



**HAL**  
open science

## Article 35 – Abus de droit

Vincent Réveillère

► **To cite this version:**

Vincent Réveillère. Article 35 – Abus de droit. Anastasia Iliopoulou-Penot. Directive 2004/38 relative au droit de séjour des citoyens de l'Union européenne et des membres de leur famille, 2020. hal-03034043

**HAL Id: hal-03034043**

**<https://hal.science/hal-03034043>**

Submitted on 18 Dec 2020

**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.

## Article 35 – Abus de droit

« Les États membres peuvent adopter les mesures nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la présente directive en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance. Toute mesure de cette nature est proportionnée et soumise aux garanties procédurales prévues aux articles 30 et 31. »

### Bibliographie

- BERLIN D., F. MARTUCCI, et F. PICOD (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- DE LA FERIA R., « Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, p. 395-442.
- DUBOUT E., « Article 54 : Interdiction de l'abus de droit », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, 2019, à paraître.
- GUILD E., S. PEERS, et J. TOMKIN, *The EU citizenship directive: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- GUSKI R., « The re-entry paradox: Abuse of EU law », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, n° 6, p. 422-433.
- ILIOPOULOU-PENOT A., « Libertés de circulation et abus de droit », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 185-204.
- IONESCU R.N., *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- LA FERIA R. de et S. VOGENAUER (dir.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law ?*, Oxford, 2011.
- NEVILLE BROWN L., « Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law? », *Essays in honour of Henry G. Schermers: Institutional dynamics of European integration*, Vol 2, Nijhof, 1994, p. 511-525.
- SAYDE A., *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford, Hart Publishing, 2014.
- SIMON D. et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », M. BLANQUET (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2004, p. 557-585.
- SORENSEN K.E., « Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric », *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, p. 423-460.
- SZABADOS T., « National Courts in the Frontline: Abuse of Rights under the Citizens' Rights Directive », *Utrecht Journal of International and European Law*, 2017, vol. 33, n° 85, p. 84-102.

## Sommaire

### I. La fraude et l'abus de droit avant la directive

### II. L'interprétation de l'article 35 par la Cour

- A. La question des migrations circulaires
- B. La nécessité d'un examen individuel
- C. L'exigence d'un lien entre l'abus et les droits conférés par la directive

### III. Les incertitudes sur la signification de l'article 35

- A. La circonscription des comportements abusifs ou frauduleux
- B. Les mesures pouvant être prises en cas d'abus ou de fraude
- C. L'abus de droit et la fraude au-delà de l'article 35

### Conclusion

1. La première référence à l'abus de droit par la Cour de justice de l'Union européenne remonte à l'arrêt *van Binsbergen*, décidé en 1974<sup>1</sup>. C'est toutefois essentiellement à la fin des années quatre-vingt-dix et au début des années deux-mille que la notion s'impose véritablement : la Cour affirme que « les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires » dans les arrêts *Kefalas*<sup>2</sup> et *Centros*<sup>3</sup> ; elle énonce un test communautaire pour déterminer l'abus de droit dans l'arrêt *Emsland-Stärke*<sup>4</sup> ; elle présente l'abus de droit comme un principe, puis un principe général du droit dans les arrêts *Halifax*<sup>5</sup> et *Kofoed*<sup>6</sup>. Lorsqu'est adoptée la directive 2004/38, au milieu des années deux-mille, on se demande toutefois encore si l'abus de droit doit être tenu pour « un principe substantiel ou un simple outil rhétorique »<sup>7</sup> et l'on s'interroge pour savoir si l'on peut parler d'« un nouveau principe général du droit en droit de l'Union »<sup>8</sup>. Initialement développé dans le champ de la libre circulation des services, essentiellement autour de questions fiscales, le principe a gagné de nombreux autres domaines, au point qu'on s'accorde souvent pour parler d'un principe général, bien qu'il demeure étranger à certaines matières<sup>9</sup>. L'interdiction de

---

<sup>1</sup> CJCE, 3 décembre 1974, *van Binsbergen*, aff. 33-74, ECLI:EU:C:1974:131. Pour un historique, V. DE LA FERIA R., « Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, p. 395-442.

<sup>2</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas e.a.*, aff. C-367/96, ECLI:EU:C:1998:222, point 20.

<sup>3</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 24.

<sup>4</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke*, aff. C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

<sup>5</sup> CJCE, 21 février 2006, *Halifax e.a.*, aff. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, point 70.

<sup>6</sup> CJCE, 5 juillet 2007, *Kofoed*, aff. C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408, point 38.

