

Non-discrimination, Etat-providence et droit primaire de l'Union européenne

Des exclusions catégorielles au contrôle de proportionnalité

Francesco Maiani

Sommaire

- A. Introduction
- B. Portée et champ d'application de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité
 - I. Le concept de discrimination selon la nationalité
 - II. Le champ d'application de l'interdiction de discrimination
- C. Les catégories de bénéficiaires du principe de non-discrimination
 - I. Une dynamique de convergence ?
 - II. Les travailleurs et les autres citoyens « actifs »
 - III. Les citoyens « non actifs » et le régime subsidiaire de l'art. 18 TFUE
 - IV. Une dynamique de convergence
- D. Le régime de justification des discriminations
- E. Conclusions

A. Introduction

L'égalité dans l'accès aux prestations de l'Etat est un thème central dans le débat sur la citoyenneté européenne. Il l'est sous l'angle de la théorie constitutionnelle, car il contribue plus que tout autre à définir ce qu'est effectivement cette citoyenneté, entre citoyenneté de marché et ouverture des solida-

rités nationales.¹ Il l'est aussi sous l'angle politique, et ce au-delà des polémiques du moment – aussi virulentes qu'infondées² – sur le *Sozialtourismus* massif prétendument engendré par la libre circulation des personnes.³ Il existe en effet une tension entre la libre circulation et l'organisation de l'assistance sociale dans les Etats membres. La libre circulation des personnes exige, pour être réellement effective, que ses bénéficiaires puissent baser leur projet de vie dans un autre Etat membre sur la pleine égalité de traitement – y compris, au besoin, dans l'accès à l'assistance sociale.⁴ En même temps, les systèmes d'assistance sociale ont été traditionnellement basés sur des critères d'inclusion/exclusion – nationalité et territorialité – qui sont parfaitement contradictoires par rapport à la logique de la libre circulation.⁵ Comment dès lors réussir une libre circulation effective sans déstabiliser les systèmes nationaux d'assistance sociale ? Au cours de son évolution, le droit européen a généré des réponses différentes à cette question. La réponse traditionnelle a été de distinguer nettement les différentes catégories de « citoyens européens ». Ainsi, l'ancien Règlement n° 1612/68 reconnaissait-il aux travailleurs le bénéfice des « mêmes avantages sociaux » que les travailleurs nationaux.⁶ En revanche, une déclaration annexée au Règlement, dénuée de valeur juridique mais significative d'un point de vue politique, niait ce droit au chômeur en quête d'un premier emploi dans un Etat hôte.⁷ Pour la personne « non active » le problème ne se posait guère, dès lors qu'elle ne bénéficiait pas de la libre circulation des personnes.⁸

¹ *Ségolène Barbou des Places*, Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne. Des affinités sélectives ?, in : Boutayeb (éd.), La solidarité dans l'Union européenne, pierre angulaire d'un système juridique, 2011, 573.

² ICF GHK, A fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence, 2013.

³ Pour un excellent aperçu du débat en Allemagne et en Suisse, il est fait renvoi à la contribution de *Andreas Zünd* et *Thomas Hugi-Yar* dans ce volume.

⁴ Plus généralement, sur l'importance des « avantages sociaux » pour la réalisation effective des objectifs du traité en matière de libre circulation, cf. CJUE, aff. 59/85, *Reed*, Rec. 1986, 1283, cons. 28.

⁵ Voir *Usanee Aimsiranun*, La citoyenneté européenne et l'Etat providence, thèse, 2013, §8 ss, où l'auteur souligne la « logique de clôture » qui préside au fonctionnement de l'Etat providence.

⁶ Règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO 1968 L 257, 2), abrogé et remplacé par le Règlement (UE) n° 492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union (JO 2011 L 141, 1).

⁷ « Les ressortissants d'un Etat membre [...] qui se rendent dans un autre Etat membre pour y rechercher un emploi disposent à cette fin d'un délai minimal de trois mois ; Toutefois, si les personnes susvisées devaient être prises en charge par l'assistance publique du deuxième Etat au cours de la période précitée, elles pourraient être invitées à

Ce système d'exclusions catégorielles n'existe plus en tant que tel. L'introduction du statut de citoyen européen, et la jurisprudence qui s'y est greffée, ont progressivement ouvert aux personnes précédemment exclues l'accès, en principe, aux prestations de l'Etat. Ce développement, couplé avec l'élargissement à l'Est, a peut-être favorisé l'émergence d'un discours politique agressif autour du *Sozialtourismus*. Et pourtant, le nouveau système ne se caractérise pas plus que l'ancien par l'accès indiscriminé de tout citoyen européen à toute prestation de l'Etat. La transformation accomplie a été beaucoup plus subtile : d'un système d'exclusions catégorielles à un système d'exceptions régies par le principe de proportionnalité.

Cette évolution est le *Leitmotiv* de ces pages, qui visent par ailleurs à esquisser les principes fondamentaux du droit primaire européen dans la matière qui nous occupe et, ainsi, à fournir une introduction aux contributions plus détaillées qui suivent. La section B ci-après aborde la portée et le champ d'application de l'interdiction de discrimination. La section C discute la manière dont les différentes catégories de citoyens de l'Union peuvent s'en prévaloir. La section D se penche enfin sur les motifs pouvant être invoqués par les Etats membres en tant que justification à un traitement différentiel *a priori* interdit. La section E tire les principales conclusions de cette analyse.

B. Portée et champ d'application de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité

I. Le concept de discrimination selon la nationalité

Pour bien cerner les enjeux en présence, il est utile de souligner que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Traité FUE ou TFUE) laisse aux Etats membres une pleine liberté quant à la nature et au niveau des prestations qu'ils entendent fournir aux personnes relevant de leur juridiction.⁹ Il interdit en revanche, avec effet direct¹⁰ et dans l'ensemble des situations régies par le droit de l'Union (*infra* B.II), les discriminations « exercées en

quitter le territoire ». Sur l'absence de valeur juridique de la déclaration voir CJUE, aff. C-292/89, *Antonissen*, Rec. 1991, I-745, cons. 18.

⁸ Sous réserve, bien évidemment, des droits « dérivés » reconnus aux membres de la famille du travailleur (cf. *infra* note 41).

⁹ Sous réserve, naturellement, des dispositions prescrivant l'octroi de certaines prestations que l'Union peut adopter dans l'exercice de ses compétences. Voir par exemple la Directive 2013/33/UE établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte) (JO 2013 L 180, 96).

