L'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour pour les membres de la famille élargie du citoyen européen

Vincent Réveillère

▶ **To cite this version:**

Vincent Réveillère. L'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour pour les membres de la famille élargie du citoyen européen. Rev. crit. DIP. Revue Critique de Droit International Privé, A paraître. hal-02425151

HAL Id: hal-02425151
https://hal.science/hal-02425151

Submitted on 29 Dec 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour pour les membres de la famille élargie du citoyen européen

Mots clés : entrave à la sortie par les obstacles mis au retour, membres de la famille élargie du citoyen européen, vie privée et familiale, application par analogie de la directive 2004/38, obligation de favoriser l'entrée et le séjour, examen approfondi de la situation personnelle du demandeur, protection juridictionnelle effective, instrumentalisme.

Cour de justice de l'Union européenne. – 12 juillet 2018. – Affaire C- 89/1.

L'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il fait obligation à l'État membre dont un citoyen de l'Union possède la nationalité de favoriser l'octroi d'une autorisation de séjour au partenaire non enregistré, ressortissant d'un État tiers et avec lequel ce citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée, lorsque ledit citoyen de l'Union, après avoir exercé son droit à la libre circulation pour travailler dans un second État membre, conformément aux conditions prévues par la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) nº 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, retourne avec son partenaire dans l'État membre dont il possède la nationalité pour y séjourner (1).

L'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une décision refusant d'accorder une autorisation de séjour au partenaire non enregistré, ressortissant d'un État tiers, d'un citoyen de l'Union, lequel, après avoir exercé son droit à la libre circulation pour travailler dans un second État membre, conformément aux conditions prévues par la directive 2004/38, retourne avec son partenaire dans l'État membre dont il a la nationalité pour y séjourner, doit être fondée sur un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur et doit être motivée(2).

L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens que les ressortissants d'États tiers visés à cette disposition doivent disposer d'une voie de recours pour contester une décision de refus d'octroi d'une autorisation de séjour prise à leur égard, à la suite de l'exercice de laquelle le juge national doit pouvoir vérifier si la décision de refus repose sur une base factuelle suffisamment solide et si les garanties procédurales ont été respectées. Parmi ces garanties figure l'obligation, pour les autorités nationales compétentes, de procéder à un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur et de motiver tout refus d'entrée ou de séjour (3).

Secretary of State for the Home Department, contre Rozanne Banger

[…]

Sur les questions préjudicielles

Sur les première et deuxième questions

18 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, ainsi que la Cour l'a itérativement jugé, même si, sur le plan formel, la juridiction de renvoi a limité ses questions aux principes énoncés dans l'arrêt du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), et à la directive 2004/38, cette circonstance ne fait pas obstacle à ce que la Cour lui fournisse tous les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui peuvent être utiles au jugement de

l'affaire dont elle est saisie, que cette juridiction y ait fait référence ou non dans l'énoncé de ses questions (voir, en ce sens, arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 22 ainsi que jurisprudence citée).

19 Dans ces conditions, et compte tenu des éléments figurant dans la demande de décision préjudicielle, il y a lieu de considérer que, par ses première et deuxième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il fait obligation à l'État membre dont un citoyen de l'Union possède la nationalité d'accorder une autorisation de séjour ou de favoriser l'octroi d'une telle autorisation au partenaire non enregistré, ressortissant d'un État tiers et avec lequel ce citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée, lorsque ledit citoyen de l'Union, après avoir exercé son droit à la libre circulation pour travailler dans un second État membre, conformément aux conditions prévues par la directive 2004/38, retourne avec son partenaire dans l'État membre dont il a la nationalité pour y séjourner.

20 À cet égard, il convient de rappeler que, aux termes de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, « [t]out citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ».

21 Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, la directive 2004/38 vise à faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, qui est conféré directement aux citoyens de l'Union par l'article 21, paragraphe 1, TFUE, et cette directive a notamment pour objet de renforcer ledit droit (arrêts du 12 mars 2014, O. et B., C-456/12, EU:C:2014:135, point 35, ainsi que du 5 juin 2018, Coman e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 18).

22 En vertu de son article 3, paragraphe 1, la directive 2004/38 s'applique à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille, tels que définis à l'article 2, point 2, de cette directive, qui l'accompagnent ou le rejoignent.

23 La Cour a jugé, s'agissant de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38, qu'il résulte d'une interprétation littérale, systématique et téléologique des dispositions de cette directive que celle-ci régit uniquement les conditions d'entrée et de séjour d'un citoyen de l'Union dans les États membres autres que celui dont il a la nationalité et qu'elle ne permet pas de fonder un droit de séjour dérivé en faveur des ressortissants d'un État tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre dont celui-ci possède la nationalité (arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 20 ainsi que jurisprudence citée).

24 En l'occurrence, il ressort de la décision de renvoi que le litige au principal a pour objet une demande d'autorisation de séjour au profit de M^me^ Banger, ressortissante d'un État tiers, au Royaume-Uni, État membre dont M. Rado possède la nationalité, et que, lors de la présentation de cette demande, ce dernier et M^me^ Banger n'étaient ni mariés ni liés dans un partenariat enregistré, mais vivaient ensemble depuis plusieurs années.

25 Or, comme l'a relevé M. l'avocat général aux points 28 et 29 de ses conclusions, les considérations systématiques et téléologiques qui ont conduit la Cour à juger, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence citée au point 23 du présent arrêt, que les dispositions de la directive 2004/38 ne permettent pas de fonder un droit de séjour dérivé en faveur des ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre d'origine de ce dernier, valent également en ce qui concerne les personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), de la directive 2004/38. La directive 2004/38 n'est, dès lors, pas susceptible de fonder un droit du ressortissant d'un État tiers, partenaire non enregistré d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre dont celui-ci possède la nationalité, à voir sa demande d'autorisation de séjour favorisée par cet État membre.

