Loi relative à l'immigration et à l'intégration, décision n° 2006-539 DC, cons. 20.

affecte d'ailleurs la récente loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. Il est en effet prévu que tout candidat à l'immigration familiale âgé de plus de seize ans fera l'objet dans son pays de résidence d'une évaluation de sa connaissance de la langue française et des valeurs de la République. Si le besoin en est établi, une formation lui sera délivrée préalablement à son entrée en France, la délivrance du visa et donc le bénéfice du regroupement familial étant alors subordonné à la production d'une attestation de suivi<sup>116</sup>. D'évidence, la « mesure » dérive en « condition », fût-elle de forme et non de fond<sup>117</sup>. Sans préjuger de la compatibilité de ces dispositions avec la directive 2003/86, il est regrettable que le droit communautaire ait inséré une clause aussi vague.

L'article 8 de la directive, d'autre part, permet aux Etats d'exiger que le regroupant ait légalement séjourné pendant deux, voire trois ans (si la législation nationale en vigueur prend en compte la capacité d'accueil du pays), avant de pouvoir être rejoint par les membres de sa famille. Appliquée sans discernement par les autorités nationales, une telle restriction pourrait donc aboutir à ce qu'un enfant reste séparé d'un de ses parents pendant une période relativement longue, ce qui est difficilement conciliable avec le droit au respect de la vie familiale<sup>118</sup>. Saisie de ce grief, la Cour de justice n'a cependant pas constaté d'incompatibilité, non sans rappeler une fois de plus les Etats à leurs obligations (au regard des articles 17 et 5§5) et les juridictions nationales à leur responsabilité<sup>119</sup>. De la même façon que pour les conditions tenant

---

<sup>116</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (JORF, n° 270, 21 nov. 2007, p. 18993), insérant un nouvel art L. 411-8 dans le CESEDA.

<sup>117</sup> Se réclamant expressément de l'article 7§2 de la directive, les motifs du projet de loi insistaient ainsi sur le fait que « cette obligation de moyens n'ajoute aucune condition de fond pour le bénéfice du regroupement familial mais évite l'arrivée en France de migrants privés de tout repère et facilite l'accomplissement du parcours d'intégration républicaine ».

<sup>118</sup> Voir en ce sens les arguments de C. Urbano De Sousa, « Le regroupement familial au regard des standards internationaux », *op. cit.*, pp. 134-135.

<sup>119</sup> CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, points 97 à 103 et point 106.

aux ressources et au logement du regroupant, l'analyse doit donc intégrer l'impact que la directive peut avoir sur les mesures nationales préexistantes prévoyant un droit au regroupement familial. Or, pour ce qui concerne le droit français, la loi du 24 juillet 2006 a fait passer la durée de séjour exigée du regroupant de un an à dix-huit mois<sup>120</sup>, les rapporteurs ayant bien mis l'accent sur la conformité de cet allongement avec le texte de la directive et le Conseil constitutionnel n'y ayant vu aucune erreur manifeste d'appréciation<sup>121</sup>. Dans le raisonnement de la Cour de justice, au demeurant, la légalité intrinsèque de l'article 8 se justifie également par le fait que la disposition n'a pas pour effet d'empêcher tout regroupement familial mais permet seulement aux Etats de s'assurer que la réunification aura lieu dans de bonnes conditions, « *après que le regroupant a séjourné dans l'Etat d'accueil pendant une période suffisamment longue pour présumer une installation stable et un certain niveau d'intégration* » (point 98). Or il a déjà été admis que « *la nécessité de l'intégration peut relever de plusieurs buts légitimes visés à l'article 8, paragraphe 2, de la CEDH* » (point 66).

A la lumière de ces considérations, l'ambivalence de la notion devient patente. D'un côté, on ne saurait nier qu'elle constitue un objectif, au service duquel la directive 2003/86 est en partie placée : non seulement le droit au regroupement familial en tant que tel « *contribue à la création d'une stabilité socioculturelle facilitant l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les États membres* » (cons. 4, Dir. 2003/86), mais les droits reconnus aux membres de la famille, si relatifs qu'ils soient, facilitent leur

---

<sup>120</sup> Article 44 de la loi modifiant l'article L 411-1 du CESEDA.

<sup>121</sup> « *Considérant qu'en l'espèce, le législateur n'a pas remis en cause le droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs ; qu'il s'est borné à modifier le critère permettant d'apprécier la stabilité du séjour du demandeur ; qu'ainsi cette appréciation n'est pas entachée d'une erreur manifeste* » (Décision n°2006-539 DC, précitée, cons. 14). Le Conseil constitutionnel avait déjà admis qu'une période de deux ans était compatible avec la Constitution (CC, 13 août 1993, « Maîtrise de l'immigration », 93-325 DC, *GD* n° 46, cons. 71).

insertion dans leur nouvel environnement<sup>122</sup>. D'un autre côté, la notion d'intégration dans la directive 2003/86 intervient aussi comme un motif valable de restriction – à l'article 4§1 dernier alinéa, à l'article 7§2 et à l'article 8. Le droit communautaire promeut ainsi une forme de dialectique, dont il résulte que le regroupement familial ne se présente pas en vérité comme un outil général d'intégration des ressortissants étrangers, mais comme un droit susceptible d'être réservé à ceux d'entre eux qui ont déjà commencé à s'intégrer.

Globalement, la directive 2003/86 appelle donc une appréciation critique : harmonisation insuffisante des droits nationaux<sup>123</sup> ; incapacité à garantir, par exemple, le droit au regroupement familial des enfants mineurs dans un délai raisonnable ; permissivité excessive, donnant aux Etats la possibilité (largement exploitée par la France, qui pourrait être suivie en cela par la Belgique) d'abaisser leur propre standard de protection – même si le standard minimal constitué par le droit de la CEDH ne devrait pas être affecté. Encore cette dernière remarque suppose-t-elle une vigilance accrue de la part des juridictions nationales, ces dernières devant compenser la rédaction parfois malheureuse du texte communautaire en veillant à ce que le législateur national ne s'appuie pas sur la directive pour porter une atteinte disproportionnée au droit fondamental au respect de la vie

---

<sup>122</sup> L'article 14 de la directive prévoit en effet que les membres de la famille du regroupant ont droit au même titre que celui-ci à l'accès à l'éducation, l'accès à un emploi salarié ou une activité indépendante (les Etats pouvant néanmoins leur opposer la situation sur leur marché du travail pendant une durée maximale de douze mois et limiter l'accès des ascendants ou des enfants majeurs), ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle.

<sup>123</sup> Les commentateurs ont ainsi relevé que sur « *sur une vingtaine d'articles à portée juridique, la directive n'ouvre ainsi pas moins de vingt cinq possibilités de dérogations essentielles (!)* » (H. Labayle *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, *RFDA*, 2007, pp. 101-119, spéc. p. 108 ; G. Elkaïm, *Quelques remarques du point de vue du négociateur*, in F. Julien-Laferrrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'asile et d'immigration : bilan critique cinq ans après Amsterdam*, Bruylant 2005, pp. 85-91, spéc. p. 86 ).

familiale. Mais dans le cadre de la présente contribution, on voudrait surtout insister sur les rapports établis entre intégration et regroupement familial. Or à cet égard, la directive constitue la traduction d'un choix clair en faveur d'une sélectivité accrue. Pour schématiser, il existerait ainsi deux « catégories » de ressortissants étrangers : ceux pouvant résider temporairement sur le territoire d'un État membre mais insuffisamment intégrés pour bénéficier du regroupement familial au titre de la directive, et ceux qui ont vocation à s'y installer avec leur famille. Dans ce contexte, la fonction intégratrice du mécanisme devient seconde, notamment lorsqu'elle intervient comme une sorte d'adjuvant.

En ce sens, un parallèle peut être tenté avec le statut de résident de longue durée, qui contribue de la même manière (mais à un degré supérieur) à renforcer un processus d'intégration déjà entamé.

### III - UN INSTRUMENT MAJEUR : LE STATUT DE RESIDENT DE LONGUE DUREE

De manière générale, la durée de séjour dans l'Etat d'accueil est un facteur de modulation des droits des migrants, qui pénètre même le statut des citoyens de l'Union<sup>124</sup>. En ce qui concerne les ressortissants de pays tiers, ce principe d'indexation affleure dans

---

<sup>124</sup> Dès la fin des années 90, la Commission européenne faisait ainsi valoir que « compte tenu des dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union et du principe de proportionnalité, il convient d'offrir une protection et des garanties plus importantes pour sauvegarder les droits des résidents de longue durée que ceux des touristes, par exemple » (COM (1999)372, 19 juil. 1999, p. 19). L'idée se reflète aujourd'hui dans la directive 2004/38 du 29 avril 2004, relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement (JOUE, 30 avril 2004, n° L158, pp. 77-123 et rectificatif au JOUE, 29 juin 2004, n° L229, pp. 35-38), au travers du considérant 24, de l'article 16 (instituant un droit de séjour permanent après cinq ans de résidence légale et ininterrompue) et de l'article 28 (interdisant l'éloignement de certaines catégories de citoyens européens sauf raisons impérieuses d'ordre public ou motifs graves de sécurité publique).

le programme de Tampere<sup>125</sup> et se trouve formellement consacré dès la première communication de la Commission sur la politique communautaire d'immigration<sup>126</sup>. La jurisprudence européenne des droits de l'homme, d'autre part, lui donne aussi écho, en faisant de la durée du séjour un critère d'appréciation des mesures nationales, en matière de police des étrangers. Et si la situation d'un immigrant de longue durée ne saurait être comparée à celle d'un national, lorsqu'il s'agit pour un Etat partie de se prévaloir de la clause d'ordre public, la Cour de Strasbourg n'en élargit pas moins la protection dont l'intéressé peut se réclamer en vertu de l'article 8 CEDH, en intégrant dans la notion de vie privée « la totalité des liens sociaux » qu'il aurait noué avec sa communauté d'accueil<sup>127</sup>. Il est également significatif qu'à l'époque des négociations, toutes les législations des Etats membres aient réservé un traitement juridique spécifique et plus favorable aux ressortissants de pays tiers résidant depuis un certain temps sur leur territoire. Toutefois, le régime accusait de sensibles différences.

Dans la perspective d'une politique d'intégration plus énergique, la Commission a donc proposé de procéder à une harmonisation du statut de résident de longue durée, en même temps que d'y inclure un droit de séjour dans les autres Etats membres<sup>128</sup>. Par comparaison avec le thème du regroupement familial, les négociations ont été moins ardues, et le résultat plus satisfaisant. Quoique le texte final s'aligne à plusieurs égards sur l'état du droit existant à l'époque dans la majorité des Etats membres<sup>129</sup>, la recherche d'un dénominateur commun n'a pas

---

<sup>125</sup> « Une personne résidant légalement dans un Etat membre pendant une période à déterminer et titulaire d'un permis de séjour de longue durée devrait se voir octroyer dans cet Etat membre un ensemble de droits uniformes, aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union » (Conseil européen de Tampere, 15-16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 21).

<sup>126</sup> COM (2000)757 final, 22 nov. 2000.

<sup>127</sup> Cour EDH, , 18 octobre 2006, Uner c/ Pays-Bas, Req. n°46410/99, *JCP G*, 2007, I 106, F. Sudre.

<sup>128</sup> COM(2001)127 final, 13 mars 2001.

<sup>129</sup> S'agissant notamment de l'acquisition du statut (durée de résidence requise correspondant à celle fixée dans huit Etats membres sur quinze ; reconnaissance

nécessairement conduit, cette fois, à un nivellement par le bas. Pour autant, la directive 2003/109<sup>130</sup> n'a pas non plus complètement échappé aux stratégies de contrôle de l'immigration. Il n'est d'ailleurs pas fortuit que la France, habituellement connue pour son manque de diligence, ait ici anticipée l'entrée en vigueur de la directive et sa transposition officielle par la loi « relative à l'intégration et à l'immigration » du 24 juillet 2006<sup>131</sup> en retranscrivant deux dispositions, dans le but avoué de limiter le nombre d'étrangers séjournant durablement sur son territoire<sup>132</sup>.

Dans l'ensemble, on admettra que la directive 2003/109 répond à l'ambition de faire du statut de résident de longue durée un « véritable instrument d'intégration »<sup>133</sup> des ressortissants de pays tiers dans leur société hôte (A). Néanmoins, la proposition de la Commission a subi des modifications substantielles, aboutissant à restreindre les avancées qu'il était possible d'attendre d'un tel texte<sup>134</sup>. Il s'ensuit que le rapprochement avec le statut du citoyen de l'Union reste inachevé et que l'égalité se voit relativisée (B).

### A – Une intégration véritablement favorisée

Un premier élément tient à ce que la directive 2003/109 revêt une dimension horizontale : elle bénéficie à tout étranger durablement

---

de plein droit du statut comme prévu dans onze Etats membres...) et de sa validité.

<sup>130</sup> Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JOUE*, 23 janvier 2004, n° L16, pp. 44-53.

<sup>131</sup> *JO* n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

<sup>132</sup> Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *JORF*, 27 nov. 2003, p. 20136.

<sup>133</sup> Pour reprendre l'expression employée à la fois par la Commission (COM(2001)127 final, point 1.5) et dans le préambule de la directive (cons. 12).

<sup>134</sup> En ce sens, M. Illamola Dausà, « Égalité et intégration », in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et Ö Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 187.

installé sur le territoire d'un Etat membre, quel qu'ait été le motif initial de son admission. En vertu de l'article 3, sont limitativement exclues de son champ d'application les personnes qui, au moment où la demande est introduite, ont vocation à retourner dans leur pays d'origine (les étudiants), séjournent pour des motifs à caractère temporaire (les travailleurs saisonniers ou détachés), disposent d'un statut officiel (les personnels consulaires et diplomatiques) ou relèvent de la politique d'asile. Au-delà, le dispositif s'articule autour de deux axes fondamentaux : la volonté de renforcer la stabilité de la situation des immigrants de longue durée (1) et la volonté de leur octroyer des droits aussi proches que possible de ceux dont dispose le citoyen européen (2).

#### 1 – Une stabilité renforcée

La préoccupation se concrétise de trois manières différentes : sécurité juridique dans l'acquisition du statut (a), permanence du statut (b) et enfin, protection spécifique contre l'éloignement (c).

*a) Sécurité juridique dans l'acquisition du statut* – Aux termes de la directive 2003/109, le statut est réservé aux ressortissants de pays tiers qui satisfont à deux séries de conditions et ne tombent pas sous le coup d'un motif de refus. En premier lieu (art. 4), le demandeur doit justifier d'une durée de résidence préalable, légale et ininterrompue de cinq ans (là où, pour ce qui concerne le régime des résidents en France, la loi retenait précédemment un critère de trois ans). Les périodes durant lesquelles l'intéressé a été autorisé à séjourner pour des motifs temporaires ne sont pas intégrées dans le calcul, tandis que celles accomplies sous le couvert du statut d'étudiant ne peuvent au mieux compter que pour moitié. Les absences inférieures à six mois consécutifs sont sans incidence, pourvu que leur somme ne dépasse pas un total de dix mois sur les cinq ans de résidence<sup>135</sup>. En deuxième lieu (art. 5), se retrouvent les exigences tenant à la stabilité et à suffisance des ressources, ainsi

---

<sup>135</sup> Disposition qui se retrouve désormais à l'article R 314-1-1 du CESEDA tel que modifié par le décret 2007-1292 du 30 août 2007.

qu'à l'étendue de la couverture sociale, qui font décidément figure de critères incontournables. S'y ajoutent éventuellement des conditions d'intégration (cf. *infra*). En troisième lieu (art. 6), enfin, la directive sacrifie non moins classiquement à la réserve d'ordre public ou de sécurité publique. Mais pour autant qu'il réponde à ses différentes conditions et ne représente pas une menace, le ressortissant d'un pays tiers est assuré de se voir accorder le statut de résident de longue durée.

A cet égard, le mérite essentiel de la directive est de ne ménager aucun choix discrétionnaire aux Etats<sup>136</sup>, dépassant ainsi les garanties offertes par le droit européen des droits de l'homme<sup>137</sup> et par certains droits nationaux. En France, notamment, l'article 14 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne faisait de la délivrance de la carte de résident qu'une simple faculté<sup>138</sup>. En principe, le législateur national aurait donc dû trouver ici matière à compenser l'allongement de la durée de résidence requise. Toutefois, la réforme du 24 juillet 2006 n'a introduit aucune modification sur ce

---

<sup>136</sup> L'article 7§3 de la directive en vertu duquel les Etats « accordent » (et non « peuvent accorder ») le statut de résident de longue durée aux ressortissants de pays tiers qui satisfont aux articles 4 à 6 fait ainsi écho au propos de la Commission, selon laquelle « pour assurer la sécurité juridique des ressortissants de pays tiers, il est essentiel que l'acquisition du statut ne soit pas laissée à la discrétion des Etats, une fois que les conditions prévues sont remplies » (COM (2001)127 final, point 5.2).

<sup>137</sup> S'agissant de l'octroi d'un statut de résident permanent, la Cour européenne des droits de l'homme s'est en effet refusé à déduire de l'article 8 le « droit à type particulier de titre de séjour. [...] S'il permet à l'intéressé de résider sur le territoire de l'Etat d'accueil et d'y exercer librement ses droits au respect de la vie privée et familiale, l'octroi d'un tel titre de séjour constitue en principe une mesure suffisante pour que les exigences de cette disposition soient remplies. En pareil cas, la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur l'opportunité d'accorder à l'étranger concerné tel statut légal plutôt que tel autre, ce choix relevant de l'appréciation souveraine des autorités nationales » (CourEDH, Gde Ch., 15 janv. 2007, *Sysoyeva c/ Lettonie*, req. n° 60654/00, § 91 ; AJDA, 30 avr. 2007, p. 907, chron. J.-F. Flauss ; voir également Cour EDH, 17 janv. 2006, *Aristimuno-Mendizabal c/ France*, req. n° 51431/99, s'agissant d'un ressortissant communautaire).

<sup>138</sup> La doctrine avait pu s'interroger sur la compatibilité de ce dispositif avec le droit communautaire (voir F. Julien-Laferrière, Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945, AJDA, 2004, pp. 260-270, spéc. p. 263).

point, l'article L 314-8 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après CESEDA) conservant les formules précédentes<sup>139</sup>.

Cela étant, les termes de la directive ne signifient pas que toute marge nationale d'appréciation soit abolie : la référence, en particulier, aux motifs d'ordre public et de sécurité publique en laisse nécessairement subsister une part importante. Dans ce cadre, des limites n'en sont pas moins imposées aux Etats, dans l'esprit de la jurisprudence européenne des droits de l'homme<sup>140</sup>.

*b) Validité permanente du statut* - Selon l'article 8 § 1 de la directive, « *le statut de résident de longue durée est permanent, sous réserve de l'article 9* ». Sa durée de validité n'est donc pas tributaire de celle du permis de séjour<sup>141</sup> qui le matérialise et qui est valable pour cinq années au moins. Au contraire, la permanence du statut explique que ledit titre soit renouvelable de plein droit<sup>142</sup>. En retenant la solution en vigueur dans la majorité des Etats membres, la directive permet donc aux ressortissants de pays tiers d'envisager leur situation dans la durée, sans que l'échéance de leur autorisation de séjour ne suspende une épée de Damoclès au-

---

<sup>139</sup> « Tout étranger qui justifie d'une résidence ininterrompue d'au moins cinq années en France [...] peut obtenir une carte de résident [...]. La décision d'accorder ou de refuser cette carte est prise en tenant compte des faits qu'il peut invoquer utilement à l'appui de son intention de s'établir durablement en France » (art. L 314-8 CESEDA). En conséquence, le décret 2007-1292 du 30 août 2007 (JORF du 1<sup>er</sup> sept. 2007) modifie l'article R 314-1-1 du CESEDA de manière à préciser que le demandeur doit justifier « des raisons pour lesquelles il entend s'établir durablement en France » Le droit national ajoute donc une condition supplémentaire, non prévue par la directive 2003/109.

<sup>140</sup> L'Etat doit prendre en considération la gravité ou la nature de l'infraction contre l'ordre public, ou le danger que représente le demandeur, tout en tenant également compte de sa durée de résidence et de l'existence de liens avec le pays de résidence (art. 6§2, Dir. 2003/109).

<sup>141</sup> L'article 9 § 6 indique, en ce sens, que l'expiration du permis de séjour du résident longue durée-CE ne peut entraîner le retrait ou la perte du statut de résident de longue durée.

<sup>142</sup> Le renouvellement étant l'occasion d'actualiser les données personnelles concernant le résident, sans permettre de réexaminer les conditions qui lui ont donné accès au statut.

dessus de leur tête<sup>143</sup>.

Reste à considérer les cas de « déchéance », énoncés de façon exhaustive à l'article 9. Il en ressort que la perte ou le retrait du statut de résident de longue durée peut soit en sanctionner l'acquisition frauduleuse (art. 9§1 point a), soit en répercuter l'obtention dans un autre Etat membre (art. 9 § 4). Ce peut être également la conséquence d'une absence pendant douze mois du territoire de la Communauté (art. 9 §1, point b) ou six ans du territoire national (art. 9§4), quand l'intéressé a fait usage de son droit de mobilité intra-communautaire (cf *infra*). Toutefois, les paragraphes 2 et 4 de l'article 9 réservent aux Etats la possibilité de prévoir des durées d'absence plus longues. Si cette faculté de dérogation ne préjudicie pas aux ressortissants de pays tiers, elle affecte la prévisibilité de la norme communautaire et impose de se tourner vers le droit national. À cet égard, les règles établies par le législateur français montrent comment le jeu des clauses dérogatoires permet de pallier un risque de durcissement en défaveur des titulaires de la carte de résident CE, sans remettre en cause l'apport positif de la directive au regard du régime de droit commun<sup>144</sup>. Enfin, le ressortissant d'un pays tiers peut perdre son

---

<sup>143</sup> On pourrait même être tenté de confondre la permanence du statut avec une permanence du droit de séjour et d'en déduire que le régime des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (tel qu'aménagé par la directive 2003/109) a anticipé sur celui des citoyens de l'Union (tel que consolidé par la directive 2004/38). Cependant, semblable conclusion rencontre plusieurs objections. La première tient à ce que la directive elle-même assimile la délivrance de titres de séjour permanents ou d'une durée de validité illimitée, dans des conditions plus aisées, à des dispositions nationales plus favorables (art. 13). La seconde procède d'une démonstration par analogie. Bien que le statut de ressortissant communautaire soit lui-même permanent (sauf à ce que l'intéressé soit déchu de sa nationalité), il ne conférerait pas formellement de droit permanent au séjour, jusqu'à l'adoption de la directive 2004/38 (en ce sens, G. Brinkmann, « The Immigration and Asylum Agenda », *ELJ.*, mars 2004, p. 191), mais un droit de séjour constaté par une carte spécifique, valable au moins cinq ans et renouvelable de plein droit. L'exemple incite donc à s'arrêter à la distinction, souvent méconnue en doctrine et parfois occultée dans les législations nationales, entre la durée de validité du statut et celle du titre juridique qui le concrétise.

<sup>144</sup> L'état du droit antérieur prévoyait en effet la péremption de la carte de résident après trois ans d'absence à l'étranger. Une transposition stricte de la directive se

statut de résident de longue durée s'il constitue une menace pour l'ordre public. Ce motif permet éventuellement de justifier une décision de retrait, sans que l'intéressé fasse pour autant l'objet d'une mesure d'éloignement (art. 9§3). Mais le principe est celui d'une stricte corrélation entre ces deux types de décisions (art. 9§1, point b) – ce qui renvoie aux garanties de l'article 12.

*c) Protection spécifique contre l'éloignement* – Corollairement à l'institution d'un statut permanent affermissant le droit de séjour des bénéficiaires, l'article 12 de la directive accorde au résident de longue durée une protection accrue contre l'éloignement. A cet égard, leur situation est nettement distinguée de celle de toutes les autres catégories d'immigrants. On rappellera en effet que les directives régissant l'entrée et le séjour des étudiants ou des chercheurs étrangers ne prévoient pas d'autres garanties qu'un droit de recours et une obligation de notification<sup>145</sup>. Par comparaison, la directive relative au droit au regroupement familial marque certes une avancée, précédemment relevée, en transposant les principaux paramètres de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, en matière de protection des étrangers contre l'éloignement du fait de leur droit au respect de la vie familiale<sup>146</sup>.

---

serait donc traduite par une régression, en exposant les résidents de longue durée CE à perdre plus rapidement leur statut. Au terme de l'article 28 de la loi du 24 juillet 2006 modifiant l'article L 314-7 du CESEDA, il a donc été retenu une période maximale de 3 ans consécutifs de résidence à l'extérieur du territoire de la Communauté et de 6 ans en dehors des frontières nationales. Ce dédoublement, imposé par la directive, introduit une différence avec le régime de droit commun, la péremption de la carte des résidents non CE intervenant après trois ans d'absence, quel que soit le lieu de séjour à l'extérieur du territoire français.

<sup>145</sup> Directive 2004/114 du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers aux fins d'étude, d'échange, de formation non rémunérée ou de volontariat, art. 18 (JOUE, n° L 375, 23 déc. 2004, p. 12) et directive 2005/71 du 12 octobre 2005 instituant une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche, art. 15 (JOUE, n° L 289, 3 nov. 2005, p. 15). A ce propos, voir la contribution de Caroline Picheral dans le présent ouvrage.

<sup>146</sup> Voir, les remarques *supra* sur les conditions de retrait du titre de séjour obtenu dans le cadre du droit au regroupement familial prévu par la directive 2003/86 du 22 septembre 2003 (JOUE, 3 octobre 2003, n° L 251, pp. 12-18). Pour un

Mais les mêmes critères se retrouvent également, voire plus complètement, à l'article 12§3 de la directive 2003/109. Ainsi, avant de décider d'éloigner un résident de longue durée, les Etats doivent prendre en compte la durée de séjour sur leur territoire, l'âge de la personne concernée, les conséquences pour elle et pour les membres de sa famille, les liens avec le pays d'accueil ou l'absence de liens avec le pays d'origine. En outre, la directive 2003/109 ajoute à cette garantie commune deux autres séries de limites qui n'ont pas d'équivalent dans la directive 2003/86 : pour être compatible avec le droit communautaire, l'éloignement suppose l'existence d'« *une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ou la sécurité publique* » (art. 12§1), d'une part et d'autre part, ne saurait être motivé par des raisons économiques (art. 12§2). On reconnaîtra là certains des éléments, dégagés par la Cour de justice<sup>147</sup> ou posés par le droit communautaire dérivé<sup>148</sup>, qui sont venus encadrer l'exercice des compétences nationales de police à l'égard des ressortissants communautaires. Pour terminer, la directive 2003/109 ne se contente pas d'indiquer que le résident de longue durée peut exercer un recours juridictionnel contre les décisions prises à son encontre (art. 12§4) ; elle précise que l'aide judiciaire doit lui être accordée dans les mêmes conditions qu'aux nationaux, s'il ne dispose pas de ressources suffisantes pour s'assurer les services d'un avocat (art. 12§5).

La somme de ces exigences reste certes en-deçà de celles qui s'appliquent en faveur des citoyens de l'Union, notamment de ceux qui auraient accédé, après cinq ans de résidence légale et ininterrompue dans leur Etat membre d'accueil, au droit de séjour

---

exemple d'arrêt de la CourEDH portant sur cette question, voir CourEDH, 2 août 2001, *Boultif c/ Suisse*, *Rec.* 2001-IX, points 46 à 56.

<sup>147</sup> CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili*, aff. 36/75, *Rec. P.* 1219; CJCE, 27 oct. 1977, aff. 30/77, *Rec. p.* 2014.

<sup>148</sup> Directive 64/221 du 25 fév. 1964 portant coordination des dispositions nationales relatives aux mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de santé publique et de sécurité publique (*JOCE*, n° L 56, 4 avr. 1964, p. 850), art. 2§2 aujourd'hui abrogée et remplacée par la directive 2004/38. Pour une synthèse actualisée, voir notamment C. Picheral, *Ordre public et droit communautaire – Communautarisation des réserves d'ordre public*, *Jcl Europe*, fasc. 650.

permanent<sup>149</sup>. Et cette circonstance peut expliquer que la loi du 24 juillet 2006 n'ait pas inclus les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée dans la liste des personnes bénéficiant d'une protection renforcée contre l'expulsion<sup>150</sup>. Néanmoins, en même temps qu'il est un gage de stabilité, l'article 12 de la directive 2003/109 reflète la volonté de rapprocher les droits reconnus aux résidents de longue durée de ceux des citoyens de l'Union.

## 2 – Un rapprochement étayé avec les droits des citoyens européens

Dans la droite ligne du programme de Tampere, la directive 2003/109 attribue aux résidents de longue durée les deux droits qui sont au fondement du statut du ressortissant communautaire puis du citoyen européen : le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux (a) et le droit de séjour dans les autres États membres de l'Union (b).

a) *L'égalité de traitement avec les nationaux* - Le principe du traitement national est énoncé par l'article 11 de la directive, qui énumère les nombreux domaines<sup>151</sup> : l'accès à l'emploi ; l'éducation et la formation professionnelle ; la reconnaissance des diplômes ; la sécurité, l'aide et la protection sociales ; les avantages fiscaux ; l'accès aux biens et aux services, y compris le logement ; la liberté d'association dans une organisation professionnelle et, enfin, le libre accès à l'ensemble du territoire de l'État membre. On en déduira certes qu'il ne s'agit pas d'un droit invocable dans l'intégralité du champ d'application du droit communautaire, comme peut l'être celui qui est inscrit à l'article 12 du TCE<sup>152</sup> ou à

<sup>149</sup> Voir la directive 2004/38, art. 26 à 28.