¹⁰ CJUE, aff. C-92/92 et 326/92, *Phil Collins*, Rec. 1993, I-5145, cons. 34.

raison de la nationalité ». Il pose une interdiction générale à l'article 18, puis des interdictions spéciales protégeant les travailleurs salariés (art. 45), les indépendants (art. 49) et les parties à une prestation transfrontalière de services (art. 56), la première étant subsidiaire par rapport aux secondes.¹¹

Selon une pratique ancienne et consolidée, l'interdiction vise tant les discriminations directes, explicitement fondées sur le critère de la nationalité, que les discriminations indirectes. Cette notion recouvre les distinctions et conditions qui « bien qu'applicables sans acception de nationalité, ont pour but ou effet exclusif ou principal d'écarter les ressortissants des autres États membres » d'un bénéfice donné.¹²

Le fait que les discriminations indirectes soient aussi interdites revêt une importance capitale dans le domaine des prestations d'assistance sociale. En effet, le critère « indirectement discriminatoire » par excellence est celui de la résidence, soit l'un des critères qui, comme il a été dit, conditionnent classiquement l'accès à ces prestations (cf. *supra* A).

On ajoutera que la Cour se tient à une conception très large de la discrimination indirecte. Ainsi, en résumant sa jurisprudence dans l'arrêt *O'Flynn*, la Cour déplace la barre progressivement vers le bas :

« [D]oivent être regardées comme indirectement discriminatoires les conditions [...] qui, bien qu'indistinctement applicables selon la nationalité, affectent **essentiellement** [...] ou dans leur **grande majorité les [citoyens d'un autre Etat membre]** [...], ainsi que les conditions indistinctement applicables qui peuvent être **plus facilement remplies par les [nationaux]** que par les [non-nationaux] [...] ou encore qui **risquent de jouer, en particulier, au détriment des [non-nationaux]** [...] ». ¹³

Au final, l'élément déterminant est le « risque » que la condition litigieuse « [joue], en particulier, au détriment des ressortissants d'un autre Etat membre ». Le fait que ce risque soit effectivement réalisé dans un nombre statistiquement significatif de cas est dénué de pertinence.¹⁴ Il en va de même pour la circonstance que le non-national soit, au fond, la victime collatérale d'une discrimination pratiquée principalement à l'égard de catégories défavorisées de nationaux.¹⁵

¹¹ Cf. parmi d'autres CJUE, arrêt du 25 octobre 2012, aff. C-367/11, *Prete*, cons. 18 s.

¹² La citation est prise de l'art. 3, par. 1, let. b) du Règlement n° 492/2011 (note 6), mais elle est « ancienne » dans la mesure où elle remonte au Règlement n° 1612/68 (note 6). Voir aussi CJUE, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, 631, cons. 11. Sur la notion de discrimination indirecte, voir notamment *Christa Tobler*, *Indirect Discrimination*, 2005. Sur le régime juridique différencié des deux types de discrimination cf. *infra* D.

¹³ CJUE, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, I-2617, cons. 18 (souligné par l'auteur).

¹⁴ *Ibidem*, cons. 20.

¹⁵ Voir notamment CJUE, aff. C-388/01, *Commission c. Italie*, Rec. 2003, I-721, cons. 14. Comme le droit européen ne corrige par définition pas les discriminations se rapportant

Donc, pour revenir aux prestations de l'Etat, le Traité FUE interdit en principe l'imposition de conditions fondées soit sur la nationalité, soit sur un critère qui risque de désavantager, parmi d'autres, les non-nationaux. Encore faut-il, pour que cette interdiction de principe joue, que son champ d'application soit engagé.

II. Le champ d'application de l'interdiction de discrimination

Les interdictions évoquées ici visent, selon une pratique constante, uniquement les discriminations entre citoyens de l'Union. Elles n'ont en revanche « pas vocation à s'appliquer dans le cas d'une éventuelle différence de traitement entre les ressortissants des États membres et ceux des États tiers ».¹⁶ *Ratione materiae*, l'interdiction de discrimination s'applique « [d]ans le domaine d'application des traités » UE et FUE. Définir dans l'abstrait ce domaine d'application n'est pas une chose aisée, d'une part car il évolue avec le droit de l'Union lui-même, et d'autre part car la Cour de justice a entretenu un certain flou dans sa propre jurisprudence.

Il convient de préciser d'emblée que « champ d'application des traités » n'est pas synonyme de « champ des compétences de l'Union ». Comme la Cour l'a itérativement jugé, l'interdiction de discrimination peut parfaitement s'appliquer dans des domaines qui relèvent de la compétence des Etats membres au moment du prononcé.¹⁷ Les éléments déterminants sont plutôt le « lien » que la situation présente « avec l'exercice des libertés fondamentales par le traité », ou le fait qu'elle relève d'un domaine « objet d'[une] réglementation spécifique sur le plan communautaire ».¹⁸

à une situation purement interne, cela donne lieu à des situations quelque peu paradoxales : la mesure incriminée sera interdite seulement dans la mesure où elle risque d'atteindre ses « victimes accidentelles » soit les non-nationaux ou, plus largement, les personnes ayant exercé leur droit de libre circulation : CJUE, aff. C-212/06, *Gouvernement wallon*, Rec. 2008, I-1683, cons. 32-42. Voir aussi *Astrid Epiney*, *Umgekehrte Diskriminierungen*, 1995.

¹⁶ CJUE, aff. C-22/08 et 23/08, *Vatsouras*, Rec. 2009, I-4585, cons. 51-53 (au sujet de l'art. 18 TFUE). Concernant les libertés du marché intérieur, cf. CJUE, aff. C-230/97, *Awoyemi*, Rec. 1998, I-6781, cons. 29. Cela est sans préjudice des droits à l'égalité de traitement que les ressortissants de pays tiers peuvent tirer d'accords internationaux (cf. la contribution de *Astrid Epiney* et *Gaëtan Blaser*, ainsi que celle de *Silvia Gastaldi*, dans ce volume) ou bien du droit dérivé (cf. p.ex. la Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JO 2004 L 229, 35, art. 24 par. 1).

¹⁷ Voir à titre d'exemple CJUE, aff. C-186/87, *Cowan*, Rec. 1989, 195, cons. 19.

¹⁸ Paraphrase des conclusions de l'Avocat général Tizzano sous CJUE, aff. C-101/01, *Lindqvist*, Rec. 2003, I-12971, cons. 36.

