

Waeber Simon

Adresse

Numéro de téléphone

Adresse email

Nombre de semestres effectués

!!! AVIS IMPORTANT et REMERCIEMENTS!!!

Les exemples choisis visent à donner quelques idées de la structure et des règles de rédaction autant formelles que matérielles d'un travail de proséminaire en droit européen ou en droit européen des migrations. Pour ce fait, nous avons sélectionné quelques bons exemples de travaux qui ont été rédigés sous la direction de la Prof. Progin-Theuerkauf, et qui répondent dans l'ensemble à nos attentes.

Nous attirons néanmoins votre attention sur le fait que ces travaux écrits ne sont pas toujours exemptés de toute faute. Ils ne doivent donc pas être considérés comme des modèles impératifs, mais servir d'exemple par rapport aux indications énoncées ! Nous remercions vivement les étudiant-e-s qui ont accepté de mettre leur travail à disposition, au profit d'autres étudiant-e-s qui souhaitent rédiger un travail de proséminaire. La publication des noms des étudiant-e-s est faite d'un commun accord.

**Les restrictions de la libre circulation des personnes durant
la « crise du Covid-19 » - Une analyse critique**

Travail de proséminaire en droit européen II

chez la Prof. Sarah Progin-Theuerkauf

Chaire de droit européen et droit européen des migrations

Faculté de droit

Université de Fribourg

Sujet attribué le 27 septembre 2020

Remis le 7 décembre 2020

Table des matières

Table des matières	II
Table des abréviations	III
Bibliographie	IV
Introduction	1
I. Libre circulation des personnes	2
A. Art. 21 TFUE	2
1. Généralités	2
2. Conditions d'application	4
3. Effet direct	5
B. Directive 2004/38	6
1. Généralités	6
2. Bénéficiaires	7
3. Composantes de la libre circulation	7
II. Restrictions	9
A. Ordre public et sécurité publique	9
B. Santé publique	12
C. Conditions d'application	14
III. Crise du Covid-19	15
A. Mesures de l'Union européenne	15
B. Mesures des États membres	18
C. Analyse de la légalité des mesures	20
Conclusion	22

Table des abréviations

aff.	affaire(s)
AG	avocat général
al.	alinéa
art.	article(s)
c.	contre
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COVID-19	coronavirus disease 2019 (maladie à coronavirus 2019)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	et cætera
M.	Monsieur
n ^{o(s)}	numéro(s)
OMS	Organisation mondiale de la Santé
p.	page
pp.	pages
par.	paragraphe(s)
pt(s).	point(s)
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la CJCE / CJUE
s.	suivant(e)
ss	suivant(e)s
SARS-CoV-2	severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (coronavirus 2 du syndrome respiratoire aigu sévère)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne

Bibliographie

Doctrine

AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, *Introduction générale. La libre circulation des personnes : perspectives actuelles*, in : Leclerc Stéphane (édit.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles 2009, p. 7 ss.

BARNARD Catherine, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 5^e éd., New York 2016.

Becker Ulrich / Hatje Armin / Schoo Johan / Schwarze Jürgen (édit.), *EU-Kommentar*, 4^e éd., Baden-Baden 2019.

BLUMANN Claude / DUBOIS Louis, *Droit matériel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris 2019.

Carlier Jean-Yves / Guild Elspeth (édit.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans L'U.E.*, Bruxelles 2006.

CONDINANZI Massimo / LANG Alessandra / NASCIBENE Bruno, *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Boston / Leyde 2008.

DEFALQUE Lucette / PERTEK Jacques / STEINFELD Philippe / VIGNERON Philippe, *Libre circulation des personnes et des capitaux – Rapprochement des législations*, Bruxelles 2006.

EPINEY Astrid / MOSTERS Robert / PROGIN-THEUERKAUF Sarah, *Droit européen II – Les libertés fondamentales de l'Union européenne*, Berne 2016.

FONTAINE Lauréline, *Rapport introductif*, in : Leclerc Stéphane (édit.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles 2009, p. 3 ss.

Geiger Rudolf / Khan Daniel-Erasmus / Kotzur Markus (édit.), *European Union Treaties – Treaty on European Union – Treaty on the Functioning of the European Union*, Munich 2015.

GRISEL Diane / KADDOUS Christine, *La libre circulation des personnes et des services*, Bâle 2012.

HATJE Armin, art. 21 TFUE, in : Becker Ulrich / Hatje Armin / Schoo Johan / Schwarze Jürgen (édit.), *EU-Kommentar*, 4^e éd., Baden-Baden 2019.

HENRICH Sophia / KHAN Daniel-Erasmus, art. 20 et 21 TFUE, in : Geiger Rudolf / Khan Daniel-Erasmus / Kotzur Markus (édit.), *European Union Treaties – Treaty on European Union – Treaty on the Functioning of the European Union*, Munich 2015.

Kellerbauer Manuel / Klamert Marcus / Tomkin Jonathan (édit.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2019.

LAMBLIN-GOURDIN Anne-Sophie, *Les libertés de déplacement et de séjour*, in : Leclerc Stéphane (édit.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles 2009, p. 33 ss.

LECLERC Stéphane, *Les limitations aux libertés de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : les apports de la directive 2004/38/CE*, in : Leclerc Stéphane (édit.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles 2009, p. 65 ss.

Leclerc Stéphane (édit.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles 2009.

MARTIN Denis, art. 20 et 21 TFUE, in : Kellerbauer Manuel / Klamert Marcus / Tomkin Jonathan (édit.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2019.

MERCIER Paul / JACOT-GUILLARMOD Olivier, *La libre circulation des personnes et des services*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1991.

SAURON Jean-Luc, *Comprendre le Traité de Lisbonne – Texte consolidé intégral des traités – Explications et commentaires*, Paris 2008.

SPAVENTA Eleanor, *Free Movement of Persons in the European Union – Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Alphen-sur-le-Rhin 2007.

TRYFONIDOU Alina, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Oxford / Portland 2016.

URBANO DE SOUSA Constança, *Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE*, in : Carlier Jean-Yves / Guild Elspeth (édit.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans L'U.E.*, Bruxelles 2006, p. 103 ss.

WEISS Friedl / WOOLDRIDGE Frank, *Free Movement of Persons within the European Community*, 2^e éd., Alphen-sur-le-Rhin 2007.

Jurisprudence et conclusions des avocats généraux

CJCE, arrêt du 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn contre Home Office*, aff. 41/74, Rec. 1974 -01337, ECLI:EU:C:1974:133 (cité : *Van Duyn*).

Conclusions de l'AG Henri Mayras du 19 février 1975, CJUE, aff. 67/74, ECLI:EU:C:1975:22 (cité : *Conclusions Mayras*).

CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec. 1975 -01219, ECLI:EU:C:1975:137 (cité : *Rutili*).

CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina contre Pierre Bouchereau*, aff. 30/77, Rec. 1977 -01999, ECLI:EU:C:1977:172 (cité : *Bouchereau*).

CJCE, arrêt du 28 mars 1979, *La Reine contre Vera Ann Saunders*, aff. 175/78, Rec. 1979 -01129, ECLI:EU:C:1979:88 (cité : *Saunders*).

CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *Rezguia Adoui contre État belge et ville de Liège et Dominique Cornouaille contre État belge*, aff. 115-116/81, Rec. 1982 -01665, ECLI:EU:C:1982:183 (cité : *Adoui et Cornouaille*).

CJCE, arrêt du 7 mai 1986, *Emir Gül contre Regierungspräsident Düsseldorf*, aff. 131/85, Rec. 1986 -01573, ECLI:EU:C:1986:200 (cité : *Gül*).

CJCE, arrêt du 18 mai 1989, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. 249/86, Rec. 1989 -01263, ECLI:EU:C:1989:204 (cité : *Commission c. RFA*).

CJCE, arrêt du 4 octobre 1991, *Procédure pénale contre Richardt et Les Accessoires Scientifiques SNC*, aff. C-367/89, Rec. 1991 I-04621, ECLI:EU:C:1991:376 (cité : *Richardt et Les Accessoires Scientifiques SNC*).

CJCE, arrêt du 28 avril 1998, *Raymond Kohll contre Union des caisses de maladie*, aff. C-158/96, Rec. 1998 I-01931, ECLI:EU:C:1998:171 (cité : *Kohll*).

CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, *Procédure pénale contre Donatella Calfa*, aff. C-348/96, Rec. 1999 I-00011, ECLI:EU:C:1999:6 (cité : *Calfa*).