26 En l'occurrence, il s'ensuit que, si M^me^ Banger est susceptible de relever de la notion de « partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée », figurant à l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), de la directive 2004/38, cette directive n'est pas pour autant susceptible de fonder un droit de M^me^ Banger à voir sa demande d'autorisation de séjour favorisée par le Royaume-Uni.

27 Toutefois, la Cour a reconnu, dans certains cas, que des ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, qui ne pouvaient pas bénéficier, sur le fondement des dispositions de la directive 2004/38, d'un droit de séjour dérivé dans l'État membre dont ce citoyen possède la nationalité, pouvaient toutefois se voir reconnaître un tel droit sur le fondement de l'article 21, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 23).

28 Cette considération est tirée d'une jurisprudence constante, selon laquelle, en substance, en l'absence d'un tel droit de séjour dérivé au profit d'un tel ressortissant d'État tiers, le citoyen de l'Union serait dissuadé de quitter l'État membre dont il a la nationalité afin d'exercer son droit de séjour, en vertu de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, dans un autre État membre, en raison du fait qu'il n'a pas la certitude de pouvoir poursuivre dans l'État membre dont il est originaire une vie de famille développée ou consolidée, avec ledit ressortissant d'État tiers, dans l'État membre d'accueil à l'occasion d'un séjour effectif (voir, en ce sens, arrêts du 12 mars 2014, O. et B., C-456/12, EU:C:2014:135, point 54, ainsi que du 5 juin 2018, Coman e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 24).

29 Selon cette jurisprudence, les conditions d'octroi de ce droit de séjour dérivé ne devraient pas, en principe, être plus strictes que celles prévues par la directive 2004/38 pour l'octroi d'un tel droit de séjour à un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, qui a exercé son droit de libre circulation en s'établissant dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité. Ainsi, même si cette directive ne couvre pas le cas du retour dudit citoyen de l'Union dans l'État membre dont il possède la nationalité pour y séjourner, elle doit être appliquée par analogie (voir, en ce sens, arrêts du 12 mars 2014, O. et B., C-456/12, EU:C:2014:135, points 50 et 61 ainsi que jurisprudence citée, et du 5 juin 2018, Coman e.a., C-673/16, EU:C:2018:385, point 25).

30 À cet égard, il convient de préciser que l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), de ladite directive vise spécifiquement le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée. Cette dernière disposition prévoit que l'État membre d'accueil favorise, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour de ce partenaire.

31 Selon la jurisprudence de la Cour, l'article 3, paragraphe 2, de cette directive n'oblige pas les États membres à reconnaître un droit d'entrée et de séjour en faveur des ressortissants d'États tiers visés à cette disposition, mais fait peser sur ces États une obligation d'octroyer un certain avantage aux demandes introduites par des ressortissants d'États tiers visés audit article par rapport aux demandes d'entrée et de séjour d'autres ressortissants d'États tiers (voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a., C-83/11, EU:C:2012:519, point 21).

32 Ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 46 et 47 de ses conclusions, la jurisprudence citée au point 29 du présent arrêt est également valable s'agissant du partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée, au sens de l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), de la directive 2004/38. Ainsi, un ressortissant d'un pays tiers ayant une telle relation avec un citoyen de l'Union qui a fait usage de sa liberté de circulation et qui retourne dans l'État membre dont il a la nationalité pour y séjourner, ne doit pas, lors du retour de ce citoyen dans ce dernier État membre, faire l'objet d'un traitement moins favorable que celui que la directive prévoit pour un ressortissant d'un pays tiers ayant une relation durable, dûment attestée, avec un citoyen de l'Union exerçant sa liberté de circulation dans des États membres

autres que celui dont il possède la nationalité.

33 Dans une situation telle que celle en cause au principal, il y a donc lieu d'appliquer la directive 2004/38, y compris son article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), par analogie en ce qui concerne les conditions dans lesquelles il convient de favoriser l'entrée et le séjour des ressortissants d'États tiers visés par cette celle-ci.

34 Cette conclusion ne saurait être remise en question par l'argumentation du gouvernement du Royaume-Uni, selon laquelle, au point 63 de l'arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135), l'octroi d'un droit de séjour dérivé dans l'État membre d'origine aurait été limité aux seuls ressortissants d'États tiers qui sont un « membre de la famille », au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2004/38. En effet, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 35 de ses conclusions, si dans cet arrêt la Cour a dit pour droit qu'un ressortissant d'un État tiers qui n'a pas la qualité de membre de la famille ne peut bénéficier, dans l'État membre d'accueil, d'un droit de séjour dérivé au titre de la directive 2004/38 ou de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, ledit arrêt n'exclut pas pour autant l'obligation, pour cet État membre, de favoriser l'entrée et le séjour d'un tel ressortissant, conformément à l'article 3, paragraphe 2, de cette directive.

35 Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre aux première et deuxième questions que l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il fait obligation à l'État membre dont un citoyen de l'Union possède la nationalité de favoriser l'octroi d'une autorisation de séjour au partenaire non enregistré, ressortissant d'un État tiers et avec lequel ce citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée, lorsque ledit citoyen de l'Union, après avoir exercé son droit à la libre circulation pour travailler dans un second État membre, conformément aux conditions prévues par la directive 2004/38, retourne avec son partenaire dans l'État membre dont il possède la nationalité pour y séjourner.