On commencera par cette seconde hypothèse, qui est plus intuitive. En simplifiant, on pourrait dire : dès lors qu'on se trouve dans un domaine réglementé par le droit de l'Union, il faut que les Etats s'abstiennent de toute discrimination.¹⁹ Encore faut-il dire que la Cour se satisfait de liens très vagues entre le domaine concerné et les règles du droit européen. Ainsi, dans l'arrêt *Gravier* de 1985, la Cour se contente du fait que le domaine de l'accès à la formation professionnelle « n'est pas étranger au droit communautaire », et de citer une liste de dispositions pour la plupart programmatiques, pour conclure qu'une taxe d'inscription directement discriminatoire à un cours universitaire est contraire aux traités.²⁰ Le flou qui dérive de cette approche est encore accentué par certaines oscillations de jurisprudence. Ainsi dans l'arrêt *Brown*, rendu trois ans plus tard, la Cour conclut que le traité n'interdit pas les discriminations dans l'octroi des bourses d'études, matière jugée étrangère au champ d'application des traités sur la base d'une argumentation particulièrement peu développée.²¹

L'autre hypothèse qui permet l'application du traité, comme il a été dit, est celle du lien suffisant avec l'exercice d'une liberté fondamentale de circulation. Certains arrêts donnent à penser que le citoyen européen qui exerce ses droits de libre circulation se trouve *ipso jure* dans une situation « envisagée par les traités », et peut donc sans autre se prévaloir de l'art. 18 TFUE.²² A bien voir, une telle interprétation aurait l'effet paradoxal de conférer au ressortissant d'un Etat membre qui « circule » un droit à « parfaite égalité »²³ dans n'importe quel domaine y compris, par exemple, en matière d'électorat actif et passif aux élections nationales.²⁴ Naturellement, tel n'est pas le cas. Dans la motivation d'autres arrêts, on entrevoit l'exigence que d'autres conditions doivent être remplies pour que l'art. 18 TFUE soit applicable. La Cour se sent par exemple obligée de relever que l'égalité de traitement « est de nature à faciliter » l'exercice des libertés de circulation, ou que l'inégalité de traitement litigieuse « est susceptible d'affecter l'activité économique des

¹⁹ Cf. par exemple CJUE, aff. C-29/95, *Pastors*, Rec. 1997, I-285,

²⁰ CJUE, aff. 293/83, *Gravier*, Rec. 1985, 593.

²¹ CJUE, aff. 197/86, *Brown*, Rec. 1988, 3205, notamment cons. 17 et 18.

²² Voir p.ex. CJUE, arrêt du 21 février 2013, aff. C-46/12, *L.N.*, cons. 28.

²³ Ainsi CJUE, aff. C-186/87, *Cowan* (note 17), cons. 10.

²⁴ L'avocat général La Pergola voit le problème dans l'affaire *Martinez Sala*, mais offre une réponse parfaitement circulaire : « La prétention du résident ressortissant d'un autre Etat membre par rapport aux nationaux de l'Etat qui l'accueille ne sera donc pas fondée si elle concerne des droits qui sont réservés à ces derniers précisément en raison de leur qualité de nationaux » (conclusions sous CJUE, aff. C-85/96, *Martinez Sala*, Rec. 1998, I-2691, cons. 21). Reste justement à définir le critère identifiant les droits qui peuvent être réservés aux nationaux « précisément en raison de [cette] qualité »... le seul critère mentionné à l'art. 18 TFUE étant celui du champ d'application matériel des traités !

opérateurs d'autres États membres sur le marché de l'État en cause ».²⁵ Mais comme l'a observé *Astrid Epiney*, « [c]e critère (supplémentaire) ne saurait [...] limiter de manière véritablement significative le champ d'application des traités, puisqu'il semble qu'un lien quelconque avec le séjour légal soit suffisant ».²⁶ Ainsi, le citoyen qui exerce ses droits de libre circulation pourra pratiquement toujours invoquer l'art. 18 TFUE, « exception faite des domaines ne relevant clairement pas des traités, tels que les élections aux parlements nationaux ».²⁷

Si on passe maintenant aux « prestations de l'Etat » qui, selon la Cour, tombent dans le champ d'application du droit européen, on constate que le catalogue est très fourni : accès aux études supérieures,²⁸ organisation d'une procédure judiciaire dans une langue autre que la langue nationale,²⁹ etc. Et encore, concernant plus spécifiquement les prestations de l'Etat-providence : bourses d'entretien pour les étudiants,³⁰ allocations familiales,³¹ allocations d'attente pour chômeurs,³² salaires minimums garantis à tout citoyen,³³ etc. D'une manière générale, il ne semble plus qu'il y ait des prestations de l'Etat qui puissent être soustraites, en tant que telles, au « champ d'application des traités » et donc à l'interdiction de discrimination édictée par le traité en faveur des citoyens européens.

C. Les catégories de bénéficiaires du principe de non-discrimination

I. Une dynamique de convergence ?

Comme il a été déjà souligné dans l'introduction, le droit aux « mêmes avantages sociaux et fiscaux » a été d'abord reconnu aux seuls travailleurs, dès le

²⁵ CJUE, aff. C-43/95, *Data Delecta*, Rec. 1996, I-4661, cons. 13 ; CJUE, aff. C-274/96, *Bickel et Franz*, Rec. 1998, I-1121, cons. 14 ss. Voir aussi CJUE, arrêt du 4 octobre 2012, aff. C-75/11, *Commission c. Autriche*, cons. 41 s.

²⁶ *Astrid Epiney*, L'arrêt *Van Gend en Loos* et la citoyenneté de l'Union, in : CJUE (éd.), 50^{ème} anniversaire de l'arrêt *Van Gend en Loos* – Actes du colloque, 2013, 135, 151.

²⁷ *Ibidem*. Comme l'indique ce passage, qui résume bien l'état de la jurisprudence, le problème conceptuel de l'absence d'un critère abstrait pour définir le champ d'application matériel du traité (note 24) n'est toujours pas résolu.

²⁸ CJUE, aff. C-147/03, *Commission c. Autriche*, Rec. 2005, I-5696.

²⁹ CJUE, arrêt du 27 mars 2014, aff. C-322/13, *Rüffer et Pokorná*.

³⁰ CJUE, aff. C-209/03, *Bidar*, Rec. 2005, I-2119.

³¹ CJUE, aff. C-85/96, *Martinez Sala* (note 24).

³² CJUE, aff. C-138/02, *Collins*, Rec. 2004, I-2703.