CJCE, arrêt du 21 septembre 1999, *Procédure pénale contre Florus Ariël Wijzenbeek*, aff. C-378/97, Rec. 1999 I-06207, ECLI:EU:C:1999:439 (cité : *Wijzenbeek*).

CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk contre Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, Rec. 2001 I-06193, ECLI:EU:C:2001:458 (cité : *Grzelczyk*).

CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contre Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, Rec. 2002 I-06191, ECLI:EU:C:2002:432 (cité : *D'Hoop*).

CJCE, arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast et R contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, Rec. 2002 I-07091, ECLI:EU:C:2002:493 (cité : *Baumbast*).

CJCE, arrêt du 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH contre Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, Rec. 2009 I-01721, ECLI:EU:C:2009:141 (cité : *Hartlauer*).

CJUE, arrêt du 13 avril 2010, *Nicolas Bressol e.a et Céline Chaverot e.a contre Gouvernement de la Communauté française*, aff. C-73/08, Rec. 2010 I-02735, ECLI:EU:C:2010:181 (cité : *Bressol et Chaverot*).

Conclusions de l'AG Yves Bot du 8 juin 2010, CJUE, aff. C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708 (cité : *Conclusions Bot*).

CJUE, arrêt du 23 novembre 2010, *Land Baden-Württemberg contre Panagiotis Tsakouridis*, aff. C-145/09, Rec. 2010 I-11979, ECLI:EU:C:2010:708 (cité : *Tsakouridis*).

Documents officiels

Conseil de l'Union européenne, Directive 64/221/CEE pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique du 25 février 1964, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31964L0221>, consulté le 23 novembre 2020 (cité : *Directive 64/221/CEE*).

Acquis de Schengen – Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:42000A0922(02)), consulté le 28 novembre 2020 (cité : *Convention d'application de l'accord de Schengen*).

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 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 États membres du 29 avril 2004, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX%3A32004L0038>, consulté le 18 novembre 2020 (cité : *Directive 2004/38/CE*).

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de 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 États membres du 2 juillet 2009, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=celex:52009DC0313>, consulté le 18 novembre 2020 (cité : *Communication de la Commission*).

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) du 9 mars 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=celex:32016R0399>, consulté le 30 novembre 2020 (cité : *Code frontières Schengen*).

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissant sont exemptés de cette obligation du 14 novembre 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1806>, consulté le 18 novembre 2020 (cité : *Règlement 2018/1806*).

Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 du 14 mars, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3692>, consulté le 28 novembre 2020 (cité : *Décret royal 463/2020*).

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil concernant la restriction temporaire des déplacements non essentiels vers l'UE (COVID-19) du 16 mars 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0115>, consulté le 28 novembre 2020 (cité : *Communication de la Commission, COVID-19*).

Commission européenne, Communication provenant des institutions, organes et organismes de l'Union européenne concernant les lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et services essentiels du 16 mars 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2020:086I:FULL&from=EN>, consulté le 28 novembre 2020 (cité : *Communication de l'UE, lignes directrices relatives aux mesures*).

Conseil fédéral suisse, Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20201774/index.html>, consulté le 19 novembre 2020 (cité : *Ordonnance COVID-19*).

Conseil de l'Union européenne, Recommandation du Conseil concernant la restriction temporaire des déplacements non essentiels vers l'UE et la possible levée de cette restriction du 30 juin 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020H0912>, consulté le 28 novembre 2020 (cité : *Recommandation du Conseil*).

Introduction

La naissance de la nouvelle maladie à coronavirus 2019 (Covid-19), une maladie infectieuse causée par un coronavirus, le SARS-CoV-2, et survenue en premier lieu en Chine en décembre 2019, a considérablement bouleversé le monde entier. Cette nouvelle crise sanitaire a créé un élan de panique à travers les populations et les États. En effet, de nombreux pays se sont retrouvés submergés par la hausse des cas de Covid-19, ce qui a entraîné une saturation des hôpitaux ainsi qu'une nette augmentation des décès. Chaque nation s'en est trouvée impactée à divers degrés. Il était donc nécessaire pour les gouvernements d'agir rapidement en vue de contrer l'impact du virus sur la société. De ce fait, des mesures nationales sont apparues très rapidement afin d'endiguer la propagation du virus et de pouvoir ainsi stabiliser le nombre de personnes atteintes. En Europe, l'Union européenne a décidé de réunir les chefs d'État et les gouvernements pour établir une certaine coordination et maintenir les liens indispensables entre les États membres.

Malgré cela, des restrictions importantes ont été mises en place, que ce soit dans des pays, ou encore dans des régions entières. Les populations qui se sont vues imposer ces restrictions de différents degrés ont été considérablement touchées dans leurs droits et principalement dans leur liberté de circulation prévue à l'art. 21 TFUE. Ces populations ne pouvaient plus, comme avant l'apparition du virus, se déplacer entre États membres selon leurs souhaits. Certaines de ces mesures étaient très restrictives, telles que le confinement de populations entières et la fermeture de nombreux lieux publics, à tel point de se demander si elles étaient nécessaires et proportionnées à la situation. Ce travail aura pour but d'analyser les restrictions de la libre circulation dans son ensemble ainsi que son application durant la « crise du Covid-19 ».

Dans un premier temps, il sera question de présenter la libre circulation en général (*infra* I), dans un deuxième temps, de décrire les différents motifs potentiels de restriction possibles de cette liberté (*infra* II), puis dans un troisième et dernier temps, d'analyser la gestion de la crise du Covid-19 par l'Union européenne et par les États membres (*infra* III).

I. Libre circulation des personnes

A. Art. 21 TFUE

1. Généralités

La liberté de circuler et de séjourner dans un État membre dont le citoyen n'a pas la nationalité est réglée dans différentes dispositions du droit de l'Union européenne. Cette liberté est un élément fondamental et un pilier du marché unique¹. Elle est régie principalement à l'art. 21 TFUE, mais aussi dans le droit dérivé comme par exemple dans la directive 2004/38². Un élément essentiel nécessaire à la compréhension de l'art. 21 TFUE est la notion de « citoyenneté européenne », qui dès son développement aura un grand impact sur l'application de la liberté de circuler. Elle confère le droit aux citoyens qui en bénéficient de se déplacer librement entre les États membres, mais également de jouir des autres libertés fondamentales³. La citoyenneté européenne est entrée en vigueur avec le Traité de Maastricht en 1993. Cette citoyenneté est ancrée à l'art. 20 TFUE. Elle a pour but d'affirmer les droits découlant directement d'un droit européen des citoyens de l'Union, et non pas uniquement les droits des États membres dont ils sont ressortissants⁴. Il existe une réelle volonté d'écarter le citoyen d'une position de « facteur de production », en instaurant une dimension personnelle, politique et sociale⁵. De plus, ce statut de citoyen de l'Union va permettre de limiter les discriminations entre les ressortissants de différents États membres⁶.

L'art. 21 TFUE présente deux intérêts importants. Tout d'abord, il définit le champ d'application personnel du droit à la libre circulation et de séjourner dans un État membre. C'est-à-dire qu'il se rapporte à tous les citoyens de l'Union européenne et cela indépendamment de leur situation économique⁷. Il est évidemment essentiel de tenir compte des limitations et des conditions prévues par les traités et par les

¹ FONTAINE, p. 3.

² *Directive 2004/38/CE*.

³ BARNARD, p. 205 ; CONDINANZI / LANG / NASCIBENE, p. 19 ; FONTAINE, p. 3 ; GRISEL / KADDOUS, p. 5 ; TRYFONIDOU, p. 61.

⁴ BLUMANN / DUBOIS, n° 20 ; CONDINANZI / LANG / NASCIBENE, p. 12 ; HENRICH / KHAN, art. 20 TFUE n° 4.

⁵ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 7 ; HENRICH / KHAN, art. 20 TFUE n° 1.

⁶ BLUMANN / DUBOIS, n° 11.

⁷ HENRICH / KHAN, art. 21 TFUE n° 1.

dispositions complémentaires, comme par exemple l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité de l'art. 18 TFUE, pour définir le champ d'application de la liberté⁸. Ensuite, cet article est une base juridique qui va permettre l'adoption d'actes de droit dérivé permettant de faciliter l'exercice et la mise en œuvre de la liberté⁹. Il est toutefois important de souligner que cette disposition reste subsidiaire par rapport aux dispositions spécifiques du traité en matière de libertés économiques (art. 45, 46 et 49 TFUE)¹⁰. Le droit de circuler présente également un caractère subsidiaire par rapport aux libertés fondamentales, comme à la libre prestation des services, par exemple dans l'affaire *Calfa*, où les motifs d'ordre public de la directive 64/221, aujourd'hui directive 2004/38, concernant la libre circulation des personnes et ses limitations, n'avaient pas été retenus pour justifier une restriction à la liberté de prestation et donc une interdiction de séjour à vie¹¹.