Sur la troisième question

36 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une décision refusant d'accorder une autorisation de séjour au partenaire non enregistré, ressortissant d'un État tiers, d'un citoyen de l'Union, lequel, après avoir exercé son droit à la libre circulation pour travailler dans un second État membre, conformément aux conditions prévues par la directive 2004/38, retourne avec son partenaire dans l'État membre dont il a la nationalité pour y séjourner, doit être fondée sur un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur et doit être motivée.

37 Ainsi qu'il a été relevé au point 31 du présent arrêt, en application de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38, applicable par analogie à un cas de retour tel que celui en cause au principal, les États membres ont l'obligation d'octroyer un certain avantage aux demandes introduites par des ressortissants d'États tiers visés à cette disposition par rapport aux demandes d'entrée et de séjour d'autres ressortissants d'États tiers.

38 La Cour a jugé que, afin de remplir cette obligation, les États membres doivent, conformément à l'article 3, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2004/38, prévoir la possibilité pour les personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, de cette directive d'obtenir une décision sur leur demande qui soit fondée sur un examen approfondi de leur situation personnelle et qui, en cas de refus, soit motivée (arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a., C-83/11, EU:C:2012:519, point 22).

39 Dans le cadre dudit examen de la situation personnelle du demandeur, il incombe à l'autorité compétente de tenir compte des différents facteurs qui peuvent être pertinents selon le cas (voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a., C-83/11, EU:C:2012:519, point 23).

40 Au regard tant de l'absence de règles plus précises dans la directive 2004/38 que

de l'emploi des termes « conformément à sa législation nationale » à l'article 3, paragraphe 2, de celle-ci, il y a lieu de constater que chaque État membre dispose d'une large marge d'appréciation quant au choix des facteurs à prendre en compte. Cela étant, les États membres doivent veiller à ce que leur législation comporte des critères qui soient conformes au sens habituel du terme « favorise » et qui ne privent pas cette disposition de son effet utile (voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a., C-83/11, EU:C:2012:519, point 24).

41 Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la troisième question que l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une décision refusant d'accorder une autorisation de séjour au partenaire non enregistré, ressortissant d'un État tiers, d'un citoyen de l'Union, lequel, après avoir exercé son droit à la libre circulation pour travailler dans un second État membre, conformément aux conditions prévues par la directive 2004/38, retourne avec son partenaire dans l'État membre dont il a la nationalité pour y séjourner, doit être fondée sur un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur et doit être motivée.

Sur la quatrième question

42 À titre liminaire, il convient de relever qu'il ressort de la décision de renvoi que, dans une autre composition, la juridiction de renvoi a jugé que le règlement de 2006 ne conférait pas aux personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 un *right of appeal*. C'est dans ce contexte qu'il importe de comprendre la quatrième question. La juridiction de renvoi s'interroge ainsi non pas sur une éventuelle absence de contrôle juridictionnel pour lesdites personnes, mais sur la question de savoir si la directive 2004/38 exige l'existence d'une voie de recours permettant au juge de procéder à un contrôle tant de droit que de fait.

43 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que, par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens que les ressortissants d'États tiers visés à cette disposition doivent disposer d'une voie de recours permettant au juge de procéder à un contrôle tant en droit qu'en fait pour contester une décision de refus d'octroi d'une autorisation de séjour prise à leur égard.

44 Selon l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2004/38, les procédures prévues aux articles 30 et 31 de celle-ci s'appliquent par analogie à toute décision limitant la libre circulation d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille, prise pour des raisons autres que d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. En vertu de l'article 31, paragraphe 1, de cette directive, les personnes concernées ont accès aux voies de recours juridictionnelles et, le cas échéant, administratives dans l'État membre d'accueil, pour attaquer une décision prise à leur égard pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

45 Toutefois, ces dispositions ne mentionnent pas expressément les personnes visées, notamment, à l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), de la directive 2004/38.

46 À cet égard, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 87 de ses conclusions, la notion de « membres de la famille » est utilisée, dans d'autres dispositions de la directive 2004/38, comme englobant également les personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, de celle-ci. En particulier, l'article 10 de cette directive, qui concerne la délivrance de la carte de séjour aux « membres de la famille d'un citoyen de l'Union », mentionne, à son paragraphe 2, sous e) et f), les documents à présenter, pour la délivrance de cette carte de séjour, par les personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous a) et b), de ladite directive. De même, l'article 8, paragraphe 5, de la directive 2004/38, qui concerne les documents à présenter pour la délivrance de l'attestation d'enregistrement « aux membres de la famille », mentionne, sous e) et f), les personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, de celle-ci.

47 En outre, selon la jurisprudence de la Cour citée au point 38 du présent arrêt, les États membres doivent, conformément à l'article 3, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2004/38, prévoir la possibilité, pour les personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, de cette directive, d'obtenir une décision sur leur demande, qui soit fondée sur un examen approfondi de leur situation personnelle et qui, en cas de refus, soit motivée.

48 Or, les dispositions de la directive 2004/38 devant faire l'objet d'une interprétation conforme aux exigences découlant de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voir, en ce sens, arrêt du 4 juin 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, point 50), ces personnes doivent disposer d'un recours juridictionnel effectif contre une décision, au titre de cette disposition, permettant de contrôler en fait et en droit la légalité de cette décision au regard du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 17 novembre 2011, Gaydarov, C-430/10, EU:C:2011:749, point 41).