<sup>7</sup> SORENSEN K.E., « Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric », *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, p. 423-460.

<sup>8</sup> LA FERIA R. de et S. VOGENAUER (dir.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law ?*, Oxford, 2011. (L'ouvrage est issu d'un colloque ayant eu lieu en 2008).

<sup>9</sup> Sur le principe général de l'abus de droit en droit de l'Union européenne, V. nt. NEVILLE BROWN L., « Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law? », D. CURTIN et T. HEUKELS (dir.), *Essays in honour of Henry G. Schermers: Institutional dynamics of European integration*, Nijhof., 1994, p. 511-525 ; SIMON D. et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », M. BLANQUET (dir.), *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2004, p. 557-585 ; SORENSEN K.E., « Abuse of Rights in Community Law », *op. cit.* ; LA FERIA R. de et S. VOGENAUER (dir.), *Prohibition of abuse of law, op. cit.* ; IONESCU R.N., *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; ILIOPOULOU-PENOT

l'abus de droit se trouve aussi exprimée, dans des termes qui rappellent ceux qui sont utilisés par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à l'article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>10</sup>.

2. L'article 35 de la directive 2004/38 n'est ni le seul ni le premier texte de droit dérivé à comporter des dispositions prohibant la fraude et l'abus de droit<sup>11</sup>. Absentes de la proposition initiale de la Commission, ces dispositions ont été introduites par le Conseil au cours de la négociation dans l'objectif de préserver la faculté des États de lutter contre la fraude et l'abus de droit<sup>12</sup>. Prendre des mesures pour lutter contre les abus et la fraude est présenté comme facultatif dans la directive 2004/38 : « les États *peuvent* adopter les mesures nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la présente directive »<sup>13</sup>. Ceci distingue l'article 35 d'autres textes mentionnant la fraude et de l'abus de droit et traduit l'idée qu'il faut le concevoir comme une réserve de pouvoir étatique plutôt que comme une obligation de lutter contre les comportements frauduleux<sup>14</sup>. En ce sens, la Cour le met sur le même plan que les raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique que peuvent évoquer les États en énonçant que les États ne pouvaient restreindre les droits que les citoyens ou les membres de leur famille tirent de la directive qu'en vertu de l'article 27 ou de l'article 35<sup>15</sup>.

3. Si le considérant 28 du préambule de la directive et son article 35 mentionnent simplement l'hypothèse d'unions de complaisance (les « mariages de complaisances », les « mariages blancs ou [...] toute autre forme d'unions contractées uniquement en vue de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour »), les formulations utilisées (« en particulier » et « tels que ») laissent entendre que d'autres phénomènes peuvent être concernés. Constatant en 2009 que la transposition de la directive 2004/38 « laissait à désirer » pour ce qui concernait l'article 35, la Commission accorde une place importante à la fraude et à l'abus de droit dans sa communication donnant des lignes

---

A., « Libertés de circulation et abus de droit », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 185-204 ; SAYDE A., *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford, Hart Publishing, 2014 ; GUSKI R., « The re-entry paradox: Abuse of EU law », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, n° 6, p. 422-433.

<sup>10</sup> « Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte. » V. DUBOUT E., « Article 54 : Interdiction de l'abus de droit », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, 2019, à paraître.

<sup>11</sup> V., par ex. : règlement 3887/92 de la Commission du 23 décembre 1992 portant modalités d'application du système intégré de gestion et de contrôle relatif à certains régimes d'aides communautaires, *JO*, L 391, 31 décembre 1992 ; directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOCE*, L 251, 3 octobre 2003 ; directive 2014/66/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe, *JOUE*, L 157, 27 mai 2014 ; directive 2014/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier, *JOUE*, L 94, 28 mars 2014.

<sup>12</sup> Sur ce point, V. GUILD E., S. PEERS, et J. TOMKIN, *The EU citizenship directive: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 297.

<sup>13</sup> Nous soulignons. Dans le même sens, V. le considérant 28 : « Les États membres *devraient pouvoir* adopter les mesures nécessaires pour se préserver de l'abus de droit ou de la fraude [...] », nous soulignons.

<sup>14</sup> V., par ex. : règlement 3887/92, *op. cit.*, art. 2 ; directive 2014/66/UE, *op. cit.*, art. 9 et directive 2014/36/UE, *op. cit.*, art. 24. Toutefois, dans le sens d'une faculté pour les États membres, V. directive 2003/86/CE, *op. cit.*, art. 16.4.