L'art. 21 par. 2 TFUE renvoie à la procédure législative ordinaire en ce qui concerne l'adoption d'actes de droit dérivé. En effet, l'adoption de ceux-ci, qui sont édictés par les institutions de l'Union européenne et fondés sur le droit des traités, va permettre de faciliter l'exercice des libertés et en l'espèce la libre circulation des personnes¹². La mise en place de la directive 2004/38 du 29 avril 2004 a, par exemple, figé une importante part du droit dérivé dans la matière¹³. Quant à la subsidiarité de l'art. 21 TFUE par rapport à la libre circulation des citoyens de l'Union, elle provient du fait que l'action de l'Union européenne doit être nécessaire afin d'atteindre la concrétisation de cette liberté, et que les traités ne doivent pas avoir prévu de pouvoir d'action à cet effet¹⁴. C'est la procédure législative spéciale qui s'applique lorsque des mesures sont prises en matière de sécurité ou de protection sociale, mais aussi dans les activités courantes en rapport avec les déplacements des personnes, plus précisément en matière de titres de séjour ou tout autre titre, de passeport ou de carte d'identité¹⁵.

⁸ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 7.

⁹ GRISEL / KADDOUS, p. 18.

¹⁰ BARNARD, p. 208 s. ; MARTIN, art. 21 TFUE n° 3.

¹¹ CJCE, aff. C-348/96, *Calfa*, ECLI:EU:C:1999:6, pt. 28 ; EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 7 ; SPAVENTA, p. 14.

¹² GRISEL / KADDOUS, p. 19.

¹³ AKANDJI-KOMBÉ, p. 7.

¹⁴ GRISEL / KADDOUS, p. 19.

¹⁵ GRISEL / KADDOUS, p. 19.

Ainsi, la consultation du Parlement européen est nécessaire et la prise de décision doit se faire à l'unanimité au sein du Conseil, conformément aux art. 21 par. 3 TFUE et 77 par. 3 TFUE¹⁶.

2. Conditions d'application

Dans l'art. 21 TFUE, une des principales conditions d'application, qui va nous occuper dans ce travail, concerne le contrôle d'identité lors du franchissement des frontières. En effet, ces contrôles peuvent être en opposition avec l'idée générale de la libre circulation des personnes. C'est dans l'arrêt *Wijzenbeek* de 1999 que la question a été tranchée par la Cour¹⁷. À cette époque, la Cour avait déterminé qu'il n'était pas nécessaire de supprimer tout contrôle, et que les États membres pouvaient sous certaines conditions, maintenir certains de ces contrôles, comme devoir prouver sa nationalité¹⁸. C'est avec la convention de l'accord de Schengen de 1990 que les contrôles aux frontières intérieures de l'Union européenne ont été totalement supprimés¹⁹.

De plus, les citoyens de l'Union européenne qui sont économiquement actifs restent liés aux dispositions des traités qui les concernent²⁰. C'est-à-dire que les travailleurs salariés sont rattachés à l'art. 45 TFUE, alors que ceux qui jouissent de la liberté d'établissement sont soumis aux art. 49 ss TFUE et pour les prestataires de services, c'est les art. 56 ss TFUE qui s'appliquent. En ce qui concerne les citoyens non-actifs, ils se sont vu attribuer un droit de séjour et de circulation qui est désormais de rang « constitutionnel »²¹. En effet, désormais, les personnes considérées comme non-actives, tels que les étudiants, les retraités ou toute autre personne, peuvent bénéficier de ce droit de par l'art. 21 TFUE, et ainsi directement demander l'accord et le respect de celui-ci²². Il n'est pas nécessaire d'avoir un objectif économique pour bénéficier du droit de circuler et de séjourner dans un autre État membre. En outre, la capacité à être

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CJCE, aff. C-378/97, *Wijzenbeek*, ECLI:EU:C:1999:439, pt. 43.

¹⁸ GRISEL / KADDOUS, p. 19 ; TRYFONIDOU, p. 36.

¹⁹ *Convention d'application de l'accord de Schengen*, art. 2 al. 1 et 2 ; GRISEL / KADDOUS, p. 19 ; SAURON, p. 197.

²⁰ GRISEL / KADDOUS, p. 23.

²¹ *Idem*, p. 23 ; HATJE, art. 21 TFUE n° 14.

²² GRISEL / KADDOUS, p. 23.

bénéficiaire des droits de l'art. 21 TFUE ne dépend pas non plus d'un certain âge à avoir²³. C'est notamment dans les arrêts *Grzelczyk* et *D'Hoop* que la Cour définit le statut fondamental de la citoyenneté pour les ressortissants des États membres²⁴. Ce statut permet de garantir l'exercice des libertés, dont celle de circuler et de séjourner dans les États membres.

Enfin, il existe d'autres conditions réglées dans la directive 2004/38 qui exigent des citoyens non-actifs d'avoir à disposition des ressources suffisantes, mais également d'être au bénéfice d'une assurance maladie complète pour se voir accorder un droit de séjour²⁵. Cependant, les limitations de ce droit de séjour doivent respecter les principes généraux du droit de l'Union et plus particulièrement la proportionnalité²⁶. Les citoyens désirant circuler librement ne doivent pas devenir un fardeau pour les systèmes sociaux de l'État d'accueil²⁷. Dans l'arrêt *Baumbast*, la Cour avait jugé disproportionné de refuser à M. Baumbast le droit de séjour au motif que celui-ci ne disposait pas d'une assurance maladie adéquate²⁸.

3. Effet direct

C'est encore dans l'arrêt *Baumbast* de 2002 que la Cour de justice a reconnu pour la première fois l'effet direct de l'art. 21 TFUE. L'effet direct permet de garantir le respect des droits des ressortissants des États membres et permet également à ceux-ci de directement saisir le juge national afin qu'il vérifie le respect et la bonne application du droit garantissant la liberté²⁹. Dans cet arrêt, M. Baumbast avait perdu la qualité de travailleur au sens du traité, et le Royaume-Uni lui avait donc refusé l'accord du droit de séjour permanent sur son territoire. La question était donc de déterminer si M. Baumbast pouvait bénéficier de ce droit de séjour uniquement en qualité de citoyen de l'Union européenne. La Cour de justice est arrivée à la conclusion que le droit de séjour prévu à l'art. 21 TFUE, reconnu comme norme claire et précise, s'appliquait à tout

²³ HATJE, art. 21 TFUE n° 14.

²⁴ CJCE, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458, pts. 31 ss ; CJUE, aff. C-224/98, *D'Hoop*, ECLI:EU:C:2002:432, pts. 28 ss ; BARNARD, p. 205 ; MARTIN, art. 20 TFUE n° 12.

²⁵ GRISEL / KADDOUS, p. 25.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ HENRICH / KHAN, art. 21 TFUE n° 6.

²⁸ CJCE, aff. C-413/99, *Baumbast*, ECLI:EU:C:2002:493, pts. 92 s.

²⁹ HATJE, art. 21 TFUE n° 7 ; LAMBLIN-GOURDIN, p. 39.

citoyen de l'Union³⁰. La Cour reconnaît également l'importance des limitations et des conditions qui s'appliquent et qui sont prévues par les traités et les dispositions du droit dérivé³¹. Il est également possible d'invoquer l'effet direct du droit à la libre circulation des personnes contre son propre État membre, à l'exclusion des situations purement internes³².

B. Directive 2004/38

1. Généralités

Le droit à la libre circulation est notamment régi par la directive 2004/38 du 29 avril 2004. Celle-ci remplace les deux règlements et les neuf directives qui étaient en vigueur auparavant, et a comme base juridique les art. 18, 21, 46, 50 et 59 TFUE³³. Le nombre important de législations différentes et la fragmentation du droit préexistant entre les différents bénéficiaires rendaient la compréhension du droit compliquée pour les citoyens de l'Union européenne³⁴. En 2001, le Parlement européen et le Conseil ont lancé un projet de directive sur le droit des citoyens de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres de l'Union européenne, qui sera finalement modifié en 2003 afin de prendre en compte les derniers amendements du Parlement européen. La directive 2004/38 est finalement adoptée en avril 2004. Cette nouvelle directive apporte de sensibles modifications à l'état du droit sur les différents sujets qu'elle contient, comme sur les bénéficiaires, le contenu des droits ou encore sur les limitations justifiées par l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique³⁵.