<sup>150</sup> Voir les articles L 521-2 à L 521-4 du CESEDA.

<sup>151</sup> La liste constitue un socle commun minimal, les États restant libres de faire jouer le principe dans d'autres matières.

<sup>152</sup> Combiné à l'article 18 du traité, relatif à la libre circulation des citoyens de l'Union, l'article 12 permet à ces derniers de se prévaloir du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité dans tout le champ d'application *ratione materiae* du traité CE (CJCE, 12 mai 1998, Martinez-Sala, aff. C-85/96, Rec. p. I-2691, pts. 61-63).

l'article 24 de la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. En outre, dans le cadre ainsi délimité, ce droit à l'égalité de traitement avec les nationaux peut subir diverses restrictions, dont la plupart ne sauraient être opposées aux citoyens européens, voire leur bénéficient.

Néanmoins, cet aspect du statut de résident de longue durée constitue un facteur important d'intégration, en permettant aux ressortissants de pays tiers de prendre une part entière à la vie socio-économique, sinon politique<sup>153</sup>, dans leur Etat de résidence. Et à cet égard, les dispositions de la directive 2003/109 réalisent une avancée substantielle par rapport à d'autres textes communautaires : ceux qui traitent spécifiquement de la lutte contre les discriminations ne s'attaquent pas aux différences de traitement fondées sur la nationalité<sup>154</sup> et ceux qui régissent les conditions de séjour des autres catégories d'immigrants ne leur accordent pas de droits aussi étendus<sup>155</sup>.

D'un autre côté, l'apport du droit communautaire mérite d'être nuancé si l'on prend les législations nationales pour point de comparaison. Comme le relevait la Commission, le statut de résident ouvrait déjà accès dans la majorité des Etats membres au marché du travail (sans restrictions), aux prestations sociales et à l'assistance sociale (dans les mêmes conditions que les nationaux) et à l'éducation (sur une base non-discriminatoire, du moins pour l'enseignement primaire et secondaire)<sup>156</sup>. Aussi ne s'étonnera-t-on pas outre mesure de l'absence de référence à l'égalité de traitement

---

<sup>153</sup> Faute de base juridique, l'accès à des droits de nature politique reste tributaire de la volonté des Etats.

<sup>154</sup> Voir *supra*, les développements consacrés à la lutte contre les discriminations raciales et la xénophobie.

<sup>155</sup> Dans la directive 2003/86, par exemple, les droits des membres de la famille sont calés sur ceux du regroupant et non comme l'avait suggéré la Commission, sur ceux des citoyens européens ; la directive 2004/114 ne reconnaît pas aux étudiants étrangers de droit à l'égalité de traitement avec les nationaux tandis que la directive 2005/71 en fait bénéficier les ressortissants de pays tiers admis à des fins de recherche dans un éventail plus réduit de domaines.

<sup>156</sup> COM(2001)127, point 3.4.

dans le CESEDA, lequel se borne à préciser que la carte de résident confère à son titulaire le droit d'exercer la profession de son choix, sans avoir à solliciter les autorisations éventuellement requises<sup>157</sup>. En fait, dans l'acte de transposition, la valeur ajoutée de la directive 2003/109 tient principalement à la question de la mobilité intra-communautaire.

*b) Le droit de séjour dans les autres Etats membres –* Précédemment, les ressortissants de pays tiers tiraient seulement du droit communautaire la faculté de circuler pour une durée maximale de trois mois dans les Etats membres où l'acquis Schengen s'applique. Il y avait donc là un élément de discrimination par rapport aux citoyens de l'Union, que la Commission proposait d'éliminer - la directive 2003/109 constituant la première mise en oeuvre de l'article 63§4 du traité CE.

Pourvu qu'il dispose de ressources stables, régulières et suffisantes ainsi que d'une assurance maladie complète – conditions équivalentes à celles requises d'un ressortissant communautaire migrant à des fins autres que professionnelles – et qu'il satisfasse éventuellement à des mesures d'intégration<sup>158</sup>, le résident de longue durée acquiert le droit de séjour dans un autre Etat de l'Union, sous la seule réserve de ne pas y représenter une menace pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique<sup>159</sup> (cette dernière notion faisant l'objet d'une interprétation assez stricte, comparable à celle retenue dans la directive 2004/38 à l'égard des citoyens européens). Un titre de séjour renouvelable lui est alors délivré dans un délai de quatre mois<sup>160</sup> - cinq ans de résidence ininterrompue lui donnant accès au statut de résident de longue durée dans son second Etat d'accueil (art. 23, Dir. 2003/109). Sur ce point, la directive 2003/109 a

---

<sup>157</sup> article L 314-4 du CESEDA.

<sup>158</sup> Article 15 § 2 et 3, Dir. 2003/109.

<sup>159</sup> Articles 17 et 18, Dir. 2003/109.

<sup>160</sup> Article 19, Dir. 2003/109. Cet article prévoit néanmoins dans son paragraphe 2 que le délai peut être prolongé d'une période ne dépassant pas trois mois si l'absence des pièces justificatives ou la complexité du dossier l'exige.

indéniablement permis une progression du statut des étrangers (quelques soit les réserves qui pourront être faites sur les modalités pratiques d'exercice de ce droit de séjour) - comme en témoigne en France la nécessaire réforme du CESEDA<sup>161</sup>.

Si les formalités ne sont pas aussi allégées que pour les citoyens de l'Union, la directive 2003/109 évite du moins à ses bénéficiaires d'être traités dans les autres Etats membres comme des primo-arrivants et les dispense d'y suivre une procédure complète d'admission – favorisant ainsi la fluidification du marché de l'emploi au sein de l'Union<sup>162</sup> et contribuant de manière plus générale à la réalisation effective du marché intérieur, conformément au considérant 18 du préambule. On notera en effet que ce droit de séjour, comme celui des citoyens de l'Union, peut non seulement s'exercer pour travailler, à titre salarié ou indépendant, mais aussi pour poursuivre des études, voire à d'autres fins (art. 14§2, Dir. 2003/109). Bien plus, afin que les résidents de longue durée ne soient pas dissuadés d'en faire usage lorsqu'ils ont déjà constitué une famille dans leur premier Etat d'accueil, leurs conjoints et leurs enfants mineurs, y compris adoptés, sont autorisés à les rejoindre ou à les accompagner<sup>163</sup>. Enfin, pour que l'exercice du droit de séjour ne soit pas privé d'effet, le résident de longue durée est assuré de jouir du même traitement que dans l'Etat membre où il a acquis son statut, autrement dit d'une égalité de traitement avec les nationaux du second Etat membre dans les domaines énumérés à l'article 11 et d'un accès au marché du travail, même si certaines restrictions pourront lui être opposées<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> Voir les articles L 313-4-1 et L 313-11-1 du CESEDA, tels que modifiés par la loi du 24 juil. 2006, ainsi que l'article R 313-34-1 modifié par le décret 2007-1292 du 30 août 2007.

<sup>162</sup> En ce sens, M. Illamola Dausà, « Égalité et intégration », *op. cit.*, pp. 190-191.

<sup>163</sup> Suivant en cela l'article 16 de la directive qui renvoie, pour la définition de la famille, à l'article 4 de la directive 2003/86.

<sup>164</sup> L'article 21 § 2 prévoit ainsi que les autorités nationales peuvent exiger que le résident de longue durée entrant sur son territoire pour exercer une activité salariée se cantonne à celle pour laquelle il a obtenu son titre de séjour. Elles peuvent aussi restreindre l'accès à des activités salariées pour les résidents de

La logique est donc largement similaire à celle qui innervait la libre circulation des citoyens européens, l'obtention du statut de résident de longue durée dans un Etat membre bénéficiant d'une forme de reconnaissance mutuelle et créant des droits envers les autres Etats membres. Ceux-ci ne sont pas pour autant placés en situation de compétence liée et ne sauraient en particulier être engagés par le choix unilatéral d'un des leurs de faciliter l'accès au statut de résident de longue durée. Ainsi le permis de séjour qui en atteste et qui serait délivré à des conditions plus favorables que celles établies par la directive ne confère-t-il pas de droit de séjour dans les autres Etats membres (art. 13, Dir. 2003/109)<sup>165</sup>. En outre, lors des négociations au Conseil, certaines délégations ont revendiqué et obtenu diverses facultés de dérogation, qui relativisent d'autant l'égalité avec les ressortissants communautaires.

### **B – Une égalité sensiblement relativisée**

Dans l'ensemble, la proposition de la Commission était très favorable aux ressortissants de pays tiers. Toutefois, plusieurs Etats ont fait valoir qu'un rapprochement des statuts juridiques ne signifiait pas une égalité de droits entre les citoyens de l'Union et les ressortissants de pays tiers<sup>166</sup>. Aussi plusieurs modifications ont-elles été apportées à la rédaction initiale de la directive. La

---

longue durée qui ne sont pas entrées sur son territoire aux fins d'exercer une telle activité.

<sup>165</sup> C'est ce qui justifie, en France, le maintien de la carte de résident dont les conditions d'obtention sont plus favorables pour certaines catégories d'étrangers (voir l'article L 314-11 du CESEDA, s'agissant des cas de délivrance dite de plein droit).

<sup>166</sup> L'argument fut invoqué notamment par les délégations allemande, autrichienne et grecque. Au sein du Parlement européen même, le rapporteur, Baroness Sarah Ludford, s'en est fait l'écho en justifiant un amendement que l'assemblée n'a finalement pas repris par l'idée selon laquelle une assimilation des ressortissants de pays tiers aux citoyens de l'Union « *supprimerait toute incitation à adhérer au pacte social du pays d'accueil, démarche souhaitable pour l'intégration* » (Rapport du 30 novembre 2001, amendement n°1, A 5-0436/2001).

plupart se présentent certes sous la forme d'option que les Etats membres sont libres d'utiliser. Leur impact n'est cependant pas anodin. D'abord parce qu'en terme d'harmonisation, le recours à cette technique législative hypothèque nécessairement l'unité et la cohérence du statut, en multipliant les cas particuliers. Ensuite et surtout parce que dans leur majorité, ces amendements s'inscrivent dans un sens résolument restrictif, se traduisant à la fois par un infléchissement des droits et des garanties conférés aux résidents de longue durée (1) et par un durcissement des conditions requises (2).

### 1 – Un infléchissement des droits conférés

Sur de nombreux points, le texte final de la directive 2003/109 est en retrait par rapport à la proposition de la Commission. La durée de validité du titre de séjour a été ramenée de dix à cinq ans ; la protection contre l'éloignement s'est édulcorée, la directive ne reprenant ni l'exigence selon laquelle une mesure d'expulsion ne peut être adoptée que si l'infraction commise est également punie sévèrement pour les nationaux, ni la possibilité pour les États de prévoir un recours suspensif, ni l'interdiction des procédures d'expulsion d'urgence ; la clause générale de non-discrimination a disparu du dispositif pour se transformer en simple considérant, dans le préambule<sup>167</sup>. Mais ce sont surtout le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux et le droit de séjour dans les autres Etats membres qui ont subi les altérations les plus importantes, empêchant toute assimilation aux citoyens de l'Union.

Le principe du traitement national s'assortit ainsi de multiples limites<sup>168</sup>. Il ne s'applique finalement pas aux avantages sociaux, tels que définis par la Cour de justice dans le cadre du règlement 1612/68 concernant la libre circulation des travailleurs

---

<sup>167</sup> L'article 4 de la proposition est ainsi devenu le cinquième considérant de la directive.

<sup>168</sup> Les renvois aux dispositions nationales se sont également multipliés, dans l'identification des domaines où s'applique le droit à l'égalité de traitement et la référence aux avantages sociaux, a été supprimée.

communautaires. Sauf pour ce qui concerne l'accès au marché du travail et la reconnaissance des diplômes, le bénéfice peut en être subordonné à une domiciliation officielle ou habituelle sur le territoire (art. 11§2). Des restrictions à l'accès à l'emploi ou à des activités indépendantes peuvent être maintenues, lorsqu'en vertu de la législation nationale ou du droit communautaire en vigueur, ces activités sont réservées aux nationaux, aux citoyens UE ou aux ressortissants EEE (art. 11§3, point a). La preuve d'une connaissance appropriée de la langue est exigible pour accéder à l'éducation (art. 11§3, point b). Enfin, l'égalité de traitement en matière d'aide sociale et de protection sociale peut être circonscrite aux prestations essentielles - i.e. le revenu minimal de subsistance, l'aide en cas de maladie ou de grossesse, l'aide parentale et les soins de longue durée (art. 11§4, en liaison avec le cons. 13).

Le droit de séjour dans les autres Etats membres n'est pas plus épargné. En effet, en avril 2003, la présidence grecque a proposé d'insérer deux clauses permettant d'en soumettre l'exercice à un critère de besoin économique et plus généralement de limiter le nombre total des personnes susceptibles d'être admises au séjour par cette voie. Si la France, les Pays-Bas et la Suède s'y sont d'abord montrés hostiles, l'Autriche, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, l'Espagne et le Portugal ont appuyé cet amendement qui s'est, en définitive, imposé. Il en résulte que le statut de résident de longue durée ne soustrait pas ses bénéficiaires à l'application de quotas (à condition qu'un tel système soit déjà en vigueur au moment de l'adoption de la directive) et n'interdit pas davantage de leur opposer la situation nationale du marché de l'emploi, l'Etat membre concerné étant en droit de donner la préférence aux citoyens de l'Union ou aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur son territoire et y perçoivent des prestations de chômage<sup>169</sup>. Ces modifications tendent donc à préserver les compétences étatiques, en autorisant de sensibles

---

<sup>169</sup> Respectivement paragraphes 4 et 3 de l'article 14.

restrictions aux mouvements des résidents de longue durée<sup>170</sup>. On notera également que la version définitive de la directive ne prévoit plus le maintien de la qualité de travailleur de l'intéressé, lorsque celui-ci est frappé d'une incapacité temporaire de travail, qu'il est sans emploi et a droit aux prestations de chômage ou qu'il entreprend une formation professionnelle – alors que ces dispositions constituaient pourtant le pendant de celles dont bénéficient les citoyens européens<sup>171</sup>. Ainsi, une certaine sélectivité dans l'exercice du droit de séjour n'est-elle pas exclue. Car il faut considérer par ailleurs qu'en fonction du marché national du travail, les membres de la famille peuvent, durant un délai de douze mois, ne pas être autorisés à exercer une activité professionnelle dans l'Etat où ils auraient accompagné ou rejoint le résident de longue durée<sup>172</sup>. Ce dernier devra donc supporter seul les charges du foyer pendant cette période, ce qui écarte mécaniquement de l'exercice du droit de séjour les étrangers ne disposant pas de ressources assez importantes ou d'un emploi suffisamment rémunéré.

Au demeurant, cette approche restrictive transparaît également dans l'acquisition même du statut.

## 2 – Un durcissement des conditions requises

Là encore, les négociations se sont traduites par une rigueur accrue à l'égard des ressortissants de pays tiers. En ce sens, des précisions ont été selon le cas supprimées (en tant qu'elles limitaient la marge nationale d'appréciation<sup>173</sup>) ou au contraire,

---

<sup>170</sup> En outre, l'article 21§2 de la directive permet de limiter, pendant douze mois, l'accès à un emploi autre que celui en vue duquel le permis de séjour a été sollicité.

<sup>171</sup> Voir ainsi l'article 7 § 3 de la directive 2004/38.

<sup>172</sup> L'article 21§3 de la directive 2003/109 renvoyant sur ce point à l'article 14 de la directive 2003/86, relative au regroupement familial.

<sup>173</sup> S'agissant des ressources exigibles, la Commission avait prévu que leur montant devait égaler le niveau en deçà duquel une assistance sociale peut être accordée dans l'Etat membre concerné, ou à défaut, le niveau de pension minimal de sécurité sociale versées par cet Etat. Ce plafonnement n'apparaît plus dans le texte final de la directive 2003/109.

ajoutées<sup>174</sup>. Le décompte des périodes de résidence est devenu moins flexible ; la période d'absence autorisée hors de l'Union a été réduite de moitié et les raisons susceptibles de justifier des dérogations à cette règle ne sont plus mentionnées<sup>175</sup> ; il n'est plus exclu que l'exercice du droit de séjour dans un autre Etat membre puisse à terme entraîner la perte de statut, alors même qu'il n'aurait pas été acquis dans ce second Etat<sup>176</sup>.

Cependant, l'une des modifications les plus significatives tient sans doute à l'introduction d'une véritable condition d'intégration, que les Etats peuvent imposer au demandeur « conformément à leur droit national » (art. 5§2, Dir. 2003/109)<sup>177</sup>.

En France, c'est la loi du 26 novembre 2003 qui a, par anticipation<sup>178</sup>, subordonné la première délivrance de la carte de résident à l' « *intégration républicaine de l'étranger dans la société française, notamment au regard de sa connaissance de la langue française et des principes qui régissent la République française* », l'évolution des discussions au niveau communautaire

<sup>174</sup> Là où la proposition de la Commission subordonnait l'acquisition du statut à une résidence légale et ininterrompue de cinq ans, la version définitive de la directive ajoute que cette période doit immédiatement précéder la demande.

<sup>175</sup> Pour la Commission, les absences liées à l'accomplissement d'obligations militaires, à un détachement pour des raisons de travail, à l'accomplissement d'études ou de recherches, à une maladie grave, une grossesse ou une maternité non seulement n'interrompaient pas la durée de résidence et entraînent au contraire dans le calcul mais pouvaient également ne pas priver le résident de longue durée de son statut, dans l'hypothèse où elles auraient dépassé le maximum autorisé (art. 5§3 et art. 10§1 de la proposition COM (2001)127). Ces dispositions n'ont pas été reprises (seules les absences pour raisons de travail pouvant éventuellement être prises en compte dans l'appréciation de la durée de résidence – art. 4§3 Dir. 2003/109) et la période maximale d'absence, fixée à deux ans dans la proposition, est ramenée à un an dans la directive.

<sup>176</sup> Le texte originaire comportait une disposition strictement contraire (art. 10§2 COM (2001)127).

<sup>177</sup> On rappellera que le résident de longue durée peut également être tenu de satisfaire à des mesures d'intégration dans un autre Etat membre où il entendrait exercer son droit de séjour, si la condition n'a pas déjà été vérifiée lors de l'acquisition du statut.

<sup>178</sup> Voir T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, rapport AN n°3042, 12 avril 2006.

permettant finalement au gouvernement de justifier cette innovation. La loi de transposition, du 24 juillet 2006, l'a ensuite rendue plus contraignante, en reformulant les critères d'appréciation : il ne s'agit plus seulement d'évaluer des connaissances<sup>179</sup> ; la condition implique aussi désormais un « *engagement personnel à respecter les principes qui régissent la République française* » et le « *respect effectif de ces principes* »<sup>180</sup>, le préfet étant appelé à tenir compte, dans ce cadre, de la passation et de l'observation par l'étranger du contrat d'accueil et d'intégration défini à l'article L 311-9 du CESEDA<sup>181</sup>. Au demeurant, les dispositions réglementaires subséquentes ont rendu obligatoire la souscription de cet engagement<sup>182</sup>.

Ainsi les termes peu contraignants de la directive ont-ils laissé toute latitude aux autorités nationales pour procéder à un durcissement progressif du statut des résidents en France.

Avec l'introduction de cette condition facultative, on retrouve donc la même ambivalence que dans la directive 2003/86, relative au regroupement familial. Et les propos tenus au sein du Parlement européen, lors de l'examen de la proposition, sont éclairants : « *Octroyer le statut de résident de longue durée uniquement en fonction d'une durée minimale de résidence n'est pas la bonne méthode. L'intégration rapide de ressortissants de pays tiers, appelés à devenir des résidents de longue durée,*

---

<sup>179</sup> Ainsi que le précise l'exposé des motifs de la loi du 24 juillet 2006 : « *L'intégration ne sera plus uniquement jugée sur des connaissances, mais sur une implication plus forte de l'étranger* ».

<sup>180</sup> Article L 314-2 du CESEDA.

<sup>181</sup> A travers ce contrat, l'étranger s'engage à suivre une formation civique et linguistique, à participer à des sessions d'information sur la vie en France et à se soumettre, le cas échéant, à un bilan de compétences approfondi (art. R 311-20 à R 311-26 du CESEDA).

<sup>182</sup> Art. R 311-19 du CESEDA. Le décret 2006-1791 du 23 décembre 2006 (JORF, 31 déc. 2006) va donc plus loin que la loi du 24 juillet 2006, dont les termes semblaient laisser une faculté de choix aux étrangers remplissant les conditions pour obtenir une carte de résident (puisqu'ils ne sauraient par définition être assimilés à ceux qui étant admis pour la première fois au séjour, sont astreints à signer un contrat d'accueil et d'intégration).

*commande de subordonner l'octroi de ce statut à des conditions d'intégration. L'octroi du statut ne remplace pas une intégration réussie mais suppose au contraire que l'intégration dans la vie sociale de l'Etat membre soit déjà quelque peu avancée* »<sup>183</sup>. Sans prétendre que cette considération ait été déterminante au cours des négociations, on relèvera la résurgence du paradoxe consistant à limiter le bénéfice d'instruments d'intégration en vue d'assurer l'efficacité d'un processus, que les institutions souhaitent favoriser mais qui, dans leur esprit, doit manifestement reposer en priorité sur une démarche personnelle et volontaire. Dès lors que la possibilité ouverte par l'article 5§2 de la directive est reprise dans la transposition nationale, le ressortissant d'un pays tiers devra donc d'abord faire preuve de son adhésion au pacte social de son Etat d'accueil et aux valeurs européennes, pour espérer profiter d'un droit de séjour sécurisé et du rapprochement avec les droits du citoyen européen. Tous ceux qui se sont installés depuis au moins cinq ans n'auront pas automatiquement vocation à acquérir ce statut privilégié, s'ils n'ont pas employé cette période à s'intégrer. Le débat est alors de savoir si leurs chances de satisfaire à la condition n'auraient pas été meilleures, en disposant plus rapidement de certains moyens (on songe notamment à la reconnaissance des diplômes, qui permettrait aux intéressés de ne pas être employés en dessous de leurs qualifications et de mener un projet professionnel plus conforme à leurs compétences<sup>184</sup>).

Au final, il faut certes reconnaître que la création d'un statut

---

<sup>183</sup> Justification à l'amendement 3, rapport du 30 nov. 2001, A 5-0436/2001 (nous soulignons). En définitive, le Parlement européen n'a pas suivi la suggestion consistant à amender l'article 5 pour y introduire une éventuelle condition d'intégration. Dans son avis du 5 fév. 2002, l'assemblée s'est bornée à modifier le sixième considérant de la directive, pour y insérer une référence à la connaissance de la langue nationale (JOCE C 284 E, 21 nov. 2002, p. 94) – ne faisant donc que partiellement écho aux propos du rapporteur. Mais on voit que le Conseil, pour sa part, est allé au-delà – donnant à la citation tout son intérêt.

<sup>184</sup> Il est à cet égard appréciable que la proposition COM (207)638 final établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers intègre la reconnaissance des qualifications dans les domaines où les étrangers peuvent prétendre à une égalité de traitement avec les nationaux.

particulier garantissant un socle minimum de droits, autrefois réservés aux nationaux ou aux citoyens européens, constitue une indéniable avancée pour les étrangers. Sans en minimiser les mérites, on peut cependant regretter que la directive 2003/109 ne prenne en considération l'intégration socio-culturelle que pour permettre de restreindre l'accès à ce statut et non pour justifier l'octroi de nouvelles prérogatives. A cet égard, il est même permis de s'interroger sur la pertinence de la référence à la citoyenneté européenne, censée constituer une sorte de modèle vers lequel devrait tendre le statut du résident de longue durée. Sans doute les deux principaux droits conférés à ses titulaires sont-ils justement ceux qui se trouvent à la base du développement du statut de ressortissant communautaire, puis de celui de citoyen européen. Cependant, tandis que ce dernier revêt une dimension politique, la directive 2003/109 s'en tient à une conception essentiellement socio-économique de l'intégration à laquelle elle contribue<sup>185</sup>. Le rapprochement semblerait alors plus approprié avec le statut du ressortissant communautaire avant l'apparition de la citoyenneté européenne. Encore l'alignement reste-t-il imparfait, puisqu'il faut considérer, au-delà de l'affirmation de principe, les diverses conditions et exceptions prévues. L'idée, parfois évoquée en doctrine, d'une citoyenneté européenne de résidence trouve ici sa limite : sous le couvert de l'article 5§2 de la directive, en particulier, le législateur tend à conforter surtout la présence durable d'étrangers dont la capacité d'intégration est avérée.

\*

Au terme de cette analyse des instruments communautaires visant à favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers au sein de l'Union, un constat mitigé s'impose.

En effet, si les différentes propositions de la Commission semblaient permettre une progression substantielle des droits des

---

<sup>185</sup> Notamment parce que la Communauté ne dispose pas des compétences lui permettant de traiter, par exemple, de l'obtention de la nationalité ou du droit de vote aux élections européennes des étrangers.

étrangers en proposant une harmonisation réelle des législations nationales, les États ont contribué à restreindre considérablement ces avancées. Grevé de limitations éventuellement optionnelles, le droit dérivé de l'Union pourrait entraîner, sur certains points particuliers, une régression des standards nationaux, les juridictions internes ayant la responsabilité de s'assurer, le cas échéant, qu'il ne sera pas passé outre le standard minimal que constitue le droit de la CEDH. Il apparaît alors que les avancées obtenues contrebalancent avec peine les conséquences d'une harmonisation à tout prix, qui risque de conduire, encore une fois, le juge à se poser comme substitut du législateur communautaire.

En outre, il est regrettable de constater que ce dernier n'a pas nécessairement trouvé de meilleur moyen pour garantir l'efficacité des instruments d'intégration, que d'en subordonner (directement ou potentiellement) le bénéfice à des critères tenant à la volonté, à la capacité ou au degré d'intégration des ressortissants de pays tiers.

*R. Tinière & C. Picheral*

### **PARTIE III- UNE LUTTE PRIORITAIRE CONTRE L'IMMIGRATION IRRÉGULIÈRE**

Dès le programme de Tampere, le Conseil européen se déclarait « *déterminé à combattre à sa source l'immigration clandestine* »<sup>1</sup> et cette volonté politique, loin de se démentir, s'est toujours accompagnée, depuis le plan d'action de Vienne<sup>2</sup>, d'une dimension opérationnelle qui fait la spécificité de l'action européenne en matière de justice et d'affaires intérieures<sup>3</sup>. Les institutions veulent appréhender le phénomène sous tous ses aspects et n'hésitent pas à solliciter les instruments des trois piliers. Mais de manière assez significative, cette approche globale, pluridisciplinaire et transversale n'aborde guère en définitive la situation des immigrants en séjour irrégulier. Ils n'ont pas de statut et ce n'est que dans la mesure où ils contribuent au démantèlement des réseaux clandestins que le droit communautaire prévoit de leur accorder un permis de séjour<sup>4</sup>. Ainsi, malgré les déplacements secondaires qu'elles peuvent provoquer à l'intérieur de la Communauté, les opérations de régularisations ont été jusqu'à présent décidées unilatéralement par les Etats, sans même donner lieu à information ou consultation mutuelle<sup>5</sup>. Des évolutions

---

<sup>1</sup> Conseil européen spécial de Tampere, 15 et 16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 23.

<sup>2</sup> Plan d'action concernant les conditions optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam concernant l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, *JOCE*, n° C 19, 23 janv. 1999, p. 1.

<sup>3</sup> A ce sujet voir H. Labayle, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in F. Julien-Laférière, H. Labayle et Ö. Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 11-43, spéc. p. 38-39.

<sup>4</sup> Directive 2004/81 du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, *JOUE*, n° L 261, 6 août 2004, p. 19.

<sup>5</sup>V. Commission européenne, *Etude sur les liens entre l'immigration légale et l'immigration clandestine*, COM (2004)412 Final, 4 juin 2004, point 1.5, pp. 10-

pourraient certes se faire jour<sup>6</sup>. Mais dans un premier temps au moins, la position de la Commission était des plus fermes : « l'entrée ou le séjour clandestins ne devraient pas se solder par l'obtention du séjour stable qui était recherché »<sup>7</sup> ; « dans le contexte de la politique d'immigration commune, la seule approche cohérente pour traiter le problème des résidents illégaux est de veiller à ce qu'ils retournent dans leur pays d'origine, même si dans un grand nombre de cas, il n'est pas possible de mettre en œuvre de telles mesures pour des raisons juridiques, humanitaires ou pratiques »<sup>8</sup>. Cela ne signifie pas que les besoins et les droits des intéressés soient niés ou ignorés : la Commission ne manque pas de rappeler qu'ils « sont protégés par les normes universelles des droits de l'homme et doivent jouir de certains droits notamment l'accès aux soins de santé d'urgence et l'enseignement primaire pour leurs enfants »<sup>9</sup>, tandis que dans un autre registre, le Conseil européen « accueille avec intérêt les initiatives des Etats membres en vue d'une coopération en mer, notamment pour les

---

12 et spéc. p. 19. Postérieurement à cette étude, on a pu noter que « le gouvernement espagnol a lancé, en février 2005, un vaste processus de régularisation d'immigrés clandestins qui devrait concerner environ 700 000 personnes. Or, cette importante mesure a été prise par ce pays sans information préalable de ses partenaires européens. Celle-ci a donc provoqué un « appel d'air » et des déplacements secondaires des immigrés en situation irrégulière, facilités par la libre circulation des personnes dans l'espace Schengen » (R. del Picchia, Rapport sur la politique européenne d'immigration, *Rapport Sénat* n° 385, 8 juin 2005).