³³ CJUE, aff. 184/99, *Grzelczyk*, Rec. 2001, I-6193.

moment de leur prise d'emploi, et nié au « simple citoyen » circulant dans un autre Etat membre. Cette distinction entre le citoyen « actif » et le « non actif », qui correspond juridiquement à la distinction entre les règles spéciales de non-discrimination (art. 45, 49 et 56 TFUE) et la règle générale qui leur est subsidiaire (art. 18 TFUE), a perdu une grande partie de son importance sur le plan de la titularité du droit (ci-après) pour la regagner sur le plan de la justification des différences de traitement (cf. *infra* D).

II. Les travailleurs et les autres citoyens « actifs »

La reconnaissance aux travailleurs migrants du droit aux « mêmes avantages sociaux et fiscaux » remonte aux années fondatrices de la construction européenne et a été d'abord le fait du législateur.³⁴ Par la suite, la Cour a constitutionnalisé cette prérogative en la faisant découler directement de l'actuel article 45 TFUE.³⁵ De ce fait, on peut bien dire qu'elle relève du droit primaire.

La jurisprudence relative aux « avantages sociaux » a suivi deux trajectoires évolutives. La première – qui nous intéresse moins ici – a été celle de l'expansion matérielle de la notion d'« avantages sociaux ». Le constat principal, à cet égard, rejoint celui que nous avons fait plus haut : il n'y a pas de prestation sociale qui échappe *a priori* à cette notion.³⁶

La seconde ligne évolutive a été celle de l'expansion graduelle du cercle des bénéficiaires de l'égalité de traitement.

Cette expansion s'est d'abord faite autour de la notion de travailleur salarié. Au sens du traité, le travailleur est principalement une personne « exerçant véritablement ou souhaitant sérieusement exercer une activité salariée »,³⁷ voire sous certaines circonstances une personne qui a cessé une telle activité. Au titre de la première hypothèse (« ...exerçant... »), même des personnes

³⁴ Cf. *supra* note 6.

³⁵ Voir très particulièrement CJUE, aff. 59/85, *Reed* (note 4), cons. 28 et 29, où le fait de refuser à un travailleur migrant un « avantage social » au sens du droit dérivé est caractérisé de violation des actuels art. 18 et 45 TFUE. Voir aussi CJUE, aff. 316/85, *Lebon*, Rec. 1987, 2811, cons. 10.

³⁶ La formule consacrée est que la notion d'avantage social « couvre tous les avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux en raison, principalement, de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence ordinaire sur le territoire national » (cf. *ex pluribus* CJUE, aff. C-287/05, *Hendrix*, Rec. 2007, I-6909, cons. 48). Voir, pour un exemple intéressant, CJUE, aff. 59/85, *Reed* (note 4). Que la référence à la « résidence ordinaire » n'induisse pas en erreur, les frontaliers ont également droit aux « mêmes avantages sociaux » dans l'Etat où ils travaillent : CJUE, aff. C-57/96, *Meints*, Rec. 1997, I-6689, cons. 50.

³⁷ CJUE, aff. C-46/12, *L.N.* (note 22), cons. 47.

ayant des activités économiques très réduites, effectuées le cas échéant *part time* pour se maintenir aux études, et leur procurant des revenus très bas, relèvent de la notion de travailleurs et bénéficient de l'accès aux avantages sociaux.³⁸ Quant aux personnes qui ont cessé leurs activités dans l'Etat hôte, elles conservent leur qualité de travailleur dans plusieurs hypothèses, partiellement codifiées à l'art. 7 par. 3 de la Directive 2004/38,³⁹ et continuent donc de bénéficier des « mêmes avantages sociaux » p.ex. pour s'inscrire à une formation professionnelle – et ce même si la période de travail effectif a été très courte.⁴⁰

La Cour a par ailleurs étendu « par ricochet » les prérogatives de ces travailleurs aux membres de leurs familles.⁴¹ De la sorte, ces derniers se sont vus reconnaître – indépendamment de leur nationalité et de leur statut – le droit d'accéder sans discrimination aux prestations sociales, dans la mesure où ils font encore partie du ménage du travailleur.⁴²

Quant aux personnes qui « souhaitent sérieusement exercer une activité salariée », soit aux personnes en recherche d'un emploi et qui ne peuvent pas tirer leur qualité de « travailleurs » d'une activité précédente, elles occupent une place particulière dans la systématique du Traité FUE. Il s'agit de « travailleurs » au sens de l'art. 45 TFUE, certes, mais de travailleurs qui n'ont pas encore acquis le droit aux « mêmes avantages sociaux et fiscaux ». ⁴³ Cette exclusion des prestations de l'Etat hôte était autrefois complète, ce qui éliminait à la racine tout risque potentiel de *Sozialtourismus*. L'arrêt *Collins*, rendu par l'Assemblée plénière de la Cour en mars 2004, a toutefois partiellement éliminé cette exclusion catégorielle. Au vu des avancées du droit de la libre circulation et de la citoyenneté (cf. *infra* C.III), en effet, la Cour a accordé aux personnes susmentionnées l'égalité d'accès aux prestations financières destinées à « faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un Etat membre ». ⁴⁴ Pour ce faire, la Cour s'est encore une fois fondée directement sur l'art. 45 TFUE – ce qui signifie que cette prérogative n'est

³⁸ Cf. CJUE, aff. C-22/08 et 23/08, *Vatsouras* (note 16), cons. 25-30 et la jurisprudence citée.

³⁹ CJUE, arrêt du 19 juin 2014, aff. 507/12, *Saint Prix*, cons. 24 ss.

⁴⁰ Voir notamment CJUE, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, 3161 ; CJUE, aff. C-413/01, *Ninni-Orasche*, Rec. 2003, I-13187.

⁴¹ Sur ces aspects, et sur les droits propres reconnus aux membres de la famille par le droit dérivé, voir notamment CJUE, arrêt du 14 juin 2012, aff. C-542/09, *Commission c. Pays-Bas*, cons. 45 ss.

⁴² Voir CJUE, aff. 316/85, *Lebon* (note 35), cons. 9 ss ; CJUE, aff. C-212/05, *Hartmann*, Rec. 2007, I-6303, cons. 25 s.

⁴³ CJUE, aff. 316/85, *Lebon* (note 35), cons. 25 ss.