Les objectifs de la directive du 29 avril 2004 sont principalement de rendre plus accessibles et de faciliter les formalités et les conditions à remplir afin de bénéficier de la liberté³⁶. De plus, elle va permettre de mieux délimiter et éclaircir les limitations possibles de la libre circulation pour les différentes raisons étudiées plus loin

³⁰ CJCE, aff. C-413/99, *Baumbast*, ECLI:EU:C:2002:493, pt. 94 ; BARNARD, p. 209 ; GRISEL / KADDOUS, p. 22.

³¹ GRISEL / KADDOUS, p. 22.

³² BARNARD, p. 232 ; MARTIN, art. 21 TFUE n° 5 ; TRYFONIDOU, p. 35.

³³ AKANDJI-KOMBÉ, p. 7 ; BLUMANN / DUBOIS, n° 73 ; GRISEL / KADDOUS, pp. 30 et 32.

³⁴ CONDINANZI / LANG / NASCIBENE, p. 29 ; DEFALQUE / PERTEK / STEINFELD / VIGNERON, n° 125 ; GRISEL / KADDOUS, pp. 30 et 32.

³⁵ DEFALQUE / PERTEK / STEINFELD / VIGNERON, n° 125.

³⁶ *Directive 2004/38/CE*, art. 7 ss ; LAMBLIN-GOURDIN, p. 41.

(*infra* III)³⁷. Cette directive met en avant la possibilité pour les citoyens de l'Union d'entrer sur le territoire avec grande facilité, ce qui est le principe fondamental de la liberté de circulation des personnes (art. 5 de la directive 2004/38).

2. Bénéficiaires

La directive présente les différents bénéficiaires de la libre circulation et de séjour (art. 3 de la directive 2004/38)³⁸. Cet article indique donc que la directive s'applique à tous les citoyens de l'UE qui se rendent ou séjournent dans un État membre autre que celui dont ils possèdent la nationalité, mais aussi à leur famille qui les accompagne ou les rejoint³⁹. Auparavant réservée aux travailleurs et autres « facteurs de production », la directive s'est progressivement étendue à quasiment tous les ressortissants des États membres⁴⁰. Elle définit alors ce qu'elle entend par membre de la famille ainsi que citoyens de l'Union européenne (art. 2 de la directive 2004/38). Le citoyen de l'Union européenne est la personne qui possède la nationalité d'un État membre (*supra* I)⁴¹. En ce qui concerne les membres de la famille, la directive établit une liste, qui contient le conjoint ou partenaire enregistré, les descendants directs de moins de vingt ans du citoyen ou du conjoint, ainsi que les ascendants directs du citoyen ou du conjoint qui sont à charge⁴². Malgré le fait que la directive 2004/38 se rapporte uniquement aux membres de la famille cités en l'art. 2, elle favorise également l'entrée et le séjour d'autres membres de la famille qui auraient un lien étroit avec le citoyen ou d'autres circonstances de dépendance envers ce dernier⁴³.

3. Composantes de la libre circulation

Les deux composantes principales du droit de la libre circulation sont le droit d'entrée et de sortie ainsi que le droit de séjour⁴⁴. Les traités ne contiennent pas de définition de ces deux composantes, elles ont en effet été développées plus tard dans le droit

³⁷ GRISEL / KADDOUS, p. 32.

³⁸ Directive 2004/38/CE, art. 3 par. 1 et 2.

³⁹ HENRICH / KHAN, art. 21 TFUE n° 9.

⁴⁰ BARNARD, p. 204 ; BLUMANN / DUBOIS, n° 70 ; MARTIN, art. 21 TFUE n° 1 ; WEISS / WOOLDRIDGE, p. 2.

⁴¹ CONDINANZI / LANG / NASCIMBENE, p. 4 ; HENRICH / KHAN, art. 20 TFUE n° 2.

⁴² DEFALQUE / PERTEK / STEINFELD / VIGNERON, n° 126.

⁴³ GRISEL / KADDOUS, p. 37 ; URBANO DE SOUSA, p. 104.

⁴⁴ DEFALQUE / PERTEK / STEINFELD / VIGNERON, n° 127 s.

dérivé⁴⁵. Les droits d'entrée et de sortie sont exprimés à l'art. 4 et 5 de la directive 2004/38. Ce sont ces droits au déplacement qui permettent à un citoyen de quitter le territoire d'un État membre et d'entrer sur le territoire d'un autre État membre⁴⁶. L'unique formalité à accomplir, de la part du citoyen de l'Union, pour avoir accès à ce droit, est d'être en possession d'un passeport valable ou d'une carte d'identité, et cela sans se voir imposer quelque demande de visa d'entrée par un État membre⁴⁷. En ce qui concerne le droit d'entrée plus précisément, les personnes ne possédant pas la citoyenneté européenne sont soumises à l'obtention d'un visa soit par le règlement 2018/1806, soit par les différentes législations nationales des États membres⁴⁸. Ce règlement a pour but de définir les divers pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obtention d'un visa, ou alors ceux qui en sont exemptés pour franchir les frontières extérieures des États membres⁴⁹. Le rôle de ces visas est de protéger des intérêts communs comme la limitation de l'immigration clandestine, la perturbation de l'ordre public, ou d'autres encore. Les États membres peuvent prévoir des exceptions à ce règlement⁵⁰. En outre, ils ont l'obligation d'octroyer un temps raisonnable pour qu'un ressortissant mette ses papiers en ordre⁵¹.

Concernant le droit de séjour, il convient d'emblée de souligner qu'il complète le droit d'entrée et de sortie⁵². Le droit de séjour s'éloigne du concept du marché intérieur, c'est pourquoi il n'est pas lié à une activité économique⁵³. La directive 2004/38 distingue trois catégories de droit de séjour⁵⁴. On trouve le droit de séjour jusqu'à trois mois⁵⁵, le droit de séjour de plus de trois mois⁵⁶ et le droit de séjour permanent⁵⁷. Les divers articles et plus précisément le chapitre VI de la directive du 29 avril 2008

⁴⁵ LAMBLIN-GOURDIN, p. 41.

⁴⁶ BLUMANN / DUBOIS, n° 77 ; GRISEL / KADDOUS, p. 119.

⁴⁷ CONDINANZI / LANG / NASCIMBENE, p. 30 ; GRISEL / KADDOUS, p. 44 ; LAMBLIN-GOURDIN, p. 42 ; SPAVENTA, p. 12.

⁴⁸ LAMBLIN-GOURDIN, p. 42.

⁴⁹ *Règlement 2018/1806*, art. 1^{er}.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Règlement 2018/1806*, art. 8 par. 3 ; LAMBLIN-GOURDIN, p. 42.

⁵² DEFALQUE / PERTEK / STEINFELD / VIGNERON, n° 125 ss ; LAMBLIN-GOURDIN, p. 42.

⁵³ EPINEY / MOSTERS / PROGIN-THEUERKAUF, p. 7.

⁵⁴ BLUMANN / DUBOIS, n° 80 ss.

⁵⁵ *Directive 2004/38/CE*, art. 6.

⁵⁶ *Idem*, art. 7 ss.

⁵⁷ *Directive 2004/38/CE*, art. 16 ss.

énoncent les conditions respectives à chacun des différents séjours⁵⁸. Il faudra par exemple, pour un simple séjour jusqu'à trois mois, uniquement répondre au respect des formalités, alors que pour les deux autres il faudra, pour les citoyens, éviter de devenir une charge pour les systèmes sociaux des États membres, plus concrètement avoir des ressources suffisantes pour subvenir à leur entretien⁵⁹. Ils existent encore d'autres exceptions, conditions et spécificités énumérées dans ces différents articles, qui pourraient à eux seuls faire l'objet d'un travail de par leur nombre.

Les États membres peuvent également, selon l'art. 26 de la directive 2004/38, procéder à des contrôles, mais ceux-ci doivent se limiter au respect des dispositions de la législation nationale concernant les formalités des papiers. Il faut absolument que ces mêmes obligations soient aussi applicables à leurs propres ressortissants pour pouvoir procéder à de tels contrôles et éviter les discriminations fondées sur la nationalité⁶⁰. Des contrôles plus poussés seraient considérés comme des restrictions de la libre circulation des personnes, mais ils demeurent admis par le droit de l'Union dans certains cas pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (art. 27 ss de la directive 2004/38 et art. 25 ss code frontières Schengen).