49 Partant, il y a lieu de considérer que les garanties procédurales prévues à l'article 31, paragraphe 1, de la directive 2004/38 sont applicables aux personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), de celle-ci.

50 Quant à la teneur de ces garanties procédurales, selon la jurisprudence de la Cour, une personne visée à l'article 3, paragraphe 2, de cette directive a le droit de faire vérifier par une juridiction si la législation nationale et l'application de celle-ci sont restées dans les limites de la marge d'appréciation tracée par ladite directive (arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a., C-83/11, EU:C:2012:519, point 25).

51 S'agissant du contrôle juridictionnel de la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales compétentes, le juge national doit notamment vérifier si la décision attaquée repose sur une base factuelle suffisamment solide. En outre, ce contrôle doit porter sur le respect des garanties procédurales, qui revêt une importance fondamentale permettant au juge de vérifier si les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice du pouvoir d'appréciation étaient réunis (voir, par analogie, arrêt du 4 avril 2017, Fahimian, C-544/15, EU:C:2017:255, points 45 et 46). Parmi ces garanties figure, conformément à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38, l'obligation pour ces autorités de procéder à un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur et de motiver tout refus d'entrée ou de séjour.

52 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la quatrième question que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens que les ressortissants d'États tiers visés à cette disposition doivent disposer d'une voie de recours pour contester une décision de refus d'octroi d'une autorisation de séjour prise à leur égard, à la suite de l'exercice de laquelle le juge national doit pouvoir vérifier si la décision de refus repose sur une base factuelle suffisamment solide et si les garanties procédurales ont été respectées. Parmi ces garanties figure l'obligation, pour les autorités nationales compétentes, de procéder à un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur et de motiver tout refus d'entrée ou de séjour […].

Par ces motifs, la Cour (cinquième chambre) dit pour droit :

1) L'article 13 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, doit être interprété en ce sens que la forme et le délai dans lesquels le bénéficiaire d'un acte préjudiciable à la masse des créanciers doit soulever une exception en vertu de cet article, pour s'opposer à une action tendant à la révocation de cet acte selon les dispositions de la lex fori concursus, ainsi que la question de savoir si cet article peut également être appliqué d'office par la juridiction compétente, le cas échéant après l'expiration du délai imparti à la partie concernée, relèvent du droit procédural de l'État membre sur le territoire duquel le litige est pendant. Ce droit ne doit toutefois pas être moins favorable que celui régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et ne pas rendre

impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité), ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier.

2) L'article 13 du règlement n° 1346/2000 doit être interprété en ce sens que la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve doit prouver que, lorsque la lex causae permet d'attaquer un acte considéré comme étant préjudiciable, les conditions requises pour qu'un recours introduit contre cet acte puisse être accueilli, différentes de celles prévues par la lex fori concursus, ne sont pas concrètement réunies.

3) L'article 13 du règlement n° 1346/2000 peut être valablement invoqué lorsque les parties à un contrat, qui ont leur siège dans un seul et même État membre, sur le territoire duquel sont également localisés tous les autres éléments pertinents de la situation concernée, ont désigné comme loi applicable à ce contrat celle d'un autre État membre, à condition que ces parties n'aient pas choisi cette loi d'une façon frauduleuse ou abusive, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi à vérifier.

Du 12 juillet 2018. – Cour de justice de l'Union européenne. – Affaire C- 89/1. – M. von Danwitz, prés., M^me^ Jürimäe, rapp., M. Bobek, av. gén.

Le droit de l'Union propose parfois des figures de raisonnement singulières. L'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour en est une des plus célèbres. Dans l'affaire *Singh* (CJCE 7 juillet 1992, aff. C-370/90), le ressortissant d'un État tiers, marié avec une citoyenne britannique, avait séjourné et travaillé avec cette dernière en Allemagne pendant plusieurs années avant que le couple ne revienne au Royaume-Uni pour commencer une activité commerciale. La Cour avait décidé que le requérant au principal devait pouvoir disposer d'un titre de séjour en vertu du droit de l'Union. Le raisonnement de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour, qui pousse à l'extrême l'effet utile des libertés de circulation, est le suivant : l'effectivité de la libre circulation de Mme Singh serait menacée si elle ne pouvait revenir sur le territoire de son État de nationalité avec son mari parce que l'anticipation de cet obstacle posé à un éventuel retour la dissuaderait de quitter le territoire national.

Ce raisonnement, initié dans le cadre des libertés de circulation économiques, a par la suite été étendue aux membres de la famille du citoyen européen, au sens strict de l'article 2 de la directive 2004/38 – c'est-à-dire le conjoint, le partenaire enregistré (sous certaines réserves), les descendants directs de moins de vingt-et-un ans et les descendants et ascendants directs à charge, ainsi que ceux du conjoint ou du partenaire. La question que pose l'affaire *Banger* est, explicitement, celle de son application aux membres de la famille élargie, visés à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 – c'est-à-dire les autres membres de la famille lorsque, dans le pays de provenance, ils sont à charge ou font partie du ménage du citoyen de l'Union, ou lorsque, pour des raisons de santé graves, le citoyen de l'Union doit impérativement et personnellement s'occuper du membre de la famille concerné, ainsi que le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée. L'affaire *Banger* pose aussi, implicitement, la question du maintien d'une figure de raisonnement maintes fois décriée.