⁴⁴ CJUE, aff. C-138/02, *Collins* (note 32).

pas dans la disponibilité du législateur européen.⁴⁵ Pour bien apprécier la portée de cette innovation, il convient de souligner que l'Etat hôte peut le cas échéant renvoyer le chercheur d'emploi, y compris lorsque, par hypothèse, il toucherait une allocation d'insertion. Les conditions sont toutefois strictes. L'Etat hôte peut en effet fixer un « délai raisonnable », permettant à l'intéressé de prendre connaissance des offres d'emploi et d'y répondre. Cependant, « si, après l'écoulement du délai en question, l'intéressé apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances véritables d'être engagé, il ne saurait [...] être contraint de quitter le territoire de l'Etat membre d'accueil » – et ce, indépendamment de la jouissance de prestations financières.⁴⁶

Cette expansion différenciée de la notion de « travailleur » – et donc du cercle des bénéficiaires des « mêmes avantages sociaux » – s'est accompagnée d'une extension de cette prérogative au-delà de la notion de travailleur. L'arrêt *Meeusen* de 1999 a franchi le pas, logique, de reconnaître aux indépendants et à leurs familles, au titre de l'art. 49 TFUE, les droits découlant de l'art. 45 TFUE.⁴⁷ Si ce pas était relativement simple à franchir, au vu des similarités structurelles entre libre circulation des travailleurs et liberté d'établissement, on caractérisera de plus audacieuse la jurisprudence reconnaissant à des personnes temporairement présentes, au titre de la libre prestation des services, l'accès à certaines prestations de l'Etat. La figure centrale de ce développement est le touriste, qui se voit reconnaître le droit à l'égalité de traitement dans l'accès à des fonds d'indemnisation des victimes du crime,⁴⁸ à des facilités linguistiques conçues uniquement pour les membres d'une minorité nationale,⁴⁹ etc. Le lien avec une activité économique devient alors extrêmement ténu, et derrière le touriste on aperçoit déjà le *civis europeus*. C'est pour cette raison que cette branche de la jurisprudence de la Cour, qui a contribué puissamment au développement du droit anti-discrimination, semble avoir perdu son rôle autonome dès lors que le statut de « simple citoyen » a aussi commencé à porter fruit.⁵⁰

⁴⁵ Sur les problèmes de coordination avec l'art. 24 de la Directive 2004/38, précitée, voir notamment la contribution de *Frank Schreiber* à ce volume.

⁴⁶ CJUE, aff. C-292/89, *Antonissen* (note 7), cons. 17 ss ; CJUE, aff. C-138/02, *Collins* (note 32), cons. 37.

⁴⁷ CJUE, aff. C-337/97, *Meeusen*, Rec. 1999, I-3289, cons. 26-30.

⁴⁸ CJUE, aff. C-186/87, *Cowan* (note 17).

⁴⁹ CJUE, aff. C-274/96, *Bickel et Franz*, Rec. 1998, I-7637, notamment cons. 15.

⁵⁰ Comparer l'arrêt *Bickel et Franz*, cité à la note précédente, et l'arrêt CJUE, aff. C-322/13, *Rüffer et Pokorná* (note 29).

III. Les citoyens « non actifs » et le régime subsidiaire de l'art. 18 TFUE

« [L]e statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique ». ⁵¹

Cette formule souligne avec force la centralité de l'égalité de traitement dans le statut de citoyen européen. Et pourtant, on aurait bien pu penser que le problème de l'accès égal à l'assistance publique ne se poserait pas pour le citoyen européen « non actif ». En effet, depuis son introduction dans le droit primaire, le droit du citoyen de circuler a été reconnu sous réserve des « limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application » (art. 21 TFUE). Or, l'une de ces conditions est la disponibilité de ressources suffisantes pour ne pas peser sur la collectivité d'accueil, et on aurait pu croire que cela ne laisse aucune place au recours à l'assistance publique de l'Etat hôte pendant le séjour. Autrement dit : on aurait pu croire être en présence d'une autre exclusion catégorielle, quoiqu'implicite et indirecte.

Avec deux arrêts clés, la Cour a néanmoins ouvert un espace juridique au sein duquel le citoyen européen peut invoquer l'égalité de traitement pour toucher – ne fût-ce que provisoirement – des prestations.

Le premier arrêt est *Martinez Sala* de 1998. ⁵² La Cour y affirme que le citoyen européen en situation de séjour légal dans un autre Etat membre peut prétendre, sur la base de l'art. 18 TFUE, à toutes les prestations relevant du champ d'application matériel du traité – et ce même lorsqu'aucun droit de séjour ne peut être déduit du droit européen, faute précisément de ressources suffisantes. L'argumentation en support de cette conclusion est, il faut le dire, peu persuasive. Pour parvenir à sa conclusion, la Cour additionne les facteurs suivants : (a) ayant été considérée comme un « avantage social » dans un arrêt précédent, l'allocation litigieuse relève « incontestablement » du champ d'application *ratione materiae* des traités, et plus exactement de l'ancien Règlement n° 1612/68 déjà cité ; (b) en tant que ressortissante espagnole résidant régulièrement dans un autre Etat hôte, Mme Martinez Sala relève *ratione personae* des dispositions sur la citoyenneté ; (c) *ergo* les conditions pour invoquer l'art. 18 TFUE sont réunies. ⁵³ Ce raisonnement, à l'apparence simple et linéaire, est construit autour d'une omission. La Cour

⁵¹ CJUE, aff. 184/99, *Grzelczyk* (note 33), cons. 31.

⁵² CJUE, aff. C-85/96, *Martinez Sala* (note 24).

⁵³ *Ibidem*, cons 55-63.

oublie en effet que l'accès aux « mêmes avantages sociaux » relève bien sûr du Règlement n° 1612/68, mais seulement lorsque le bénéficiaire est un travailleur salarié... Toujours est-il que l'arrêt *Martinez Sala* laisse à l'Etat hôte des moyens importants pour limiter ce qu'on appelle aujourd'hui la *Armutsmigration*. Les personnes dans la position de Mme Martinez Sala, en effet, ne tirent aucun droit de séjour du droit européen, et l'arrêt laisse en principe ouverte aux Etats membres l'option de l'éloignement.⁵⁴

C'est précisément sous cet aspect que le deuxième arrêt, *Grzelczyk*,⁵⁵ est venu compléter *Martinez Sala*. L'affaire concernait cette fois un citoyen qui séjournait dans un autre Etat membre en vertu du droit de l'Union et qui, temporairement privé de la possibilité de se maintenir aux études par son travail, demandait une prestation qui lui était niée exclusivement sur la base de sa nationalité. L'enseignement principal de l'arrêt, maintenant codifié à l'art. 14 par. 3 de la Directive 2004/38 précitée, est que l'absence temporaire des ressources suffisantes, et le recours à l'assistance publique, ne peuvent pas entraîner « automatiquement » la perte du droit de séjour. La Cour parvient à cette conclusion en soulignant une donnée textuelle qui figurait déjà à l'époque dans le préambule des Directives applicables – « les bénéficiaires du droit de séjour ne doivent pas devenir une charge **déraisonnable** pour l'Etat d'accueil ».⁵⁶ De ce passage, la Cour déduit que la commune citoyenneté européenne suppose une « certaine solidarité financière ».⁵⁷ Ce passage est à la fois audacieux et prudent. Audacieux, car il se réfère pour la première fois à la solidarité comme à une composante de la citoyenneté européenne. Prudent, car c'est seulement une « certaine » solidarité qui est en fin de compte exigée. Concrètement, l'Etat hôte ne pourra pas éloigner « automatiquement » le non-national temporairement en difficulté. Il devra aussi, pendant le temps de son séjour, lui reconnaître en principe l'égalité de traitement dans le domaine de l'assistance sociale.⁵⁸ À terme toutefois, dans le