II. Restrictions

A. Ordre public et sécurité publique

Après avoir examiné, de manière globale, en quoi consistait la libre circulation des personnes dans l'Union européenne, analyser les restrictions autorisées par les traités est nécessaire afin de pouvoir comprendre les mesures qui ont été appliquées par les États membres durant la crise du Covid-19, et voir si ces dernières sont pertinentes. Selon la Cour de justice, une mesure qu'un État membre pourrait appliquer concerne tout acte qui affecte les droits des personnes bénéficiant de la liberté de circuler et séjourner, et les empêche d'en faire usage librement⁶¹. Dans certaines circonstances exprimées dans la directive 2004/38, ces limitations de la liberté sont admissibles à condition qu'elles soient justifiées par un motif d'ordre public, de sécurité publique ou

⁵⁸ LAMBLIN-GOURDIN, p. 43.

⁵⁹ *Directive 2004/38/CE*, art. 6 s. et 16 ; LAMBLIN-GOURDIN, p. 43.

⁶⁰ *Directive 2004/38/CE*, art. 26.

⁶¹ GRISEL / KADDOUS, p. 123.

de santé publique⁶². Ces motifs sont très restrictifs dans leur application, comme le démontre l'abondante jurisprudence en la matière, ce qui permet de maintenir un contrôle nécessaire afin d'éviter tout abus des États membres⁶³.

Dans un premier temps, il paraît cohérent de regrouper les motifs d'ordre public et de sécurité publique de par la proximité des deux notions. En effet, la Cour de justice n'a pas fait de distinction entre ces deux notions et les a ainsi partiellement fusionnées. Cependant, dans sa communication du 2 juillet 2009, la Commission a procédé à une amélioration de la transposition et de l'application de la directive 2004/38. Dans cette communication, la distinction entre ordre public et sécurité publique est évoquée de manière nette. Par sécurité publique, on entend la préservation de l'intégrité du territoire d'un État membre par sa sécurité intérieure et extérieure, alors que par ordre public c'est la prévention des troubles de l'ordre social qui est soulignée⁶⁴. Malgré cette petite distinction théorique, la différenciation en pratique reste difficile⁶⁵.

Pour qu'un État membre puisse restreindre la liberté de circuler d'un citoyen, il est nécessaire que le comportement de la personne concernée représente une menace réelle, actuelle et grave pour les intérêts de la société⁶⁶. Les raisons de prévention générale ainsi que les actions sans rapport au cas individuel ne peuvent justifier cette limitation du droit du citoyen⁶⁷. C'est pourquoi une simple menace potentielle ou incertaine ne permet pas à l'État membre d'invoquer l'ordre public, il faut absolument que la menace soit concrète⁶⁸. Il est très compliqué de déterminer quels genres de motifs graves et de menaces vont pouvoir justifier une restriction. La Cour de justice a tout d'abord estimé dans son arrêt entre la Commission et la République fédérale d'Allemagne du 18 mai 1989, que le fait d'un ressortissant d'un autre État membre pouvait être condamné par l'État d'accueil uniquement s'il prenait lui aussi des mesures à l'encontre de ses propres ressortissants en raison d'un même acte⁶⁹. Dans

⁶² Directive 2004/38/CE, art. 27 ss.

⁶³ LECLERC, p. 65 s.

⁶⁴ *Communication de la Commission*, pt. 3.1.

⁶⁵ GRISEL / KADDOUS, p. 128.

⁶⁶ Directive 2004/38/CE, art. 27 par. 2.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ GRISEL / KADDOUS, p. 124.

⁶⁹ CJCE, aff. 249/86, *Commission c. RFA*, ECLI:EU:C:1989:204, pt. 1 ; GRISEL / KADDOUS, p. 124.

cet arrêt, la carte de séjour des membres de la famille d'un travailleur migrant ne pouvait être renouvelée que si ceux-ci vivaient dans un logement jugé normal, non seulement au moment où ils se sont installés avec le travailleur migrant concerné, mais également durant toute la durée de leur séjour. Une fois le regroupement terminé, la situation du migrant ne diffère pas de celle des travailleurs nationaux⁷⁰. La Cour confirma avec cet arrêt son premier avis sur le sujet dans l'arrêt *Adoui et Cornuaille* du 18 mai 1982, dans lequel elle était arrivée à la même conclusion⁷¹. En outre, ce qui rend encore plus complexe l'interprétation de ces menaces, c'est la variation et le caractère évolutif de celles-ci dans le temps, et également par rapport au lieu où elles apparaissent⁷². Le droit de l'Union ne définit pas quand la menace doit apparaître pour être admise comme actuelle⁷³. Il n'existe pas non plus d'ordre public communautaire⁷⁴. Cette notion d'ordre public reste évolutive et variable, et ne peut donc pas être soumise à une définition stricte et encadrée⁷⁵. Il est propre à chaque État membre de déterminer quels comportements et quels motifs sont susceptibles de mettre en péril l'ordre public ou la sécurité publique de leur pays, et de prendre ainsi des décisions de restreindre les libertés de ressortissants d'autres États membres si cela paraît justifié, tout cela en respectant les critères pertinents du traité et des art. 27 ss de la directive 2004/38⁷⁶. La marge d'appréciation des États membres à ce sujet avait été confirmée par la Cour de justice dans ses anciens arrêts, *Van Duyn* du 4 décembre 1974 et *Rutili* du 28 octobre 1975⁷⁷. Reconnaisant cette compétence aux États membres, tout comme la doctrine, la Cour se reconnaît également compétente pour contrôler la validité des décisions fondées sur l'ordre public de celles-ci⁷⁸. Ensuite, selon l'avis de l'avocat général Mayras, les exigences peuvent aussi varier selon des conditions sociologiques⁷⁹. Donc, comme on peut le constater, rien n'est strictement défini en ce qui concerne les

⁷⁰ CJCE, aff. 249/86, *Commission c. RFA*, ECLI:EU:C:1989:204, pt. 12.

⁷¹ CJCE, aff. 115-116/81, *Adoui et Cornuaille*, ECLI:EU:C:1982:183, pt. 5 ss.

⁷² BLUMANN / DUBOIS, n° 85 ; GRISEL / KADDOUS, p. 125 ; LECLERC, p. 69 ; MERCIER / JACOT-GUILLARMOD, p. 137.

⁷³ GRISEL / KADDOUS, p. 125 ; LECLERC, p. 69 ; MERCIER / JACOT-GUILLARMOD, p. 137.

⁷⁴ GRISEL / KADDOUS, p. 125.

⁷⁵ BLUMANN / DUBOIS, n° 85.

⁷⁶ LECLERC, p. 69.

⁷⁷ CJCE, aff. 41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:13, pt. 18 ; CJCE, aff. 36/75, *Rutili*, ECLI:EU:C:1975:137, pt. 16 s.

⁷⁸ LECLERC, p. 70.

⁷⁹ *Conclusions Mayras*, CJUE, aff. 67/74, ECLI:EU:C:1975:22.

exigences de l'ordre public. Cela va à la fois dépendre des interprétations des États et du droit communautaire mais aussi du temps et de l'évolution des menaces prohibées.

Encore une fois, il convient de rappeler que la distinction entre les notions d'ordre public et de sécurité publique est fine. Les domaines d'application de la sécurité publique ont eux aussi été invoqués dans certains arrêts par la Cour de justice, comme l'arrêt *Richardt et Les Accessoires Scientifiques SNC* du 4 octobre 1991, et ont permis de préciser que la sécurité publique couvrait la sécurité intérieure et extérieure des États⁸⁰. Ainsi, des risques de perturbations graves des relations extérieures, la mise en péril de la coexistence pacifique des peuples, les intérêts militaires des États sont tous des motifs pouvant atteindre la sécurité extérieure d'un pays⁸¹. La lutte contre le terrorisme a quant à elle été jugée adéquate pour garantir la sécurité intérieure d'un État, comme l'a confirmé l'avocat général Bot dans l'affaire *Tsakouridis*⁸². Dans ce même arrêt, la Cour a jugé que la lutte contre le trafic de stupéfiants en bande organisée relevait de la sécurité publique et justifiait des mesures d'éloignement, car la toxicomanie est un danger économique et social pour la population, et le trafic de stupéfiants peut présenter un niveau de dangerosité élevé pour la population⁸³. L'arrêt *Tsakouridis* met également en avant l'art. 28 par. 3 de la directive 2004/38, qui protège les citoyens ayant séjournés pendant une longue durée (10 ans au minimum sur le territoire d'un État membre d'accueil), estimant que seule une raison impérieuse de sécurité publique peut justifier l'éloignement du territoire⁸⁴.