<sup>6</sup> Parallèlement aux travaux de la Commission, le Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement, Brice Hortefeux, a fait savoir le 8 novembre 2007, qu'il souhaitait mettre à profit la présidence française de l'Union en juillet 2008 pour que soit élaboré un pacte européen de l'immigration en vue de définir une méthode collective en matière non seulement de lutte contre le travail illégal des étrangers, de refoulement des étrangers en situation irrégulière et d'accords de réadmission mais aussi de régularisation.

<sup>7</sup> Communication concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM (2001) 672 final, 15 nov. 2001, p. 6.

<sup>8</sup> Communication sur l'immigration, l'intégration et l'emploi, COM (2003)336 final, 3 juin 2003, p. 26.

<sup>9</sup> Ibid., p. 27.

*opérations de secours* »<sup>10</sup>. Plus récemment, le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer engage encore les Etats membres à prendre les dispositions nécessaires pour protéger le droit des migrants à la vie et à ne pas subir de traitements inhumains et dégradant, ainsi qu'à tenir compte des besoins propres aux femmes et aux enfants<sup>11</sup>. De même, l'une des priorités de l'action en matière de lutte contre l'immigration illégale consiste-t-elle à promouvoir les meilleures pratiques dans le domaine de l'accompagnement des victimes<sup>12</sup>. Les préoccupations humaines ne sont donc pas totalement absentes. Mais soutenue par une logique globale de dissuasion (Chapitre I), la politique de la Communauté semble surtout être à la recherche d'efficacité, en particulier dans l'éloignement (Chapitre II).

---

<sup>10</sup> Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, conclusions de la présidence, annexe I, point 1.7.1.

<sup>11</sup> Décision 2006/616 CE et décision 2006/617 CE du Conseil du 24 juil. 2006, relatives à la conclusion du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, JOUE, n° L 262, 22 sept. 2006. De façon plus concrète, il est également prévu que les agents des services de l'immigration doivent recevoir une formation adéquate sur le traitement humain des migrants et la protection de leurs droits.

<sup>12</sup> Communication de la Commission du 19 juillet 2006, « sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers », COM (2006) 402 final.

## CHAPITRE I – LOGIQUE DE DISSUASION

Le réseau européen de patrouilles frontalières, lancé le 24 mai dernier par l'agence FRONTEX<sup>13</sup>, en collaboration avec les Etats membres concernés, constitue l'un des derniers instruments dont s'est dotée l'Union européenne pour tenter de juguler l'immigration clandestine en provenance d'Afrique et essayer de réduire les pertes de vie en mer, après les récentes tragédies survenues au large de Malte<sup>14</sup>. Ce nouvel outil s'ajoute aux nombreux instruments dont dispose déjà l'UE pour s'efforcer de répondre au défi posé par l'immigration illégale<sup>15</sup> et témoigne de l'existence d'une véritable politique commune en la matière<sup>16</sup>.

Cette politique repose sur l'idée que seule une approche coordonnée est de nature à enrayer le phénomène de l'immigration clandestine auquel se trouvent confrontés tous les Etats membres, qui sont depuis plusieurs années appelés à coopérer dans le cadre de l'établissement du marché intérieur et de la réalisation de la

---

<sup>13</sup> Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne.

<sup>14</sup> La mise en place d'un tel réseau trouve son origine dans une communication de la Commission européenne du 30 novembre 2006, « Renforcer la gestion de la frontière maritime méridionale de l'Union européenne », COM (2006) 733 final.

<sup>15</sup> On estime que 4,5 à 8 millions de personnes en situation irrégulière sont actuellement présentes sur le territoire communautaire.

<sup>16</sup> Sur la politique commune de lutte contre l'immigration clandestine, voir notamment I. Guyot, « A propos de l'immigration clandestine et de ses filières. Vers une harmonisation européenne », *Rev. sc. crim.*, avril-juin 2002, n° 2, p. 303 ; H. Labayle, D. Bouteillet-Paquet et A. Weyembergh, « La lutte contre l'immigration illégale », in *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, P. de Bruycker (dir.), Bruylant, 2003, p. 371 ; R. Cholewinski, « Preventing Irregular Migration », in *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, F. Julien-Lafferrière, H. Labayle et O. Edstrom (dir.), Bruylant, 2005, p. 95 ; N. Guimezanes, « La lutte contre l'immigration clandestine dans l'Union européenne et les Etats membres », *Regards sur l'actualité*, décembre 2006, n° 326, La documentation française, p. 73.

libre circulation des personnes. Son contenu dépend déjà largement de la bonne volonté des Etats. Les résultats finalement obtenus seront aussi fonction des efforts que ces derniers voudront bien consentir. Et la disparité des positions adoptées par les membres de l'UE complique la tâche des institutions européennes qui tentent de concilier laxisme, répression et sauvegarde des droits fondamentaux. A cet égard, des compromis sont parfois nécessaires et l'Union se trouve contrainte de définir ses standards de lutte et de protection à l'aune des législations nationales qui doivent être rapprochées.

Au demeurant, on peut observer une certaine continuité dans les buts que l'UE se propose d'atteindre dans le domaine de la lutte contre l'immigration illégale. Ainsi, les objectifs poursuivis aujourd'hui semblent identiques à ceux fixés hier.

La nécessité de combattre l'immigration clandestine sur le territoire communautaire est d'abord apparue avec la mise en place et le développement de l'espace Schengen<sup>17</sup>. Le traité de Maastricht en a par la suite fait une question d'intérêt commun<sup>18</sup>. Mais c'est surtout avec l'adoption du traité d'Amsterdam, et la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, que les institutions européennes ont pu élaborer une réelle stratégie pour traiter du problème de l'immigration illégale<sup>19</sup>. Ainsi, la lutte contre ce phénomène est une priorité pour l'UE depuis 1998<sup>20</sup> et le Conseil européen a souligné, lors du sommet de Tampere d'octobre 1999, qu'il était nécessaire de combattre l'immigration clandestine tant en amont qu'en aval des frontières extérieures de l'Union.

---

<sup>17</sup> Sur l'espace Schengen, voir notamment M. Gautier, « Accords de Schengen », *JCL Europe Traité*, Fasc. 2630, 1<sup>er</sup> novembre 2006.

<sup>18</sup> Article K.1, point 3, c), du traité UE.

<sup>19</sup> Article 63, point 3, b), du traité CE tel que modifié par le traité d'Amsterdam.

<sup>20</sup> En ce sens, voir le plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, JOCE, n° C 19, 23 janv. 1999, p. 1, point 8.

Une première communication sur le sujet a été adoptée par la Commission européenne en novembre 2001<sup>21</sup>. Quelques mois après, le Conseil de l'Union européenne a approuvé la logique retenue qui consiste à lutter contre l'immigration illégale « en prenant en considération les différents maillons de la chaîne », à commencer par l'intégration de cette question dans les relations qu'entretient l'UE avec les Etats tiers, qu'il s'agisse des pays d'origine ou de transit<sup>22</sup>. L'accent a ainsi été mis sur la nécessité de recourir à « une approche pluridisciplinaire couvrant à la fois la répression et la prévention », tout en tenant compte des règles existantes dans les Etats membres et des obligations internationales, notamment en matière de protection des droits fondamentaux.

Les nombreuses mesures adoptées depuis lors démontrent que l'efficacité de la politique de lutte contre l'immigration illégale est la priorité des institutions européennes. La Commission a mis en lumière l'importance que présentent la collecte et le traitement des informations relatives à l'immigration illégale, ainsi que la consultation des Etats membres et la nécessité de développer une coopération toujours plus étroite entre eux<sup>23</sup>. La mise en place de structures opérationnelles communautaires, le développement des outils financiers et l'instauration de mécanismes de suivi, ont aussi fait l'objet de toute l'attention de la Commission.

Le programme de La Haye, qui détermine les actions à entreprendre dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice pour la période 2005-2010, a encore réaffirmé la nécessité de renforcer la lutte contre l'immigration clandestine et le trafic et

---

<sup>21</sup> Communication de la Commission du 15 novembre 2001, « concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine », COM (2001) 672 final.

<sup>22</sup> Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, 2002/C 142/02, JOCE, n° C 142, 14 juin 2002, p. 23.

<sup>23</sup> Communication de la Commission du 3 juin 2003, « sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier », COM (2003) 323 final.

la traite des êtres humains<sup>24</sup>, ce qui suppose une approche répressive. La Commission n'a pas manqué de rappeler qu'une telle politique devait revêtir une dimension externe, la méthode désormais employée pour combattre l'immigration illégale ne se préoccupant pas seulement des problèmes d'admission des personnes sur le territoire communautaire, mais s'attaquant également aux causes profondes de l'immigration à partir de certains Etats tiers, dans une logique de prévention<sup>25</sup>.

Le 7 mars 2006, lors de son audition au Sénat, le Vice-Président de la Commission Franco Frattini, commissaire responsable de la Justice, Liberté et Sécurité, s'est félicité des progrès accomplis dans le domaine de la lutte contre l'immigration clandestine et a déclaré que les mesures à venir s'inscriraient dans la même perspective que celles précédemment édictées<sup>26</sup>. Certes, tous les textes proposés n'ont pas encore été adoptés. Et on ne sait pas encore s'ils seront réellement en mesure de concilier effectivement lutte contre l'immigration illégale et protection des droits fondamentaux. Cependant, l'ensemble de ces mesures, en « osmose » semble-t-il avec les dispositions nationales<sup>27</sup>, ne reflètent plus complètement les tendances sécuritaires que certains ont pu observer et décrier ces dernières années<sup>28</sup>. Plus efficaces que les instruments adoptés avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam<sup>29</sup>, et inscrites dans une logique cohérente malgré leur aspect disparate au premier abord, elles démontrent en tout état de

---

<sup>24</sup> Communication de la Commission du 10 mai 2005, « Le programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM (2005) 184 final, point 2.3.

<sup>25</sup> Communication de la Commission du 12 octobre 2005, « Une stratégie relative à la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », COM (2005) 491 final.

<sup>26</sup> Communiqué de presse du 7 mars 2006, SPEECH/06/146, disponible sur le site de l'UE à l'adresse <http://europa.eu>.

<sup>27</sup> Selon l'expression employée par N. Guimezanes, contribution précitée, p. 73.

<sup>28</sup> En ce sens, I. Guyot, article précité, p. 306.

<sup>29</sup> Dans la mesure où ce dernier a procédé à la communautarisation partielle du troisième pilier.

cause que le maître mot pour combattre l'immigration clandestine dans l'UE est *la dissuasion*.

Destiné à renforcer la crédibilité de la politique commune de l'immigration, et à éradiquer la montée du racisme et de la xénophobie en Europe<sup>30</sup>, l'arsenal juridique dont dispose actuellement l'Union pour lutter contre l'immigration illégale paraît répondre à l'objectif que se sont fixé les institutions communautaires au lendemain de la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : tenter d'enrayer substantiellement et durablement le phénomène de l'immigration clandestine, à la fois par le biais de la prévention (I) et celui de la répression (II).

#### I - LA PREVENTION DE L'IMMIGRATION CLANDESTINE

Convaincues de la nécessité d'agir à la source des mouvements migratoires, les institutions européennes se sont progressivement engagées dans la voie du développement d'une politique extérieure de lutte contre l'immigration illégale (A), tout en renforçant le contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne (B).

##### **A - Le développement d'une politique extérieure de lutte contre l'immigration illégale**

La philosophie du dispositif mis en place est facilement identifiable : dès 1994, la Commission a souligné qu'il était indispensable de coopérer avec les principaux États tiers qui génèrent des migrations à destination de l'UE pour réduire la pression migratoire sur cette dernière<sup>31</sup> et combattre, par la même occasion, le phénomène de l'immigration clandestine<sup>32</sup>. Elle a par

---

<sup>30</sup> En ce sens, voir la communication de la Commission du 19 juillet 2006, « sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers », COM (2006) 402 final.

<sup>31</sup> Communication de la Commission du 21 janvier 1994, « sur les politiques d'immigration et d'asile », COM (1994) 23 final.

<sup>32</sup> L'immigration n'étant pas considérée en soi comme un problème mais le devenant nécessairement lorsqu'elle n'est pas légale. En ce sens, voir la

la suite constamment réaffirmé que des mesures devaient être « mises en œuvre au début de la chaîne de migration, par la promotion de la paix, de la stabilité politique, des droits de l'homme, des principes démocratiques ainsi que d'un développement économique, social et environnemental durable dans les pays d'origine »<sup>33</sup>. La plupart des instruments dont dispose l'UE en matière de relations extérieures ont été mis à contribution dans cette perspective, dans le cadre de priorités géographiques établies en fonction des rapports privilégiés qu'entretient l'Union avec certains Etats tiers et de l'importance des mouvements migratoires en provenance de ces derniers.

Pour lutter contre les deux principales causes de l'immigration – les conflits et la pauvreté – qui conduisent les migrants à rechercher protection et travail sur le territoire communautaire, les mesures de développement déjà mises en place sont apparues comme des outils efficaces<sup>34</sup>. Les programmes MEDA<sup>35</sup>, CARDS<sup>36</sup> et TACIS<sup>37</sup>, apportant une aide financière et

---

communication de la Commission du 1<sup>er</sup> septembre 2005, « Migration et développement : des orientations concrètes », COM (2005) 390 et celle du 16 mai 2007, « relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers », COM (2007) 248 final.

<sup>33</sup> Communication de la Commission du 15 novembre 2001, « concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine », précitée, point 3.3. En ce sens, voir également la communication de la Commission du 25 janvier 2006, « Programme thématique de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile », COM (2006) 26 et celle du 30 novembre 2006, « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM (2006) 735 final.

<sup>34</sup> En ce sens, voir la communication de la Commission du 3 décembre 2002, « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM (2002) 703 final.

<sup>35</sup> Règlement (CE) n° 1488/96 du Conseil, du 23 juillet 1996, relatif à des mesures d'accompagnement financières et techniques (MEDA) à la réforme des structures économiques et sociales dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen, JOCE, n° L 189, 30 juill. 1996, p. 1.

<sup>36</sup> Règlement (CE) n° 2666/2000 du Conseil, du 5 décembre 2000, relatif à l'aide à l'Albanie, à la Bosnie-et-Herzégovine, à la Croatie, à la République fédérale de Yougoslavie et à l'ancienne République yougoslave de Macédoine et abrogeant le règlement (CE) n° 1628/96 ainsi que modifiant les règlements (CEE) n° 3906/89

technique aux Etats concernés dans les domaines politique, économique et social, ont semble-t-il permis de combattre l'immigration illégale en amont des frontières de l'UE, avant même que ne se pose la question du contrôle du franchissement de ces frontières<sup>38</sup>. Certes, leurs effets ne se feront ressentir qu'à long terme. Cependant, il semble qu'ils aient apporté une réelle valeur ajoutée à la lutte contre l'immigration clandestine dans le cadre de la stratégie d'ensemble adoptée en la matière. Le nouvel instrument européen de voisinage et de partenariat mis en place en 2006 permettra à l'UE de poursuivre dans cette voie<sup>39</sup>.

Les accords classiques d'association et de coopération peuvent également être employés pour combattre l'immigration illégale. La Commission a insisté sur l'importance de ces accords de partenariat dont la conclusion doit désormais systématiquement s'accompagner de l'intégration des questions migratoires, qu'il s'agisse des Etats d'origine ou des Etats de transit<sup>40</sup>. L'UE dispose en effet des moyens propres à inciter les Etats concernés à se montrer davantage responsables et à conduire une véritable politique de contrôle de l'immigration. Dans cet ordre d'idée, le Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002 préconisait d'ailleurs une « *évaluation systématique des relations avec les pays tiers qui ne coopèrent pas dans la lutte contre l'immigration clandestine* » et soulignait qu'une « *coopération insuffisante de la part d'un pays pourrait rendre plus difficile l'approfondissement des relations entre les pays en question et l'Union* », voire mener à l'adoption de mesures ou de positions dans le cadre de la PESC et

---

et (CEE) n° 1360/90 et les décisions 97/256/CE et 1999/311/CE, JOCE, n° L 306, 7 déc. 2000, p. 1.

<sup>37</sup> Règlement (CE, Euratom) n° 99/2000 du Conseil, du 29 décembre 1999, relatif à la fourniture d'une assistance aux Etats partenaires d'Europe orientale et d'Asie centrale, JOCE, n° L 12, 18 janv. 2000, p. 1.

<sup>38</sup> Ces programmes ont pris fin le 31 décembre 2006.

<sup>39</sup> Règlement (CE) n° 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 2006, arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat, JOUE, n° L 310, 9 nov. 2006, p. 1.

<sup>40</sup> Pour un exemple de ce type d'accords, voir l'Accord de Cotonou conclu entre la Communauté et ses Etats membres, d'une part, et les pays ACP, d'autre part, le 23 juin 2000 (JOCE, n° L 317, 15 déc. 2000, p. 3).

des autres politiques de l'Union, sans cependant remettre en cause les engagements contractés par cette dernière ni les objectifs de la coopération au développement<sup>41</sup>.

Pour soutenir les Etats tiers disposés à collaborer avec l'UE, mais aussi encourager ceux qui ne coopèrent pas encore avec l'Union, des instruments plus spécifiques ont été adoptés. Un réseau d'officiers de liaison « Immigration » (OLI), mettant en relation les représentants des Etats membres détachés à l'étranger, a ainsi été instauré pour établir et entretenir des contacts avec les autorités des Etats tiers. L'objectif affiché est de contribuer à la gestion de l'immigration légale et à la prévention de l'immigration clandestine<sup>42</sup>. Ce réseau présente l'intérêt non seulement de rapprocher les services d'immigration des Etats membres de ceux des Etats tiers, dans le but d'assurer un contrôle plus efficace des frontières extérieures de l'UE<sup>43</sup>, mais aussi de faciliter la collecte et l'échange d'informations en vue de poursuivre une politique extérieure plus efficace de lutte contre l'immigration illégale.

Autre instrument d'importance, le programme AENEAS vise à apporter de manière spécifique et complémentaire une aide technique et financière aux Etats tiers afin de les soutenir dans leurs efforts pour assurer une meilleure gestion des flux migratoires dans toutes leurs dimensions<sup>44</sup>. Ce programme, qui couvre la période 2004-2008 et pour lequel une enveloppe

---

<sup>41</sup> Conseil européen de Séville, 21 et 22 juin 2002, conclusions de la présidence, points 35 et 36. Cette nouvelle orientation a néanmoins pu être qualifiée de « dérive sécuritaire » (Voir E. Lannon, Co-développement et co-appropriation : deux principes clés des relations extérieures de l'Union européenne élargie, in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Editions Apogée, 2006, pp. 727-765, spéc. pp. 746-747).

<sup>42</sup> Le réseau OLI, fondé sur l'acquis Schengen, a été officiellement créé par le règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil, du 19 février 2004, relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », JOUE, n° L 64, 2 mars 2004, p. 1.

<sup>43</sup> Voir *infra* B/.

<sup>44</sup> Règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 10 mars 2004, établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS), JOUE, n° L 80, 18 mars 2004, p. 1.

financière de 120 millions d'euros a été accordée, est avant tout destiné aux Etats liés à l'UE par un accord qui comporte une clause sur la gestion conjointe des flux migratoires et sur la réadmission obligatoire des personnes en situation irrégulière. Il constitue dès lors une forme d'incitation à la collaboration des Etats tiers avec l'Union, ainsi qu'un outil efficace de lutte contre l'immigration clandestine, à condition qu'il soit employé dans le plein respect des droits fondamentaux<sup>45</sup>.

Les actions entreprises au titre du programme AENEAS en 2006 se sont orientées non seulement vers le renforcement de la coopération pour un meilleur contrôle des frontières extérieures de l'UE, mais également vers une sensibilisation accrue des ressortissants des Etats tiers aux risques liés à l'immigration illégale. Dans le même ordre d'idées, la Commission a affirmé qu'il était indispensable de mener des campagnes d'information dans les Etats d'origine sur les possibilités de migrer légalement dans l'UE, la création d'un portail européen de l'immigration sur Internet ayant été envisagée à cet effet<sup>46</sup>.

Le développement d'une politique extérieure de lutte contre l'immigration illégale s'accompagne enfin de la mise en place d'un mécanisme de suivi propre à garantir son effectivité. La Commission est ainsi appelée à évaluer l'action des Etats tiers dans ce domaine, particulièrement celle des pays avec lesquels ont été conclus des partenariats<sup>47</sup>. Il s'agit là d'un gage d'efficacité supplémentaire qui ne doit cependant pas conduire les institutions européennes à négliger l'adoption de mesures permettant de renforcer le contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne.

---

<sup>45</sup> L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 491/2004 dispose ainsi que les actions financées dans le cadre du programme AENEAS sont associées à des mesures visant à renforcer la démocratie, les droits de l'homme et l'Etat de droit.

<sup>46</sup> Communication de la Commission du 19 juillet 2006, « sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers », précitée, point 17.

<sup>47</sup> Voir ainsi la communication de la Commission du 28 juillet 2005, « sur le mécanisme de suivi et d'évaluation des pays tiers dans le domaine de la lutte contre l'immigration clandestine », COM (2005) 352.

## **B - Le renforcement du contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne**

Poursuivre une politique efficace de contrôle des frontières extérieures de l'UE a toujours été considéré comme une absolue nécessité par les institutions européennes et les Etats membres, tant dans la perspective de l'établissement du marché intérieur en vertu de l'Acte unique européen, que dans celle de l'abolition des frontières intérieures dans le cadre de la création de l'espace Schengen. Une telle politique participe activement à la lutte contre l'immigration clandestine dans la mesure où elle prévient le risque que des personnes pénètrent illégalement sur le territoire communautaire, et dans la mesure où elle permet de s'assurer que les personnes légalement entrées sur le territoire répondent toujours aux conditions de leur séjour dans l'UE.

Les mesures de contrôle des frontières extérieures, généralement adoptées dans le cadre de la coopération Schengen, coopération intégrée dans les traités CE et UE depuis l'adoption du traité d'Amsterdam, sont extrêmement nombreuses et variées<sup>48</sup>. Les institutions européennes se sont alors lancées dans une entreprise de consolidation et de simplification de la réglementation qui comporte essentiellement deux types de mesures, celles relatives aux conditions dans lesquelles sont franchies les frontières extérieures et celles relatives à la délivrance des visas. L'UE a par ailleurs mis l'accent, ces dernières années, sur l'importance de la coopération opérationnelle entre les Etats membres dans ce domaine.

Le Code frontières Schengen, adopté en mars 2006, constitue un premier développement des dispositions de l'acquis Schengen permettant de prévenir l'immigration illégale<sup>49</sup>. En

---

<sup>48</sup> Pour un panorama de ces mesures, voir le fascicule « Politique européenne d'asile et d'immigration » du *Dictionnaire permanent, Droit des étrangers*.

<sup>49</sup> Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JOUE, n° L 105, 13 avril 2006, p. 1.

contrepartie de l'absence de contrôle aux frontières intérieures, ce code établit les règles applicables au contrôle des frontières extérieures de l'UE, dans le respect des droits fondamentaux<sup>50</sup>.

Il devrait bientôt s'accompagner d'un Code communautaire des visas, une proposition ayant été émise en ce sens par la Commission en juillet 2006<sup>51</sup>. Ce dernier code devrait abroger les nombreuses mesures existantes en matière de délivrance des visas et compléter celles qui subsisteront après la refonte envisagée, notamment le règlement du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation<sup>52</sup>, ainsi que le règlement du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa<sup>53</sup>. Une telle clarification de la politique en matière de visas doit être saluée dans la mesure où cette dernière peut contribuer de manière significative à la prévention de l'immigration clandestine<sup>54</sup>.

Les institutions européennes ont également œuvré dans le sens de l'amélioration de la coopération opérationnelle entre les Etats membres. Plusieurs dispositifs en témoignent.

Tout d'abord, le programme ARGO a permis de soutenir de nombreux projets de coopération administrative entre les autorités nationales chargées du contrôle des frontières extérieures

---

<sup>50</sup> 20<sup>ème</sup> considérant du règlement (CE) n° 562/2006.

<sup>51</sup> Projet de proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas, du 19 juillet 2006, COM (2006) 403 final.

<sup>52</sup> Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil, du 15 mars 2001, fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JOCE, n° L 81, 21 mars 2001, p. 1.

<sup>53</sup> Règlement (CE) n° 1683/95 du Conseil, du 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa, JOCE, n° L 164, 14 juill. 1995, p. 1.

<sup>54</sup> Ce que la Commission a souligné dès 2001 dans sa communication concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, précitée.

de l'UE<sup>55</sup>. L'une des dernières réalisations de ce programme a, par exemple, consisté à cofinancer six actions mises en œuvre par l'Espagne, l'Italie et Malte dans l'accueil des immigrés clandestins.

Ensuite, la création de l'agence FRONTEX, opérationnelle depuis 2005, a permis d'améliorer la gestion des frontières extérieures des Etats membres, en assurant la coordination de leur action lors de l'application des dispositions communautaires en la matière<sup>56</sup>. Son efficacité devrait être renforcée par la prochaine création d'équipes d'intervention rapide aux frontières, chargées de fournir une assistance technique et opérationnelle rapide aux Etats membres confrontés à une situation d'urgence, telle que l'arrivée soudaine, en plusieurs points de la frontière, d'un grand nombre de personnes tentant d'entrer clandestinement dans l'UE<sup>57</sup>.

La coopération entre les Etats membres devrait encore être améliorée grâce au lancement d'ICONET, en janvier 2006, un réseau informatique permettant l'échange d'informations sur l'immigration illégale<sup>58</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'établissement d'un mécanisme d'information mutuelle sur les mesures nationales susceptibles d'avoir un impact significatif dans plusieurs Etats membres ou l'UE, devrait conduire à une meilleure

---

<sup>55</sup> Décision 2002/463/CE du Conseil, du 13 juin 2002, portant adoption d'un programme d'action concernant la coopération administrative dans les domaines des frontières extérieures, des visas, de l'asile et de l'immigration (programme ARGO), JOCE, n° L 161, 19 juin 2002, p. 11. Ce programme a pris fin le 31 décembre 2006.

<sup>56</sup> Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, JOUE, n° L 349, 25 nov. 2004, p. 1.

<sup>57</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme, du 19 juillet 2006, COM (2006) 401 final.

<sup>58</sup> Décision 2005/267/CE du Conseil, du 16 mars 2005, établissant un réseau d'information et de coordination sécurisé connecté à l'internet pour les services des Etats membres chargés de la gestion des flux migratoires, JOUE, n° L 83, 1<sup>er</sup> avril 2005, p. 48.

gestion du phénomène de l'immigration clandestine<sup>59</sup>. Peuvent en effet figurer parmi ces mesures des opérations de régularisation à grande échelle, qui affecteront nécessairement l'Union dans son ensemble.

Enfin, le contrôle des frontières extérieures de l'UE se trouvera renforcé du fait de l'attribution d'une enveloppe financière conséquente pour la période 2007-2013. La récente création du Fonds pour les frontières extérieures<sup>60</sup>, dont les crédits sont estimés à 1820 millions d'euros pour la période considérée, pourra tout particulièrement soutenir l'action de FRONTEX dont le budget a également sensiblement augmenté.

Le développement d'une politique extérieure de lutte contre l'immigration illégale ainsi que le renforcement du contrôle des frontières extérieures de l'UE, sont sans nul doute de nature à prévenir efficacement les migrations clandestines. L'attraction qu'exercent les Etats membres sur les ressortissants de certains Etats tiers, continue cependant d'inciter ces derniers à pénétrer et à rester sur le territoire communautaire, même en l'absence d'un titre de séjour. C'est la raison pour laquelle les institutions européennes ont été contraintes d'assortir les mesures de prévention, de dispositions toujours plus répressives.

## II - LA REPRESSION DE L'IMMIGRATION CLANDESTINE

S'inspirant des mesures nationales, et procédant parfois à une harmonisation de celles-ci, l'UE s'est progressivement dotée d'instruments visant à réprimer le comportement de l'entourage des migrants clandestins.

Ces derniers ne sont pas directement visés par le dispositif mis en place qui se distingue nettement, à cet égard, du système

---

<sup>59</sup> Décision 2006/688/CE du Conseil, du 5 octobre 2006, relative à l'établissement d'un mécanisme d'information mutuelle sur les mesures des Etats membres dans les domaines de l'asile et de l'immigration, JOUE, n° L 283, 14 oct. 2006, p. 40.

<sup>60</sup> Décision 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mai 2007, portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE, n° L 144, 6 juin 2007, p. 22.

répressif de certains Etats membres tels que la France. Plusieurs dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sanctionnent en effet pénalement les personnes en situation irrégulière, qu'il s'agisse de l'infraction d'entrée et de séjour irréguliers<sup>61</sup>, de celle de reconnaissance d'enfant ou de mariage contracté à seule fin d'obtenir un titre de séjour ou la nationalité française<sup>62</sup>, ou encore de l'infraction de méconnaissance d'une mesure d'éloignement ou d'assignation à résidence<sup>63</sup>.

A l'inverse, si les textes européens répriment le comportement des personnes qui séjournent irrégulièrement sur le territoire communautaire, c'est seulement au travers de l'organisation du retour de ces personnes dans leur pays d'origine. Et lorsque des sanctions sont prévues, elles ne concernent que le comportement des personnes qui fournissent, au sens large du terme, une aide à l'immigration illégale (A) et le comportement de celles qui emploient des immigrés clandestins (B).