⁵⁴ Cette option n'était pas ouverte dans le cas précis, puisque les juges estimaient le renvoi (indirectement) incompatible avec les obligations internationales de l'Allemagne. Un éloignement aurait été par ailleurs difficile à accepter d'un point de vue humanitaire, Mme Martinez Sala résidant en Allemagne depuis l'âge de douze ans.

⁵⁵ CJUE, aff. 184/99, *Grzelczyk* (note 33).

⁵⁶ Voir en particulier le préambule de la Directive 93/96/CEE relative au droit de séjour des étudiants (JO 1993 L 317, 59), cons. 6 (souligné par l'auteur). Voir maintenant le préambule de la Directive 2004/38/CE (note 16), cons. 10.

⁵⁷ CJUE, aff. 184/99, *Grzelczyk* (note 33), cons. 44.

⁵⁸ La situation devra certes relever du champ d'application matériel du droit de l'Union, mais cette condition est normalement remplie par la personne qui « circule », y compris, désormais, dans le domaine des bourses d'entretien aux études, précédemment exclu du champ d'application du traité (cf. *supra* à la note 21 ; voir maintenant CJUE, aff. C-209/03, *Bidar*, note 30).

respect bien sûr du principe de proportionnalité, il pourra faire jouer le défaut de ressources suffisantes et le prier de quitter le territoire.⁵⁹

IV. Une dynamique de convergence

Au terme de ce bref aperçu, une conclusion s'impose : « privilège » réservé aux travailleurs au début, l'accès égal aux prestations tombant « dans le domaine d'application des traités » est un droit qui revient en principe à tous les citoyens de l'Union résidant régulièrement dans un Etat hôte.

Sur le plan des faits, une grande partie de cette évolution a eu lieu déjà sous l'empire du vieux système des exceptions catégorielles, lorsque la Cour a progressivement élargi la notion de travailleur jusqu'à inclure des personnes relevant (sociologiquement) d'autres catégories : étudiants-travailleurs, étudiants tout court, personnes tombées au chômage involontaire, etc. Cet aspect devra être gardé à l'esprit lorsque la position privilégiée du « travailleur » au sens du traité sera mise en évidence. Il convient aussi de souligner que même les critiques les plus sévères de la jurisprudence de la Cour ont reconnu que « *by and large, this development was accepted by Member States* ». ⁶⁰

D'un point de vue conceptuel, le dépassement de l'approche catégorielle date en revanche de l'après-citoyenneté européenne. L'arrêt qui témoigne le plus de ce passage est peut-être *Martinez Sala*.⁶¹ Dans cet arrêt, la Cour gomme spectaculairement une exclusion catégorielle soigneusement entretenue par le législateur : le citoyen résidant dans un autre Etat membre, dans le cas d'espèce au chômage, se voit reconnaître, au nom de l'art. 18 TFUE, l'accès à des « avantages sociaux et fiscaux » initialement réservés aux travailleurs – au motif que, couverts par le Règlement n° 1612/68 relatif aux seuls travailleurs, ils tombent « matériellement » sous le champ d'application du droit UE...

Quelques distinctions importantes restent, même sur le plan de la titularité des droits. Le statut de travailleur salarié ou non salarié combine l'accès le plus large aux prestations étatiques avec une sécurité de séjour qui trouve sa limite seulement dans la triade « ordre public – sécurité publique – santé publique ». Le chômeur en quête d'un premier emploi peut prétendre uniquement à une catégorie précise de prestations – celles qui facilitent l'accès

⁵⁹ CJUE, aff. 184/99, *Grzelczyk* (note 33), cons. 42 ; CJUE, aff. C-413/99, *Baumbast*, Rec. 2002, I-7091, cons. 91. Voir aussi la contribution de *Andreas Zünd* et *Thomas Hugi-Yar* à ce volume.

⁶⁰ *Kay Hailbronner*, *Union Citizenship and Access to Social Benefits*, C.M.L.R., 2005, 1245, 1246.

⁶¹ Mais voir aussi la teneur de CJUE, aff. C-46/12, *L.N.* (note 22), cons. 25-30.

au marché de l'emploi – et être renvoyé après un « délai raisonnable », s'il n'a pas de perspective réelle d'embauche. Le simple citoyen dispose, au vu des développements qui précèdent au sujet du champ d'application matériel du traité, d'un accès *a priori* aussi large que celui du « travailleur » aux prestations de l'Etat. Il peut toutefois être renvoyé dès lors que son séjour comporte une « charge déraisonnable » pour l'Etat hôte ou même – si son séjour n'est pas fondé sur la liberté de circulation ancrée au traité – à la discrétion de ce dernier.

Mais au-delà de ces aspects, il y a une autre distinction entre catégories différentes de citoyens. C'est la « *central distinction in EU free movement law between, on the one hand, economically active migrants, such as migrant workers, frontier workers, or self-employed workers, who derive an absolute right to equal treatment in their host State, and economically inactive migrants, on the other hand, who only derive a conditional right to equal treatment* ». ⁶² Cette distinction, imparfaitement codifiée à l'art. 24 par. 2 de la Directive 2004/38, est juridiquement organisée autour des motifs que l'Etat peut avancer pour justifier un traitement différencié.

D. Le régime de justification des discriminations

Tant au regard de l'interdiction générale de l'art. 18 TFUE, qu'au regard des interdictions spéciales des articles 45 et 49, les discriminations sur la base de la nationalité peuvent être justifiées. Dans ce sens, l'interdiction n'est jamais *stricto sensu* absolue. La question qui se pose est plutôt de savoir quelle marge – large ou étroite – le droit de l'UE laisse aux Etats membres pour justifier une différence de traitement à première vue discriminatoire.