B. Santé publique

Le motif le plus actuel et principalement concerné dans la crise du Covid-19, est le motif de la santé publique. Il est réglé à l'art. 29 de la directive 2004/38. Cet article a été repris de la directive 64/221 qui affichait les différentes maladies justifiant le refus d'entrer sur le territoire⁸⁵. On y trouvait notamment des maladies pouvant mettre en

⁸⁰ CJCE, aff. C-367/89, *Richardt et Les Accessoires Scientifique SNC*, ECLI:EU:C:1991:376, pt. 22 ; GRISEL / KADDOUS, p. 127 s.

⁸¹ GRISEL / KADDOUS, p. 127 s.

⁸² *Conclusions Bot*, CJUE, aff. C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708, pt. 19.

⁸³ CJUE, aff. C-145/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708, pt. 56 ss ; GRISEL / KADDOUS, p. 128.

⁸⁴ CJUE, aff. C-145/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708, pts. 5 et 19.

⁸⁵ *Directive 64/221/CEE*, art. 4.

danger la santé publique, telles que la tuberculose ou la syphilis, mais aussi les maladies pouvant mettre l'ordre public et la sécurité publique en péril, comme la toxicomanie⁸⁶. La directive 2004/38 a remplacé ces deux formes de maladie par les « maladies potentiellement épidémiques telles que définies dans les instruments pertinents de l'Organisation mondiale de la Santé ainsi que d'autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses » (art. 29 par. 1 de la directive 2004/38). Le motif de la santé publique n'a pratiquement jamais été employé par les États membres dans les limitations de la liberté de circuler et de séjourner mais pourrait cependant très rapidement venir à être utilisé⁸⁷. En effet, c'est sans aucun doute que l'on peut affirmer le caractère épidémique du Covid-19, qui a complètement bouleversé la libre circulation des citoyens durant l'année 2020 mais aussi l'appréhension de ce motif de restriction. Il faut également pour l'État membre désirant invoquer ce motif, que les maladies visées par celui-ci fassent déjà dans leur pays l'objet de protection à l'égard de leurs ressortissants (art. 29 par. 1 de la directive 2004/38). De plus, une maladie qui intervient trois mois suivant l'arrivée de la personne sur le territoire ne peut en aucun cas justifier la limitation du droit (art. 29 par. 2 de la directive 2004/38).

La directive 2004/38 indique que les États membres peuvent soumettre les bénéficiaires d'un droit de séjour à un examen médical gratuit dans les trois mois suivant leur arrivée (art. 29 par. 3 de la directive 2004/38). Afin de pouvoir procéder à de tels examens, les États membres doivent respecter quelques conditions. Il faut un indice sérieux de l'existence d'une des maladies pouvant justifier la restriction, comme vu ci-dessus. En outre, les examens ne doivent en aucun cas avoir un caractère systématique, et se doivent de respecter le délai des trois mois suivant l'arrivée.⁸⁸

Il existe deux objectifs à la restriction de la libre circulation des personnes pour motif de santé publique. Le premier réside dans le maintien d'un service médical ou hospitalier de qualité, et le second dans la prévention d'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale⁸⁹. Ces deux objectifs sont présentés dans l'arrêt Kohll, et plus récemment dans l'arrêt Hartlauer. Ces deux arrêts vont

⁸⁶ *Idem*, annexe pts. A et B.

⁸⁷ LECLERC, p. 71.

⁸⁸ *Directive 2004/38/CE*, art. 29 par. 3.

⁸⁹ GRISEL / KADDOUS, p. 130.

précisément décrire et présenter les objectifs propres à la santé publique, à la fois dans le cadre de la liberté d'établissement et dans celui de la libre prestation de service⁹⁰. Ces deux objectifs n'ont pas été directement évoqués en lien avec la liberté de circuler, cependant, la notion de santé publique est bien représentée au travers de ceux-ci. Enfin, dans l'arrêt Bressol et Chaverot du 13 avril 2010, la Cour aborde la justification de restriction dans un contexte bien différent. Elle admet que des limitations du nombre d'étudiants non-résidents dans certains cursus universitaires, comme les cursus médicaux ou paramédicaux sont justifiées par le motif de santé publique⁹¹. Le motif de santé publique est en jeu dans la mesure où la diminution de la qualité de la formation des futurs professionnels de la santé pourrait porter préjudice à la qualité future des soins du service médical et paramédical⁹².

C. Conditions d'application

La directive 2004/38 présente les différentes conditions de fond à respecter lorsqu'un État membre désire limiter le droit de circuler et de séjourner d'un citoyen (art. 27 et 28 de la directive 2004/38). En premier lieu, un État membre ne peut en aucun cas invoquer les raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique à des fins économiques⁹³. Dans l'arrêt Gül, on rappelle que les restrictions du droit de circuler pour des motifs de santé publique ne consistent pas en la protection du secteur de la santé publique dans son aspect économique, mais bel et bien dans la protection de la santé de la population⁹⁴. Ensuite, les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu et ne doivent pas être motivées uniquement par des éventuelles condamnations pénales antérieures⁹⁵. La Cour affirme dans l'arrêt Bouchereau que lors de la prise en compte d'une condamnation pénale, il faut que les circonstances qui ont donné lieu à celle-ci fassent apparaître l'existence d'un comportement personnel étant

⁹⁰ CJCE, aff. C-158/96, *Kohll*, ECLI:EU:C:1998:171, pts. 43 et 49 ; CJCE, aff. C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:C:2009:141, pts. 41 ss.

⁹¹ CJUE, aff. C-73/08, *Bressol et Chaverot*, ECLI:EU:C:2010:181, pts. 67 et 68.

⁹² *Idem*, pts. 68 ss et 82.

⁹³ *Directive 2004/38/CE*, art. 27 par. 1 ; CJCE, aff. 36/75, *Rutili*, ECLI:EU:C:1975:137, pt. 30 ; LECLERC, p. 73.

⁹⁴ CJCE, aff. 131/85, *Gül*, ECLI:EU:C:1986:200, pt. 17.

⁹⁵ *Directive 2004/38/CE*, art. 27 par. 2.

une menace actuelle pour l'ordre public⁹⁶. Le comportement passé d'un individu ne peut être pris en compte uniquement s'il existe un risque de récidive⁹⁷. Enfin, une « nouvelle condition » qui ne provient pas de la directive 64/221 est le principe de la proportionnalité, plus précisément la prise en compte de la situation personnelle de l'intéressé (art. 27 par. 2 al. 1 de la directive)⁹⁸. L'État membre doit procéder à une analyse globale de la situation, c'est-à-dire à une mise en balance des intérêts privés du migrant avec les intérêts publics à l'accès à la libre circulation des personnes⁹⁹. Les États membres devront donc prendre différents critères en compte tels que l'âge de l'intéressé, sa situation familiale, son état de santé, etc., avant de prendre leur décision de restreindre, ou non, les droits du citoyen. En effet, tous ces critères seront examinés par le juge en cas de recours pour déterminer si le principe de proportionnalité aura été respecté¹⁰⁰.

III. Crise du Covid-19

A. Mesures de l'Union européenne

Suite à l'apparition de la Covid-19 en Europe au début de l'année 2020, l'Union européenne et ses organes ont dû intervenir et prendre des mesures visant l'endiguement de la propagation du virus. C'est le 16 mars 2020 que l'Union s'est, pour l'une des premières fois, exprimée au sujet des mesures à prendre en l'Europe par ses États membres. C'est tout d'abord par une communication de la Commission aux institutions de l'Union, puis dans une communication apparue dans le journal officiel de l'Union européenne que va être abordé le sujet des premières restrictions¹⁰¹. Le 26 mars, les chefs d'État ou les gouvernements de l'Union européenne ont convenu d'appliquer les restrictions coordonnées contre les déplacements non-essentiels. Dès les premières communications de l'Union, et cela durant toute la gestion de la crise

⁹⁶ *Communication de la Commission*, pt. 3.2 ; CJCE, aff. 30/77, *Bouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172, pt. 17 ; LECLERC, p. 74.

⁹⁷ *Communication de la Commission*, pt. 3.2.

⁹⁸ BARNARD, p. 216 ; BLUMANN / DUBOIS, n° 90.

⁹⁹ GRISEL / KADDOUS, p. 135 ; LECLERC, p. 77.

¹⁰⁰ LECLERC, p. 77.