<sup>15</sup> V., par ex, CJUE, 18 décembre 2014, *McCarthy e.a.*, aff. C-202/13, ECLI:EU:C:2014:2450, point 45.

directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive<sup>16</sup>. Dans une communication de 2014 visant à « aider les autorités nationales à réprimer les abus du droit à la libre circulation »<sup>17</sup>, elle propose un « manuel relatif aux mariages de complaisance entre des citoyens de l'Union et des ressortissants de pays tiers »<sup>18</sup>.

4. La distinction entre l'abus de droit et la fraude est en principe simple. On présente généralement le premier comme l'usage d'un droit qui, malgré le respect des conditions formelles de la réglementation conférant ce droit, trahit sa finalité. La notion fait toutefois l'objet de débats nombreux et anciens. Pour reprendre les termes de Planiol, le droit ne cesse-t-il pas où l'abus commence<sup>19</sup> ? Sans entrer dans cette discussion, il faut signaler que la difficulté de la notion réside en ce qu'elle conduit à transformer un comportement *prima facie* légal en un comportement illégal<sup>20</sup>. La question de la fraude pose traditionnellement moins de difficultés. À la différence de l'abus de droit, elle repose sur un mensonge, des manœuvres ou une falsification<sup>21</sup>. La distinction n'est toutefois pas toujours si claire ; elle est conçue différemment dans les différentes traditions nationales et la Cour mentionne souvent ensemble la fraude et l'abus de droit. Ainsi en est-il dans la formule selon laquelle « les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires »<sup>22</sup>.

5. La mobilisation de l'abus de droit dans le champ de la libre circulation des citoyens a entraîné des doutes importants, et ce même après l'adoption de l'article 35 de la directive, pourtant souvent présentée comme une codification de l'interdiction générale de l'abus de droit<sup>23</sup>. Ainsi pouvait-on se demander en 2011, malgré la directive 2004/38, s'il ne fallait pas voir le champ de la libre circulation des travailleurs et des citoyens comme une « exception » à l'interdiction de l'abus de droit<sup>24</sup>. Une raison à cela est que certains principes, à commencer par celui de la reconnaissance mutuelle de la nationalité accordée par les autres États membres, peuvent lui faire obstacle<sup>25</sup>. Une autre est que l'abus de droit est en général défini comme impliquant une déviance au regard de la finalité d'un droit telle qu'elle est définie par la loi ; or, il semble difficile de dire que les droits que les citoyens tiennent du traité ou de la directive, comme les droits de

---

<sup>16</sup> 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, COM (2009) 313 final, 2 juillet 2009.

<sup>17</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Aider les autorités nationales à réprimer les abus du droit à la libre circulation : Manuel relatif aux mariages de complaisance entre des citoyens de l'Union et des ressortissants de pays tiers, dans le cadre de la législation de l'UE concernant la libre circulation des citoyens de l'Union, COM (2014)604 final, 26 septembre 2014.

<sup>18</sup> Sous la forme d'un document de travail des services de la Commission : Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizen, SWD (2014) 284 final, 26 septembre 2014.

<sup>19</sup> « Il ne faut pas être dupe des mots : *le droit cesse ou l'abus commence*, et il ne peut y avoir « usage abusif » d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme au droit* et *contraire au droit*. » PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil, tome 2*, Paris, LGDJ, 1931, n°871.

<sup>20</sup> Sur les questions posées par l'abus de droit, V. SCHAUER F., « Can Rights be Abused? », *The Philosophical Quarterly*, 1981, vol. 31, n° 124, p. 225-230.

<sup>21</sup> Sur la fraude en droit de l'UE, V. BERLIN D., F. MARTUCCI, et F. PICOD (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

<sup>22</sup> Montrant que la Cour leur applique un cadre de raisonnement commun, V. BOUVERESSE A., « La fraude dans l'abus de droit », D. BERLIN, F. MARTUCCI et F. PICOD (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne, op. cit.*, p. 17-36.

<sup>23</sup> En ce sens, V. SORENSEN K.E., « Abuse of Rights in Community Law », *op. cit.*, p. 438.

<sup>24</sup> C'est l'interrogation posée par la section consacrée à la question dans l'ouvrage : LA FERIA R. de et S. VOGENAUER (dir.), *Prohibition of abuse of law, op. cit.*, p. 289-362.

<sup>25</sup> En ce sens, V. COSTELLO C., « Citizenship of the Union: Above abuse? », R. de LA FERIA et S. VOGENAUER (dir.), *Prohibition of abuse of law, op. cit.*, p. 330s.

séjourner et de circuler, ont une finalité déterminée<sup>26</sup>. Force est de constater que, si la Cour n'en a pas écarté la possibilité, elle n'a pas à ce jour reconnu de cas susceptibles d'être qualifiés d'abus de droit. Il ne faut toutefois pas en déduire que cet aspect de l'article 35 de la directive soit resté lettre morte : de nombreuses dispositions nationales ont été adoptées sur son fondement sans que la Cour n'ait jusqu'à présent eu à se prononcer<sup>27</sup>.