Or, si le respect du principe de proportionnalité est toujours imposé, la gamme des motifs susceptibles d'être invoqués par l'Etat varie beaucoup, et ce en fonction de deux distinctions de base : celle entre discriminations directes et indirectes, d'une part, et celle entre interdiction générale de discrimination et interdictions spéciales, d'autre part.

La jurisprudence relative aux libertés du marché intérieur affirme traditionnellement que les discriminations directes ne peuvent être justifiées qu'en invoquant les exceptions expressément prévues au traité (art. 45 par. 3 et art. 52 TFUE), soit des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de

⁶² *Floris de Witte*, Who funds the mobile student? Shedding some light on the normative assumptions underlying EU free movement law: *Commission v. Netherlands*, C.M.L.R., 2013, 203, 208 (souligné dans l'original). L'expression « absolute right » est de nature à induire en erreur, comme on le verra tout de suite.

santé publique.⁶³ La position de la Cour semble moins stricte lorsqu'une discrimination directe est analysée sous l'angle de l'art. 18 TFUE, même si sur ce point la jurisprudence n'est pas très claire.⁶⁴

En revanche, il est constant que les discriminations indirectes peuvent toujours être justifiées, quelle que soit l'interdiction applicable, sur la base d'une gamme plus large de « considérations objectives, indépendantes de la nationalité des personnes concernées ».⁶⁵

Dans les affaires mettant en cause, en particulier, l'application de critères discriminatoires d'accès à l'assistance publique, deux arguments sont itérativement avancés par les Etats membres. Le premier argument est que la non-application du critère discriminatoire entraînerait des conséquences budgétaires indésirables. Le second est que l'Etat doit pouvoir réserver le bénéfice litigieux aux seules personnes ayant un lien suffisant avec la société d'accueil, faute de quoi le bénéfice en question engendrerait un phénomène de *Sozialtourismus* incompatible avec les finalités de la prestation et/ou financièrement insoutenable.⁶⁶ Il s'agit de deux arguments allant au cœur du problème, politiquement très forts, mais juridiquement délicats à manier. Aussi, la Cour a-t-elle développé une position très prudente et très différenciée à leur égard.

Au sujet de l'argument budgétaire, dont l'acceptation pure et simple donnerait pratiquement un blanc-seing aux Etats membres pour fermer leurs systèmes sociaux aux ressortissants d'autres Etats membres, la position de la Cour est très restrictive. Ainsi, le simple argument que l'ouverture d'un bénéfice à un cercle plus large de personnes aurait des conséquences budgétaires indésirables, voire même intolérables, ne relève même pas des « raisons d'intérêt général » pouvant être invoquées pour justifier une discrimination indirecte.⁶⁷ La Cour semble préparée à entretenir des arguments de cette nature seulement s'ils sont formulés de manière plus précise, circonstanciée

⁶³ Cf. CJUE, aff. C-388/01, *Commission c. Italie* (note 15), cons. 19 ; CJUE, aff. 341/05, *Laval*, Rec. 2007, I-11767, cons. 116 s. Cette jurisprudence connaît quelques flottements : voir CJUE, C-155/09, *Commission c. Grèce*, Rec. 2011, I-65, cons. 71.

⁶⁴ Voir CJUE, aff. C-164/07, *Wood*, Rec. 2008, I-4143, cons. 15, où la Cour semble de manière ambiguë admettre la possibilité qu'une justification puisse être apportée à une discrimination directe, et CJUE, aff. C-322/13, *Rüffer et Pokorná* (note 29), notamment cons. 23, où la Cour semble admettre que des « considérations objectives » pourraient théoriquement justifier une discrimination directe.

⁶⁵ D'un point de vue dogmatique, la mesure ne sera alors pas indirectement discriminatoire : CJUE, aff. C-237/94, *O'Flynn* (note 13), cons. 18-19.

⁶⁶ Voir à titre d'illustration les arguments développés par le gouvernement luxembourgeois dans CJUE, arrêt du 20 juin 2013, aff. C-20/12, *Giersch*, cons. 20 s et 46-50.

⁶⁷ Voir notamment CJUE, aff. C-542/09, *Commission c. Pays-Bas* (note 41), cons. 57 s ; CJUE, aff. C-20/12, *Giersch* (note 66), cons. 47-56.

et donc vérifiable – p.ex. sous l'angle de l'« équilibre financier » du système d'assistance sociale concerné.⁶⁸ Ce qui précède vaut, à tout le moins, en ce qui concerne les travailleurs. En ce qui concerne les citoyens non-actifs, et notamment les étudiants prétendant à des aides d'entretien, la Cour semble avoir accepté l'argument budgétaire dans des limites un peu moins strictes. Selon l'arrêt *Bidar*, en effet, « il est loisible à tout Etat membre de veiller à ce que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres Etats membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet Etat ». ⁶⁹ En codifiant le concept de « charge déraisonnable », le droit dérivé fournit un appui textuel à cette position, l'enjeu devenant alors celui de l'élaboration du concept lui-même.⁷⁰

Quant à l'exigence que le citoyen européen soit suffisamment « intégré » avant de pouvoir prétendre à des prestations d'assistance sociale, la Cour l'a certes acceptée dans son principe,⁷¹ mais une telle acceptation n'est pas inconditionnelle, tant s'en faut. Spécialement ici, beaucoup dépend de la catégorie de personnes à laquelle appartient l'intéressé(e). En ce qui concerne les travailleurs, « le fait d'avoir accédé au marché du travail [de l'Etat hôte] crée, en principe, le lien d'intégration suffisant dans la société de cet Etat leur permettant d'y bénéficier du principe d'égalité de traitement par rapport aux travailleurs nationaux quant aux avantages sociaux ». ⁷² Ceci ne laisse pratiquement aucune place à l'imposition de conditions de résidence ou autres au titre du « degré d'intégration ». La Cour s'est toutefois démontrée prête à admettre que même parmi les personnes relevant de la notion de travailleur, et ayant déjà un emploi dans l'Etat hôte, il peut exister des différences. Ainsi, dans l'arrêt *Geven*, elle a admis qu'une allocation promouvant la natalité en Allemagne puisse être refusée à une travailleuse frontalière n'accomplissant qu'un nombre très limité d'heures de travail dans le pays.⁷³ Concernant les chômeurs en quête d'un premier emploi, qui comme il a été vu jouissent en principe d'un accès égal aux allocations d'insertion dans le marché de l'emploi, il est selon une jurisprudence constante « légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre

⁶⁸ CJUE, aff. C-208/05, *ITC*, Rec. 2007, I-181, cons. 43.

⁶⁹ CJUE, aff. C-209/03, *Bidar* (note 30), cons. 56.