¹⁰¹ *Communication de la Commission, COVID-19 ; Communication de l'UE, lignes directrices relatives aux mesures.*

sanitaire, on réalise qu'elle cherche absolument à maintenir une coordination fondamentale entre les États membres, et aussi entre elle-même et ses organes.

Dans ses communications du 16 mars 2020, la Commission évoque la pandémie mondiale qui touche directement tous les continents du globe. Une autre expression qui apparaît aussi et qui va continuer à être utilisée tout au long de la gestion de la crise, est celle de « santé publique », expression détaillée auparavant (*supra* II.B). La Commission met également en avant le fait que la mondialisation et les déplacements internationaux des personnes facilitent particulièrement la propagation du virus au-delà des frontières. Elle met d'ores et déjà l'accent sur ce qui devra être régulé afin de pouvoir endiguer cette progression du virus, pour éviter que la crise de santé publique ne devienne incontrôlable. Selon l'OMS, les restrictions de déplacement ne sont généralement pas un moyen des plus efficaces pour lutter contre la propagation d'une pandémie, mais l'Union estime alors qu'il est absolument nécessaire au vue de la situation d'intervenir et prendre des mesures instantanément. C'est ce qu'elle va faire. La Commission va alors recommander au Conseil européen d'agir rapidement pour arriver à l'adoption de restrictions communes, par les chefs d'État, les gouvernements des États membres de l'espace Schengen et les pays associés, pour appliquer une restriction temporaire aux déplacements non-essentiels en provenance des pays tiers vers la zone UE+¹⁰². Ces premières mesures concernent uniquement les frontières extérieures de l'UE, et non les frontières intérieures qui ne sont pas encore touchées par ces restrictions de santé publique. La Commission insiste que si la mise en œuvre des restrictions aux frontières extérieures par les États membres n'est pas coordonnée, elle sera inefficace. Ces mesures aux frontières extérieures ont pour but de lutter contre les mesures de certains États membres ayant déjà introduit des restrictions à la liberté de circuler, à leurs frontières internes, ce qui met en péril le bon fonctionnement du marché unique. La Commission espère donc réussir à lever et réduire les restrictions internes des États. Cette décision, très puissante, comporte cependant des exceptions, par exemple pour les citoyens de l'Union qui désirent rentrer chez eux ainsi que leur famille, mais aussi les voyageurs ayant des fonctions ou des besoins essentiels, comme les professionnels de la santé, les frontaliers, les diplomates ou encore les personnes

¹⁰² La zone UE+ comprend tous les États membres de l'espace Schengen (y compris la Bulgarie, la Croatie, Chypre et la Roumanie), ainsi que les quatre États associés à l'espace Schengen.

nécessitant une protection internationale, etc.¹⁰³. La durée est fixée à 30 jours, mais elle pourra varier selon la gravité de la situation. Dans ses lignes directrices, l'Union condamne les pratiques déloyales des États, et évoque la mise en œuvre de différentes libertés, comme celles des transports, des biens, des livraisons de marchandises, des mesures sanitaires et des frontières extérieures et intérieures¹⁰⁴. En ce qui concerne les frontières intérieures, l'Union tolère l'introduction temporaire de contrôles aux frontières, en réaction à la maladie contagieuse, mais uniquement s'ils sont justifiés pour des motifs d'ordre public et de sécurité publique. Elle précise que les droits des citoyens de la directive 2004/38 se doivent d'être garantis, et en particulier la non-discrimination entre les ressortissants de l'État membre et les citoyens de l'Union. Elle autorise également la mise en place de périodes de quarantaine pour les personnes entrant dans le territoire.

Comme on va pouvoir le constater, l'intervention de l'Union au début de la pandémie n'aura pas eu un énorme impact. En effet, les États membres vont avoir tendance à oublier cette coordination, à laquelle l'Union tenait tant, et vont prendre des mesures solitaires en restreignant drastiquement la libre circulation des personnes. Mais le rôle de l'Union européenne va être plus important dans l'évolution de la pandémie, en lançant des plans de relance économique et en réduisant les restrictions de libre circulation imposées le 26 mars. C'est notamment le 30 juin 2020, que le Conseil européen va recommander une levée partielle des restrictions des déplacements non-essentiels vers l'Union européenne depuis les États tiers¹⁰⁵.

L'Union cherche donc à tout prix à maintenir la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'UE afin de pouvoir préserver le fonctionnement du marché unique. En effet, des restrictions aux frontières intérieures de l'espace Schengen auraient un impact considérable sur le marché unique, sur l'économie, sur les échanges de prestations entre les États membres et ainsi sur les droits des citoyens de l'Union, surtout au vu du nombre important de passages journaliers aux frontières intérieures de l'Union. Pourtant, malgré la publication de ces mesures, de plus en plus d'États membres vont décider de fermer leurs frontières intérieures pour protéger la santé

¹⁰³ *Communication de la Commission, COVID-19, champ d'application.*

¹⁰⁴ *Communication de l'UE, lignes directrices relatives aux mesures.*

¹⁰⁵ *Recommandation du Conseil.*

publique de leur nation. La liberté des personnes sera donc considérablement touchée par la pandémie du Covid-19.

B. Mesures des États membres

À l'intérieur des États membres, de nombreuses mesures vont être prises restreignant ainsi grandement la liberté de circulation et de séjour des citoyens. Le principe de la coordination, principe fondamental de l'Union européenne, aura tendance à être oublié comme il a été constaté (*supra* III.A). Chaque pays va imposer ses propres mesures et prendre ses propres décisions. Dès le 12 mars 2020, avant l'intervention de l'Union étudiée précédemment, les premiers gouvernements et chefs d'État vont d'ores et déjà, sans se concerter et à des dates différentes, fermer des lieux publics tels que les écoles, les restaurants et bars, etc. Ces mesures vont varier tout du long de la pandémie. On ne trouve pas une coalition parfaite entre les États membres, ce qui porte préjudice au marché intérieur, comme le redoutait l'Union européenne. Plus précisément, on remarque que chaque État a instauré des mesures qui changent de pays en pays, voire entre plusieurs régions d'un même pays, comme par exemple entre les Länder allemands ou les cantons suisses. Dans la majorité des cas, la libre circulation des personnes à l'intérieur du pays est limitée par l'instauration de confinements, de couvre-feux, de limite aux rassemblements et toute autre sorte de restrictions à la liberté des individus. Ces mesures purement internes à un État membre ne peuvent cependant pas se voir appliquer la libre circulation des personnes, comme l'indique l'arrêt Saunders du 28 mars 1979¹⁰⁶. Une personne ne pouvant pas se rendre dans tel lieu public, ou tel établissement de son propre État membre ne peut donc pas être protégée et invoquer la violation de la libre circulation des personnes au sens de l'art. 21 TFUE.

Le réel problème des mesures des États membres, qui violent la liberté de circulation et de séjour, est l'introduction de contrôles aux frontières, voire même dans certains cas leur fermeture. Les différents exemples, apparus en 2020, soulignent une nette différence des mesures et des législations prises individuellement par les États, démontrant ainsi un non-respect de la coordination européenne entre les États

¹⁰⁶ CJCE, aff. 175/78, *Saunders*, ECLI :EU :C :1979 :88, pt. 11 s. ; BARNARD, p. 210.

membres¹⁰⁷. En France, le pays va tout d'abord considérablement limiter le nombre de personnes lors de rassemblements à 100 personnes, avant de finalement basculer dans un confinement de la population. L'Autriche va, quant à elle, suspendre ses liaisons aériennes avec l'Espagne, la Suisse et la France. En Allemagne, la fermeture des écoles va s'imposer dans certains Länder. Au Luxembourg, les écoles se ferment également. L'Espagne annonce l'état d'alerte, permettant aux autorités de placer en isolement les personnes infectées et de rationner les biens, alors qu'en Catalogne on confine certaines localités et ferme certaines zones. Le Danemark et la Slovaquie vont introduire directement des mesures drastiques en décidant de fermer leurs frontières à tous les étrangers, avec certaines exceptions, comme pour des raisons impérieuses d'entrer dans le territoire. Tous ces exemples, apparus au tout début de l'épidémie, permettent réellement d'illustrer la manière dont ces restrictions ont été introduites et de percevoir les lacunes au niveau de l'organisation au sein de l'Union européenne et de la gestion des situations d'urgence. Pendant la mise en place de toutes ces mesures étatiques, l'Union européenne intervient uniquement pour essayer de raisonner les nations, leur faisant comprendre que certaines mesures ne sont pas nécessaires, et qu'il faut agir de manière proportionnée et raisonnée. Au fil de l'évolution de la maladie durant l'année 2020, les mesures vont varier de « déconfinement » à « reconfinement », de la fermeture des frontières à leur réouverture, mais avec un maintien des contrôles à celles-ci.