### **A - La sanction de l'aide à l'immigration illégale**

Les ressortissants d'Etats tiers qui franchissent illégalement les frontières extérieures de l'UE et séjournent clandestinement sur le territoire de l'Union, recourent de plus en plus fréquemment aux « services » d'intermédiaires dont les activités illicites sont sanctionnées par plusieurs dispositions communautaires. Les personnes en situation irrégulière sont ici considérées comme des victimes et une directive du 29 avril 2004 confère certains avantages à celles d'entre elles qui coopèrent avec les autorités<sup>64</sup>.

D'une manière générale, la lutte contre l'immigration illégale est indissociable de la répression des actes commis par les

---

<sup>61</sup> Articles L. 621-1 et L 621-2.

<sup>62</sup> Articles L. 623-1 et L 623-2.

<sup>63</sup> Articles L. 624-1 et suiv.

<sup>64</sup> Directive 2004/81/CE du Conseil, du 29 avril 2004, relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JOUE, n° L 261, 6 août 2004, p. 19.

personnes qui se livrent à la traite des êtres humains, et plus particulièrement à l'exploitation économique des migrants clandestins que leur situation rend extrêmement vulnérables. La décision-cadre que le Conseil a adoptée le 19 juillet 2002, pour combattre la traite des êtres humains, contribue ainsi à la politique de lutte contre l'immigration clandestine<sup>65</sup>. Ce texte définit les infractions que les Etats membres sont chargés de sanctionner pénalement, certains des actes punissables intéressant nécessairement les personnes qui fournissent un transport et un hébergement aux migrants clandestins, à des fins d'exploitation de leur travail ou à des fins d'exploitation sexuelle<sup>66</sup>.

Parmi les personnes susceptibles d'être sanctionnées figurent également les transporteurs, lorsqu'ils acheminent sur le territoire des Etats membres des ressortissants étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis. La directive du 28 juin 2001 a complété sur ce point les dispositions de l'article 26 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen<sup>67</sup>. Les transporteurs ont ainsi l'obligation de s'assurer que leurs passagers disposent des documents de voyage exigés, ainsi que l'obligation de réacheminer les ressortissants d'Etats tiers dont l'entrée a été refusée sur le territoire et de prendre en charge les frais correspondants. La directive procède à une harmonisation utile des sanctions qui peuvent leur être infligées, ces sanctions étant

---

<sup>65</sup> Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, du 19 juillet 2002, relative à la lutte contre la traite des êtres humains, JOCE, n° L 203, 1<sup>er</sup> août 2002, p. 1.

<sup>66</sup> D'autres mesures relatives à la lutte contre la traite des êtres humains et intéressant la lutte contre l'immigration clandestine, devraient prochainement être adoptées sur la base des réflexions contenues dans le Plan de l'UE concernant les meilleures pratiques, normes et procédures pour prévenir et combattre la traite des êtres humains, adopté par le Conseil le 1<sup>er</sup> décembre 2005, 2005/C 311/01, JOUE, n° C 311, 9 déc. 2005, p. 1.<sup>67</sup> Directive 2001/51/CE du Conseil, du 28 juin 2001, visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JOCE, n° L 187, 10 juill. 2001, p. 45.

auparavant déterminées par chaque Etat membre<sup>68</sup>. En France, la méconnaissance des obligations incombant aux entreprises de transport fait ainsi l'objet des articles L. 625-1 à L. 625-6 du Code des étrangers qui prévoient, conformément à la directive, l'application de sanctions pécuniaires allant de 3 000 à 5 000 euros<sup>69</sup>.

Les institutions européennes se sont également préoccupées du cas des « passeurs », une directive et une décision-cadre ayant été adoptées en ce sens le 28 novembre 2002<sup>70</sup>. La directive définit la notion d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers et oblige les Etats membres à adopter des sanctions appropriées à l'encontre des personnes coupables de cette infraction, qu'il s'agisse d'aider les migrants à pénétrer clandestinement sur le territoire ou de les aider à y séjourner illégalement. La décision-cadre procède à un rapprochement des dispositions nationales en ce qui concerne cette fois le volet pénal de la question et détermine les sanctions applicables. Tout comme la décision-cadre relative à la lutte contre la traite des êtres humains, elle ne vise pas seulement les personnes physiques mais s'intéresse également au cas des personnes morales qui peuvent être tenues pour responsables des infractions considérées et se voir alors sanctionnées.

---

<sup>68</sup> La responsabilité des transporteurs a par ailleurs été étendue avec la directive du 29 avril 2004 qui les oblige à communiquer aux autorités les données relatives à leurs passagers, sous peine de sanctions (directive 2004/82/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JOUE, n° L 261, 6 août 2004, p. 24).

<sup>69</sup> Sur la transposition de la directive 2001/51/CE en droit français, voir Y. Pascouau, « Rapport sur la transposition de la directive visant à compléter l'article 26 de la Convention de Schengen », in *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, J.-Y. Carlier et P. de Bruycker (dir.), Bruylant, 2005, p. 447.

<sup>70</sup> Directive 2002/90/CE du Conseil, du 28 novembre 2002, définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JOCE, n° L 328, 5 déc. 2002, p. 17 et décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil, du 28 novembre 2002, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JOCE, n° L 328, 5 déc. 2002, p. 1.

La directive et la décision-cadre du 28 novembre 2002 ont été correctement transposées en droit français et les articles L. 622-1 à L. 622-10 du Code des étrangers punissent sévèrement l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers par des peines privatives de liberté et des amendes. Conformément à l'article 1<sup>er</sup> de la directive, certaines personnes qui aident les migrants clandestins bénéficient d'une immunité depuis la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006<sup>71</sup>. Il s'agit tout d'abord de l'entourage familial du ressortissant étranger concerné, les membres de sa famille n'agissant a priori pas dans un but lucratif. Il s'agit ensuite de toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché est, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique du ressortissant étranger, sous réserve du respect de certaines conditions. L'article L. 622-4 du Code des étrangers préserve ainsi l'action des organismes humanitaires. Quant aux sanctions qui peuvent être prononcées, les dispositions françaises prévoient des peines aggravées, conformément à l'article 1<sup>er</sup> de la décision-cadre, lorsque les infractions ont été commises dans le cadre des activités d'une organisation criminelle ou lorsqu'elles ont été commises en mettant en danger la vie des migrants clandestins.

L'aide à l'immigration illégale peut encore résulter de mariages de complaisance. Le Conseil a d'ailleurs adopté une résolution à ce sujet dans laquelle il encourage les Etats membres à adopter des mesures pour lutter contre ce phénomène tout en respectant les droits fondamentaux, notamment les articles 8 et 12 de la CEDH<sup>72</sup>. Aucun texte plus contraignant n'a pour l'instant été édicté au niveau communautaire, peut être parce que ce type de

---

<sup>71</sup> Loi n° 2006-911, du 24 juillet 2006, relative à l'immigration et à l'intégration, JORF, 25 juill. 2006, p. 11047. Pour un commentaire de cette loi, voir notamment N. Guimezanes, « La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration », *JCP G*, 2006, n° 37, I 167 et D. Lochak, « La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration », *Regards sur l'actualité*, décembre 2006, n° 326, La documentation française, p. 45.

<sup>72</sup> Résolution du Conseil, du 4 décembre 1997, sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, JOCE, n° C 382, 16 déc. 1997, p. 1.

comportement semble déjà entrer dans le champ d'application de la directive et de la décision-cadre du 28 novembre 2002. L'infraction et les sanctions dont elle est assortie sont déjà prévues par le droit français qui punit également la reconnaissance d'enfant aux fins d'obtenir un titre de séjour ou la nationalité française<sup>73</sup>. Il serait sans doute souhaitable que les institutions européennes procèdent à un rapprochement des législations sur ce point, notamment en raison de l'importance qu'il convient d'accorder à la sauvegarde du droit au respect de la vie privée et familiale et du droit au mariage.

Perfectibles, les mesures européennes semblent toutefois efficaces, et ce d'autant plus que la directive du 29 avril 2004, qui a notamment pour objectif de protéger les victimes de la traite des êtres humains et, dans certains cas, les migrants clandestins, prévoit la possibilité de délivrer un titre de séjour provisoire aux ressortissants d'Etats tiers qui coopèrent à la lutte contre l'aide à l'immigration illégale<sup>74</sup>. L'octroi de ce titre de séjour est en effet propre à inciter les personnes en situation irrégulière à dénoncer le comportement de certains individus, ce qui devrait permettre aux Etats membres de détecter et de démanteler plus facilement les filières qui organisent l'immigration clandestine aux fins de l'exploitation des ressortissants étrangers. La protection accordée restant temporaire, les migrants clandestins n'ont pas d'autre choix que celui de quitter le territoire à l'issue de la procédure nationale qui leur est applicable, à moins de démontrer qu'ils répondent désormais aux conditions de séjour.

La décision-cadre du 24 février 2005 contribue également à l'efficacité du système répressif mis en place par l'UE, en appliquant le principe de la reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires infligées par les autorités judiciaires et administratives dans le cadre de la lutte contre l'immigration illégale<sup>75</sup>. Ce texte facilite en effet l'application des sanctions considérées dans un Etat membre autre que celui dans lequel elles ont été imposées, ce qui

---

<sup>73</sup> Articles L. 623-1 à L. 623-3 du Code des étrangers.

<sup>74</sup> Directive 2004/81/CE, précitée.

<sup>75</sup> Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil, du 24 février 2005, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, JOUE, n° L 76, 22 mars 2005, p. 16.

permet d'éviter que les personnes ayant fourni une aide à l'immigration clandestine, au sens large du terme, échappent à la justice de leur pays en se rendant dans un autre, où elles pourront reprendre leurs activités illicites<sup>76</sup>.

Le système répressif ainsi mis en place par les institutions européennes semble de nature à décourager l'aide à l'immigration illégale. Et la logique de dissuasion retenue par l'Union devrait prochainement conduire à de nouveaux développements, la Commission ayant cette fois décidé de s'attaquer aux employeurs des ressortissants étrangers en situation irrégulière.

## **B - La sanction de l'emploi des ressortissants étrangers en situation irrégulière**

La perspective de trouver facilement un emploi sur le territoire communautaire, même en étant en situation irrégulière, est un facteur d'attraction important pour les ressortissants étrangers. L'emploi illégal a des effets économiques extrêmement négatifs et il ne profite pas aux immigrés clandestins qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité particulière vis-à-vis de leur employeur<sup>77</sup>.

La lutte contre l'emploi illégal contribuant nécessairement à celle contre l'immigration clandestine, le Conseil s'est d'abord limité à recommander aux Etats membres d'encourager les employeurs à s'assurer que les ressortissants étrangers qu'ils souhaitent recruter disposent bien d'une autorisation à cette fin<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Dans le cadre de la coopération policière et judiciaire, EUROPOL et EUROJUST peuvent aussi contribuer à la lutte contre l'immigration clandestine.

<sup>77</sup> Cette vulnérabilité se traduit en termes de diminution des salaires, de dégradation des conditions de travail et d'absence de protection à l'encontre des accidents de travail. Les travailleurs déclarés ne peuvent bénéficier ni d'une assurance-maladie ni d'une assurance-vieillesse, en l'absence de versement des cotisations.

<sup>78</sup> Recommandation du Conseil, du 22 décembre 1995, sur l'harmonisation des moyens de lutte contre l'immigration et l'emploi illégaux et l'amélioration des moyens de contrôle prévus à cet effet, JOCE, n° C 5, 10 janv. 1996, p. 1 et recommandation du Conseil, du 27 septembre 1996, sur la lutte contre l'emploi illégal de ressortissants d'Etats tiers, JOCE, n° C 304, 14 oct. 1996, p. 1.

La Commission a ensuite décidé de mettre en place un cadre juridique commun plus contraignant, une proposition de directive ayant été présentée en ce sens, en mai dernier<sup>79</sup>.

Le texte proposé pose une interdiction générale de l'emploi des personnes en situation irrégulière et oblige les employeurs à procéder à des vérifications avant de recruter des ressortissants étrangers, ainsi qu'à informer les autorités nationales compétentes du recrutement de ces ressortissants. La proposition de directive assortit ces règles de sanctions qui peuvent être pénales dans les cas les plus graves.

Tous les Etats membres sont ainsi appelés à réprimer, de manière harmonisée, l'emploi des immigrés clandestins. Une fois encore, ce ne sont pas les ressortissants d'Etats tiers en séjour irrégulier qui seront sanctionnés. Il est toutefois vrai que ces derniers pourront être amenés à quitter le territoire communautaire une fois l'irrégularité constatée.

L'adoption de la directive proposée par la Commission ne devrait pas susciter de difficultés particulières en ce qui concerne sa transposition en droit français. Le Code du travail contient déjà des dispositions qui répriment sévèrement le travail illégal, en général<sup>80</sup>, et l'emploi de personnes étrangères qui ne disposent pas d'une autorisation de travail, en particulier<sup>81</sup>. Ainsi, la législation française ne sanctionne pas directement le ressortissant étranger

---

<sup>79</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, du 16 mai 2007, COM (2007) 249 final.

<sup>80</sup> Sur la répression du travail illégal en droit français, voir notamment A. Martinon, « A propos de la répression du travail illégal – Commentaire de l'article 86 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », *JCP S*, 2005, n° 21, 1328 et G. Damy, « Le renforcement des sanctions du travail dissimulé », *JCP E*, 2007, n° 14, 1466.

<sup>81</sup> Articles L. 341-1 à L 341-8 et L 364-1 à L 364-11 du Code du travail. Voir également l'article L. 626-1 du Code des étrangers qui oblige l'employeur ayant occupé un travailleur étranger en situation de séjour irrégulier à acquitter une contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement de l'étranger dans son pays d'origine.

qui travaille sans autorisation<sup>82</sup> mais punit durement son employeur qui est tenu de s'assurer auprès de l'administration de l'existence d'un titre de travail<sup>83</sup>. La peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, cette sanction pécuniaire étant appliquée autant de fois qu'il y a d'étrangers concernés<sup>84</sup>. La circonstance aggravante de « bande organisée » porte la peine à dix ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende.

L'ensemble de ces dispositions semble correspondre, avant l'heure, au contenu du dispositif qui devrait être mis en place par le législateur communautaire. Et la loi n° 2006-911 impose encore de nouvelles obligations à la charge de l'employeur. Celui-ci, comme toute personne qui conclut un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant au moins égal à 3 000 euros en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services ou de l'accomplissement d'un acte de commerce, doit en effet s'assurer que son cocontractant respecte la législation sur le travail des étrangers, sous peine de sanction<sup>85</sup>.

En définitive, les mesures que les institutions européennes se proposent de prendre pour combattre l'emploi des ressortissants étrangers en situation irrégulière et, partant, l'immigration clandestine, paraissent moins sévères que celles déjà adoptées par le législateur français. Elles procèdent cependant de la même philosophie, décourager les candidats à l'immigration illégale en s'attaquant à ceux qui sont susceptibles de leur fournir non seulement une aide à l'entrée et au séjour irréguliers mais aussi un travail sur l'ensemble du territoire de l'UE.

---

<sup>82</sup> Ce dernier peut cependant être puni d'un an d'emprisonnement et de 3 000 euros d'amende s'il s'est rendu coupable de fraude ou de fausse déclaration pour obtenir le titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France (article L. 364-2). Il est par ailleurs certain que le ressortissant étranger employé illégalement peut être contraint de quitter le territoire français s'il apparaît que son entrée et son séjour sont irréguliers.

<sup>83</sup> En vertu de l'article L. 341-6.

<sup>84</sup> Article L. 364-3.

<sup>85</sup> Article L. 341-6-4.

\*

Les institutions européennes, suivant ou précédant l'action des Etats membres, ont démontré leur réelle volonté de combattre l'immigration clandestine en se dotant de mesures tant préventives que répressives. Certes, des efforts restent encore à faire. Outre l'adoption des mesures proposées en matière de contrôle des frontières extérieures et d'emploi illégal, l'établissement d'un cadre juridique commun devrait être envisagé en ce qui concerne les opérations de régularisation menées par certains Etats membres.

L'intérêt de tels programmes à grande échelle est en effet discutable. S'il est vrai qu'ils permettent d'intégrer les migrants clandestins à la société plutôt que les laisser en marge, où ils peuvent être exploités, il n'est pas pour autant certain qu'ils servent les objectifs de la politique de lutte contre l'immigration illégale, dans la mesure où ils peuvent constituer une forme d'incitation au séjour irrégulier<sup>86</sup>. Leur impact sur l'UE est loin d'être négligeable, l'abolition des frontières intérieures leur donnant une dimension particulière qui doit conduire les institutions européennes à mener une réflexion sérieuse sur le sujet. La Commission en a d'ailleurs fait l'un de ses sujets d'étude pour l'année 2007<sup>87</sup>.

En tout état de cause, la poursuite des efforts en matière de lutte contre l'immigration clandestine ne doit pas conduire à négliger la politique d'immigration légale, les mouvements migratoires pouvant avoir des retombées très positives tant pour les Etats membres que pour les Etats tiers. Il en va de même pour la politique d'asile, laquelle apparaît de plus en plus nécessaire eu égard aux nombreuses violations des droits de l'homme observées dans le monde. La crédibilité de la politique commune de lutte contre l'immigration illégale est à ce prix.

---

<sup>86</sup> En ce sens, voir la communication de la Commission du 4 juin 2004, « Etude sur les liens entre immigration légale et immigration clandestine », COM (2004) 412 final, pp. 10 et 11.

<sup>87</sup> Voir ainsi la communication de la Commission du 19 juillet 2006, « sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers », précitée, points 33 à 35.



## CHAPITRE II – EFFICACITE DE L'ÉLOIGNEMENT

La question du retour des personnes dans leur Etat d'origine couvre, en réalité, deux situations. Elle concerne d'une part, les personnes en situation régulière qui, au terme de leur séjour, souhaitent retourner dans leur Etat d'origine<sup>1</sup> et, d'autre part, les personnes en situation irrégulière. Relèvent de cette seconde catégorie les « *personnes qui ne remplissent pas, ou ne remplissent plus, les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne, soit parce qu'elles sont entrées illégalement, ou sont restées sur le territoire alors que leur visa ou leur permis de séjour était périmé, soit parce qu'elles ont été finalement déboutées de leur demande d'asile* »<sup>2</sup>. Ces personnes ne bénéficient donc d'aucun statut juridique les autorisant à rester sur le territoire de l'Etat membre et peuvent être soit encouragées à quitter volontairement<sup>3</sup> l'Union européenne, soit contraintes de le faire.

Ce sont les retours forcés qui rencontrent le plus d'obstacles. Sous l'empire du traité de Maastricht, diverses recommandations visaient à favoriser la concertation et la coopération entre les Etats membres, afin d'identifier – par l'échange d'informations – les meilleures pratiques en matière d'expulsion<sup>4</sup>. Puis, la communautarisation des matières liées aux

---

<sup>1</sup> Cette situation ne sera pas traitée dans les développements qui vont suivre.

<sup>2</sup> Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 175 final, 10 avril 2002, spéc. p. 7.

<sup>3</sup> La politique de l'Union européenne en matière de retour tend à privilégier par le biais de programmes spécifiques les retours volontaires des personnes en situation irrégulière.

<sup>4</sup> Recommandation relative aux pratiques des Etats membres en matière d'éloignement, du 30 nov. 1992 ; recommandation concernant le transit aux fins d'éloignement, du 30 nov. 1992 et recommandation relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement (JOCE, n° C 5, 10 janv. 1996).

politiques de visa, d'asile et d'immigration, opérée par le Traité d'Amsterdam, a eu pour conséquence notable d'habiliter le Conseil à prendre des mesures relatives à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier, y compris le rapatriement des personnes en séjour irrégulier<sup>5</sup>. La portée de cette compétence est discutée. Dans le cadre de l'Acquis Schengen, l'éloignement des étrangers en situation irrégulière représente une obligation de résultat, qui laisse à chaque Etat partie le soin de définir les critères d'irrégularité des longs séjours<sup>6</sup> et les procédures applicables. Il en résulte une hétérogénéité qui peut être préjudiciable à la cohérence d'une politique communautaire en matière de lutte contre l'immigration « illégale », censée reposer à la fois sur des normes communes, des principes communs et des procédures communes. Dans ses Communications de 2001<sup>7</sup> et 2002<sup>8</sup>, la Commission préconisait donc un encadrement des compétences étatiques et une harmonisation des législations nationales, ainsi qu'un système contraignant de reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement<sup>9</sup>. Dans son programme d'action en matière de retour<sup>10</sup>, le Conseil se montre toutefois plus circonspect, évoquant plutôt des lignes directrices et des normes minimales communes<sup>11</sup>. Pour l'institution représentant les Etats, « *l'effort de la*

---

<sup>5</sup> Article 63, 3), b) du TCE.

<sup>6</sup> L'article 5 de la Convention d'application des Accords Schengen et aujourd'hui les articles 5 et 13 du Code communautaire relative au franchissement des frontières (Règlement CE 562/2006, du 15 mars 2006, JOUE, n° L 105, 13 avril 2006, p. 1), qui déterminent les conditions d'entrée dans l'Espace Schengen (et par conséquent les conditions de refus), se rapportent au séjour n'excédant pas trois mois sur une période de six mois.

<sup>7</sup> Communication de la Commission du 15 novembre 2001 concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM (2001) 672 final.

<sup>8</sup> Communication de la Commission sur une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 564, 9 octobre 2002.

<sup>9</sup> Il est à noter que le Parlement européen de son côté conteste que l'article 63, § 3 du Traité CE autorise le Conseil à réglementer la reconnaissance mutuelle des décisions nationales d'éloignement. En ce sens voir les avis du 12 novembre 2000 (A5-0394/2000) et du 27 février 2001 (A5-0065/2001).

<sup>10</sup> Conseil, Programme d'action en matière de retour, 25 nov. 2002, Doc. 14673/02.

<sup>11</sup> Programme d'action en matière de retour, préc., point 50.

*Communauté consiste à apporter une valeur ajoutée aux mesures prises par chaque Etat membre, aussi bien pour ce qui est de faciliter le retour que pour ce qui concerne le nombre de personnes rapatriées* »<sup>12</sup>. En bref, le rôle de la Communauté se réduirait à une compétence d'appui, qui ne paraît guère propice à l'édification d'une véritable politique...

Ces dernières années, les modalités d'éloignement des personnes en situation irrégulière se sont certes affinées, faisant ainsi l'objet d'un Livre vert<sup>13</sup>, de deux directives<sup>14</sup>, d'une proposition de directive<sup>15</sup> et de plusieurs décisions<sup>16</sup>. Néanmoins, le bilan des actes adoptés par le Conseil montre que l'intervention communautaire est assez largement instrumentalisée : la coopération entre les Etats membres est organisée sans que les garanties des droits fondamentaux ne soient harmonisées (I) et ce premier stade peine à être dépassé (II).

---

<sup>12</sup> Programme d'action en matière de retour, préc., point 15.

<sup>13</sup> Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 175 final, 10 avril 2004, *op. cit.* note 6.

<sup>14</sup> Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *JOCE* L 149, 2 juin 2001, pp. 34-36. Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, *JOCE* L 321, 6 décembre 2003, pp. 26-31.

<sup>15</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005) 391 final, 1<sup>er</sup> septembre 2005.

<sup>16</sup> D'une part, les décisions 2004/573/CE du Conseil, du 29 avril 2004, relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres, ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux Etats membres ou plus (*JOCE* L261, 6 août 2004, pp. 28-35) et 2004/191/CE du Conseil du 23 février 2004 définissant les critères et les modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40 (*JOUE*, n° L 60, 27 fév. 2004, p. 55) ; d'autre part, plusieurs décisions autorisant la conclusion d'accords de réadmission avec des Etats tiers.

## I – L'ORGANISATION DE LA COOPERATION ENTRE LES ETATS MEMBRES

Parce que l'immigration clandestine touche tous les Etats membres de l'Union européenne et que le phénomène ne peut être maîtrisé de manière unilatérale, parce qu'une forte proportion de mesures d'éloignement ne reçoivent pas exécution, plusieurs instruments communautaires s'attachent à organiser une coopération entre Etats membres, qui se manifeste à titre principal par la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement (A) mais aussi par la conjonction des moyens d'éloignement (B).

### A – La reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement

En matière de coopération judiciaire, la reconnaissance mutuelle postule qu'« une décision judiciaire d'un Etat membre doit recevoir effet dans tout Etat membre sans y être subordonnée à des conditions additionnelles de conformité avec l'ordre juridique de l'Etat membre d'accueil »<sup>17</sup>. Appliquée à la police des étrangers, la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement, prévue par la directive 2001/40<sup>18</sup>, doit permettre d'éviter que les personnes à l'encontre desquelles une décision d'éloignement a été prise puissent se soustraire à son exécution en se réfugiant sur le territoire d'un autre Etat membre<sup>19</sup> - autrement dit, d'éviter que les facilités de déplacement à l'intérieur de l'espace européen ne paralysent la lutte contre la présence étrangère irrégulière. Il s'agit

---

<sup>17</sup> G. Vernimmen, A propos de la reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles en général, in G. De Kerchove et A. Weyembergh (Dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, 2001, 255 p., pp. 147-154, spéc. p. 148.

<sup>18</sup> Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *JOCE* L 149, 2 juin 2001, pp. 34-36.

<sup>19</sup> L'objet de la directive est très exactement « de permettre la reconnaissance d'une décision d'éloignement prise par une autorité compétente d'un Etat membre à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers qui se trouve sur le territoire d'un autre Etat membre » (Article 1<sup>er</sup> de la directive 2001/40).

donc bien d'une coopération interétatique. La directive 2001/40 constitue ainsi un « *premier pas en vue de permettre l'exécution dans un Etat membre d'une décision d'expulsion rendue par un autre Etat membre sans avoir à rendre une nouvelle décision d'expulsion* »<sup>20</sup>. La décision d'éloignement prise à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers doit être exécutée sur le territoire d'un autre Etat membre comme si cette décision avait été rendue par les autorités compétentes de ce dernier, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une quelconque formalité équivalente à une *exequatur*.

Cependant, la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement, bien que décrétée, n'est pas pour autant facile à mettre en place. Elle implique des mécanismes de compensation financière, l'éloignement d'un étranger représentant un coût qui n'est que rarement supporté par l'intéressé<sup>21</sup>. Elle suppose surtout une confiance mutuelle que ne favorisent guère les divergences existant entre les systèmes juridiques nationaux, en ce qui concerne les conditions d'adoption des mesures d'éloignement ou les recours ouverts aux étrangers en situation irrégulière<sup>22</sup>. Dans ce contexte, la

---

<sup>20</sup> Livre vert de la Commission relatif à la politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, *op. cit.*, spéc. p. 17.

<sup>21</sup> En ce sens, l'article 7 de la directive 2001/40 prévoit que « *les Etats membres compensent entre eux les déséquilibres financiers qui peuvent résulter de l'application de la présente directive* ». Mais c'est la décision 2004/191/CE du Conseil du 23 février 2004 qui définit les critères et les modalités pratiques de cette compensation bilatérale (*JOUE*, n° L 60, 27 fév. 2004, p. 55) – la décision 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mai 2007, ayant par ailleurs décidé la création d'un Fonds européen pour le retour, dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » pour la période 2008-2013, qui devrait permettre de soutenir financièrement la coopération interétatique (*JOUE*, n° L 144, 6 juin 2007, p. 45).

<sup>22</sup> En Belgique et en Espagne, le juge administratif peut annuler la décision administrative d'expulsion après en avoir contrôlé la conformité. Comme le recours en annulation n'est pas suspensif, l'étranger peut, en même temps, demander la suspension de l'ordre d'expulsion jusqu'à ce que le recours ait été tranché.

Au Danemark, la décision d'expulsion peut faire l'objet d'un recours administratif devant le ministre et est dépourvu de tout effet suspensif.

En Italie, les recours sont examinés par le juge de paix et ne sont pas suspensifs.

directive 2001/40 souffre de plusieurs insuffisances, que l'on considère la définition des décisions d'éloignement (1), la description du mécanisme d'exécution (2) ou encore l'énonciation des garanties offertes aux personnes concernées (3).

### 1 – Une définition minimale des décisions d'éloignement

Afin de délimiter son champ d'application, la directive 2001/40 comporte une définition des décisions d'éloignement appelées à bénéficier sur son fondement d'une reconnaissance mutuelle. A la lecture combinée de ses articles 2 et 3, il apparaît que l'identification des mesures concernées doit s'effectuer sur la base d'un double critère, qui ne dissipe cependant pas toute incertitude.

---

Au Royaume-Uni, l'étranger n'a, en règle générale, qu'une occasion de contester la décision des services de l'immigration. En principe, c'est la décision de refus de séjour qui peut être attaquée et non la décision d'expulsion. Les recours sont examinés par un organisme spécialisé qui n'appartient pas à l'ordre juridictionnel. Le recours contre un ordre d'expulsion ne peut être exercé que depuis l'étranger, à moins que la personne sous le coup d'une mesure d'expulsion ne soit entrée régulièrement dans le pays.

Quant à la France, l'étranger faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion peut introduire un recours devant le juge administratif lequel limite son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation afin d'apprécier la réalité de la menace grave contre l'ordre public. Lorsque l'étranger fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, il peut se pourvoir contre cet arrêté dans les 24 heures suivant sa notification devant le président du Tribunal administratif. Ce recours a un caractère suspensif jusqu'à ce que le juge rende sa décision, en principe dans les 48 heures de sa saisine. Enfin, dans l'hypothèse où l'étranger est placé en rétention administrative, la juridiction administrative est compétente pour connaître les recours dirigés contre les actes administratifs décidant le placement initial de l'étranger en application de l'article 36 bis de l'ordonnance de 1945. Le juge civil, saisi en application de ce même article, ne peut se prononcer sur la régularité de la mesure d'éloignement qui fonde la requête de prolongation de la rétention.