⁷⁰ Cf. CJUE, arrêt du 19 septembre 2013, aff. C-140/12, *Brey*. Sur cet arrêt, et plus généralement sur les relations entre droit primaire et droit dérivé dans la matière qui nous occupe, voir notamment la contribution de *Frank Schreiber* à ce volume.

⁷¹ CJUE, aff. C-542/09, *Commission c. Pays-Bas* (note 41), cons. 63.

⁷² *Ibidem*, cons. 65 ss.

⁷³ CJUE, aff. C-213/05, *Geven*, Rec. 2007, I-6347, notamment cons. 26-29. Comparer avec CJUE, aff. C-212/05, *Hartmann* (note 42). Voir aussi CJUE, aff. C-20/12, *Giersch* (note 66), notamment cons. 64 ss.

le demandeur [...] et le marché géographique du travail en cause ». ⁷⁴ Cela peut se faire sur la base de critères fondés sur la recherche effective d'un emploi, ou sur la base de critères proportionnés de résidence – mais dans tous les cas, les critères retenus ne doivent pas être « exclusifs » au point d'écarter des personnes dont la situation concrète laisse entendre qu'elles cherchent effectivement un emploi dans l'Etat hôte. ⁷⁵

La position de la Cour semble enfin plus ouverte au regard des exigences d'intégration émises par les Etats membres vis-à-vis des citoyens non-actifs, et spécialement des étudiants. ⁷⁶ En particulier, pour des bourses d'entretien, la Cour a admis qu'un Etat membre impose une période préalable de résidence de cinq ans ⁷⁷ – un résultat interprétatif qui suit étroitement le libellé de l'art. 24 par. 2 de la Directive 2004/38. Mais cette conclusion, relative à des aides d'entretien aux études, ne saurait être généralisée. Au-delà de la donnée textuelle de l'art. 24 de la Directive, qui ne vise que ce genre d'aide, il convient en effet de souligner que le principe-clé en la matière reste la proportionnalité, et que le degré d'intégration pouvant être exigé doit être fixé en fonction des « éléments constitutifs de la prestation en cause, notamment sa nature et ses finalités ». ⁷⁸ Autrement dit : si cinq ans de résidence préalable peuvent être exigés pour une bourse d'entretien, la simple inscription dans une haute école devrait démontrer une intégration suffisante pour bénéficier d'un tarif réduit de transport destiné aux étudiants. ⁷⁹

E. Conclusions

Au total, le droit primaire européen ne prône aujourd'hui pas plus qu'hier l'octroi indiscriminé des prestations d'assistance sociale à tous les citoyens des autres Etats membre présents, à un titre ou à un autre, sur le territoire d'un Etat hôte.

Il ancre, cela est vrai, un principe très large de non-discrimination. Large, ce principe l'est au moins sous trois aspects : il repose sur une notion extensive de discrimination ; il est susceptible de toucher l'ensemble des prestations de l'Etat, au sens large et au sens plus précis de « prestations de l'Etat-providence » ; il bénéficie en principe à l'ensemble des citoyens européens.

⁷⁴ CJUE, aff. C-138/02, *Collins* (note 32), cons. 67.

⁷⁵ *Ibidem*, cons 69 ss ; CJUE, aff. C-367/11, *Prete* (note 11).

⁷⁶ Voir CJUE, aff. C-75/11, *Commission c. Autriche* (note 25), cons. 59 ss et jurisprudence citée.

⁷⁷ CJUE, aff. C-158/07, *Förster*, Rec. 2008, I-8507.

⁷⁸ Voir CJUE, aff. C-75/11, *Commission c. Autriche* (note 25), cons. 63

⁷⁹ *Ibidem*, cons. 64.

L'acquis principal de la jurisprudence de la Cour réside précisément là : dans l'élimination graduelle des exclusions catégorielles qui visaient le chômeur et le non-actif. Cette élimination a été amorcée par la jurisprudence sur la notion de « travailleur », et a porté pleinement ses fruits au regard de la citoyenneté de l'Union. De ce fait, l'égalité d'accès aux prestations de l'Etat est désormais assurée en principe à tout citoyen – même au citoyen non actif et indigent se trouvant dans un autre Etat membre – et toute différence de traitement doit être justifiée. Aspect institutionnel non négligeable : elle doit être justifiée *in fine* devant la Cour elle-même, qui du fait de sa propre jurisprudence – voir les arrêts *Collins* et *Bidar* précités – a acquis un rôle central d'arbitre dans des domaines jadis étrangers au droit européen.

C'est donc au stade de la justification – sous l'empire du principe de proportionnalité, et sous le contrôle de la Cour – que tout se joue : les différences de statut entre citoyens européens, la mise en balance des intérêts en présence... Au regard de la jurisprudence actuelle, et sans sous-estimer la manière dont celle-ci encadre les pratiques nationales, on admettra que le droit de l'Union est encore tolérant envers les protections placées par les Etats membres autour de leurs systèmes d'assistance sociale – qu'il s'agisse de protections tenant au « degré d'intégration » exigé, ou d'arguments, qui doivent alors être particulièrement circonstanciés, relatifs à l'équilibre financier du système concerné. En particulier, il est typique de cette jurisprudence d'admettre l'applicabilité de conditions de résidence plus largement que dans d'autres branches du droit de la libre circulation des personnes.

Mais les équilibres valables aujourd'hui ne sont que des équilibres provisoires. La recherche de « liens d'intégration » alternatifs à la résidence, tout aussi protecteurs des systèmes sociaux mais moins hostiles à la libre circulation ;⁸⁰ la clarification du concept de « charge déraisonnable »... Voilà autant de chantiers qui promettent des développements intéressants, en attendant que le projet d'intégration retrouve de l'élan et puisse avancer, politiquement, vers une solidarité plus poussée entre citoyens européens.

PS : L'arrêt Dano du 11 novembre 2014⁸¹ a modifié la situation. On en retire que l'art. 18 TFUE n'a pas de portée autonome en présence de règles spéciales de droit dérivé. Des exclusions catégorielles en résultent (cf. art. 24 par. 2 Directive 2004/38). L'arrêt nie en outre au citoyen qui ne séjourne pas en vertu du droit UE le droit à l'égalité de traitement (abandon de Martinez Sala). Reste à voir si Dano représente un arrêt isolé, un ajustement de jurisprudence ou un véritable changement de cap.

⁸⁰ Cf. *Koen Lenaerts*, European Union Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity, *Jurisprudencija* 2011, 397.

⁸¹ CJUE, aff. C-333/13, *Dano*, non encore publié au Recueil.