La requérante au principal, de nationalité sud-africaine, est la partenaire, non enregistrée, d'un ressortissant britannique. Le couple a résidé ensemble en Afrique du Sud pendant deux années avant de s'installer aux Pays-Bas, où, conformément à la directive 2004/38, une carte de séjour en qualité de membre de la famille élargie d'un citoyen de l'Union européenne a été accordée à Mme Banger. Après avoir séjourné trois années aux Pays-Bas, le couple s'installe au Royaume-Uni où la demande de carte de

séjour de Mme Banger lui est refusée. Le refus est justifié par le fait que la réglementation britannique réserve cette possibilité au conjoint ou au partenaire enregistré. Mme Banger ayant contesté cette décision, l'*Upper Tribunal* interroge la Cour de Justice de l'Union Européenne sur l'interprétation de la Directive 2004/38 et sur les implications de l'arrêt *Singh*.

La Cour décide que l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour peut s'appliquer aux membres de la famille élargie (I). L'application par analogie des dispositions pertinentes de cette directive conduit la Cour à préciser ce qu'implique l'obligation de favoriser le séjour des membres de la famille élargie et à spécifier les voies de recours qui doivent être ouvertes en cas de décision défavorable (II).

I. L'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour

La Cour décide que la figure de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour s'applique aux membres de la famille élargie du citoyen européen (A). Ce faisant, comme le montrent les conclusions de l'Avocat général, elle refuse implicitement de lui substituer une autre justification pour fonder l'application par analogie de la directive 2004/38 (B).

A. La reprise d'une figure de raisonnement singulière

De façon peu surprenante, la Cour décide que la directive 2004/38 ne régit pas les conditions d'entrée et de séjour d'un citoyen de l'Union et des membres de sa famille dans un État dont il a la nationalité, reprenant pour les membres de la famille élargie, la solution mainte fois répétée pour les membres de la famille au sens strict. Ce qui est au cœur du problème est alors l'interprétation de l'affaire *Singh* : le juge de renvoi estime que la seule différence importante entre celle-ci et l'affaire qui lui est soumise est que, dans le premier cas, le couple était marié. On peut noter que le juge ne saisit pas la Cour de l'interprétation de l'article 21 TFUE, mais lui demande si « les principes énoncés » dans l'arrêt *Singh* impliquent qu'un État membre doive délivrer ou favoriser l'octroi d'une autorisation de séjour à une personne dans la situation de Mme Banger.

La Cour ne mentionne l'affaire *Singh* que lorsqu'elle reprend l'argumentation des parties. Elle préfère reprendre la reformulation de ce raisonnement dans le contexte de la citoyenneté en se référant aux arrêts *O. et B.* (CJUE 12 mars 2014, aff. C-456/12 et C-457/12, Rev. crit. DIP 2014. 581, note A. Panet) et *Coman* (CJUE 5 juin 2018, aff. C-673/16, Rev. Crit. DIP 2018. 816, note P. Hammje). Dans ces arrêts, la Cour avait décidé que, en l'absence de droit de séjour dérivé découlant de la Directive 2004/38, celui-ci pouvait être reconnu directement en vertu de l'article 21 TFUE parce que, dans le cas contraire, « le citoyen de l'Union serait dissuadé de quitter l'État membre dont il a la nationalité afin d'exercer son droit de séjour, en vertu de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, dans un autre État membre, en raison du fait qu'il n'a pas la certitude de pouvoir poursuivre dans l'État membre dont il est originaire une vie de famille développée ou consolidée, avec ledit ressortissant d'État tiers, dans l'État membre d'accueil à l'occasion d'un séjour effectif » (point 28).

Selon cette jurisprudence, développée pour les membres de la famille au sens strict, « les conditions d'octroi de ce droit de séjour dérivé ne devraient pas, en principe, être plus strictes que celles prévues par la directive 2004/38 pour l'octroi d'un tel droit de séjour à un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, qui a exercé son droit de libre circulation en s'établissant dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité » (point 29). Il en résulte que la Directive 2004/38, même si elle ne concerne pas le retour du citoyen de l'Union dans son État de nationalité, s'applique par analogie en vertu de l'article 21 TFUE. Dans le cas des membres de la famille élargie, cela oblige simplement l'obligation de favoriser l'entrée et le séjour, conformément à la législation nationale de l'État d'accueil (point 32). Nous reviendrons

sur ce que cela implique.

La Cour précise dans le dispositif qu'elle vise les cas dans lesquels le citoyen retourne dans son État de nationalité, « après avoir exercé son droit à la libre circulation pour travailler dans un second État membre, conformément aux conditions prévues par la directive 2004/38/CE ». Elle ne se prononce donc pas de façon générale sur d'autres types de séjour et elle ne reprend pas non plus l'exigence d'un « séjour effectif », qui est simplement mentionnée lorsqu'elle présente sa jurisprudence antérieure. Cette façon de procéder tranche avec celle qui avait été suivie dans l'arrêt *O. et B.* où, en reprenant les catégories de la directive, elle avait dit de façon générale qu'un séjour effectif correspondait à un séjour « en vertu et dans le respect des conditions énoncées aux articles 7, paragraphes 1 et 2, ou 16, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/38/CE » (*O. et B.*, points 51 à 56).

Cette formulation est difficile à interpréter. Le séjour d'un citoyen dans un autre État membre est un séjour dans le respect des conditions de l'article 7, paragraphe 1 (ou, s'il se prolonge, de l'article 16, paragraphe 1). Il semble raisonnable de penser que la Cour n'entende pas revenir sur cette exigence et qu'un séjour dans un autre État membre qui ne serait pas effectif ne permettrait pas au citoyen de se prévaloir par analogie de la directive 2004/38 à son retour. Il semble aussi que l'on puisse supposer, en cohérence avec sa jurisprudence antérieure, que cette solution, valable pour le citoyen qui exerce son droit de séjour pour travailler dans un autre État membre, s'appliquerait aussi aux citoyens qui séjourneraient dans un autre État membre pour d'autre raisons, à condition que ce séjour soit effectif. Il n'est toutefois pas impossible qu'en formulant sa solution ainsi, la Cour entende se ménager la possibilité de revenir sur la définition de l'effectivité du séjour reposant exclusivement sur les catégories de la directive.