En Allemagne, aucun recours contre l'expulsion n'est possible dans la mesure où l'obligation de quitter le territoire est directement exécutoire ; toutefois, l'étranger peut demander que l'exécution de la décision soit suspendue pendant quelques mois pour des raisons humanitaires.

a) *Dualité des critères* – Aux termes de l'article 2, b), les décisions d'éloignement s'entendent de « toute décision ordonnant l'éloignement prise par une autorité administrative compétente d'un Etat membre auteur ». Le premier critère renvoie donc à la nature de l'autorité compétente, la directive s'efforçant à cet égard de refléter l'état du droit dans la majorité des Etats membres. Ainsi, en vertu de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 26 mai 1982<sup>23</sup>, les autorités administratives françaises sont compétentes pour prononcer, en application de l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945<sup>24</sup> relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, une décision d'expulsion contre les étrangers dont la présence constitue une menace grave à l'ordre public. La compétence du Ministre de l'Intérieur est limitée aux arrêtés d'expulsion pris en application de l'article 26 de l'ordonnance. L'expulsion résulte également d'un acte administratif en Belgique, au Danemark, en Espagne, en Italie et au Royaume-Uni. En ce qui concerne l'Allemagne, la spécificité tient à ce que les mesures d'expulsion ne requièrent pas de décision spécifique, car elles ne constituent qu'une modalité d'exécution (forcée) de l'obligation de quitter le territoire<sup>25</sup>.

L'article 3 de la directive affine par ailleurs la définition de l'article 2, en spécifiant les cas d'éloignement. La disposition fait donc intervenir un second critère, tenant aux motifs de la décision. Deux séries d'hypothèses sont alors distinguées, correspondant d'une part à l'existence d'une menace grave et actuelle pour l'ordre public ou la sécurité et la sûreté nationales (soit que le ressortissant de pays tiers a été condamné par l'Etat membre auteur pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an, soit qu'il y ait des raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables graves ou des indices réels établissant qu'il envisage de commettre de tels faits sur le territoire d'un Etat membre ; art. 3, § 1 a), d'autre part, au non-respect des

---

<sup>23</sup> Décret n° 82-440 du 26 mai 1982, *JORF*, 29 mai 1982, p. 1711.

<sup>24</sup> Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF*, 4 novembre 1945, p. 7225.

<sup>25</sup> L'expulsion des étrangers en situation irrégulière, Documents de travail du Sénat, série législations comparées, avril 2006, disponible sur [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers. Tout en attestant des différences qui séparent le statut des ressortissants de pays tiers de celui des citoyens de l'Union et des membres de leur famille<sup>26</sup>, les indications de la directive 2001/40 concordent sur ces points avec les dispositions de l'article 96 de la Convention d'application des Accords de Schengen (CAAS), de sorte qu'une symétrie s'établit entre les motifs d'éloignement et les motifs de signalement aux fins de non-admission. En amont ou en aval, les raisons qui rendent la présence de l'étranger indésirable sont identiques. S'agissant plus particulièrement de la menace à l'ordre public, on notera en revanche que là où l'instrument communautaire semble admettre une certaine automaticité entre la condamnation pénale et l'éloignement, le Conseil d'Etat a jugé, pour sa part, que « *les infractions pénales commises par un étranger ne sauraient, à elles seules, justifier légalement une mesure d'expulsion et ne dispensent en aucun cas l'autorité compétente d'examiner, d'après les circonstances de l'espèce, si la présence de l'intéressé sur le territoire français est de nature à constituer une menace pour l'ordre public* »<sup>27</sup>. Toutefois, la directive 2001/40 n'ayant pas pour objet d'encadrer l'adoption des mesures d'éloignement, cette jurisprudence nationale ne saurait être remise en cause.

---

<sup>26</sup> S'agissant des ressortissants des Etats membres et des membres de leur famille, la directive 64/221 du 25 février 1964 (*JOCE*, n° L 56, 4 avril 1964, p. 850), aujourd'hui remplacée et abrogée par la directive 2004/38 du 29 avril 2004 (*JOUE*, n° L 158, 30 avril 2004, p. 77), disposait que les condamnations pénales ne peuvent automatiquement motiver l'adoption d'une mesure d'ordre public (principe repris dans l'état actuel du droit); il résulte parallèlement de la jurisprudence que l'omission de formalités légales relatives à l'entrée et au séjour des étrangers ne saurait être considérée comme constituant en soi une atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique, de nature à justifier l'éloignement (CJCE, 8 avril 1976, Royer, aff. 48/75, *Rec.* p. 497). Plus récemment, la Cour de justice a encore précisé que tous les citoyens de l'Union devaient bénéficier des garanties matérielles et procédurales que leur assure le droit communautaire dérivé en matière d'éloignement – même s'ils ne séjournent pas de manière régulière dans leur Etat d'accueil (CJCE, 7 juin 2007, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-50/06, non encore publié).

<sup>27</sup> CE, 25 janvier 1977, *Ministre de l'Intérieur c/ Dridi*, *Rec.* p. 38.

Car il ne s'agit, une fois encore, que d'identifier les décisions sujettes à reconnaissance mutuelle.

*b) Difficultés de l'identification* – Compte tenu des critères tirés de la nature et des motifs de la décision d'éloignement, expulsions et reconduites à la frontière sont deux catégories de mesures qui relèvent certainement du champ d'application de la directive 2001/40. A l'inverse, l'extradition ainsi que le mandat d'arrêt européen devraient en être exclus<sup>28</sup>. En effet, l'extradition consiste en la remise, par l'Etat requis, d'un étranger ayant commis une infraction grave sur le territoire de l'Etat requérant, soit pour y être jugé, soit pour y subir sa peine. Quant au mécanisme du mandat d'arrêt européen, il se définit comme étant une décision judiciaire émise par un Etat membre en vue de l'arrestation et de la remise de la personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté<sup>29</sup>. L'extradition et le mandat d'arrêt européen constituent ainsi des mesures de coopération pénale entre les Etats membres et revêtent un caractère répressif, alors que les décisions d'éloignement ont un caractère préventif et participent de l'exercice de la police des étrangers.

Mais il est d'autres mesures dont la qualification est plus discutable au regard de la directive 2001/40. L'inclusion des interdictions du territoire, notamment, prête à interrogation. Dans la plupart des Etats membres, elles sont effectivement décidées par une autorité administrative et sanctionnent une entrée ou une présence irrégulière sur le territoire national. En France, cependant, elles sont prononcées par la juridiction pénale à titre de peine

---

<sup>28</sup> En ce sens, voir F. Julien-Laferrière, N. Jouant, L'éloignement des ressortissants de pays tiers in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, Ö. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, collection de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2005, 338 p., pp. 203-251, spéc. p. 226.

<sup>29</sup> Article 1 § 1 de la Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *JOCE* L 190, 18 juillet 2002, pp. 1-20.

complémentaire ou principale<sup>30</sup>, sans rapport nécessaire avec la réglementation sur l'immigration. Certes, cette circonstance n'a pas empêché la Cour européenne des droits de l'homme de juger que l'interdiction du territoire est « *en raison de sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers* », qui ne saurait être qualifiée d'accusation en matière pénale même si elle est « *prononcée dans le cadre d'une procédure pénale* »<sup>31</sup>. Toutefois, il est permis de se demander si la référence exclusive à un critère matériel dans le cadre de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) impose de neutraliser également le critère organique dans le cadre de la directive 2001/40<sup>32</sup>. Et fondamentalement, la question se pose de savoir si la disparité des systèmes juridiques nationaux (plus exactement le fait que la décision d'éloignement n'ait pas été prise par une autorité administrative dans l'Etat auteur, alors que son adoption ressortirait à la compétence administrative dans l'Etat requis) est un obstacle à l'applicabilité de l'instrument communautaire, et donc au jeu de la reconnaissance mutuelle. En son état actuel, la description du mécanisme d'exécution n'apporte pas de réponse.

---

<sup>30</sup> Ainsi l'article 131-30 du Code pénal dispose que « *lorsqu'elle est prévue par la loi, la peine d'interdiction du territoire français peut être prononcée à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit. L'interdiction du territoire entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement ou de réclusion* ».

<sup>31</sup> CEDH, 5 octobre 2000, *Maaouia c/ France*, n° 39 652/98, Rec.2000-X.

<sup>32</sup> Certains auteurs se prononcent en ce sens, considérant que « *la Cour de Strasbourg assimile donc l'interdiction du territoire à une 'décision prise par une autorité administrative', ce qui devrait la faire entrer dans le champ d'application de la directive, sous la réserve toutefois que les Etats membres et les institutions communautaires adoptent les mêmes critères de définition que ceux retenus par la Cour dans l'arrêt Maaouia c/ France* » (F. Julien-Laferrière, N. Jouant, L'éloignement des ressortissants de pays tiers, *op. cit.*, spéc. p. 224).

## 2 – Une description incomplète du mécanisme d'exécution

En effet, la directive 2001/40 présente cet admirable paradoxe de permettre une reconnaissance mutuelle, dont elle n'explique guère les modalités – concédant aux Etats une large marge de manœuvre.

a) *Imprécisions de la directive 2001/40* - La comparaison avec la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires est édifiante.

En matière civile et commerciale, l'application du principe suppose que la décision à reconnaître sur le territoire de l'Etat membre d'exécution soit accompagnée d'un certificat, attestant de son caractère exécutoire<sup>33</sup>. Il en va de même en matière pénale<sup>34</sup>. L'article 6, alinéa 2, de la directive 2001/40, de son côté, se borne à prévoir que « *l'Etat membre auteur fournit à l'Etat membre d'exécution tous les documents nécessaires pour attester la permanence du caractère exécutoire de la décision par les moyens appropriés les plus rapides, s'il y a lieu conformément aux*

<sup>33</sup> A ce titre, cf. par exemple, Règlement 44/2001 dit « Bruxelles I » sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civiles et commerciales, *JOCE* L 12, 16 janvier 2001, pp. 1-23 ; règlement 2201/2003 du Conseil du 23 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, abrogeant le règlement 1347/2000, *JOCE* L 338, 23 décembre 2003, pp. 1-19, un modèle de certificat étant annexé au texte afin d'uniformiser les demandes.

<sup>34</sup> Cf. par exemple, Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union des décisions de gel ou d'éléments de preuve, *JOCE* L 196, 2 août 2003, pp. 45-55, prévoit que la décision de gel est accompagnée d'un certificat signé par l'autorité judiciaire compétente de l'Etat d'émission ayant ordonné la mesure et certifiant l'exactitude de son contenu ; article 4 de la Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, *JOCE* L 76, 22 mars 2005, pp. 16-30. Cet article dispose que la décision, accompagnée d'un certificat peut être transmise aux autorités compétentes de l'Etat d'exécution. Quant à la Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *JOCE* L 190, 18 juillet 2002, pp. 1-20, celle-ci prévoit que le mandat d'arrêt est un formulaire comportant un certain nombre d'informations lesquelles présument de la conformité de la décision à reconnaître et à exécuter.

*dispositions du manuel SIRENE* ». La référence incite à penser que l'application de la directive devrait donc s'appuyer sur les procédures d'interrogation automatisées du Système d'Information Schengen. Reste que les pratiques de signalement ne sont pas suffisamment harmonisées pour servir une véritable politique communautaire en matière de retour<sup>35</sup>.

D'autre part, les motifs pour lesquels l'exécution peut être refusée ne sont pas non plus détaillés. L'article 6, 3<sup>ème</sup> alinéa de la directive 2001/40 engage seulement l'Etat membre d'exécution à examiner préalablement la situation de la personne afin de s'assurer qu'aucune convention internationale pertinente, ni aucune réglementation nationale applicable ne s'y opposent. La disposition mérite d'être saluée en tant qu'elle a valeur de garantie pour les ressortissants de pays tiers (cf. *infra*). Mais dans le même temps, elle relativise considérablement la portée du mécanisme : d'abord, parce que loin de constituer une exception ou une réserve (qui serait d'interprétation stricte), elle fait partie intégrante des conditions de mise en œuvre ; ensuite parce qu'elle laisse place, substantiellement, à la très grande variabilité des législations nationales en ce qui concerne l'identification des personnes protégées contre l'éloignement.

En l'absence d'indications sur les conditions dans lesquelles une décision d'éloignement doit être reconnue, le risque est que chaque Etat membre organise la reconnaissance en vertu de son propre droit interne. Dans ces conditions, les transpositions nationales prennent un relief particulier.

*b) Contenu de la transposition nationale* - En France, la transposition a été opérée par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003<sup>36</sup> et plus particulièrement son article 39, modifiant l'article 26 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions

---

<sup>35</sup> En ce sens, voir la réponse de la Belgique au Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier (COM (2002) 175 final, 12 juil. 2002).

<sup>36</sup> Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *JORF*, 27 novembre 2003, pp. 20136-20154.

d'entrée et de séjour des étrangers en France. Aux termes de ce nouvel article 26 *bis*, et conformément à la directive 2001/40/CE, le préfet peut ordonner la reconduite à la frontière d'office « *lorsqu'un étranger non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, qui se trouve sur le territoire français, a fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire prise par l'un des autres Etats membres de l'Union européenne* ». La disposition figure désormais parmi celles concernant les mesures prises dans le cadre de l'Union européenne et de la Convention Schengen, insérées dans les articles L.531-1 à L.531-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile<sup>37</sup>.

Il semble donc que le législateur se soit contenté d'une transposition *a minima*, la loi du 26 novembre 2003 rappelant en termes généraux les objectifs de la directive, et un décret en Conseil d'Etat devant préciser les conditions d'application de cette « reconduite à la frontière d'office »<sup>38</sup>. A cette fin, le décret du 30 mai 2005<sup>39</sup> est venu introduire un article 9-1 au décret du 26 mai 1982<sup>40</sup> - dispositions actuellement codifiées aux articles R. 531-5 à

<sup>37</sup> L'article L.531-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « *lorsqu'un étranger non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne a fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en vertu d'une décision exécutoire prise par l'un des autres Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et qu'il se trouve irrégulièrement sur le territoire métropolitain, l'autorité administrative peut décider qu'il sera d'office reconduit à la frontière. Il en est de même lorsqu'un étranger non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, qui se trouve en France, a fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire prise par l'un des autres Etats membres de l'Union européenne* » (nous soulignons). En d'autres termes, le préfet peut prononcer la reconduite à la frontière du ressortissant d'un Etat tiers ayant fait l'objet d'une décision d'éloignement dans un Etat membre de l'Union et ce, sans avoir à édicter un nouvel arrêté.

<sup>38</sup> On entend par « reconduite à la frontière d'office » la décision prise par le préfet qui a pour effet d'obliger l'étranger qui en est l'objet à quitter le territoire français et à se rendre dans le pays qui lui est désigné.

<sup>39</sup> Décret n° 2005-615 du 30 mai 2005 modifiant le décret n° 82-440 du 26 mai 1982 portant application des articles 23, 24, 25 bis, 27 ter, 28 et 33 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF*, 31 mai 2005, pp. 9656-9657.

<sup>40</sup> Décret n° 82-440 du 26 mai 1982, pris pour l'application de l'article 24 de l'ordonnance n° 452658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions

R. 531-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile<sup>41</sup>. Il en ressort notamment que lorsque le préfet, ou le préfet de police, constate qu'une mesure d'éloignement exécutoire a été prise par un Etat membre, à l'égard d'un étranger ressortissant d'un Etat tiers titulaire d'un titre de séjour délivré par un autre Etat membre, il procède à la consultation de l'Etat membre auteur de la décision d'éloignement et de l'Etat qui a délivré ce titre. Il peut également demander le placement de la personne en rétention administrative, sans attendre le retrait du titre de séjour, sur le fondement du 4° de l'article L.551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile<sup>42</sup> en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement. Après notification à l'intéressé de la décision de retrait du titre de séjour, le préfet procède à l'exécution de la mesure d'éloignement dans les conditions prévues à l'article L.531-3 du même Code, qui renvoie aux articles L. 513-2, L. 513-3 (premier alinéa) et L. 513-4<sup>43</sup>. Dans l'hypothèse où la décision d'éloignement concerne un ressortissant d'un Etat tiers titulaire d'un titre de séjour délivré par les autorités françaises, le préfet consulte alors l'Etat auteur de la mesure afin de s'assurer de son

---

d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, *JORF*, 29 mai 1982, p. 1711.

<sup>41</sup> Un article R. 531-9 y a été ajouté, concernant la compensation financière (article 39 du décret 2007-373, 21 mars 2007, *JORF*, 22 mars 2007).

<sup>42</sup> En vertu de cet article L.551-1, 4° le placement en rétention d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'Administration pénitentiaire peut être ordonné lorsque cet étranger faisant l'objet d'un signalement ou d'une décision d'éloignement mentionnés à l'article L. 531-3, ne peut quitter immédiatement le territoire français.

<sup>43</sup> L'article L. 513-2 règle la question du pays à destination duquel le ressortissant d'Etat tiers est éloigné : pays d'origine sauf si l'intéressé s'est vu accorder le statut de réfugié ou que l'OFPRA n'a pas encore statué sur la demande d'asile ; pays qui lui a délivré un document de voyage valide ; autre pays où il serait légalement admissible – l'étranger ne pouvant en tout état de cause être éloigné vers un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée, non plus que vers un pays où il serait exposé à un risque de torture ou de traitement inhumain ou dégradant. L'article L. 513-3 précise que la décision fixant le pays de destination est distincte de la mesure d'éloignement. L'article L. 513-4, enfin, prévoit l'assignation à résidence d'un étranger qui est obligé de quitter le territoire français mais qui justifie de l'impossibilité de se rendre dans un autre pays.

caractère exécutoire et engage sans délai l'examen du titre de séjour.

Il est à noter cependant que ni les dispositions législatives, ni les dispositions réglementaires ne se réfèrent à l'examen préalable de la situation personnelle de l'étranger<sup>44</sup>, bien que les enjeux soient d'importance au vu des énonciations sommaires de la directive.

### 3 – Une énonciation sommaire des garanties

Reconnaître une décision prise par les autorités compétentes d'un autre Etat membre n'implique pas pour autant que les droits de la personne concernée doivent être méconnus. Dès son considérant 4, la directive 2001/40 rappelle en préambule que les décisions d'éloignement doivent être prises en conformité avec les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, et notamment ses articles 3 et 8, ainsi que la Convention de Genève relative au statut de réfugiés du 28 juillet 1951 et tels qu'ils résultent des principes constitutionnels communs aux Etats membres. Mais s'agissant plus précisément de la mise à exécution, le principe du respect des droits fondamentaux va se concrétiser de deux manières différentes dans le dispositif.

a) *Garantie indirecte* – A première vue, la directive 2001/40 ne prévoit pas de protection particulière contre l'exécution des mesures d'éloignement prises par un autre Etat membre, en dehors

---

<sup>44</sup> Dans cet ordre d'idée, un commentateur avait déjà pu relever que le nouvel article 26 *bis*, alinéa 3, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne définit pas les catégories d'étrangers concernés, alors même que l'article 25 (article L.521-2 et L.521-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France) dresse la liste de ceux d'entre eux qui sont protégés contre l'expulsion (F. Julien-Lafferrière, Rapport sur la transposition de la directive sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement, in J.-Y. Carlier et Ph. De Bruycker (Dir.), *Immigration and Asylum law of the European Union : current debates, Actualités de droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruylant, 2005, 681 p., pp. 210-216, spéc. p. 212).

de celle énoncée à l'article 1, § 3, en vertu duquel la directive ne s'applique pas aux membres de la famille des citoyens de l'Union ayant exercé leur droit à la libre circulation. La notion de « ressortissant de pays tiers » est classiquement définie sur la base d'un critère exclusif de nationalité<sup>45</sup>, de sorte que ni le statut de l'intéressé, ni sa situation personnelle et familiale ne paraissent avoir « *d'effet sur la reconnaissance de la mesure d'éloignement prise à son encontre* »<sup>46</sup>. La directive ne procède pas à des catégorisations.

Toutefois, cette apparente indifférence trouve une correction immédiate dans l'obligation faite à l'Etat d'exécution de s'assurer au préalable que les « actes internationaux pertinents » ne s'opposent pas à la mise en œuvre de la mesure. A la lumière du préambule, la référence doit s'entendre au moins de la Convention de Genève et de la Convention européenne des droits de l'homme, qui déterminent un standard minimum de protection (la première en interdisant d'expulser ou de refouler de quelque manière que ce soit un réfugié sur les frontières d'un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacée – article 33 ; la seconde en interdisant plus généralement d'éloigner un étranger au mépris de son droit à ne pas subir de traitement inhumain et dégradant ou de son droit au respect de sa vie privée et familiale – articles 3 et 8). Face aux nécessités de la coopération interétatique, l'article 6, 3<sup>ème</sup> alinéa de la directive 2001/40 permet donc bien de prendre en considération la situation personnelle du ressortissant de pays tiers, qui peut éventuellement faire obstacle à la reconnaissance.

La garantie demeure néanmoins indirecte, en ce qu'elle dérive de sources externes et relève d'une appréciation nationale sans encadrement communautaire. Formellement, la directive

---

<sup>45</sup> L'article 2 c) de la directive 2001/40 indique ainsi qu'est considéré comme ressortissant de pays tiers toute personne qui n'a pas la nationalité de l'un des Etats membres.

<sup>46</sup> F. Julien-Laferrière, N. Jouant, L'éloignement des ressortissants de pays tiers in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, Ö. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, 338 p., pp. 203-251, spéc. p. 227.

2001/40 n'assure que deux séries de garanties aux ressortissants de pays tiers concernés.

b) *Garanties directes* – D'abord, et conformément à l'article 4 de la directive, la mesure d'exécution doit pouvoir faire l'objet d'un recours distinct, « *selon la législation de l'Etat membre d'exécution* ». C'est dire qu'une fois de plus, le droit communautaire consacre un droit dont il abandonne les conditions d'exercice à l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres – sans rechercher un niveau uniforme. Car l'organisation de ces recours n'est pas identique dans l'ensemble des Etats membres. En France, la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003<sup>47</sup> prévoit que la reconduite à la frontière d'office prononcée, à l'encontre de l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement prise par un autre Etat membre, peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif territorialement compétent. Ce recours, devant être formé dans les deux mois suivant la notification de la décision, n'est pas suspensif mais il peut être assorti d'une requête au juge des référés du tribunal administratif qui, conformément à l'article L.521-1 du Code de justice administrative, peut en ordonner la suspension lorsque l'urgence le justifie et s'il est fait état d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision. La seconde garantie est davantage « communautarisée ».

Car, l'article 5 de la directive dispose ensuite que les données à caractère personnel sont soumises au régime de protection de la directive 95/46/CE<sup>48</sup> et qu'en application du

---

<sup>47</sup> Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *op. cit.* note 34.

<sup>48</sup> Directive 95/46/CE du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE* L 281, 23 novembre 1995, pp. 31-50. La protection instituée repose à la fois sur des obligations mises à la charge des personnes, autorités publiques, entreprises, agences ou autres organismes qui traitent des données personnelles (en terme de qualité des données ; de légitimité, de sécurité et de confidentialité du traitement ; de notification aux autorités de contrôle...) et sur des droits reconnus aux personnes concernées (en terme

principe de spécialité, les fichiers ne peuvent être utilisés que pour l'exécution d'une mesure d'éloignement. La protection ainsi conférée aux ressortissants de pays tiers apparaît néanmoins relative, dès lors que la directive 95/46 fait assez largement la part des exigences de « l'intérêt public ». Appliquées au domaine de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, ses prescriptions pourraient donc tolérer des dérogations.

Mais fondamentalement, c'est le recours même à la reconnaissance mutuelle qui paraît quelque peu prématuré en l'absence d'un véritable acquis commun en la matière. Il est certes des questions à propos desquelles la technique représente une alternative précieuse à l'harmonisation mais il en est d'autres qui supposeraient au moins une coordination préalable – autrement dit « *l'élimination des contrastes substantiels ou logiques entre différents systèmes* ». Bien plus qu'elle n'a permis de transcender la diversité des droits nationaux, la directive 2001/40 semble en être victime. Ses applications concrètes sont rares<sup>49</sup> et sa transposition parfois laborieuse<sup>50</sup>. A travers les instruments suivants, les Etats n'en ont pas moins persisté dans la voie d'une simple « mutualisation » de leurs ressources.

## **B – La « mutualisation » des moyens d'éloignement**

L'éloignement des étrangers en séjour irrégulier n'est pas seulement, ni même principalement, affaire de décision mais s'analyse, en cas de retours forcés, comme une question matérielle.

---

d'information, d'accès aux données, de rectification et éventuellement d'opposition...).

<sup>49</sup> On cite un exemple : la Belgique a requis la reconnaissance d'une décision d'éloignement qu'elle avait prise à l'encontre d'une ressortissante nigérienne, qui avait demandé l'asile, et qui avait été arrêté aux Pays-Bas.

<sup>50</sup> Le Luxembourg (CJCE, 8 septembre 2005, Commission c/ Grand-duché de Luxembourg, Aff. C-448/04) et l'Italie (CJCE, 8 septembre 2005, Commission c/ République italienne, Aff. C-462/04) ont tous deux été condamnés par la Cour de justice des Communautés européennes pour n'avoir pas pris les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 2001/40 et pour la transposer dans les délais.

Diverses propositions ont ainsi été présentées afin d'améliorer la coopération opérationnelle entre les Etats membres (sous la forme d'une collaboration ou d'une action conjointe). Si toutes n'ont pas connu de suite<sup>51</sup>, une initiative allemande a conduit à l'adoption de la directive 2003/110 relative à l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne (1), tandis qu'une initiative italienne aboutissait à la décision 2004/573 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement (2).

#### 1 - L'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne

Si les Etats membres emploient prioritairement des lignes directes, l'insuffisance de tels vols ou des considérations économiques (coût de l'opération) peuvent nécessiter le recours à des lignes aériennes avec escales. C'est dans cette perspective que la directive 2003/110/CE<sup>52</sup> précise les modalités de l'assistance fournie par un Etat membre lorsqu'un vol d'éloignement organisé par un autre Etat membre transite sur son territoire<sup>53</sup>.

La collaboration n'est pas automatique. La demande de transit par voie aérienne, présentée par écrit par l'Etat membre requérant, doit être transmise à l'Etat membre requis dès que possible, et au plus tard deux jours avant le transit. L'Etat membre requis peut refuser son concours, lorsque le ressortissant d'un pays

---

<sup>51</sup> Ainsi l'initiative de la République italienne en vue de l'adoption de la directive du Conseil concernant l'assistance au transit [terrestre] à travers le territoire d'un ou de plusieurs Etats membres, dans le cadre de mesures d'éloignement prises par les Etats membres à l'égard de ressortissants de pays tiers (*JOCE* C 223, 19 septembre 2003, pp. 5-9) n'a-t-elle pas retenu l'intérêt de ses partenaires.

<sup>52</sup> Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, *JOCE* L 321, 6 décembre 2003, pp. 26-31.

<sup>53</sup> Son objet est « *de définir les mesures d'assistance pouvant être prises par les autorités compétentes dans les aéroports de transit des Etats membres, dans le cadre de l'éloignement avec ou sans escorte, par voie aérienne* » (Article 1<sup>er</sup>, directive 2003/110/CE).

tiers est accusé, en vertu de son droit national, d'infractions pénales, ou recherché pour l'exécution d'une peine, ou lorsque la mesure d'éloignement nécessite un changement d'aéroport sur son territoire, ou bien encore lorsque le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace pour l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou les relations internationales de l'Etat requis<sup>54</sup>. En tout état de cause, ce dernier communique sa décision à l'Etat requérant dans un délai de deux jours, l'opération ne pouvant débiter sans son autorisation. Un formulaire de demande et d'autorisation du transit par voie aérienne, énumérant un certain nombre d'informations<sup>55</sup> se trouve annexé à la directive 2003/110.

Une fois l'aide au transit décidée, il appartient à l'Etat requis de prendre toutes les dispositions utiles pour que l'opération se déroule dans les meilleurs délais<sup>56</sup> et de mettre en œuvre « *toutes les mesures d'assistance nécessaires, depuis l'atterrissage et l'ouverture des portes de l'avion jusqu'au départ effectif du ressortissant d'un pays tiers* »<sup>57</sup>. Parmi ces mesures d'assistance figurent l'accompagnement du ressortissant de l'avion dans l'enceinte de l'aéroport jusqu'au vol de correspondance, les soins médicaux d'urgence, y compris, si nécessaire, aux membres de l'escorte, le ravitaillement de la personne concernée, ainsi que des membres de l'escorte, la prise en charge des documents de voyage qui sont gardés et transmis notamment en cas d'éloignement sans escorte (dans cette dernière hypothèse, l'Etat membre requérant est informé du lieu et de l'heure du départ du territoire de l'Etat de transit du ressortissant d'un pays tiers). Par ailleurs, l'Etat de transit peut, conformément à sa législation interne, placer et

---

<sup>54</sup> Article 3, § 3, de la directive 2003/110.

<sup>55</sup> Doivent être ainsi indiquées les coordonnées du service requérant et du service requis, les informations concernant le ressortissant d'un pays tiers visé par la demande de transit, les informations concernant le vol, ainsi qu'un certain nombre d'informations dites particulières, au rang desquelles se trouvent l'indication selon laquelle le ressortissant est accompagné d'une escorte, si une surveillance policière de l'intéressé à l'aéroport est recommandée, si des soins médicaux sont nécessaires, si l'intéressé souffre d'une maladie contagieuse identifiable ou bien encore si des tentatives antérieures d'éloignement ont échoué.

<sup>56</sup> L'opération de transit ne pouvant excéder un délai de vingt-quatre heures.