6. La directive 2004/38 codifiant des textes antérieurs et reprenant la jurisprudence de la Cour, il est nécessaire d'évoquer la question de la fraude et de l'abus de droit avant son entrée en vigueur (I). Depuis lors, la Cour a eu l'occasion de se prononcer à différentes reprises sur l'interprétation de l'article 35 (II). De nombreuses incertitudes demeurent toutefois, parfois en raison de difficultés dans l'interprétation de ses arrêts, parfois parce qu'elle ne s'est pas prononcée sur certaines questions (III).

## I. La fraude et l'abus de droit avant la directive

7. C'est dans l'arrêt *Emsland-Stärke*, concernant la politique agricole commune, que la Cour énonce le test permettant de déterminer si une pratique est abusive. Celui-ci comporte un élément objectif et un élément subjectif. Il faut, décide la Cour, constater, « d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint » et, « d'autre part, un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention »<sup>28</sup>. Si le test est énoncé clairement, son application est difficile, et ce particulièrement dans le champ de la libre circulation des citoyens et des travailleurs. Comme l'a résumé de façon abrupte l'Avocat général Geelhoed : « - les critères subjectifs ne sont pas pertinents ; - les critères objectifs peuvent – s'ils sont identifiables – être contournés ; - il est difficile de tracer la frontière entre l'exercice abusif et l'utilisation d'un droit dans un but qui n'a pas été visé par le législateur. »<sup>29</sup>

8. Bien que cela soit l'hypothèse mise en avant par la directive 2004/38, les arrêts concernant la fraude ou l'abus de droit dans le domaine de la libre circulation des citoyens antérieurs à celle-ci ne concernent pas des cas liés à des unions de complaisances. Ils portent plutôt, comme dans le champ des autres libertés de circulation, sur des situations où il est allégué que l'usage fait des facilités de circuler offertes par le traité est abusif. Comme le souligne Roman Guski, la question de l'abus de droit en droit de l'Union est étroitement liée à une antinomie fondamentale du droit des libertés de circulation : l'affirmation d'un espace sans frontières où les frontières internes jouent pourtant un rôle fondamental<sup>30</sup>. Cette tension se perçoit notamment dans le cas des migrations circulaires, lorsque le citoyen de l'Union oppose le droit de l'Union au droit de son État de nationalité alors qu'il retourne dans celui-ci après avoir exercé sa liberté de circulation.

---

<sup>26</sup> En ce sens, V. DOUGAN M., « Some Comments on the Idea of a General Principle of Union Law Prohibiting Abuses of Law in the Field of Free Movement for Union Citizens », R. de LA FERIA et S. VOGENAUER (dir.), *Prohibition of abuse of law*, *op. cit.*, p. 362.

<sup>27</sup> Sur cette question, V. SZABADOS T., « National Courts in the Frontline: Abuse of Rights under the Citizens' Rights Directive », *Utrecht Journal of International and European Law*, 2017, vol. 33, n° 85, p. 84-102.

<sup>28</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke*, *op. cit.*, points 52 et 53.

<sup>29</sup> Conclusions de l'avocat général Geelhoed sur CJCE, 23 septembre 2003, *Akerich*, aff. C-109/01, ECLI:EU:C:2003:112, point 173.

<sup>30</sup> GUSKI R., « The re-entry paradox », *op. cit.*

9. C'est le cas de l'affaire *Akrich*<sup>31</sup>. Une ressortissante britannique, mariée avec un ressortissant marocain ne disposant pas d'un titre de séjour, exerce sa liberté de circulation afin de bénéficier de la protection du droit de l'Union. En effet, le droit national ne donnant pas le droit à son mari de séjourner au Royaume-Uni, elle se rend en Irlande avec l'intention que celui-ci puisse, à son retour, bénéficier d'un droit de séjour en vertu de la jurisprudence *Singh*<sup>32</sup>. L'arrêt est essentiellement connu parce que la Cour, qui interprétait les dispositions du droit de l'Union relatives à la libre circulation des travailleurs, admet l'exigence d'une condition de résidence légale préalable dans un État membre pour que le conjoint du travailleur, ressortissant d'un État tiers, puisse disposer d'un droit de séjour sur le fondement du règlement 1612/68<sup>33</sup>. Il est à ce titre exemplaire d'une « approche modérée » de la Cour en matière de droit au regroupement familial des citoyens de l'Union<sup>34</sup>.