B. Le refus de lui substituer une autre justification

Plus que l'extension de la figure de l'entrave au retour par les obstacles mis à la sortie aux membres de la famille élargie, c'est le raisonnement même qui la sous-tend qui est sujet à controverse. Dans ses conclusions, l'Avocat général Bobek explique que la logique de la jurisprudence *Singh*, qui repose sur l'effet dissuasif de l'obstacle au retour, ne lui semble pas totalement convaincante. Si l'on peut selon lui considérer qu'un tel effet existe lorsque le membre de la famille bénéficie d'un droit de séjour dans l'État de nationalité du citoyen avant de circuler, cela semble plus difficile lorsque le citoyen de l'Union n'a pas développé de vie familiale avant de quitter son État de nationalité. En effet, cela suppose que le citoyen quittant son État de nationalité pour s'installer dans un autre État membre prenne en considération le fait qu'il puisse être amené à y développer une vie familiale et que, dans le cas où il souhaiterait par la suite revenir dans son État de nationalité, la réglementation nationale soit un obstacle au séjour de sa famille.

Pour l'Avocat général, « le caractère lointain et hypothétique de tels événements et l'(im)probabilité qu'ils soient réellement à l'origine des choix de vie de toute personne normale ne constituent peut-être pas le fondement le plus solide pour une application par analogie […] de la directive 2004/38 aux citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine » (concl., point 42). Il propose donc de lui substituer une autre justification : « ce n'est pas tant qu'une personne puisse être découragée de se déplacer ex ante mais plutôt qu'une personne ne peut pas être pénalisée ex post pour l'avoir fait » (concl., point 43, note omise). Pour appuyer cette substitution, il mentionne que la Cour a déjà estimée que « l'exercice de la liberté de circulation ne devrait pas entraîner de *désavantage* ultérieur pour les citoyens de l'Union » dans des arrêts tels que *D'Hoop* (CJCE 11 juillet 2002, aff. C-224/98), *Pusa* (CJCE 29 avril 2004, aff. C-224/02), *De Cuyper* (CJCE 16 juillet 2006, aff. C-406/04) ou *Schwarz et Gootjes-Schwarz* (CJCE 11 septembre 2007, aff. C-76/05).

Cette présentation est toutefois partielle. Dans les affaires *D'Hoop* et *Pusa*, la Cour avait décidé qu'une différence de traitement entre les citoyens mobiles et les citoyens sédentaires était incompatible avec les traités, sans qu'il ne soit facile de savoir si cela était en raison de son effet dissuasif sur la circulation ou de la discrimination entre ces deux catégories de personnes (V. A. ILIOPOULOU et H. TONER, A new approach to discrimination against free movers ? European Law Review, 2003. 389). Dans les affaires *De Cuyper* et *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, le Cour semble en revanche assez nettement faire prévaloir l'effet dissuasif. Les affaires *D'Hoop* et *Pusa* ont d'ailleurs le plus souvent été reconstruites *a posteriori* comme reposant sur celui-ci (pour un exemple flagrant, V. D. CHALMERS, G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law : text and materials*, 3e éd., New York, CUP, 2014, p. 484). En renvoyant à une formule des affaires *D'Hoop*, *Pusa*, *De Cuyper* ou *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, l'Avocat général reconstruit donc cette jurisprudence en faisant abstraction du rôle que l'effet dissuasif y jouait.

Il procède aussi et surtout à un déplacement crucial. Dans ces affaires, ce qui restreignait la circulation était le traitement différencié des citoyens mobiles et sédentaires ; le « *désavantage* ultérieur » était établi en comparant la situation des citoyens avec celle qu'ils connaîtraient s'ils n'avaient pas circulé. Or, dans l'affaire *Banger*, c'est le traitement identique des citoyens mobiles et sédentaires qui, selon l'Avocat général, pénaliserait le citoyen de l'Union ; la situation de Mme Banger ne serait à première vue pas plus avantageuse si son partenaire n'avait pas exercé sa liberté de circulation. Pour affirmer le contraire, une étape supplémentaire dans le raisonnement est nécessaire. Il faut considérer que « [d]es situations objectivement différentes ne peuvent et ne devraient pas être traitées de la même manière » (concl., point 45). Cette conception de l'égalité se trouvait dans l'arrêt *Garcia Avello* (CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/02), que cite l'Avocat général en note, mais qui n'a pas véritablement été reprise par la suite et qui a fait l'objet de fortes critiques (pour une critique, V., par ex., T. ACKERMANN T., Case C-148/02 *Carlos Garcia Avello* v. *Etat Belge*, Common Market Law Review 2007.149 ; toutefois, pour un raisonnement qui pourrait s'approcher de cette conception de l'égalité, V. CJUE 14 nov. 2017, aff. C-165/16 *Lounes*, point 55-60).