<sup>57</sup> Article 5 de la directive 2003/110/CE.

héberger les ressortissants de pays tiers dans des locaux sécurisés, voire recourir à des moyens légitimes pour empêcher des actes de résistance ou y mettre fin<sup>58</sup>.

Il est néanmoins frappant de constater que dans ce cadre, la directive 2003/110 ne se réfère aucunement au respect de la dignité humaine. Au plus, le septième considérant indique-t-il que la mise en œuvre de la directive doit se faire dans le respect des droits fondamentaux et conformément à la clause de non-discrimination – étant précisé que « *le transit par voie aérienne ne sera ni demandé ni autorisé si, dans le pays tiers de destination ou de transit, le ressortissant d'un pays tiers risque un traitement inhumain ou dégradant, la torture ou la peine de mort ou que sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ». Mais ce principe, qui fait encore écho aux exigences du droit international des réfugiés et surtout du droit européen des droits de l'homme, ne se retrouve pas dans le dispositif. Manifestement, les priorités des négociateurs ont été d'un autre ordre.

Au demeurant, les considérations de politique publique sont également sensibles s'agissant de l'organisation des vols en commun.

## 2 – L'organisation des vols en commun

Formalisant des pratiques antérieures<sup>59</sup>, à la généralisation desquelles la Commission se montrait favorable<sup>60</sup>, le Conseil a adopté, le 29 avril 2004, une décision relative à l'organisation de

---

<sup>58</sup> Etant entendu que l'Etat membre requérant doit être informé de tout incident grave survenu lors du transit de la personne concernée

<sup>59</sup> Pour des exemples, voir T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, Assemblée nationale, n° 1238, 2003, p. 45.

<sup>60</sup> COM (2002) 175 final, 10 avril 2002, Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier.

vols communs<sup>61</sup>, afin de coordonner des opérations de renvois conjointes censées présenter des avantages financiers et adresser un signal fort à l'adresse des Etats tiers. Concrètement, la décision prévoit que lorsqu'un Etat membre décide d'organiser un vol commun ouvert à la participation des autres Etats membres, il lui revient d'en informer les autorités nationales compétentes et d'assumer la responsabilité de l'opération (du choix du transporteur aérien à la conclusion des arrangements avec les Etats participants, en passant par l'obtention auprès des Etats tiers de transit et de destination des autorisations nécessaires au vol). Pour leur part, les Etats membres qui souhaitent s'y joindre doivent informer l'Etat organisateur de leur intention, en précisant le nombre de ressortissants de pays tiers à éloigner, et fournir une escorte suffisante ou veiller à ce que deux de leurs représentants au moins soient présents. En revanche, la décision reste muette sur les mesures de sécurité à bord des avions, le recours à des mesures de coercition, l'enregistrement, l'embarquement et les contrôles de sécurité avant le décollage ou bien encore les documents et le contrôle de l'opération d'éloignement, toutes questions traitées en annexe sous la forme d'orientations purement indicatives dont les Etats membres sont simplement appelés à tenir compte<sup>62</sup>.

S'ils n'ont donc pas souhaité se soumettre à des dispositions par trop détaillées et contraignantes, leur détermination politique ne fait pas de doute. Soucieux « *d'éviter l'inaction de la Communauté dans le cadre de l'organisation de vols communs* »<sup>63</sup> et tenu par l'échéance du 1<sup>er</sup> mai 2004 (date à laquelle il n'aurait plus été possible de statuer sur la base d'une

---

<sup>61</sup> Décision 2004/573/CE du Conseil, du 29 avril 2004, relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres, ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux Etats membres ou plus, *JOCE* L261, 6 août 2004, pp. 28-35.

<sup>62</sup> Selon le considérant 10 de la décision 2004/573, les orientations communes non obligatoires devraient fournir des indications utiles dans le cadre de la mise en œuvre de la décision. L'article 7 prévoit en conséquence que les Etats membres en tiennent compte.

<sup>63</sup> Considérant 4 de la décision 2004/573.

initiative étatique), le Conseil s'est en effet dispensé de l'avis du Parlement européen qui ne pouvait être obtenu dans les délais. La circonstance est d'autant plus notable que le rapport de la Commission parlementaire « Libertés et droits des citoyens, justice et affaires intérieures » dénonçait vigoureusement la pratique des renvois collectifs et faisait valoir qu'« *en consacrant l'existence des charters d'expulsion par l'adoption d'une décision spécifique, l'Union européenne ternit dangereusement son image et risque de dériver vers une « Europe forteresse* » »<sup>64</sup>.

La compatibilité de telles opérations avec les droits de l'homme fait d'ailleurs débat.

Il est naturellement dit, au considérant 8, que la décision doit être mise en œuvre dans le respect des droits fondamentaux, notamment de divers instruments de garantie<sup>65</sup> - les orientations communes s'efforçant de donner corps à ce principe, qu'elles se rapportent à la situation des personnes concernées<sup>66</sup> ou à l'emploi de la coercition<sup>67</sup>. Mais indépendamment du problème posé par

---

<sup>64</sup> Rapport du 23 février 2004 sur l'initiative de la République italienne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement, A5-0091/2004.

<sup>65</sup> Il est ainsi fait référence à la Convention européenne des droits de l'homme, à la Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié, à la Convention internationale relative aux droits des enfants du 20 novembre 1989, enfin à la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

<sup>66</sup> Ainsi les Etats membres veilleront-ils à ce que « *la situation juridique de chacune des personnes concernées autorise l'éloignement de celle-ci* » et plus particulièrement à ce que leur état de santé permette « *légalement et dans les faits* » de procéder à un éloignement par voie aérienne. « *L'Etat membre organisateur se réserve le droit de refuser l'accès au vol commun à toute personne présentant un problème médical tel que son retour ne serait pas conforme aux principes de sécurité et de dignité* » (points 1.1.1 et 1.1.2).

<sup>67</sup> La coercition est mise en œuvre dans le respect des droits de la personne ; « *il ne doit pas être porté atteinte à la dignité ni à l'intégrité physique des personnes* ». « *De ce fait, en cas de doute, il y a lieu d'interrompre l'opération d'éloignement, y compris l'utilisation de mesures de coercition légales motivées* ».

leur absence de force obligatoire, c'est le principe même des vols groupés qui se voit contesté.

En effet, tant l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union que l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme interdisent les expulsions collectives<sup>68</sup>. En outre, l'arrêt *Čonka c/ Belgique* enseigne qu'une expulsion doit être considérée comme collective, même si elle est prononcée par la voie de décisions individuelles, quand un grand nombre de personnes de même origine font l'objet de mesures de même nature et présentant un libellé identique, de sorte qu'il n'existe pas de garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacun des intéressés<sup>69</sup>. Juridiquement, il apparaît certes que la décision 2004/573 ne concerne qu'une « collectivisation » des modalités d'exécution et concrètement, les orientations communes laissent voir que les personnes embarquées dans un vol commun peuvent être de différentes nationalités, et renvoyées vers des destinations finales distinctes<sup>70</sup>. Arguant de leur expérience, des associations comme la CIMADE n'en ont pas moins dénoncé une « politique des charters » qui enfreindrait l'interdiction des expulsions collectives<sup>71</sup>, tandis que certains membres de la doctrine

---

*par la résistance et la dangerosité de la personne renvoyée, suivant le principe « pas d'éloignement à tout prix » (point 3.2 a et b).*

<sup>68</sup> Protocole n°4 à la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurent déjà à la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, 16 octobre 1963, STE n°46.

<sup>69</sup> CEDH, 5 février 2002, *Čonka c/ Belgique*, n° 51564/99, *Rec.* 2002-I, § 63.

<sup>70</sup> En ce sens, voir le point 3.1 sur la disposition des personnes concernées à bord de l'avion.

<sup>71</sup> Car « pour rendre matériellement le charter possible, il faut des interpellations ciblées, une organisation et une préparation concertée pour que les procédures se réalisent et se terminent dans le même laps de temps, il faut préparer des lieux de rétention, des conditions de transport adaptées, etc. Il est évident dans ces conditions que l'examen individuel de la situation de chaque personne ne peut être que de pure forme, une apparence, un trompe-l'œil » (L. Giovannoni, Commentaires sur la politique en matière d'éloignement des étrangers des pays tiers, in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle, Ö. Edström (Dir.), *La politique*

estiment que « *la volonté affichée par la Communauté de recourir aux vols communs de manière systématique et dans une optique dissuasive pourrait générer un contexte favorable à la violation de l'article 4 du Protocole n° 4 de la CEDH* »<sup>72</sup>.

A tout le moins, des garanties plus contraignantes que celles auxquelles les Etats ont consenti s'imposeraient. Les instances européennes en sont conscientes et la recherche d'un meilleur équilibre transparaît dans les développements de la politique communautaire de retour.

## II – LE DEPASSEMENT DE LA COOPERATION ENTRE LES ETATS MEMBRES

Bien qu'essentielle, la coopération entre les Etats membres s'avère doublement insuffisante. D'une part, elle n'a que très imparfaitement permis d'instaurer des normes et des procédures communes applicables à l'*éloignement* des personnes en situation irrégulière ; d'autre part, elle ne résout pas les éventuels obstacles au *rapatriement*, de sorte que dès 2002, le Plan global de lutte contre l'immigration clandestine<sup>73</sup> préconisait parallèlement l'intensification de la coopération avec les Etats tiers d'origine et de transit.

Dans le programme de La Haye des 4 et 5 novembre 2004, la mise en place d'une politique efficace en la matière fait donc encore figure d'objectif, « *afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs*

---

*européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 253-259, spéc. p. 255).

<sup>72</sup> F. Julien-Laferrière, N. Jouant, L'éloignement des ressortissants de pays tiers, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, Ó. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 253-259, spéc. p. 249. Les auteurs poursuivent en jugeant « *regrettable que la Communauté/Union, même si elle ne dispose pas d'une compétence propre pour contribuer à la réalisation des droits fondamentaux, développe une politique d'asile et d'immigration qui permet, voire encourage la violation de droits que la Charte des droits fondamentaux garantit* » (p. 250).

<sup>73</sup> Plan global de lutte contre l'immigration clandestine, 28 fév. 2002, JOCE, n° C 142, 14 juin 2002, p. 23.

*droits fondamentaux et de leur dignité* »<sup>74</sup>. C'est dans cette louable perspective, mais avec des résultats passablement décevants, que l'action communautaire s'est engagée dans un mouvement d'approfondissement et d'élargissement – à travers une tentative d'harmonisation des normes et procédures relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (A) et par la conclusion de nouveaux accords de réadmission (B).

#### **A – La tentative d'harmonisation des normes et procédures relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier**

Répondant à l'invite du Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004, qui engageait le Conseil à entamer dès le début de l'année 2005 des discussions sur les normes minimales applicables aux procédures de retour, la Commission a présenté le 1<sup>er</sup> septembre 2005 une proposition législative<sup>75</sup> dont les objectifs sont de deux ordres : accroître l'efficacité des mesures nationales d'éloignement mais surtout « *définir des règles communes claires, transparentes et équitables [...] qui prennent pleinement en compte le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales des intéressés* »<sup>76</sup>. La proposition (2005) 391, tend donc à trouver un point d'équilibre (1), en même temps qu'elle inscrit l'exercice des compétences nationales dans le cadre de l'espace commun (2).

---

<sup>74</sup> Conseil européen de Bruxelles, 4 et 5 novembre 2004, conclusions de la présidence, annexe I, point 1.6.4.

<sup>75</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005) 391 final, 1<sup>er</sup> septembre 2005.

<sup>76</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *op. cit.* note 66.

## 1 – La recherche d'équité dans l'efficacité

D'emblée, la volonté de conciliation se lit dans la promotion des retours volontaires, « *pour des raisons humaines évidentes mais aussi pour des raisons de coût, d'efficacité et de durabilité* »<sup>77</sup>. En conséquence, la proposition de directive prévoit une procédure en deux étapes. Dans un premier temps, une décision de retour est prise à l'encontre du ressortissant d'un Etat tiers en séjour irrégulier. Cette décision de retour comporte un délai de départ volontaire de quatre semaines minimum, « *sauf s'il y a lieu de penser que la personne concernée pourrait prendre la fuite au cours du délai fixé* »<sup>78</sup>. Une décision d'éloignement sera prise, dans un second temps « *s'il existe un risque de fuite ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai de départ volontaire* »<sup>79</sup>. Il n'est cependant pas exclu que les décisions de retour et d'éloignement puissent résulter d'un même acte. Au regard du droit français<sup>80</sup>, la proposition ne paraîtra guère innovante, mais son mérite serait d'aligner des pratiques actuellement divergentes.

---

<sup>77</sup> Selon les termes de la Commission dans sa Communication sur une politique communautaire en matière de retour (COM(2002)564). Précédemment, l'institution avait en effet déjà fait savoir qu'il convenait de privilégier les retours volontaires : en ce sens, voir également la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM (2001) 672 final, 15 novembre 2001, spéc. pp. 26-27 et le Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier indiquait déjà (COM(2002)175 final, 10 avril 2002).

<sup>78</sup> Article 6, paragraphe 2, de la proposition de directive.

<sup>79</sup> Article 7, paragraphe 1, de la proposition de directive.

<sup>80</sup> En France, la procédure d'éloignement comporte également deux étapes. D'une part la décision de refus, de retrait ou de non renouvellement d'un titre de séjour s'accompagne d'une invitation à quitter le territoire dans un délai d'un mois. Si l'étranger en situation irrégulière n'est pas parti, un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière sera alors pris. Toutefois, lorsqu'il existe une menace à l'ordre public, ainsi que dans les cas de pure clandestinité de la personne, cette dernière ne fera alors l'objet que d'un arrêté de reconduite à la frontière. Cf. articles 511-1 et 511-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France.

Autre point important et significatif, le recours à la garde temporaire de la personne<sup>81</sup> est limité aux cas où il existe un risque de fuite et si des mesures coercitives<sup>82</sup> seraient insuffisantes. La décision de placement incombe normalement à une autorité judiciaire. En cas d'urgence, elle est prise par les autorités administratives mais doit être confirmée dans les soixante douze heures par les autorités judiciaires. En tout état de cause, la décision de placement en garde temporaire fait l'objet d'un contrôle au moins mensuel par les autorités judiciaires et la durée de placement ne peut excéder six mois. En outre, le placement est entouré de garanties pour les ressortissants de pays tiers, comme celle d'entrer en contact dans les meilleurs délais avec leurs représentants légaux, les membres de leurs familles, ainsi qu'avec les autorités consulaires.

Cependant, cette disposition ne serait pas sans poser problème en France en tant qu'elle « *méconnaît la répartition des compétences entre autorités administratives et judiciaires qui sous-tend l'ensemble du droit [national] des étrangers* »<sup>83</sup>. Car, il revient au préfet de décider du placement d'un étranger en situation irrégulière en rétention, le juge judiciaire décidant de la prolongation, ou non, de la mesure au terme d'un délai de quarante huit heures<sup>84</sup>. De même, la durée maximum de six mois pourrait-elle soulever des difficultés, dès lors que la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité fixe, quant à elle, un plafond de trente-deux jours<sup>85</sup>. Bien évidemment, rien n'empêche la France de maintenir un délai plus court, car plus favorable à la protection des droits

---

<sup>81</sup> Le ressortissant d'un Etat tiers en séjour irrégulier faisant l'objet d'une telle mesure en France serait placé en centre de rétention administrative.

<sup>82</sup> Parmi ces mesures coercitives, figurent l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière, ou de demeurer dans un endroit déterminé.

<sup>83</sup> T. Mariani, *Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration*, Assemblée nationale, n° 3042, 12 avril 2006.

<sup>84</sup> Il en est de même en Belgique, en Espagne ou en Italie.

<sup>85</sup> En revanche, on notera que la rétention peut durer jusqu'à dix-huit mois en Allemagne, ou encore est illimité au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas

fondamentaux de la personne concernée, dans la mesure où « *l'étranger ne peut être maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet* »<sup>86</sup>.

Par comparaison, les dispositions relatives à l'emploi de mesures coercitives sont moins détaillées. L'article 10 prévoit en effet que les Etats membres peuvent y recourir lorsque le ressortissant d'un Etat tiers s'oppose à son éloignement, à condition que lesdites mesures soient proportionnées et que l'usage de la force ne dépasse pas les limites du raisonnable<sup>87</sup>.

Enfin, la proposition de directive énonce des garanties minimales. L'article 12 de la proposition confère ainsi au ressortissant de l'Etat tiers un droit à un recours juridictionnel effectif suspensif<sup>88</sup>, ou le droit de demander le sursis à l'exécution de la demande de retour ou d'éloignement. Par ailleurs, l'assistance d'un avocat ainsi que, le cas échéant, d'un interprète doit être assurée, et l'aide juridictionnelle être fournie lorsque l'intéressée ne dispose pas de ressources suffisantes.

D'autres dispositions, sans occulter les considérations personnelles, semblent pourtant se rattacher davantage à l'objectif d'efficacité. Mais elles retiendront surtout l'attention, en tant qu'elles répondent à l'idée d'un espace commun.

---

<sup>86</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003.

<sup>87</sup> Article 10 de la proposition de directive. Cet article fait, en outre, un renvoi aux orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre lors des opérations d'éloignement par voie aériennes qui se trouvent annexées à la décision 2004/573/CE.

<sup>88</sup> Une innovation est à souligner ici par rapport au mécanisme prévu par la directive 2001/40. Alors que dans cette dernière, le recours contre une décision d'exécution de la mesure d'éloignement est organisé par chaque Etat membre en fonction de son droit interne, la proposition de directive indique que ce recours doit, en tout état de cause, être suspensif. Cette indication va dans le sens d'une meilleure protection des droits fondamentaux de la personne concernée.

## 2 – La recherche d'efficacité au sein d'un espace commun

Dépassant l'acquis de la directive 2001/40 qui serait abrogée, la proposition consacre un chapitre au cas dans lequel le ressortissant d'un Etat tiers est arrêté sur le territoire d'un autre Etat membre. Ce dernier se voit offrir quatre possibilités : soit il reconnaît et exécute la décision d'éloignement prise par le premier Etat membre ; soit il demande au premier Etat membre de reprendre le ressortissant dans les meilleurs délais ; soit il engage lui-même une nouvelle procédure d'éloignement conformément à son droit interne ; soit il délivre un titre de séjour pour des raisons humanitaires ou autres en faveur de ladite personne<sup>89</sup>. Face aux facilités de déplacement au sein de l'espace européen, il s'agit donc de règles souples qui permettent aux Etats membres de choisir en fonction de chaque cas d'espèce.

Mais une des principales innovations de la proposition (2005)391 réside dans l'interdiction de réadmission sur le territoire de l'Union européenne, qui « *conférerait une dimension européenne aux effets d'une mesure d'éloignement prise par un Etat membre* »<sup>90</sup>. Toutefois, cette interdiction, contenue dans la décision d'éloignement, ne peut dépasser cinq ans, étant entendu que sa durée est fixée en prenant en compte les particularités de chaque personne concernée<sup>91</sup>. Selon le comportement de l'intéressé, la mesure pourra d'ailleurs être aggravée ou au contraire rapportée.

---

<sup>89</sup> Article 16 de la proposition de directive.

<sup>90</sup> T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration n° 3042, 12 avril 2006, disponible à l'adresse [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr).

<sup>91</sup> Constituent les éléments à prendre en compte afin de fixer la durée de l'interdiction de réadmission : le fait que la personne fasse l'objet d'une décision d'éloignement pour la première fois, le fait qu'elle ait déjà fait l'objet de plusieurs décisions d'éloignement, le fait qu'elle ait pénétré sur le territoire de l'Etat membre alors qu'elle faisait l'objet d'une interdiction de réadmission ou lorsqu'elle représente une menace grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale. Dans ce dernier cas, la durée peut être supérieure à cinq ans. De même que l'interdiction peut être annulée lorsque, par exemple, la personne s'est présentée à un poste consulaire ou qu'elle a remboursé la totalité des frais engendrés par la procédure de retour.

S'il est indéniable que l'introduction de règles communes faciliterait la mise en place d'une politique efficace de lutte contre l'immigration irrégulière, il n'en reste pas moins que l'adoption de cette proposition est loin d'être assurée. Pour certains, la valeur ajoutée d'une harmonisation dans un domaine aussi étroitement lié à la souveraineté des Etats membres devrait encore être clairement démontrée<sup>92</sup>. Jugé trop détaillé et contraire au principe de proportionnalité sur un certain nombre de points, le texte n'est manifestement pas perçu comme une priorité. A ce jour, la proposition n'a encore fait l'objet que d'un avis (favorable) du Comité des régions<sup>93</sup> et il est à craindre que l'initiative ne s'enlise, victime des résistances étatiques.

Les enjeux de compétence ne sont d'ailleurs pas moindres s'agissant de la conclusion des accords de réadmission.

## **B – La conclusion par la Communauté d'accords de réadmission avec des Etats tiers**

Le plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains énonce que « *la politique de réadmission et de rapatriement fait partie intégrante de la lutte contre l'immigration clandestine et en est un élément essentiel* »<sup>94</sup>, confirmant ainsi l'importance de ces accords dans le cadre d'une politique de lutte contre l'immigration clandestine efficace. Quelle serait, en effet, la plus-value d'une politique contre l'immigration clandestine en l'absence, dans le même temps, de dispositions permettant le retour de ces ressortissants étrangers dans leurs pays d'origine ? Deux hypothèses sont à distinguer dans le cadre de la réadmission des personnes éloignées.

---

<sup>92</sup> T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, n° 3042, 12 avril 2006.

<sup>93</sup> Avis du 27 avril 2006, *JOUE*, n° C 206, 29 août 2006, p. 27.

<sup>94</sup> Proposition de Plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, *JOCE* C 142, 14 juin 2002, pp. 23-36, spéc. p. 31.

La réadmission peut, dans un premier temps, s'effectuer entre Etats membres. Dans ce cas, elle constitue une forme de coopération intra-européenne, destinée à responsabiliser les Etats membres (puisque chacune des parties s'engage à réadmettre les étrangers, y compris les demandeurs d'asile, qui, depuis son territoire, sont entrés illégalement sur le territoire de l'autre partie). Une initiative de la République de Finlande visant à l'adoption d'un règlement du Conseil déterminant les obligations réciproques des Etats membres en matière de réadmission des étrangers<sup>95</sup> n'a toutefois pas abouti. Concrètement, et en dehors du cadre de la Convention de Dublin<sup>96</sup>, du mécanisme de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile, ainsi que de l'article 11 de la directive 2001/55<sup>97</sup>, « *la réadmission n'a lieu*

---

<sup>95</sup> Initiative de la République de Finlande en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil déterminant les obligations réciproques des Etats membres en matière de réadmission de ressortissants de pays tiers, *JOCE* C 353, 7 décembre 1999, pp. 6-9. La proposition permettait de déterminer l'Etat membre sur lequel pèse l'obligation de réadmission : Etat membre qui aura délivré le titre de séjour, ou le visa, en cours de validité. En cas de pluralité de titres de séjour ou de visas en cours de validité, la responsabilité de la réadmission incombera à l'Etat membre qui confère le droit de séjour, ou le visa, le plus long ou dont l'échéance est la plus lointaine. Lorsque le titre de séjour ou le visa sont périmés, l'obligation de réadmission pèsera sur l'Etat membre qui a délivré le titre, ou le visa. En outre, lorsqu'il est prouvé que le ressortissant étranger, en provenance d'un Etat tiers, a franchi illégalement les frontières d'un Etat membre, ce dernier devra alors réadmettre le ressortissant étranger, sauf s'il est prouvé que ce dernier a séjourné dans un autre Etat membre pendant au moins six mois avant la date à laquelle il a été établi qu'il ne remplissait pas, ou plus, les conditions d'entrée et de séjour. Enfin, il appartiendrait à l'Etat membre responsable du contrôle de l'entrée du ressortissant d'un pays tiers sur le territoire des Etats membres, de réadmettre ce ressortissant étranger.

<sup>96</sup> Convention de Dublin, signée le 15 juin 1990, relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, *JOCE* C 254, 19 août 1997, pp. 1-12.

<sup>97</sup> Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *JOCE* L 212, 7 août 2001, pp. 12-23. L'article 11 de cette directive dispose qu' « *un Etat membre reprend une personne bénéficiant*

*entre les Etats membres que sur la base d'accords [...] bilatéraux ou d'une coopération informelle* »<sup>98</sup>.

Mais la réadmission peut parallèlement renvoyer à une forme de coopération avec les Etats tiers et c'est dans ce cadre, tout particulièrement, que l'action communautaire paraît nécessaire. En effet, la Commission<sup>99</sup> constate que les Etats membres rencontrent tous les mêmes obstacles pour procéder au retour dans leur pays d'origine des personnes en séjour irrégulier. Parmi ces obstacles se trouvent le refus de retour volontaire de l'intéressé, le fait que le domicile ou l'identité de la personne soient inconnus, des documents de voyage manquants ou bien encore des difficultés dans la coopération avec certains Etats pour la délivrance de documents d'identité et de voyage. Il est alors indéniable que « *le succès d'une politique en matière de retour des personnes en séjour irrégulier est subordonné à l'existence d'une coopération fructueuse avec les pays d'origine ou de transit concernés* »<sup>100</sup>. Cette coopération emprunte diverses formes et moyens. A ce titre, il est possible de citer la mise au point d'un réseau d'information et de coordination (ICONET), conçu comme un site intranet sécurisé pour les services des Etats membres chargés de la gestion des flux migratoires, ou bien encore le rôle des officiers de liaison chargés de l'immigration en poste dans les pays d'origine ou de transit<sup>101</sup>.

---

*de la protection temporaire sur son territoire si celle-ci séjourne ou cherche à entrer sans autorisation sur le territoire d'un autre Etat membre pendant la période couverte par la décision du Conseil visée à l'article 5 (octroi de la protection temporaire). Les Etats membres peuvent, sur la base d'un accord bilatéral, décider que la présente disposition ne s'applique pas* ».

<sup>98</sup> Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, *op. cit.* note 87.

<sup>99</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 564 final, 14 octobre 2002.

<sup>100</sup> Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 175 final, 10 avril 2002. A ce titre, cf. également Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Une politique communautaire en matière d'immigration, COM (2000) 757 final, 22 novembre 2000.

<sup>101</sup> Règlement 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », *JOCE* L 64 du 2 mars 2004, pp. 1-4.

La coopération avec les Etats tiers se traduit également par la conclusion d'accords de réadmission.

Toutefois, la conclusion des accords de réadmission avec les Etats tiers pose un double problème d'une part de conciliation de compétences entre la Communauté/Union et les Etats membres (1), et d'autre part de conciliation avec les droits fondamentaux (2).

### 1 – Problème de conciliation des compétences

La communautarisation des politiques liée à l'immigration opérée par le Traité d'Amsterdam a entraîné une modification du rôle dévolu à la Communauté/Union (a). Dorénavant, parce que l'immigration est devenue une politique communautaire, le Conseil donne mission à la Commission de négocier les accords de réadmission, compétence qui relevait avant des Etats membres sous forme d'accords bilatéraux. Cependant, si cette modification paraît aller dans le sens d'une simplification, et d'une certaine harmonisation de la procédure de réadmission, il n'en reste pas moins que la concrétisation de cette compétence s'avère laborieuse (b). Il apparaît, en effet, que cette lenteur dans les négociations de ces accords trouve une justification dans *« l'absence de contrepartie à offrir aux pays tiers, notamment en matière*

---

En effet, en vertu de l'article premier du règlement, l'officier de liaison « immigration » est un représentant d'un Etat membre détaché à l'étranger par le service de l'immigration ou par d'autres autorités compétentes. Ils ont pour fonction d'établir et d'entretenir des contacts directs avec les autorités compétentes du pays hôte et avec toute organisation appropriée dans le pays hôte afin de faciliter et d'accélérer la collecte et l'échange d'informations (relatives, notamment, aux flux d'immigration illégale provenant du pays hôte ou passant par ce pays, les itinéraires suivis par ces flux d'immigration illégale pour arriver sur le territoire des Etats membres, les modes opératoires, l'existence d'organisations criminelles impliquées dans le trafic de migrants, et leurs activités, les moyens d'aider les autorités du pays hôte à éviter que les flux d'immigration illégale ne se forment sur leur territoire ou n'y transitent, les moyens de faciliter le retour et le rapatriement des immigrés illégaux dans leur pays d'origine). Ils ont également pour mission d'apporter leur aide en vue d'établir l'identité de ressortissants de pays tiers et de faciliter leur retour dans leur pays d'origine.

*d'admission régulière de leurs ressortissants* »<sup>102</sup>. Les nouvelles orientations de la Communauté semblent s'efforcer d'y remédier (c).

a) *Modification du rôle dévolu aux institutions* – Du temps de la Coopération en matière de Justice et d'Affaires Intérieures, la conclusion de ces accords de réadmission s'inscrivait exclusivement dans la perspective d'une coopération bilatérale entre un Etat membre et un Etat tiers. A des fins de coordination, le Conseil avait adopté, dès 1994, une recommandation concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers<sup>103</sup>. Dans le même sens, une autre recommandation de 1995<sup>104</sup> contenait en annexe des formulaires communs en vue de la réadmission d'un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière. Il s'agissait ici d'un moyen détourné pour parvenir à une procédure commune à tous les Etats membres même si les accords restaient conclus bilatéralement. D'autre part et à compter de 1995, la Communauté a de son côté établi un lien entre la conclusion d'accords d'association et de coopération et le

---

<sup>102</sup> R. Del Picchia, Rapport d'information n° 385, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur la politique européenne d'immigration, 8 juin 2005, spéc. p. 19.