10. Si cela a moins attiré l'attention, la Cour se prononce aussi sur la question de l'abus de droit parce que le gouvernement britannique avait invoqué le paragraphe 24 de l'arrêt *Singh* selon lequel « les facilités [de circulation] créées par le traité ne sauraient avoir pour effet de permettre aux personnes qui en bénéficient de se soustraire abusivement à l'emprise des législations nationales et d'interdire aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher de tels abus. » La Cour circonscrit de façon très stricte l'hypothèse de l'abus de droit. Tout d'abord, elle précise que les intentions ayant déterminé le mouvement sont indifférentes en ce qui concerne le droit d'entrée et de séjour : le déplacement dans l'objectif de bénéficier de l'application des règles du droit de l'Union ne semble en conséquence pas devoir relever de l'abus de droit<sup>35</sup>. Elle énonce ensuite qu'« [e]n revanche, il y aurait abus si les facilités créées par le droit communautaire en faveur des travailleurs migrants et de leur conjoint étaient invoquées dans le cadre de mariages de complaisance conclus afin de contourner les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants de pays tiers »<sup>36</sup>. Ces paragraphes ont souvent été interprétés comme impliquant que l'abus de droit devrait, dans le cadre de la libre circulation des citoyens, être limité aux cas des mariages de complaisance<sup>37</sup>.

11. Dans un autre cas célèbre, l'affaire *Zhu et Chen*<sup>38</sup>, la Cour refuse aussi qu'un déplacement dans le but de bénéficier de la protection du droit de l'Union constitue un abus. Mme Chen, une ressortissante chinoise, avait tiré parti du fait que la naissance sur le territoire irlandais permettait l'acquisition immédiate de la nationalité avec, en outre,

---

<sup>31</sup> CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, EU:C:2003:491.

<sup>32</sup> CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, EU:C:1992:296. Un 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 décide que M. Singh peut disposer d'un titre de séjour en vertu du droit de l'Union. En effet, l'effectivité de la libre circulation de Mme Singh serait remise en cause si elle ne pouvait revenir sur le territoire de son État de nationalité avec son mari parce que l'anticipation de cet obstacle la dissuaderait de quitter le territoire national. Sur l'intention de Mme Akrich, V. CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, V. point 36.

<sup>33</sup> Règlement 1612/68/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.

<sup>34</sup> TRYFONIDOU A., « Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens : Towards a More Liberal Approach », *European Law Journal*, 2009, vol. 15, n° 5, p. 634-653.

<sup>35</sup> CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, points 55 et 56. Elle reprend sur ce point l'arrêt CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff. C-53/81, ECLI:EU:C:1982:105. Si elle n'est pas exprimée en termes d'abus de droit, l'exigence que l'activité exercée soit réelle et effective traduit la volonté de lutter contre une invocation artificielle des dispositions du droit de l'Union.

<sup>36</sup> CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, point 57.

<sup>37</sup> En ce sens, V. PLENDER R., « Quo vadis ? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire *Akrich*. », *Cahiers de droit européen*, 2004, vol. 40, n° 1, p. 261-289.

<sup>38</sup> CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, EU:C:2004:639.

la particularité que le territoire pris en compte était l'ensemble de l'île. Entrée au Royaume-Uni alors qu'elle était enceinte de six mois, elle s'est délibérément rendue à Belfast pour donner naissance à sa fille afin que cette dernière acquière la nationalité irlandaise, avant de s'installer à Cardiff. La Cour décide que, contrairement à ce que soutenait le Royaume-Uni, le caractère délibéré du déplacement de Mme Chen pour donner naissance à sa fille ne saurait être considéré comme un abus de droit. Elle s'appuie sur la compétence des États membres relativement à l'acquisition de la nationalité et sur l'impossibilité dans laquelle ils sont de restreindre « les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité »<sup>39</sup>.

## II. L'interprétation de l'article 35 par la Cour

12. La Cour a interprété l'article 35 de la directive dans des cas impliquant une migration circulaire, évoquant, comme dans sa jurisprudence antérieure, la possibilité d'une fraude ou d'un abus, sans qu'il ne soit toutefois facile de savoir quelle situation pourrait être qualifiée comme telle (A). Elle a aussi clairement énoncé que les mesures prises pour lutter contre l'abus ou la fraude ne sauraient être des mesures générales et préventives (B). Enfin, elle a refusé une conception extensive de l'abus et de la fraude, dans laquelle des comportements abusifs ou frauduleux étaient invoqués, sans que ceux-ci ne soient directement liés aux droits garantis par la directive (C).