L'opération proposée par l'Avocat général peut être lue comme une reformulation. Il invite la Cour à reconstruire la justification de cas antérieurs, de façon à conserver les solutions obtenues dans ces cas tout en leur donnant une nouvelle justification (V. REVEILLERE, *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne, op. cit.*, p. 306s). L'Avocat général n'est pas le premier à avoir critiqué l'artificialité de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour. Il avait déjà été proposé de lui substituer une autre justification en doctrine. Alina Tryfonidou estimait qu'il serait possible d'interpréter l'arrêt *Singh* comme sanctionnant l'effet dissuasif de l'obstacle au moment du retour du citoyen (A. TRYFONIDOU, Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens : Towards a More Liberal Approach », European Law Journal 2009, p. 640). De même, Eleanor Spaventa estimait dans sa note sur *O et B*, après que la Cour a clairement énoncé que l'entrave était évaluée à la sortie, qu'il serait préférable de considérer que les libertés de circulation comportent un droit de revenir dans son État de nationalité (E. SPAVENTA, Family rights for circular migrants and frontier workers: *O and B*, and *S and G*, Common market law review 2015, p. 775).

II. L'application par analogie de la Directive 2004/38

Justifiée par l'effet utile de l'article 21 TFUE, l'application par analogie de la directive 2004/38 entraîne l'obligation pour l'État de retour de favoriser l'entrée et le séjour des membres de la famille élargie du citoyen européen, conformément à leur législation nationale (A). Elle oblige également celui-ci à prévoir des voies de recours contre les décisions négatives (B).

A. Favoriser l'entrée et le séjour conformément à la législation nationale

Ce qu'implique l'obligation de favoriser l'entrée et le séjour conformément à la législation nationale avait été précisé dans l'arrêt *Rahman* (CJUE 5 septembre 2012, aff. C-83/11). Dans cette affaire, la Cour estime que cette obligation ne donne pas un droit automatique d'entrée et de séjour, ce qui distingue la situation des membres de la famille élargie des membres de la famille au sens strict. Cela oblige en revanche les États à mettre en place un régime déterminant les critères que ces personnes doivent satisfaire pour obtenir un droit de séjour, critères pour lesquels l'État membre d'accueil dispose d'un large pouvoir d'appréciation. En effet, la directive précise que l'État d'accueil favorise l'entrée et le séjour des membres de la famille élargie « conformément à sa législation nationale » (article 3, paragraphe 2) et que la situation de telles personnes « devrait être examinée par ce dernier sur la base de sa législation nationale » (considérant 6). Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas sans limites. D'une part, les États membres devant « favoriser » ce séjour, le régime qui leur est proposé doit être plus avantageux que celui auquel sont soumis les ressortissants d'États tiers. D'autre part, en application de la dernière phrase de l'article 3, paragraphe 2, « l'État membre d'accueil entreprend un examen approfondi de la situation personnelle et motive tout refus d'entrée ou de séjour visant ces personnes ».

La Cour reprend cette jurisprudence dans le cas du retour du citoyen de l'Union dans son État d'origine. Il faut souligner qu'elle tient un raisonnement très abstrait et qu'elle ne se prononce pas sur la conformité d'une situation telle que celle qui était en cause au principal avec le droit de l'Union. Différemment, l'Avocat général soulignait que, si, comme le suggéraient les éléments à la disposition de la Cour, le seul motif du rejet de la demande était le fait que Mme Banger n'était pas mariée avec M. Rado, cela ne serait pas suffisant pour répondre à l'exigence d'un examen approfondie de la situation personnelle du membre de la famille élargie exigé par l'article 3, paragraphe 2 (concl. point 65). En effet, la Cour avait précisé dans l'affaire *Rahman* qu'il fallait prendre en compte « le degré de dépendance économique ou physique et le degré de parenté entre le membre de la famille et le citoyen de l'Union qu'il souhaite accompagner ou rejoindre » (point 23). L'obligation de « favoriser » l'entrée et le séjour des membres de la famille élargie n'est donc pas uniforme mais dépend du lien entretenu entre ceux-ci et le citoyen de l'Union. La Cour a d'ailleurs jugé dans l'arrêt *SM* (CJUE 26 mars 2019, aff. C-129/18), postérieure à l'affaire ici commentée, que, dans le cas d'un enfant sous le régime de la *kafala*, l'État d'accueil pouvait être quasiment obligé de reconnaître le droit de séjour (V. E. DUBOUT, Article 3, *in* A. ILIOPOULOU-PENOT (dir.), *Commentaire de la directive 2004/38*, Bruylant-Larcier, 2019, à paraître).

L'application par analogie de la directive 2004/38 au séjour des membres de la famille d'un national dans son État de nationalité pose certains problèmes qui ont déjà été soulignés (parce que celui-ci n'est pas dans la même situation que le ressortissant d'un autre État membre, V. E. SPAVENTA, Family rights for circular migrants and frontier workers: O and B, and S and G, *op. cit.*, p. 774s.). Elle soulève aussi de nouvelles questions qui sont propres au cas des membres de la famille élargie. En effet, selon la formule de la Cour, « les conditions d'octroi de ce droit de séjour dérivé ne devraient pas, en principe, être plus strictes que celles prévues par la directive 2004/38 pour l'octroi d'un tel droit de séjour à un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, qui a exercé son droit de libre circulation en s'établissant dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité » (point 29). Or, dans le cas des membres de la famille élargie, ces conditions ne sont pas les mêmes dans tous les États membres, mais dépendent de leur législation nationale. Il n'y a donc pas une situation de référence à laquelle comparer les conditions mises au séjour du membre de la famille du citoyen.