<sup>103</sup> Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994 concernant un accord de type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, *JOCE C 274*, 19 septembre 1996, pp. 20-24. Un modèle d'accord se trouve annexé à la recommandation. L'instrument prévoyait ainsi que la personne se trouvant sur le territoire de la partie contractante requérante et qui ne remplit pas ou plus les conditions d'entrée ou de séjour, ou lorsqu'il est établi ou valablement présumé qu'elle possède la nationalité de la partie contractante requise, doit être réadmise sur le territoire de cette dernière (Article 1<sup>er</sup>, § 1 de l'accord type bilatéral de réadmission). En outre, l'Etat requérant s'engage à réadmettre de nouveau la personne concernée lorsqu'il apparaît que celle-ci se trouve déchu de la nationalité de la partie contractante requise au moment où elle est sortie du territoire de l'Etat requérant, sauf dans l'hypothèse où l'Etat requis l'a déchu de sa nationalité après son entrée sur le territoire de l'Etat requérante et en l'absence d'une assurance de la part de cette dernière d'obtenir une naturalisation.

<sup>104</sup> Recommandation du Conseil du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, *JOCE C 274*, 19 septembre 1996, pp. 25-33.

rapatriement des personnes en séjour irrégulier sur le territoire de l'Etat membre, en insérant des clauses qui prévoient l'obligation réciproque de réadmettre les ressortissants présents illégalement sur le territoire de l'Union ou de l'Etat tiers, sur simple demande et sans formalité particulière.

Cette pratique est loin d'avoir été abandonnée<sup>105</sup> mais le traité d'Amsterdam a permis de franchir une étape supplémentaire. Car s'il ne procède pas à une attribution expresse, il habilite le Conseil à prendre des mesures en matière de rapatriement, ce qui suffit à fonder la compétence de la Communauté pour conclure des accords de réadmission en application de la théorie du parallélisme des compétences internes et externes.

D'emblée, il était toutefois manifeste que la Communauté ne pourrait se substituer complètement à ses Etats membres dans les négociations<sup>106</sup>. Dès l'entrée en vigueur du traité, le Conseil JAI soulignait ainsi que « *la compétence de la Communauté pour ce qui est de conclure des accords de réadmission n'est pas une*

---

<sup>105</sup> Afin d'améliorer l'efficacité et la cohérence de la politique du retour, il a été décidé, lors du Conseil Justice et affaires intérieures du 2 décembre 1999, de systématiser l'usage des clauses de réadmission dans les accords communautaires, ou mixtes Cf. à ce titre, Accord euro-méditerranéen instituant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part et la République libanaise, d'autre part, signé le 17 juin 2002, *JOCE* L 143, 30 mai 2006, pp. 2-188, spéc. article 68 ; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République Algérienne démocratique et populaire, d'autre part, *JOCE* L 265, 10 octobre 2005, pp. 2-228, spéc. article 84, ou bien encore le projet d'accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres et la République du Monténégro, spéc. article 83, COM (2007) 350 final.

<sup>106</sup> Cf. à ce titre, l'accord de réadmission entre la France et l'Argentine du 1<sup>er</sup> février 1995, *JORF* n° 73, 27 mars 2002, p. 5395, entré en vigueur le 8 février 2002 ; Accord de Bruxelles du 29 mars 1991, publié par D. n° 94-49, 12 janvier 1994 ; Accord de Zagreb du 27 janvier, publié par D. n° 96-436, 20 mai 1996 ; ou bien encore l'accord entre la France et la Suisse, Loi n° 99-982, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *JORF*, 2 décembre 1999, approuvant l'accord de réadmission entre la France et la Suisse signé le 28 octobre 1998, publié par D. n° 2000-287, 28 mars 2000. Pour une vision large des accords de réadmission conclus par la France, cf. Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France 2006, ss. Article L.531-1.

*compétence exclusive* »<sup>107</sup>. Il s'ensuit qu'un « *Etat membre peut toujours conclure un accord de réadmission avec un Etat tiers tant que la Communauté n'a pas conclu d'accord avec ledit pays ou n'a pas arrêté de mandat de négociation* »<sup>108</sup>. Bien plus, les Etats membres conserveraient leur faculté de traiter parallèlement à la Communauté « *par exemple, lorsque l'accord communautaire ou le mandat de négociation ne contient que des indications générales, alors qu'un ou plusieurs Etats membres souhaiteraient des arrangements détaillés sur la question* »<sup>109</sup>. En définitive, la seule limite intangible tient à l'impossibilité pour les Etats membres de conclure des accords qui risqueraient de porter préjudice à des accords existants de la Communauté.

Certes, ces résistances n'ont pas empêché que l'accent soit mis au plus haut niveau sur l'action communautaire. Ainsi le Conseil européen de Tampere invitait-il le Conseil à « *conclure des accords de réadmission ou à insérer des clauses-types dans d'autres accords conclus entre la Communauté européenne et les pays ou groupe de pays tiers concernés* »<sup>110</sup>, tandis que le Conseil européen de Séville recommandait d'accélérer la conclusion des accords en cours de négociation et d'approuver de nouveaux mandats pour la négociation d'autres accords de réadmission<sup>111</sup>. La même recommandation se retrouve encore dans les conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 14 et 15 décembre 2006<sup>112</sup>.

Il reste que la concurrence des compétences introduit une certaine complexité dans la politique de retour, des interférences

---

<sup>107</sup> Conclusions du Conseil JAI du 17 mai 1999, doc. 8654/99.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> Conseil européen spécial de Tampere, 15 et 16 oct. 1999, conclusions de la présidence, point 27.

<sup>111</sup> Conseil européen de Séville, 21 et 22 juin 2002, conclusions de la présidence, point 30.

<sup>112</sup> Conseil européen de Bruxelles, 14 et 15 décembre 2006, conclusions de la présidence, point 24, a). Le Conseil déclare, en effet, que « *les négociations relatives à des accords de réadmission de la CE doivent s'accélérer ; à cette fin le Conseil devrait étudier d'autres moyens permettant aux Etats membres de soutenir la Commission dans ses efforts visant à conclure de tels accords au niveau de la CE et à en assurer la mise en œuvre effective* ».

pouvant se produire - et des problèmes d'articulation se faire jour - entre les accords bilatéraux conclus par les Etats membres avec des Etats tiers et les accords conclus par la Communauté. En outre, il faut rappeler que la reconnaissance d'une compétence communautaire s'est d'autant moins traduite par une simplification de ce mille-feuille juridique qu'elle n'a pas coïncidé avec une application automatique de la méthode communautaire. Il aura fallu attendre le 1<sup>er</sup> mai 2004 pour que la Commission dispose d'un monopole d'initiative sur les questions relatives à l'immigration et ce n'est que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005 que les mesures relatives aux contrôles aux frontières et à l'immigration clandestine relèvent de la procédure de codécision<sup>113</sup>. Parachevant ce processus, l'article 79§3 du Traité sur le fonctionnement de l'UE<sup>114</sup> offrira une base juridique spécifique à l'Union afin de pouvoir conclure des accords de réadmission.

Les conditions d'exercice de la compétence communautaire ont néanmoins pesé sur sa concrétisation.

*b) Concrétisation du rôle dévolu aux institutions.* En effet, des oppositions se sont fait jour entre la Commission et les Etats membres, certains d'entre eux souhaitant retrouver leur compétence afin de conclure des accords bilatéraux de réadmission, notamment lorsque les négociations menées au nom

---

<sup>113</sup> Ce passage de l'unanimité à la procédure de codécision a été décidé par les Etats membres lors du Conseil européen des 4 et 5 décembre 2004. Au cours de ce Conseil, les Etats membres ont décidé de recourir à « la clause passerelle » de l'article 67 du TCE permettant ainsi de passer à la codécision pour les questions relatives aux contrôles aux frontières et à l'immigration clandestine. Bien que le passage à la codécision, au 1<sup>er</sup> mai 2004, ait été prévu dans l'Annexe n°5 au Traité de Nice, certains Etats membres se sont montrés réticents à l'idée d'abandonner leur droit de veto. Cf. à ce titre, R. del Picchia, Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur la politique européenne d'immigration, Sénat, 8 juin 2005.

<sup>114</sup> Tel qu'il résulte du Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant une Communauté européenne, ce dernier prenant le nom de Traité sur le fonctionnement de l'UE.

de la Communauté n'auraient pas abouti<sup>115</sup>. En outre, les Etats parties auraient manifesté certaines réticences à s'engager en ce qui concerne la réadmission d'autres ressortissants que leurs nationaux ainsi que sur les délais de réponse aux demandes de réadmission<sup>116</sup>. Afin de dépasser ces obstacles, la Commission a dû proposer des contreparties intéressantes concernant, entre autres la simplification de la délivrance de visas ou bien encore la réduction des obligations consenties par le pays tiers concerné – ce qui n'est pas sans soulever des questions de principe. Et certains parlements jugent « *dangereux que les pays tiers considèrent les offres compensatoires comme des éléments normaux liés à la conclusion d'accords de réadmission et qu'ils tendent à aligner leurs exigences sur le traitement le plus favorable obtenu en entraînant « un nivellement par le haut » des contreparties accordées par l'Union* »<sup>117</sup>.

Jusqu'à présent, des accords de réadmission ont été conclus avec la RAS de Hong-Kong<sup>118</sup>, Macao<sup>119</sup>, la République d'Albanie<sup>120</sup>, la République socialiste démocratique de Sri Lanka<sup>121</sup>

<sup>115</sup> En conséquence le Conseil a été contraint de rappeler aux Etats membres qu'il leur incombait d'apporter « tout leur soutien politique et diplomatique à la Commission au cours du processus de négociation et à faire profiter cette dernière des compétences qu'ils possèderaient au niveau national » (Conseil Affaires générales, 2 nov. 2004, doc. 13588/04).

<sup>116</sup> Assemblée nationale, compte rendu n° 14, de la Délégation pour l'Union européenne, 24 octobre 2007.

<sup>117</sup> Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, Compte rendu n° 14, 24 octobre 2007, spéc. p. 6.

<sup>118</sup> Décision 2004/80 du Conseil du 17 décembre 2003 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOCE* L 17, 24 janvier 2004, pp. 23-39.

<sup>119</sup> Décision du Conseil du 21 avril 2004 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier et Accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOCE* L 143, 30 avril 2004, pp. 97-99.

<sup>120</sup> Décision 2005/371/CE du Conseil du 3 mars 2005, relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant

et plus récemment avec la Russie<sup>122</sup>, l'Ukraine<sup>123</sup>, les Balkans occidentaux<sup>124</sup>, et avec la République de Moldova<sup>125</sup>. Par ailleurs, des clauses de réadmission ont été insérées dans les accords conclus avec l'Algérie, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Croatie, l'Égypte, la Géorgie, le Liban, la Macédoine ou bien encore l'Ouzbékistan. L'accord de partenariat entre la Communauté

---

la réadmission des personnes en séjour irrégulier, et Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOCE L 124*, 17 mai 2005, pp. 21-40.

<sup>121</sup> Décision 2005/372/CE du Conseil du 3 mars 2005, relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, et Accord entre la Communauté et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOCE L 124*, 17 mai 2005, pp. 41-60.

<sup>122</sup> Décision 2007/341/CE du Conseil, du 19 avril 2007, concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, *JOCE L 129*, 17 mai 2007, pp. 38-60.

<sup>123</sup> Proposition de Décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine COM (2007) 197 final, 18 avril 2007. Accords de réadmission signés entre la Communauté européenne et l'Ukraine, le 19 juin 2007.

<sup>124</sup> Accords de réadmission signés entre la Communauté européennes avec les pays des Balkans occidentaux, Albanie, la Bosnie-et-Herzégovine (Proposition de Décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Bosnie et Herzégovine COM (2007) 425 final), le Monténégro (Proposition de Décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la République du Monténégro COM (2007) 431 final), la Serbie (Proposition de Décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Serbie COM (2007) 438 final), et l'ancienne République yougoslave de Macédoine (Proposition de Décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine COM (2007) 432 final), le 18 septembre 2007.

<sup>125</sup> Accords de réadmission signés entre la Communauté européenne et la République de Moldova, le 10 octobre 2007. Proposition de Décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la République de Moldova concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, COM (2007) 504 final.

européenne et les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique<sup>126</sup> contient également l'engagement de chaque pays ACP signataires de réadmettre ses propres ressortissants irrégulièrement présents sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, à sa demande et sans formalité.

L'action de la Communauté s'élargit donc progressivement, les nouvelles orientations devant encore y contribuer.

c) *La réorientation du rôle dévolu aux institutions* – La tendance actuelle consiste à « englober la problématique de la réadmission dans une clause migratoire plus large qui ne soit pas au seul bénéfice de la Communauté et comprenne des éléments susceptibles d'intéresser également les pays tiers »<sup>127</sup>. En témoignent notamment les conclusions du Conseil européen des 21 et 22 juin 2007, qui insistent sur une coopération plus étroite avec les pays tiers, dans une perspective plus large de partenariats pour la mobilité, afin d'encourager les « migrations circulaires »<sup>128</sup>. Comme le souligne la Commission dans une Communication du 16 mai 2007<sup>129</sup>, ce type de migrations devrait, en effet, permettre aux Etats membres « de satisfaire leur besoin de main-d'œuvre, tout en tirant parti de l'effet positif des migrations sur le développement et en répondant à la nécessité pour les pays d'origine de bénéficier de transfert de compétences et d'atténuer les conséquences de la fuite des cerveaux »<sup>130</sup>. La migration circulaire présenterait alors deux formes et concernerait à la fois des personnes résidant dans un pays tiers ainsi que des ressortissants de pays tiers établis dans

<sup>126</sup> Accord signé à Cotonou le 23 juin 2000 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2003, JOCE L 317, 15 décembre 2000, pp. 10-11.

<sup>127</sup> H. Labayle, D. Bouteillet-Paquet et A. Weyembergh, « La lutte contre l'immigration illégale », in Ph. De Bruycker (Dir.), *The emergence of a European immigration policy, L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2003, 466 p., pp. 371-442, spéc. p. 409.

<sup>128</sup> Conseil européen, 21 et 22 juin 2007, conclusions de la présidence, point 17.

<sup>129</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM (2007) 248 final, 16 mai 2007.

<sup>130</sup> Communication de la Commission, *op. cit.*, note 113, spéc. p. 2.

l'Union européenne – l'objectif étant non seulement de favoriser la migration légale vers l'UE, mais également de faciliter le plus possible la réinsertion des migrants dans leur pays d'origine. Encore leur retour doit-il être effectif. Pour ce faire, la Commission propose que soit intégrée dans le cadre législatif une mesure visant à demander aux immigrants de s'engager par écrit à retourner volontairement dans leur Etat d'origine à la fin de leur contrat. La migration circulaire ne fait pas, pour autant, disparaître les accords de réadmission. Premièrement, la Commission énonce, en effet, que lorsque l'immigré est resté illégalement sur le territoire postérieurement à l'expiration de son contrat de travail, « *il faudra prévoir la réadmission par le pays d'origine* »<sup>131</sup>, étant précisé que cette dernière sera plus facile en présence d'accords. Deuxièmement, la migration circulaire s'inscrit plus largement dans l'élaboration de programmes de mobilité, lesquels interviendraient « *après que certaines conditions auront été satisfaites, telles que la coopération en matière d'immigration clandestine et la conclusion d'accords de réadmission* »<sup>132</sup>. Dans ce cadre, l'Etat tiers intéressé devra s'engager à réadmettre ses propres ressortissants, mais également les ressortissants de pays tiers et les apatrides arrivés sur le territoire européen par son territoire.

Les programmes reposent ainsi sur des concessions mutuelles – les engagements de l'Etat tiers trouvant leur contrepartie dans une simplification de l'immigration légale des ressortissants étrangers, pouvant se concrétiser par un assouplissement des conditions d'octroi d'un visa. L'objectif pourrait ainsi être résumé : en facilitant au maximum l'immigration liée au besoin de main-d'œuvre, l'immigration illégale devrait être moins importante, tandis que des aides ou des mesures seraient prises pour favoriser le retour des immigrants légaux dans leur Etat

---

<sup>131</sup> Communication de la Commission, *op. cit.* note 113, spéc. p. 12.

<sup>132</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, L'approche globale de la question des migrations, un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM (2006) 735, 30 novembre 2006.

d'origine<sup>133</sup>. Ce ne serait donc que lorsque l'immigré reste illégalement sur le territoire européen, que les autorités auraient recouru à la réadmission dans l'Etat d'origine.

Toutefois, la conciliation avec les droits fondamentaux ne paraît pas suffisamment explorée.

## 2 – Problème de conciliation avec les droits fondamentaux

Bien que la politique de lutte contre l'immigration clandestine doive s'inscrire dans le respect des droits fondamentaux, le fonctionnement des accords de réadmission (a) n'est pas à cet égard sans ambiguïté (b).

*a) Fonctionnement des accords* - Par ces accords, ces Etats s'engagent à réadmettre sur leur territoire leurs ressortissants, ou apatrides, qui ne remplissent pas ou plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour applicables sur le territoire de l'Etat requérant, sans aucune autre formalité que celles prévues dans ces accords. En contrepartie, la Communauté s'engage également à réadmettre ses ressortissants ou apatrides se trouvant dans la même situation.

Tout transfert d'une personne suppose la présentation d'une demande de réadmission ou une communication écrite adressée à l'autorité compétente. Cette demande doit inclure les renseignements individuels concernant la personne concernée, l'indication des moyens par lesquels une preuve ou un commencement de preuve de la nationalité, du transit et de l'entrée et du séjour illicites sera fournie. La demande doit également contenir, dans la mesure du possible, une déclaration indiquant que la personne à transférer peut avoir besoin d'assistance ou de soins ou de toute autre mesure de protection. La demande de réadmission

---

<sup>133</sup> La Commission préconise ainsi une aide à la recherche d'emploi et/ou à la création d'une entreprise par les ressortissants de retour dans leur Etat d'origine ; la reconnaissance dans l'Etat d'origine des qualifications ainsi que de l'expérience acquise par la personne concernée lors de son séjour sur le territoire européen ou bien encore une prime de réinsertion.

doit être présentée à l'autorité compétente de l'Etat requis dans un délai maximal d'un an après que l'autorité compétente de l'Etat requérant ait eu connaissance du fait qu'un ressortissant d'un pays tiers, ou qu'un apatride, ne remplit pas, ou plus, les conditions d'entrée, de présence ou de séjour en vigueur. Ce délai peut être prolongé en cas d'obstacles factuels ou juridiques. La demande de réadmission doit recevoir une réponse dans un délai de quinze jours de calendrier et le refus doit être motivé. L'accord de réadmission prévoit également les opérations de transit. A ce titre, la demande de transit doit être présentée par écrit et doit comporter un certain nombre d'informations parmi lesquelles le type de transit (par voie aérienne, maritime ou terrestre), l'indication des autres Etats de transit éventuels ainsi que la destination finale prévue, les renseignements individuels concernant l'individu concerné, le point d'entrée envisagé, la date du transfert et le recours éventuel à des escortes. Dans un délai de cinq jours, l'Etat informe l'Etat requérant de l'admission, en confirmant le point d'entrée et la date d'admission envisagée, ou l'informe du refus d'admission, ainsi que les raisons de ce refus. Dans l'hypothèse où le transit a lieu par voie aérienne, la personne concernée, ainsi que ses éventuelles escortes, sont dispensées de l'obligation d'obtenir un visa de transit aéroportuaire.

Présentés comme un instrument nécessaire à la mise en œuvre d'une politique de l'immigration efficace, les accords de réadmission comportent néanmoins des lacunes.

*b) Les ambiguïtés des accords de réadmission* - En premier lieu, il est regrettable qu'ils ne reflètent pas la diversité des situations des ressortissants de pays tiers susceptibles d'être concernés. Dès lors, « *la Communauté pourrait, en concluant de tels accords, encourager la violation par les Etats membres de leurs engagements internationaux dans la mesure où ces instruments n'offriraient pas la garantie que ces derniers veilleront à la non violation, même indirecte, de l'obligation de non refoulement à*

*laquelle ils sont tenus* » envers les demandeurs d'asile<sup>134</sup>. Car il n'est pas acquis que l'Etat tiers partenaire ait lui-même adhéré à la Convention de Genève sur le statut de réfugié.

En second lieu, la nécessité de conclure rapidement des accords de réadmission afin de pallier l'afflux de clandestins conduit parfois à des solutions peu satisfaisantes, sans « *que l'on s'interroge longtemps sur l'état des droits fondamentaux dans les Etats tiers* »<sup>135</sup> sollicités. L'accord de réadmission avec la Russie est, à ce titre, significatif<sup>136</sup>. La Russie a obtenu un délai transitoire de trois ans afin que la réadmission des ressortissants d'Etats tiers, ayant transité sur le territoire de la Russie soit effective. Cette période ne s'appliquera pas aux ressortissants d'Etats tiers avec lesquels la Russie a conclu des accords de réadmission bilatéraux. Par ailleurs, cette obligation de réadmission ne s'appliquera pas lorsque le ressortissant d'Etat tiers aura juste transité par un aéroport russe. Autre difficulté rencontrée, la durée maximale de réponse aux demandes de réadmission dépasse les délais de rétention administrative prévus dans certains Etats membres, à l'instar de la France, de l'Espagne ou bien encore du Portugal. L'accord de réadmission prévoit, en effet, un délai maximum de 60 jours alors que la législation française prévoit une durée maximale de rétention administrative de 32 jours. Elle est de 40 jours en Espagne et de 60 jours au Portugal. Afin de pallier cette difficulté, la France, l'Espagne et le Portugal ont signé chacun, un protocole

---

<sup>134</sup> F. Julien-Laferrière et N. Jouant, L'éloignement des ressortissants de pays tiers, *op. cit.* p. 245.

<sup>135</sup> H. Labayle, « Droits de l'Homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible », *R.A.E-L.E.A.*, 2006/1, pp. 93-109, spéc. p. 98.

<sup>136</sup> L'accord de réadmission avec la Russie n'est pas le seul à avoir suscité des craintes quant au respect des droits fondamentaux. L'accord conclu avec Hong-Kong avait fait l'objet d'un rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, daté du 7 novembre 2002. Cf. Rapport sur la proposition de décision du Conseil relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, 7 novembre 2002, A5-0381/2002 final. Le rapport préconisait des mécanismes permettant de contrôler régulièrement la situation des droits fondamentaux.

bilatéral avec la Russie. Ainsi, lorsqu'une demande de réadmission sera formulée par la France, la Russie disposera d'un délai de 25 jours pour y répondre. Le recours à ces protocoles est regrettable puisque cela revient à établir une coopération à deux vitesses entre les Etats membres qui prévoient des délais courts de rétention administrative et les autres. Il aurait été préférable que la Commission accepte de renégocier cette partie afin de fixer des délais raisonnables pour répondre à une demande de réadmission<sup>137</sup>. Traduisant « *une nette dégradation de la qualité des obligations imposées* »<sup>138</sup>, cet accord apparaît comme étant « *le plus mauvais des six accords de réadmission négociés à ce jour par la Commission européenne* »<sup>139</sup>.

L'importance de la lutte contre l'immigration clandestine est telle qu'elle ne peut, et ne doit, se réduire à une « négociation de marchands de tapis » en abaissant les niveaux des obligations pesant sur les Etats tiers afin de s'assurer de leur coopération. Le rappel du nécessaire respect des droits fondamentaux ainsi que de la Convention de Genève au sein des accords ne doit pas entraîner, en contrepartie, une décharge de la part de la Communauté sur les Etats tiers du respect des droits fondamentaux. Or, telle semble être la voie, « *l'Union européenne se [dérobant] en toute connaissance de cause* »<sup>140</sup> à ses responsabilités. L'Union européenne, à travers ces accords, se doit d'élever vers le haut les garanties à offrir aux ressortissants d'Etats tiers, et non de les abaisser. A ce titre, il est intéressant de relever que les accords de réadmission avec les pays des Balkans occidentaux, présentent une qualité supérieure<sup>141</sup> par

<sup>137</sup> Le caractère raisonnable des délais ne devant pas être considéré au regard des législations française, espagnole ou portugaise mais également, et surtout, au regard de la protection des droits fondamentaux des ressortissants étrangers en situation irrégulière en attente de réadmission.

<sup>138</sup> Assemblée Nationale, Compte rendu n° 14 de la Délégation pour l'Union européenne, 27 octobre 2007, spéc. p. 4.

<sup>139</sup> Communication de Monsieur Yves Pozzo di Borgo devant la délégation du Sénat pour l'Union européenne lors de la réunion du 8 février 2007.

<sup>140</sup> H. Labayle, « Droits de l'Homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible », *op. cit.* note 135, spéc. p. 98.

<sup>141</sup> Il est ainsi prévu dans le cadre des accords de réadmission avec les pays des Balkans occidentaux que la réadmission des ressortissants d'autres Etats tiers ou

rapport à l'accord avec la Russie. Il reste à espérer que la raison de cette amélioration ne réside pas seulement dans la vocation de ces Etats à adhérer à l'Union européenne. Si tel était le cas, il y aurait alors un risque de voir se développer une politique de rapatriement à deux vitesses, cette situation entraînant une différence de traitement entre les ressortissants d'Etats tiers qui serait inacceptable au regard des valeurs que l'Union entend véhiculer.

\*

La politique du retour constitue un enjeu important. A travers la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement et l'idée des interdictions de réadmission sur le territoire de l'Union, c'est le concept de l'espace commun qui prévaut. La solidarité entre les Etats membres prend une dimension très concrète. Il serait néanmoins bon qu'elle ne serve pas seulement à l'efficacité de l'éloignement. L'action communautaire doit aussi contribuer à harmoniser les protections et les garanties offertes par les droits nationaux aux étrangers. L'Union européenne a certes mis en place, en quelque sorte, une politique d'accompagnement de la personne éloignée en favorisant le retour volontaire. Mais elle se montre aussi prête à recourir à des signaux forts, comme l'organisation de vols communs de retour, afin de dissuader les immigrés clandestins potentiels de pénétrer sur le territoire européen. Et dans les négociations avec les Etats tiers en matière de réadmission, c'est encore la volonté de parvenir à des résultats rapides qui semble l'emporter. En toute hypothèse, le respect des

---

des apatrides aura lieu lorsque la personne concernée aura été en possession, lors de son entrée sur le territoire, d'un visa ou d'une autorisation de séjour en cours de validité délivré par le pays requis (dans le cadre de l'accord avec la Russie, la personne concernée doit être en possession de ces titres lors de la demande de réadmission). Il y aura également réadmission lorsque le ressortissant étranger sera entré illégalement et directement sur le territoire des Etats membres après avoir séjourné sur, ou transité par le pays requis. Autre différence importante, aucune période transitoire n'est aménagée aux fins de l'application des dispositions de l'accord. La période transitoire est, en revanche, de trois ans pour la Russie et de deux ans pour l'Ukraine.

droits fondamentaux fait figure de standard mais c'est un standard que la politique communautaire devrait s'efforcer d'acter davantage et de manière plus autonome, pour parvenir à réaliser l'objectif d' « *une Union ouverte et sûre* ».

*S. Bot*

## INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

### I – OUVRAGES

#### I. A. OUVRAGES GENERAUX

G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, Coll. Points Essais, 2005, 7<sup>ème</sup> éd

M. Dony et E. Bribosia (Dir.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005

Ph. Léger (Dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing-Dalloz-Bruylant, Bâle-Paris-Bruxelles, 1999

Y. Lejeune (Coord.), *Le traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998

J.-L. Sauron, *Comprendre le traité de Lisbonne*, Gualino Editeur, 2008

F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, coll. Droit fondamental, 8<sup>ème</sup> édition, Paris, PUF, 2006

F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantzimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Thémis, 3<sup>ème</sup> éd., 2005

#### I.B - OUVRAGES SPECIALISES

##### **I.B 1) Thèses et Ouvrages individuels**

N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration, Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000,

E. Dubout, *L'article 13 TCE, la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006

S. Garcia-Jourdan, *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2005

R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Thèse, Montpellier I, 2006

### **I.B 2) Ouvrages collectifs**

J.-Y. Carlier et P. de Bruycker (dir.), *Immigration and asylum law of the EU : current debates. Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 681 p

V. Chetail (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001

C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004

F. Julien-Laferrrière, H. Labayle, O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005

## II - ARTICLES

A. Berramdane, L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne, *Mélanges Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 157

C. Blumann, Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne, *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, pp. 61-76

C. Blumann, Une brèche dans la Communauté de droit, *Mélanges Dubouis*, Dalloz, 2002, pp. 13-25

H. Bribosia, Liberté, sécurité et justice : l'imbroglia d'un nouvel espace, *RMUE*, 1/1998, pp. 27-54

- G. Brinkmann, The Immigration and Asylum Agenda, *ELJ*, Mars 2004, pp. 182-199.
- A. Brun et E. Crabit, Faire respecter les droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union européenne. Pistes de réflexion sur le rôle de la Commission européenne, *RAE*, 2006/1, pp. 45-63
- L. Burgorgue-Larsen, La politique de l'asile au service de la réglementation des flux migratoires, *Gaz. Pal*, 15 novembre 1994
- M. Candela Soriano, Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE, *RTDH*, 2005, pp. 923-952.
- J.-Y. Carlier, Réfugiés : identifications et statut des personnes à protéger, la directive qualification, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 289-322.
- J.-Y. Carlier, Le développement d'une politique commune en matière d'asile, in C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1-14
- R. Cholewinski, Preventing Irregular Migration, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et O. Edstrom (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 95
- C. Cournil, Les réfugiés écologiques : quelle (s) protection (s), quel (s) statut (s) ?, *Revue de Droit Public*, 2006, n° 4, pp. 1033-1065.
- C. Curti-Gialdino, Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam, *RMUE*, 2/1998, p. 89-124
- G. Damy, Le renforcement des sanctions du travail dissimulé, *JCP E*, 2007, n° 14, 1466

Ph. De Bruycker, L'émergence d'une politique européenne d'immigration, in Ph. De Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruylant, 2003, p. 1

Ph. De Bruycker, Les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, in M. Dony et E. Bribosia (Dir.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 279

Ph. De Bruycker, Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile, in F. Julien-Laferrrière, H. Labayle, O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 45-75

O. de Schutter, Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam, in Y. Lejeune (Coord.), *Le traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998, spéc. p. 176

M. Denis-Linton et M. Guyomar, Contentieux des étrangers. Reconduite à la frontière, *Jcl. Administratif*, Fasc. 1156, 2 juin 2003.