### A. La question des migrations circulaires

13. L'affaire *Metock*<sup>40</sup> est la première dans laquelle la Cour donne expressément une interprétation de l'article 35. Elle est souvent présentée comme le cas typique d'une « approche plus libérale » de la Cour en matière de droit au regroupement familial des citoyens de l'Union<sup>41</sup>. En effet, revenant sur la solution donnée dans l'arrêt *Akerich*, la Cour décide que le ressortissant d'un État tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union séjournant dans un autre État membre, ne doit pas nécessairement avoir séjourné légalement dans un autre État membre au préalable pour bénéficier du droit de le rejoindre et de séjourner dans l'État d'accueil. Elle énonce aussi de façon générale que les États ne peuvent restreindre les droits d'entrée et de séjour qu'un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, tire de la directive 2004/38 qu'en vertu des articles 27 et 35 de cette directive, sans pour autant préciser ce qui peut compter comme fraude ou abus de droit<sup>42</sup>.

14. Dans ses conclusions sur l'affaire *Metock*, l'Avocat général Maduro proposait une reconstruction radicale de l'arrêt *Akerich* afin de justifier l'évolution sur l'exigence d'un séjour légal préalable. Renvoyé au caractère spécifique du cas en cause, l'arrêt *Akerich* est conçu comme une application implicite de la théorie de l'abus de droit, alors même que celle-ci avait, comme cela a été exposé ci-dessus, expressément été écartée par la Cour dans l'arrêt<sup>43</sup>. L'abus de droit vise, explique-t-il, « l'éventualité de mariages de

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, para. 39. La Cour reprend ici sa jurisprudence *Micheletti* (CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, EU:C:1992:295).

<sup>40</sup> CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, aff. C-127/08, EU:C:2008:449.

<sup>41</sup> TRYFONIDOU A., « Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens », *op. cit.*

<sup>42</sup> CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, point 95.

<sup>43</sup> Conclusions de l'avocat général Maduro sur CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, points 13s. Si cela n'est pas si clair, il est possible de soutenir, comme le fait l'Avocat général, que cette opération avait déjà été initiée dans l'arrêt *Jia*. V. CJCE, 9 janvier 2007, *Jia*, aff. C-1/05, EU:C:2007:1, point 28s.

complaisance mais il peut également être considéré que l'abus de droit couvre aussi l'hypothèse Akrich de tentative de soustraction abusive à l'application d'une réglementation nationale en matière d'immigration »<sup>44</sup>. Si la justification proposée par l'Avocat général s'explique sans doute par le souci de distinguer les situations en cause dans les deux affaires, elle traduit une conception de l'abus de droit beaucoup plus large que celle qui est à l'œuvre dans les arrêts *Akrich* et *Zhu et Chen*. La Cour n'a pas repris ce raisonnement, préférant dire, dans une litote significative, que la conclusion à laquelle elle avait abouti devait « être reconsidérée »<sup>45</sup>.

15. L'affaire *O. et B.*<sup>46</sup> concerne également un cas de migration circulaire : des citoyennes de l'Union ont séjourné dans un autre État de l'Union avec les membres de leur famille, ressortissants d'État tiers, avant de retourner dans l'État dont elles possèdent la nationalité. Dans les deux cas, le séjour des citoyennes de l'Union avec leurs conjoints dans un autre État membre n'a été que temporaire ou limité aux week-ends. La Cour décide que la directive 2004/38 peut s'appliquer par analogie pour reconnaître un droit de séjour aux membres de la famille de citoyens de l'Union dans le cas d'un séjour effectif du citoyen dans un autre État membre. L'effectivité du séjour, poursuit-elle, suppose l'installation, que la Cour assimile à un séjour en vertu et dans le respect des conditions énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 7 ou de l'article 16 de la directive 2004/38. Si cette exigence d'effectivité, rappelant celle d'une « activité réelle et effective » de l'arrêt *Levin*<sup>47</sup>, peut être vue comme visant à éviter une invocation artificielle du droit de l'Union, elle n'est pas expressément présentée comme relevant de la lutte contre la fraude ou l'abus de droit<sup>48</sup>. La Cour précise d'ailleurs aussi, de façon très générale, « que l'application des règles de droit de l'Union ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives », en se référant au test de l'arrêt *Emsland-Stärke* plutôt qu'à l'article 35<sup>49</sup>.