L'application de ces mesures apparaît directement dans les législations nationales. En Suisse par exemple, c'est l'ordonnance COVID-19 qui dicte les mesures s'appliquant à la population et aux différentes institutions suisses¹⁰⁸. Elle indique également que la compétence dans la gestion de la situation appartient aux cantons suisses, sauf disposition contraire dans ladite ordonnance¹⁰⁹. En Espagne, c'est au travers de décrets royaux, dont le décret royal 463/2020 du 14 mars 2020 (modifié à plusieurs reprises), que s'articule la mise en œuvre des mesures introduites par le gouvernement

¹⁰⁷ Article RTS Info, *L'Europe est désormais « à l'épicentre » de la pandémie de Covid-19, dit l'OMS*, <https://www.rts.ch/info/monde/11162606-leurope-est-desormais-a-lepicentre-de-la-pandemie-de-covid19-dit-loms.html>, du 13 mars 2020.

¹⁰⁸ *Ordonnance COVID-19*.

¹⁰⁹ *Idem*, art. 2.

espagnol¹¹⁰. On y trouve notamment un article sur la libre circulation des personnes, considérablement limitée dans les espaces publics (art. 7 du décret royal 463/2020). Seules certaines activités peuvent justifier l'infraction à cette loi d'urgence¹¹¹. Elle n'est plus en vigueur depuis la fin de l'état d'urgence, soit le 21 juin 2020. Dans ces législations d'urgence nationales, et bien d'autres n'ayant pas été citées, se trouve un nombre considérable de règles sur différents sujets comme les transports ou les déplacements. C'est l'outil principal des États pour la gestion de la crise du Covid-19. Elles sont sujettes à bien des modifications dues à l'évolution permanente de la crise sanitaire et du virus.

Les principes du marché intérieur et les droits fondamentaux des citoyens de l'Union de circuler sont mis à rude épreuve durant cette crise sanitaire mondiale. Il reste donc à analyser si ces restrictions des États membres sont conformes ou non avec le droit de l'Union européenne et si leur application est nécessaire, ou au contraire, disproportionnée.

C. Analyse de la légalité des mesures

Cette situation inédite, qui a amené de telles restrictions à la liberté de circuler des personnes, peut-elle être justifiée selon les motifs habituels ? Il est certain que cette pandémie mondiale, d'une si grande envergure, va considérablement modifier la vision des restrictions par la Cour. Tout d'abord, ce dernier chapitre tentera d'analyser la réintroduction des contrôles aux frontières de l'espace Schengen par rapport à la libre circulation des personnes, avant d'examiner le cas de la fermeture complète des frontières de certains États membres.

Comme décrit plus haut (*supra* III.B), les États membres ont pris des mesures unilatérales au début du mois de mars 2020 afin de procéder à des contrôles aux frontières internes de l'Union européenne. Tous ces contrôles sont usuellement condamnés pour préserver le droit à la libre circulation des citoyens de l'Union, au sens du code frontière Schengen (art. 1^{er} du code frontières Schengen)¹¹². Nonobstant la tolérance de l'Union, durant l'épidémie, de l'introduction de certains contrôles

¹¹⁰ Décret royal 463/2020.

¹¹¹ *Idem*, art. 7.

¹¹² Code frontières Schengen, art. 1^{er}.

intérieurs aux frontières en réaction à la maladie, il y a lieu de vérifier la légalité de celle-ci. Le code frontière Schengen fonctionne de manière similaire à la directive 2004/38/CE et possède des exceptions à la réintroduction temporaire de contrôles aux frontières internes en cas de menaces graves à l'ordre public ou à la sécurité publique (art. 25 ss du code frontières Schengen)¹¹³. Certainement que les États membres, ayant introduit ces mesures drastiques, les auront justifiées par l'utilisation de ces différents articles. Contrairement à la directive 2004/38, le motif de santé publique n'est pas évoqué dans ce code. On peut partir du principe que les motifs graves des articles du code frontières Schengen sont ici remplis, en cette période, en raison de la crise mondiale due à la pandémie. Effectivement, ces contrôles permettront de canaliser le flux de circulation des personnes et d'endiguer la propagation du virus, ce qui est essentiel pour préserver les intérêts de la société. Il faudra par la suite vérifier l'application de ces contrôles lorsque la situation viendra à se calmer, et si ces différents contrôles resteront proportionnés, lors des futures limitations à la circulation des citoyens. C'est à ce moment qu'intervient l'Union et ses organes, en coordonnant les actions des États membres avec les plans de relance et en retirant progressivement des mesures imposées.

En ce qui concerne les fermetures complètes des frontières, elles n'étaient pas prévues directement par l'Union et ont même été condamnées par celle-ci en faveur du maintien du marché intérieur. Dans ces cas, les États membres interdisent complètement la libre circulation des citoyens de l'Union, contrairement aux contrôles qui ne sont qu'un obstacle à celle-ci. Ces fortes restrictions vont directement à l'encontre des principes de l'art. 21 TFUE et de la directive 2004/38, étudiés au préalable, et plus précisément l'art. 5 de la directive 2004/38. Il va donc falloir analyser si les exceptions à la restriction de la liberté des personnes de l'art. 27 ss de la directive 2004/38 (*supra* II) peuvent être appliquées et si la proportionnalité est respectée. Il ne fait aucun doute que les mesures de santé publique vont permettre aux États membres de justifier de telles restrictions (art. 29 de la directive 2004/38). Le caractère épidémique de la nouvelle maladie à coronavirus 2019 est incontestable. Mais l'application de ce motif de santé publique à l'ensemble ces citoyens pose problème. Il n'évoque pas le caractère personnel de l'individu, ni d'ailleurs l'actualité de la

¹¹³ *Idem*, art. 25 ss.

menace comme les motifs d'ordre public et de sécurité publique. C'est à ce moment qu'intervient la proportionnalité de l'envergure des mesures. La pesée des intérêts a tendance à rester à l'avantage de la santé publique des États membres. En effet, de telles mesures n'auraient d'efficacité uniquement réalisées à grande échelle. Il paraît ainsi nécessaire et proportionné d'ordonner ces restrictions à l'ensemble des citoyens, malades ou non-malades. Cependant, cela va encore une fois être le rôle de l'Union européenne de gérer l'imposition de ces mesures et de réussir à coordonner tous les États membres pour éviter que des fermetures complètes des frontières interviennent à nouveau, si la maladie reprenait une ampleur incontrôlable. Il est important de prendre en compte l'inexpérience des nations face à une situation de pandémie mondiale. Les mesures prises auront tendance, après coup et avec objectivité, à être critiquées. La protection de la santé publique est primordiale, et donc la libre-action des États est fondamentale pour la préserver. Il y a donc un basculement dans le rapport de droit entre l'Union et les États membres, en faveur de ces derniers. La Cour devra par contre condamner d'éventuelles discriminations par rapport à la nationalité et le favoritisme économique qui pourra intervenir par les contrôles imposés aux frontières internes, et les limitations des différents droits.

Conclusion

L'impact de la maladie et toutes les conséquences qu'a engendré la « crise du Covid-19 », que ce soit des restrictions, des interdictions, mais également l'impact énorme dans le quotidien des êtres humains, a eu tendance à mettre en second plan les droits dont ils ont été privés. Il est pourtant important de garder ces droits en tête, de maintenir leur application et leur contrôle afin d'éviter le débordement, ainsi que l'abus des différents États. Cependant, il paraît difficile, suite à cette analyse, de pouvoir vraiment reprocher et contester les mesures liées à la libre circulation des personnes qui ont été introduites, et cela dans le but de protéger la population et les systèmes hospitaliers de chaque pays.

Il convient de noter également le manque de coordination, élément crucial de l'Union européenne et des États membres, qui est absolument essentielle pour contrer la propagation du virus. Cette coordination pourrait également s'avérer indispensable pour éviter toute autre menace qui pourrait intervenir dans le futur. Cette « crise du Covid-19 » a et continue à représenter un défi d'envergure pour tous. Peut-être

apportera-t-elle des bienfaits, que ce soit dans les législations nationales, dans le droit de l'Union, ou encore dans la pratique dans la lutte contre d'autres futures et possibles épidémies.

Fribourg, le 7 décembre 2020

Waeber Simon