X. Denoël, Les accords de réadmission du Benelux à Schengen et au-delà, *RTDE*, n° 29, octobre-décembre 1993, pp. 635-653.

O. Dubos, Quel statut personnel pour les ressortissants d'Etats tiers ?, in H. Gaudin (dir.), *De nouvelles frontières pour le droit communautaire? La question du champ d'application*, *RAE*, 2003-2004/1, pp. 83-94

G. Elkaim, Quelques remarques du point de vue du négociateur, in F. Julien-Laferrrière, H. Labayle, O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 85-91

J.-M. Favret, Le traité d'Amsterdam : une révision a minima de la charte constitutionnelle de l'Union européenne. De l'interprétation à l'incantation, *CDE*, 1997, p. 566

- M. Gautier, Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française : le contentieux Schengen, *DA*, mai 2005, n° 5, étude n° 8
- M. Gautier, Accords de Schengen, *JCL Europe Traité*, Fasc. 2630, 1<sup>er</sup> novembre 2006
- Y. Gautier, Reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants des pays tiers, *Europe*, août-septembre 2001, commentaire 257, pp. 15-16.
- B. Genevois, Le statut constitutionnel des étrangers, *RFDA*, 1993, p. 871
- P. Gonin et V. Lassailly-Jacob, Les réfugiés de l'environnement, une nouvelle catégorie de migrants forcés ?, *Revue européenne des migrations internationales*, 2002, vol. 18, n° 2, pp. 139-160.
- K. Groenendijk, Access of third-country nationals to employment under the new EC migration law, in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 141-174
- N. Guimezanes, La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *JCP G*, 2006, n° 37, I 167
- N. Guimezanes, La lutte contre l'immigration clandestine dans l'Union européenne et les Etats membres, *Regards sur l'actualité*, décembre 2006, n° 326, La documentation française, p. 73
- I. Guyot, A propos de l'immigration clandestine et de ses filières. Vers une harmonisation européenne, *Rev. sc. crim.*, avril-juin 2002, n° 2, p. 303
- K. Hailbronner, The directive on minimum standards on procedures for granting and withdrawing refugee status, in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle et O. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. p. 284.
- J. C. Hathaway et M. Foster, The casual connection (nexus) to a Convention ground, *IJRL*, 2003 vol. 15, n° 3, p.461-476.

J. C. Hathaway et W. S. Hicks, Is there a subjective element in the refugee convention's requirement of "well-founded fear"?, *Michigan Journal of International Law*, 2005, vol. 26, n° 2, disponible sur internet : <http://students.law.umich.edu/mji>

J. Handoll, Reception conditions of asylum seekers, in C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 113-148

E. Howard, Anti Race Discrimination Measures in Europe : An Attack on Two Fronts, *ELJ*, Juillet 2005, pp. 468-486.

M. Illamola Dausà, Égalité et intégration, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et Ö Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 175-202.

F. Julien-Laferrière, La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, in V. Chetail (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 257-286

F. Julien-Laferrière, Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945, *AJDA*, 9 février 2004, pp. 260-270.

F. Julien-Laferrière, Le statut des personnes protégées, in C. Dias Urbano de Sousa et Ph. de Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 195 - 219.

F. Julien-Laferrière, Rapport sur la transposition de la directive sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement, in J.-Y. Carlier, Ph. De Bruycker (Dir.), *Actualités du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruylant, 2005, pp. 210-216.

F. Julien-Laferrière et N. Jouant, L'éloignement des ressortissants de pays tiers, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle, Ö. Edström (Dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan*

*critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2005, 338 p., pp. 203-251.

G. Karydis, L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable, *RTDE*, janv.-mars 2002, pp. 1-26

H. Labayle, La libre circulation des personnes dans l'UE, de Schengen à Amsterdam, *AJDA*, 1997, pp. 923-935

H. Labayle, La Cour de justice et l'espace européen de liberté, sécurité et justice, in R. Mehdi (Dir.), *L'avenir de la justice communautaire –enjeux et perspectives*, La Doc. Fr., 1999, pp. 59-81

H. Labayle, Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice, in M. Dony et E. Bribosia (Ed.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, pp. 73-105

H. Labayle, Instruments et procédure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *Europe*, janv. 2003, Chron. , pp. 3-8

H. Labayle, D. Bouteillet-Paquet et A. Weyembergh, La lutte contre l'immigration illégale, in P. De Bruycker (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruylant, 2003, p. 371

H. Labayle, Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne, *CDE*, 2004, n° 5-6, pp. 591-661

H. Labayle, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in F. Julien-Lafferrière, H. Labayle, O. Edström, *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, pp. 11-43

H. Labayle, L'espace de liberté, de sécurité et de justice dans la Constitution pour l'Europe, *RTDE*, 2005, p. 437

H. Labayle, Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, de sécurité et justice, *RTDE*, 2006, pp. 1-46

H. Labayle, Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible, *RAE*, 2006/1, pp. 93-109

H. Labayle, Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen, *RFDA*, 2007, n° 1, p. 101

J.-P. Lhernould, Le périmètre de la famille en droit social communautaire, *Dr. fam.*, 2005, n° 12, Etude 26

D. Loschak, La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *Regards sur l'actualité*, décembre 2006, n° 326, La Documentation française, p. 45

Ph. Martinet, Le titre IV, in Ph. Léger (Dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing-Dalloz-Bruylant, Bâle-Paris-Bruxelles, 1999, pp. 527-607

A. Martinon, A propos de la répression du travail illégal – Commentaire de l'article 86 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JCP S*, 2005, n° 21, 1328

B. Mathieu et M. Verpeaux, Les étrangers en France : de la décision du Conseil constitutionnel au droit d'asile, *LPA*, 1994, n° 108, p. 4

C. Maubernard, Union européenne et CEDH : l'équivalence procédurale, *RAE*, n° 2, 2006, p. 65

L. Neumayer, La naissance d'une politique publique 'européanisée' : le secteur de l'asile en Hongrie et en République tchèque, *Revue internationale de politique comparée*, 2006, n° 2, p. 239

S. Oliveira, Commentaire du rapport sur le statut des personnes protégées. Comment protéger ceux qui en ont besoin ?, in C. Dias Urbano de Sousa et Ph. de Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 221-225.

Y. Pascouau, Rapport sur la transposition de la directive visant à compléter l'article 26 de la Convention de Schengen, in J.-Y.

Carlier et P. de Bruycker (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 447

J.-C. Peaucelle, L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives, *RFDA*, 1990, p. 514

N. Piçarra, Le développement d'une politique commune en matière d'asile. Commentaire, in C. Dias Urbano de Sousa et P. de Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 15-21

C. Picheral, Espace de liberté, de sécurité et de justice et champ d'application personnel du droit communautaire, in H. Gaudin (dir.), *De nouvelles frontières pour le droit communautaire? La question du champ d'application*, *RAE*, 2003-2004/1, pp. 95-108

C. Picheral, Ordre public et droit communautaire – Communautarisation des réserves d'ordre public, *Jcl Europe*, Fasc. 650, juil. 2007

C. Pouly, Les procédures de référé administratif en droit des étrangers, *Gaz.Pal.*, 30 juillet 2005, p. 2

M. Puéchavy, Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, in P. Lambert et Ch. Petiti (Ed.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Droit et Justice*, n° 46, Bruylant, 2003, 149 p., pp. 75-95.

J. Rideau, Le développement de la protection juridictionnelle des droits de l'homme dans l'Union européenne : symboles et effectivité, in R. Mehdi (Dir.), *L'avenir de la justice communautaire – enjeux et perspectives*, La Doc. Fr., 1999, p. 83

S. Robin-Olivier, Droits fondamentaux et droits des étrangers dans l'évolution récente de l'Union européenne, *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2003, p. 19

A. Roig, L'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique, *RMCUE*, 2004, n° 482, pp. 590-596

D. Schiek, A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law ?, *ELJ*, Juin 2002, pp. 290-314

J.-E. Schoettl, La loi relative à l'immigration et à l'intégration est-elle constitutionnelle ?, *LPA*, 2006, n° 154, p. 3

S. Slama, Roissy-Paris via Strasbourg : les aléas de la protection juridictionnelle des demandeurs d'asile à la frontière - note sous CE 11 août 2005, *AJDA*, novembre 2005, p. 2134.

C. Urbano de Sousa, Le regroupement familial au regard des standards internationaux, in F. Julien-Laferrière, H. Labayle et Ö. Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 127-139.

B. Van Symaes et J.-Y. Carlier, Le nouvel Espace de liberté, de sécurité et de justice, in Y. Lejeune (Coord.), *Le traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998, p. 227

G. Vernimmen, A propos de la reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles en général, in G. de Kerchove et A. Weyembergh (Dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, 2001, 255 p., pp. 147-154.

S. Vincenzi, Reception conditions for asylum seekers: comments, in C. Dias Urbano de Sousa et Ph. de Bruycker (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 157-166

P. Wachsmann, Les droits de l'homme, *RTDE* 1997, n° 4, p. 883

M. Wathelet, La Cour, objet et acteur des réformes du traité, in Y. Lejeune (Coord.), *Le traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998, p. 136

### III – RAPPORTS PARLEMENTAIRES

R. Del Picchia, Rapport d'information au Sénat sur la politique européenne d'immigration, *Rapport Sénat n° 385*, 8 juin 2005

T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration, *Rapport AN n° 1238*, 19 novembre 2003

T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration – D'une immigration subie à une immigration choisie, *Rapport AN n° 2365*, 8 juin 2005

T. Mariani, Rapport d'information sur la politique européenne d'immigration – Immigration et intégration, l'approche européenne, *Rapport AN n° 3042*, 12 avril 2006

## REFERENCES TEXTUELLES

### I – ACTES COMMUNAUTAIRES ANALYSES

#### I. A – ACTES COMMUNAUTAIRES EN VIGUEUR

##### **I. A 1) Politique de l'asile**

Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (*JOUE*, n° L 050, 25 fév. 2003, p. 1)

Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (*JOUE*, n° L 222, 05 sept. 2003, p. 3)

Directive (CE) n° 2001/55 du Conseil du 20 juillet 2001 concernant des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées (*JOCE*, n° L 212, 7 juill. 2001, p. 12)

Directive (CE) n° 2003/9 du Conseil du 27 janvier 2003, concernant les normes minimales relatives à l'accueil des demandeurs d'asile (*JOUE*, n° L 31, 6 fév. 2003 p. 18)

Directive (CE) n° 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (*JOUE*, n° L 304, 30 sept. 2004, pp.12-23).

Directive (CE) n° 2005/85 du Conseil, du 1<sup>er</sup> décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, (*JOUE* n° L 326, 13 déc. 2005, pp. 13-34).

### **I. A 2) Immigration légale et droits des ressortissants des États tiers**

Directive (CE) n° 2003/86 du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (*JOUE*, n° L 251, 03 oct. 2003 p. 12)

Directive (CE) n° 2003/109 du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (*JOUE*, n° L 016, 23 janv. 2004, p. 44)

Directive (CE) n° 2004/114 du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat (*JOUE*, n° L 375, 23 déc. 2004, p. 12)

Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique (*JOUE*, n° L 289, 3 nov. 2005 p. 15)

### **I. A 3) Lutte contre l'immigration irrégulière et politique du retour**

Directive (CE) n° 2001/40 du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers (*JOCE*, n° L 149, 2 juin 2001 p. 34)

Directive (CE) n° 2001/51 du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 (*JOCE*, n° L 187, 10 juill. 2001 p. 45)

Décision-cadre (JAI) n° 2002/946 du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (*JOUE*, n° L 328, 05 déc. 2002 p. 1)

Directive (CE) n° 2002/90 du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (*JOUE*, n° L 328, 05 déc. 2002, p. 17)

Directive (CE) n° 2003/110 du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne (*JOUE*, n° L 321, 06 déc. 2003, p. 26)

Règlement CE n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'officiers de liaison « Immigration », (*JOUE* n° L 64, 2 mars 2004, pp. 1-4)

Décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus (*JO L 261 06.08.2004 p. 28*)

Directive (CE) n° 2004/81 du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes (*JOUE*, n° L 261, 06 août 2004 p. 19)

Décision 2004/191 du Conseil du 23 février 2004 définissant les critères et les modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers (*JOCE L 60, 27 février 2004, pp. 55-57*)

Décision 2005/372/CE du Conseil du 3 mars 2005, relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, et Accord entre la

Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (*JOCE L 124, 17 mai 2001, pp. 41-60*)

Décision 2005/371/CE du Conseil du 3 mars 2005, relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier et Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (*JOCE L 124, 17 mai 2005, pp. 21-40*)

Décision 2004/424 du Conseil du 21 avril 2004 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier et Accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (*JOCE L 143, 30 avril 2004, pp. 97-99*)

Décision 2004/80 du Conseil du 17 décembre 2003 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (*JOCE L 17, 24 janvier 2004, pp. 24-39*)

#### I. B – ACTES COMMUNAUTAIRES EN PREPARATION

##### **I.B 1 ) Dispositions institutionnelles**

Proposition de décision du Conseil visant à l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, relatives aux compétences de la Cour de justice en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective, COM (2006)346 Final, 28 juin 2006

**I. B 2) Politique de l'asile**

Proposition de directive (CE) du Conseil modifiant la directive 2003/109 afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale COM (2007)298 final, 6 juin 2007

**I. B 3) Immigration légale et droits des ressortissants de pays tiers**

Proposition de directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre, COM (2007) 638 final, 23 octobre 2007

Proposition de directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM (2007) 637 final, 23 octobre 2007

**I.B 4) Immigration illégale et politique du retour**

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2005) 391 final, 1<sup>er</sup> septembre 2005.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (2007) 249 final, 16 mai 2007.

## II. ACTES COMMUNAUTAIRES CITES

Communication de la Commission du 21 janvier 1994 « sur les politiques d'immigration et d'asile », COM (1994) 23 final

Communication de la Commission du 22 novembre 2000, « sur une politique communautaire en matière d'immigration », COM (2000) 757 Final.

Communication de la Commission du 15 novembre 2001 « concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine », COM (2001) 672 final

Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 175 final, 10 avril 2002.

Communication de la Commission du 14 octobre 2002 « sur une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier », COM (2002) 564 final.

Communication de la Commission du 3 décembre 2002 « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM (2002) 703 final

Communication de la Commission du 3 juin 2003 « sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier », COM (2003) 323 final

Communication de la Commission du 3 juin 2003 sur « l'immigration, l'intégration et l'emploi », COM (2003) 336 final

Communication de la Commission, « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », COM (2004) 401 final

Communication de la Commission du 4 juin 2004, « Etude sur les liens entre immigration légale et immigration clandestine », COM (2004) 412 final

Livre vert du 11 janvier 2005 sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, COM (2004)811 final

Communication de la Commission du 10 mai 2005, « Le programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM (2005) 184 final

Communication de la Commission du 28 juillet 2005 « sur le mécanisme de suivi et d'évaluation des pays tiers dans le domaine de la lutte contre l'immigration clandestine », COM (2005) 352 final

Communication de la Commission du 1<sup>er</sup> septembre 2005, « Migration et développement : des orientations concrètes », COM (2005) 390 final

Programme commun pour l'intégration du 1<sup>er</sup> septembre 2005, COM (2005) 389 final

Communication de la Commission du 12 octobre 2005, « Une stratégie relative à la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », COM (2005) 491 final

Programme d'action en matière d'immigration légale du 21 décembre 2005, COM (2005) 669 final

Communication de la Commission du 25 janvier 2006, « Programme thématique de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile », COM (2006) 26

Communication de la Commission du 17 février 2006, sur le renforcement de la coopération pratique – Nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun, COM (2006) 67 final

Communication de la Commission, sur la « mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre », COM (2006) 331 Final

Communication de la Commission, « Evaluer les politiques de l'Union européenne en matière de liberté, de sécurité et de justice », COM (2006) 332 final

Communication de la Commission, « Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne : Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2005 », COM (2006) 333 final

Communication de la Commission du 19 juillet 2006 « sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers », COM (2006) 402 final

Communication de la Commission européenne du 30 novembre 2006, « Renforcer la gestion de la frontière maritime méridionale de l'Union européenne », COM (2006) 733 final

Communication de la Commission du 30 novembre 2006, « L'approche globale de la question des migrations un an après : vers une politique globale européenne en matière de migrations », COM (2006) 735 final

Communication de la Commission du 16 mai 2007, « relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers », COM (2007) 248 final

Livre vert du 6 juin 2007 sur le futur régime d'asile européen commun, COM (2007)301 final

\*

## TABLE DES MATIERES

### **INTRODUCTION – VERS UN DROIT COMMUNAUTAIRE DES ETRANGERS**

*Caroline Picheral*.....7

#### I – UN CHAMPS D’APPLICATION FRAGMENTE

A. Ratione loci

B. Ratione materiae

C. Ratione personae

#### II – DES CONDITIONS D’ADOPTION DIFFERENCIEES

A. Spécificité initiale du Titre IV du traité CE

B. Différenciations internes au Titre IV du traité CE

#### III – DES STANDARDS COMMUNS PROBLEMATIQUES

A. Termes du sujet

B. Objet de la recherche

### **PARTIE I – UNE RIGIDIFICATION POSSIBLE EN MATIERE D’ASILE**.....41

#### **CHAPITRE I – RESTRICTION DE L’ACCES**.....46

##### I – UNE QUESTION AMBIGUË : LA RESPONSABILITE DE LA PRISE EN CHARGE DES DEMANDEURS D’ASILE

*Christophe Maubernard*.....47

##### A – Le règlement Dublin II, une réponse partielle.....49

1 – Le mécanisme mis en place à l’intérieur de l’Union.....49

a) Les critères de détermination de l’Etat membre responsable de  
l’examen de la demande.....50

b) La procédure de prise en charge.....51

2 – Les mécanismes développées en dehors de l’Union européenne.....	51
<b>B – Le règlement Dublin II, une réponse insatisfaisante.....</b>	<b>54</b>
1 – Les limites inhérentes à la législation communautaire.....	54
a) Des dispositions lacunaires.....	54
b) Des définitions restrictives.....	56
2 – Les dérogations et réserves de compétences accordées aux États membres lors du traitement des demandes.....	57
a) L’application de la clause humanitaire.....	58
b) L’application de la clause de souveraineté.....	59
c) L’aménagement des voies de recours.....	61
<b>II – UN PARCOURS DIFFICILE : L’ACQUISITION DU STATUT DE BENEFICIAIRE DE LA PROTECTION INTERNATIONALE</b>	
<i>Ana Beduschi-Ortiz &amp; Caroline Picheral.....</i>	<i>64</i>
<b>A – La rigueur des conditions.....</b>	<b>66</b>
1 – L’identification des actes constitutifs de « persécution » ou « d’atteintes graves ».....	67
a) La nature et la gravité des actes.....	67
b) Les motifs des actes.....	71
c) Les auteurs des actes.....	73
2 – L’évaluation du risque encouru par le demandeur.....	75
a) Existence ou absence d’alternative à la protection internationale.....	75
b) Les caractéristiques du risque.....	77
c) La preuve du risque.....	79
3 – L’énumération des motifs d’exclusion du statut de réfugié et de la protection subsidiaire.....	81
<b>B – La diversification des procédures.....</b>	<b>83</b>
1 – L’adaptation des principes selon les procédures d’examen.....	84
a) La détermination d’un cadre procédural minimal.....	84
b) Les procédures conformes.....	86
c) Les procédures dérogatoires.....	87
2 – L’interférence des concepts d’Etats sûrs sur les conditions d’examen.....	90
a) La définition des concepts d’Etats sûrs.....	90
b) La portée des concepts d’Etats sûrs.....	93

**CHAPITRE II – GRADATION DES REGIMES.....98****I – LA MODULATION DES CONDITIONS D’ACCUEIL RESERVEES AUX DEMANDEURS D’ASILE ET PERSONNES DEPLACEES***Diana Riochet.....99***A – Des clauses plus restrictives à l’égard des demandeurs d’asile.....103****1 – Restrictions dans l’accès aux avantages garantis.....104**

a) Le rétrécissement du champ d’application personnel.104

b) La pénalisation des demandes d’asile tardives...106

**2 – Restrictions dans la définition des avantages garantis.....108**

a) La liberté de circulation...108

b) L’accès au marché du travail et à la formation professionnelle.....110

**B – Des clauses moins contraignantes à l’égard des Etats.....113****1 – L’emploi de notions imprécises.....114****2 – Le renvoi au droit national.....116**

a) Les renvois explicites à la législation nationale...116

b) Les renvois implicites à un cas national...117

**3 – La multiplication des clauses optionnelles.....118****II – LA DIFFERENCIATION DES DROITS ATTACHES AU STATUT DE REFUGIE ET A LA PROTECTION SUBSIDIAIRE***Ana Beduschi-Ortiz.....124***A – La gamme des traitements distincts.....125****1 – Une distinction directe à propos des titres de séjour et des documents de voyage.....126****2 – Une distinction indirectement accentuée à propos de la protection de la famille.....127**

a) Les avantages accordés aux membres de la famille sur place.....127

b) Le regroupement familial.....130

**3 – Une distinction facultative à propos de droits économiques et sociaux.....132**

a) La vie professionnelle.....132

b) Les soins de santé et la protection sociale.....	135
<b>B – Les cas de traitement indistinct.....</b>	<b>136</b>
1 – Un acquis limité dans la directive 2004/83.....	137
a) L’alignement sur les standards externes.....	137
b) L’alignement sur le régime de droit commun des étrangers.....	139
2 – Des perspectives renouvelées avec la proposition COM(2007)298.....	141
a) Un gain commun.....	142
b) Un apport relatif.....	145

## **PARTIE II – UNE SELECTIVITE LATENTE EN MATIERE D’IMMIGRATION LEGALE.....149**

### **CHAPITRE I – CONTROLE DE L’ADMISSION**

*Caroline Picheral.....151*

#### **I - LA RELATIVE VALORISATION DE L’IMMIGRATION « SCIENTIFIQUE ».....151**

**A - Une admission facilitée.....153**

  1 – Les conditions applicables aux étudiants.....153

  2 – La procédure ouverte aux chercheurs.....156

**B – Des avantages adaptés.....158**

  1 – Un avantage commun aux étudiants et aux chercheurs : la mobilité au sein de l’Union.....158

    a) Les étudiants.....158

    b) Les chercheurs.....159

  2 – Des avantages voisins pour les étudiants et les chercheurs : l’accès à des activités parallèles.....160

    a) Un accès limité au marché du travail pour les étudiants...160

    b) Un accès secondaire aux activités d’enseignement pour les chercheurs étrangers.....162

  3 – Un droit propre aux chercheurs : l’égalité de traitement.....163

**C – Un dispositif limité.....165**

  1 – Des dispositions modérément innovantes.....165

  2 – Des dispositions modérément contraignantes.....169

3 – Des dispositions modérément protectrices.....	171
---	-----

<b>II – LA PROBABLE INSTRUMENTALISATION DE L’IMMIGRATION ECONOMIQUE.....</b>	<b>176</b>
--	------------

<b>A – Difficultés de l’harmonisation.....</b>	<b>178</b>
--	------------

1 – Une résistance étatique manifeste.....	178
--	-----

a) L’échec de la proposition de directive relative aux conditions d’entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d’emploi salarié ou d’exercice d’une activité économique indépendante.....179

b) L’échec des mécanismes complémentaires ou alternatifs....181

2 – Des résistances étatiques récurrentes.....	182
--	-----

a) La réaffirmation d’un pouvoir discrétionnaire des Etats lors de la réforme des traités.....182

b) Des réactions mitigées au Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques.....184

c) La relative pusillanimité du Conseil européen..... 186

<b>B – Utilitarisme des conceptions.....</b>	<b>188</b>
--	------------

1 – Les justifications de l’action communautaire.....	189
---	-----

a) Le contexte de l’action communautaire..... 189

b) L’objet de l’action communautaire.....192

2 – Les apports de l’action communautaire.....	197
--	-----

a) La définition d’un statut juridique commun et minimal...197

b) La demande unique de titre combiné.....199

c) La condition du besoin économique et la clause de préférence communautaire.....201

d) La flexibilité des régimes d’admission.....204

## **CHAPITRE II – AMBIVALENCE DE L’INTEGRATION**

<i>Romain Tinière &amp; Caroline Picheral.....</i>	<b>211</b>
--	------------

<b>I- UNE GARANTIE FONDAMENTALE : LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS RACIALES ET LA XENOPHOBIE.....</b>	<b>214</b>
--	------------

II - UN MOYEN MINIMAL : LE REGROUPEMENT FAMILIAL (DIRECTIVE 2003/86).....	219
<u>A – Une avancée relative</u> .....	222
1 - L'établissement d'un droit au regroupement familial en droit communautaire.....	222
a) Les standards préexistants.....	222
b) L'interprétation authentique de la directive 2003/86..	225
2- La prise en compte de la protection du droit au respect de la vie familiale dans les conditions de retrait.....	226
a) Des motifs diversifiés.....	227
b) Des garanties réaffirmées.....	230
<u>B – Un mécanisme circonscrit</u> .....	232
1 – Une identification concentrique des bénéficiaires du droit au regroupement familial.....	233
a) Le premier cercle de bénéficiaires.....	233
b) Le second cercle de bénéficiaires.....	236
2 - Des conditions strictes d'accès au droit au regroupement familial.....	239
a) Les conditions apparemment communes aux ressortissants de pays tiers et au citoyen de l'Union...	240
b) Les conditions spécifiques aux ressortissants de pays tiers.....	243
III - UN INSTRUMENT MAJEUR : LE STATUT DE RESIDENT DE LONGUE DUREE.....	247
<u>A – Une intégration véritablement favorisée</u> .....	249
1 – Une stabilité renforcée.....	250
a) Sécurité juridique dans l'acquisition du statut....	250
b) Validité permanente du statut.....	252
c) Protection spécifique contre l'éloignement.....	254
2 – Un rapprochement étayé avec les droits des citoyens européens.....	256
a) L'égalité de traitement avec les nationaux.....	256
b) Le droit de séjour dans les autres Etats membres...	258
<u>B – Une égalité sensiblement relativisée</u> .....	260
1 – Un infléchissement des droits conférés.....	261

2 – Un durcissement des conditions requises.....	263
--	-----

## **PARTIE III- UNE LUTTE PRIORITAIRE CONTRE L’IMMIGRATION IRRÉGULIERE.....269**

### **CHAPITRE I – LOGIQUE DE DISSUASION *Claire Vial*.....272**

#### I - LA PREVENTION DE L’IMMIGRATION CLANDESTINE.....276

##### A - Le développement d’une politique extérieure de lutte contre l’immigration illégale.....276

##### B - Le renforcement du contrôle des frontières extérieures de l’Union européenne.....281

#### II - LA REPRESSION DE L’IMMIGRATION CLANDESTINE.....284

##### A - La sanction de l’aide à l’immigration illégale.....285

##### B - La sanction de l’emploi des ressortissants étrangers en situation irrégulière.....290

### **CHAPITRE II – EFFICACITE DE L’ELOIGNEMENT *Sophie Bot*.....295**

#### I – L’ORGANISATION DE LA COOPERATION ENTRE LES ETATS MEMBRES.....298

##### A – La reconnaissance mutuelle des décisions d’éloignement...298

##### 1 – Une définition minimale des décisions d’éloignement.....300

###### a) Dualité des critères.....301

###### b) Difficultés de l’identification.....303

##### 2 – Une description incomplète du mécanisme d’exécution.....305

###### a) Imprécisions de la directive 2001/40.....305

###### b) Contenu de la transposition nationale.....306

##### 3 – Une énonciation sommaire des garanties.....309

###### a) Garantie indirecte.....309

b) Garanties directes.....	311
<b>B – La « mutualisation » des moyens d'éloignement.....</b>	<b>312</b>
1 - L'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne.....	313
2 – L'organisation des vols en commun.....	315
<b>II – LE DEPASSEMENT DE LA COOPERATION ENTRE LES ETATS MEMBRES.....</b>	<b>319</b>
<b><u>A – La tentative d'harmonisation des normes et procédures relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.....</u></b>	<b>320</b>
1 – La recherche d'équité dans l'efficacité.....	321
2 – La recherche d'efficacité au sein d'un espace commun.....	324
<b><u>B – La conclusion par la Communauté d'accords de réadmission avec des Etats tiers.....</u></b>	<b>325</b>
1 – Problème de conciliation des compétences.....	328
a) Modification du rôle dévolu aux institutions.....	329
b) Concrétisation du rôle dévolu aux institutions.....	332
c) Réorientation du rôle dévolu aux institutions.....	335
2 – Problème de conciliation avec les droits fondamentaux.....	337
a) Fonctionnement des accords.....	337
b) Ambiguïtés des accords.....	338
<b>INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES.....</b>	<b>343</b>
<b>REFERENCES TEXTUELLES.....</b>	<b>354</b>