### ***B. La nécessité d'un examen individuel***

16. L'arrêt *McCarthy*<sup>50</sup> est le cas dans lequel la Cour se prononce de la façon la plus approfondie sur l'article 35. Ce qui fait débat est cette fois la nature des mesures qui peuvent être prises pour prévenir la fraude et l'abus de droit. Mme McCarthy, ressortissante d'un État tiers, réside en Espagne avec son mari, ressortissant britannique. Lorsqu'elle se rend au Royaume-Uni, la législation britannique l'oblige à solliciter un permis d'entrée (« titre familial EEE », assimilable à l'obligation d'obtenir un visa), alors qu'elle dispose d'une carte de séjour délivrée par les autorités espagnoles sur le fondement de l'article 10 de la directive 2004/38. Or, en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la directive, les ressortissants d'un État tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, sont exemptés de la nécessité d'obtenir un visa s'ils disposent d'une telle carte de séjour. Le gouvernement britannique arguait que cette exigence était fondée sur l'article 35 de la directive et qu'elle visait à faire face à un « problème systémique » d'abus de droit et de fraude ; il estime en effet que dans la plupart des États membres les cartes de séjour sont susceptibles d'être falsifiées et d'être utilisées dans le cadre de mariages fictifs<sup>51</sup>.

---

<sup>44</sup> Conclusions de l'avocat général Maduro sur CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, point 14.

<sup>45</sup> CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, point 58. Une autre justification pour ce changement, aussi mentionné par l'Avocat général, était que la Cour interprétait cette fois la directive 2004/38 et non le règlement 1612/68, V. point 59 de l'arrêt et point 12 des conclusions.

<sup>46</sup> CJUE, 12 mars 2014, *O. et B.*, aff. C-456/12, EU:C:2014:135.

<sup>47</sup> CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, *op. cit.*

<sup>48</sup> Sur ce point, V. *infra*, conclusion.

<sup>49</sup> CJUE, 12 mars 2014, *O. et B.*, *op. cit.*, point 58.

<sup>50</sup> CJUE, 18 décembre 2014, *McCarthy e.a.*, *op. cit.*

<sup>51</sup> *Ibid.*, point 26.

17. La Cour estime que « les mesures adoptées par les autorités nationales, sur le fondement de l'article 35 de la directive 2004/38, visant à refuser, à annuler ou à retirer un droit conféré par cette directive doivent être fondées sur un examen individuel du cas d'espèce »<sup>52</sup>. En conséquence, les États ne sauraient prendre des mesures générales telles que celles qui ont été adoptées par le Royaume-Uni, sans qu'une fraude ou un abus de la part de la requérante au principal ne soit même allégué. Ils doivent reconnaître une carte de séjour aux fins de l'entrée sans visa sur leur territoire, « à moins que l'authenticité de cette carte et l'exactitude des données figurant sur celle-ci soient mises en doute par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause et permettant de conclure à l'existence d'un abus de droit ou d'une fraude »<sup>53</sup>. La Cour rappelle ensuite les exigences du test en deux étapes de l'arrêt *Emsland-Stärke*, exigences que ne sauraient remplir des mesures présentant un « caractère automatique » et privant du bénéfice de la directive des membres de la famille de citoyen de l'Union, en raison de leur « seule appartenance à un groupe déterminé de personnes »<sup>54</sup>.

18. Dans son arrêt, la Cour met l'accent sur le fait que les droits conférés par la directive le sont en considération de la situation individuelle des citoyens ou des membres de sa famille. Elle souligne en outre que les mesures que peuvent prendre les États sont, comme le précise l'article 35, soumises aux garanties procédurales prévues aux articles 30 et 31. Or, celles-ci doivent permettre aux personnes concernées de faire valoir leur situation individuelle « afin de pouvoir obtenir devant les autorités et/ou les juridictions nationales compétentes la reconnaissance du droit individuel auquel il peut prétendre »<sup>55</sup>. De façon semblable, l'Avocat général expliquait que ces garanties seraient vidées de leur substance dans le cas de mesures générales, appliquées sans considération individuelle des cas d'espèce<sup>56</sup>. Il soulignait aussi la nécessité d'un examen *in concreto* en citant la jurisprudence de la Cour sur l'abus de droit, et notamment le test mis en place dans l'arrêt *Emsland-Stärke*. Si les craintes exprimées par le Royaume-Uni ne sauraient justifier une législation préventive et générale pour lutter contre les fraudes et les abus, elles trouvent une réponse dans l'adoption d'un règlement visant à renforcer la sécurité des cartes d'identité et des documents de séjour comportant des exigences minimales visant à réduire les risques de falsification et de fraude<sup>57</sup>.