Si la Cour ne se prononce pas explicitement sur cette question, il semble qu'elle

raisonne en considérant, non pas que le citoyen et les membres de sa famille ne doivent pas bénéficier d'un traitement moins favorable que celui qu'ils auraient dans un autre État membre – comme c'est le cas pour les membres de la famille au sens strict – mais que le citoyen et les membre de sa famille ne doivent pas bénéficier d'un traitement moins favorable que celui dont bénéficieraient un citoyen d'un autre État membre et les membres de sa famille dans l'État de nationalité du citoyen retournant dans celui-ci. L'Avocat général adoptait explicitement cette solution, en estimant qu'il faudrait sinon considérer que, si un membre de la famille élargie se voyait reconnaître un droit de séjour dans un État membre, les États dans lesquels la famille circulerait ultérieurement devraient également lui reconnaître un tel droit. La solution adoptée vise à préserver l'autonomie réglementaire des États membres conformément à l'article 3 de la directive. Elle entraîne implicitement une comparaison des nationaux aux ressortissants des autres États membres séjournant sur le territoire du même État, et non aux nationaux séjournant dans un autre État membre.

B. Les voies de recours ouvertes aux membres de la famille élargie

La dernière question du juge *a quo* interroge la Cour sur la portée de la protection juridictionnelle requise par le droit de l'Union dans des situations telles que celle au principal. Il demande à la Cour si la directive 2004/38 exige l'existence d'une voie de recours permettant au juge de procéder à un contrôle tant du droit que du fait (recours de pleine juridiction, *right of appeal*) et non simplement du droit (contrôle juridictionnel, *judicial review*). L'article 15, paragraphe 1, de la directive 2004/38 prévoit que « [l]es procédures prévues aux articles 30 et 31 s'appliquent par analogie à toute décision limitant la libre circulation d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille prise pour des raisons autres que d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ». La question se posait parce que cette disposition ne mentionne pas expressément les membres de la famille élargie. Sans grande surprise, la Cour décide toutefois que, dans le contexte de ces articles, l'expression « membres de la famille d'un citoyen de l'Union » ne s'entend pas dans le sens restrictif de l'article 2, 2), mais inclut aussi les membres de la famille élargie. Comme l'avait relevé l'Avocat général, c'est également le cas d'autres dispositions de la directive 2004/38 (concl. point 87).

La Cour ajoute aussi que, les membres de la famille élargie devant obtenir une décision qui soit fondée sur un examen approfondi de leur situation personnelle et qui, en cas de refus, soit motivée, une interprétation différente ne serait pas conforme aux exigences découlant de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux (point 48). Ainsi, les garanties procédurales prévues à l'article 31, paragraphe 1, de la directive 2004/38 sont applicables aux personnes dans la situation de la requérante au principal (sur leur contenu, V. D. RITLENG, Articles 15, 30 et 31, *in* A. ILIOPOULOU-PENOT (dir.), *Commentaire de la directive 2004/38*, Bruylant-Larcier, 2019, à paraître). Il en résulte qu'« une personne visée à l'article 3, paragraphe 2, de cette directive a le droit de faire vérifier par une juridiction si la législation nationale et l'application de celle-ci sont restées dans les limites de la marge d'appréciation tracée par ladite directive » (point 50). Le juge national doit notamment vérifier si la base factuelle de la décision est suffisamment solide, contrôler le respect des garanties procédurales, parmi lesquelles figure l'obligation pour ces autorités de procéder à un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur et l'obligation de motiver tout refus d'entrée ou de séjour (point 51).

Conclusion

Ainsi, dans cette affaire, la Cour décide l'application par analogie de la directive à des situations qu'elle ne devait pas régir, afin de préserver l'effet utile de la liberté de circulation du citoyen européen. Dans la justification adoptée par la Cour, comme d'ailleurs dans celles qui ont été proposées par l'Avocat général ou la doctrine, la vie

familiale du citoyen est essentiellement présentée comme jouant un rôle instrumental à la circulation. Elle n'est pas prise en compte pour elle-même, mais parce qu'elle décourage la sortie du citoyen, pénalise l'exercice de sa liberté de circuler ou dissuade son retour. De façon différente, dans l'affaire *Lounes*, la Cour avait affirmé de façon claire que l'article 21 TFUE comprenait le droit de mener une vie familiale normale (V. V. REVEILLERE, Family Rights for Naturalized EU citizen : *Lounes*, Common Market Law Review, vol 55, n°6, 2018, p. 1855-1878). Toutefois, au-delà de ce discours de justification, il est loisible de considérer, au contraire, que ce sont les libertés de circulation qui sont instrumentalisées dans un but de protection de la vie familiale du citoyen. La Cour utiliserait les ressources des libertés de circulation pour poursuivre un objectif de protection des droits fondamentaux.

De cette double instrumentalisation, il peut résulter un double procès en dénaturation. Tout d'abord, la critique selon laquelle les concepts du marché intérieur seraient dénaturés pour atteindre un objectif de protection des droits fondamentaux. C'est par exemple ainsi que l'on peut lire la critique de l'artificialité du raisonnement fondé sur la dissuasion faite par l'Avocat général. Ensuite, du point de vue des droits fondamentaux, il est difficile de justifier pourquoi la vie familiale d'un citoyen ayant exercé son droit à la libre circulation bénéficie d'une protection alors que cela n'est pas le cas d'un citoyen sédentaire. De manière générale, en étendant cette protection à des nationaux, la Cour répond au problème de la « discrimination à rebours » pour ces derniers, mais rend plus difficile la justification d'un traitement différencié de citoyens de même nationalité. Il faut toutefois rappeler que le cœur du problème se trouve dans le fait qu'un État membre décide de traiter moins favorablement ses nationaux que les citoyens européens, ressortissants d'un autre État membre.

Vincent Réveillère, Aix Marseille Université