19. L'abus de droit est invoqué dans une autre affaire où, comme dans l'affaire *McCarthy*, ce n'est pas le caractère abusif de la circulation qui est allégué. Dans l'arrêt *SM*<sup>58</sup>, la Cour décide qu'un mineur pris en charge dans le cadre du régime de tutelle légale de la *kefala* algérienne, qui ne crée pas de lien de filiation, ne doit pas être considéré comme un « descendant direct » au sens de la directive mais comme un « autre membre de la famille » du citoyen qui le prend en charge. Au-delà de cette question, qui représentait l'enjeu principal de l'arrêt, la Cour était également interrogée sur l'abus de droit. Le gouvernement britannique alléguait que, si les enfants se trouvant dans une

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, point 52.

<sup>53</sup> *Ibid.*, point 53.

<sup>54</sup> *Ibid.*, points 54-57.

<sup>55</sup> *Ibid.*, point 51.

<sup>56</sup> Conclusions de l'avocat général Szpunar sur CJUE, 18 décembre 2014, *McCarthy e.a.*, *op. cit.*, ECLI:EU:C:2014:345, point 125.

<sup>57</sup> Règlement 2019/1157 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, *JOUE*, L 188, 12 juillet 2019. L'article 35 de la directive 2004/38 est rappelé au considérant 4 du préambule qui souligne que « la falsification de documents ou la description fallacieuse d'un fait matériel concernant les conditions attachées au droit de séjour ont été identifiées comme des cas typiques de fraude dans le cadre de cette directive. »

<sup>58</sup> CJUE, 26 mars 2019, *SM*, aff. C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248.

telle situation risquaient de faire l'objet d'abus, d'exploitation ou de traite, l'entrée et le séjour devraient pouvoir leur être refusé en vertu des articles 27 et 35 de la directive. Ayant décidé que ces enfants n'étaient pas des descendants directs au sens de la directive, et ne bénéficiaient donc pas d'un droit de séjour automatique, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de répondre sur ce point. Dans une interprétation large de l'article 35, l'Avocat général avait estimé que les États membres étaient autorisés à prendre des mesures à l'encontre d'adoptions dont la véritable finalité serait la traite des êtres humains, précisant toutefois bien que ces mesures ne pouvaient être prises qu'après un examen individualisé de chaque cas<sup>59</sup>.

### ***C. L'exigence d'un lien entre l'abus et les droits conférés par la directive***

**20.** Dans d'autres affaires, la Cour a écarté une conception très large de l'abus de droit portée par les États membres, ainsi que, parfois, par l'avocat général. Ainsi, dans l'affaire *Bozçurt*, qui ne concernait pas la directive 2004/38 mais l'accord d'association UE-Turquie, elle a estimé que le fait, pour un ressortissant turc tel que celui qui était en cause au principal, de se prévaloir d'un droit légalement acquis au titre de l'article 7, premier alinéa, de la décision 1/80 n'était pas constitutif d'un abus de droit, même si celui-ci, après avoir obtenu le bénéfice de ce droit par l'intermédiaire de son ex-épouse, a commis à l'encontre de celle-ci une infraction grave (viol et violences) ayant donné lieu à sa condamnation pénale<sup>60</sup>. Comme l'avait expliqué de façon plus développée l'Avocate générale Sharpston, aussi répréhensibles que soient les actes reprochés, il ne s'agit pas là d'un « abus du droit de séjour » ; l'« indignité » ne figure pas parmi les critères énoncés dans l'arrêt *Emsland-Stärke* »<sup>61</sup>.

**21.** Ce rejet d'une conception large de l'abus de droit a été contesté par certains acteurs dans le cadre de la libre circulation du citoyen et de l'article 35 de la directive. Dans l'affaire *P.I.*<sup>62</sup>, l'Avocat général Bot, reprenant un raisonnement proposé par le gouvernement néerlandais, fait un parallèle entre la situation d'un citoyen de l'Union coupable d'infractions particulièrement graves (abus sexuels sur l'enfant mineur de sa compagne) et un comportement frauduleux. Pour refuser que le requérant au principal puisse se prévaloir de la protection renforcée contre l'éloignement prévue à l'article 28 de la directive, il estime qu'« une situation infractionnelle de cette nature, au prétexte qu'elle a duré longtemps, ne peut pas être créatrice de droit. » Ensuite, mentionnant la possibilité de lutter contre les abus et les fraudes réservées aux États par l'article 35, il estime qu'il « convient ici que ce soit à la Cour de tirer les conséquences d'une telle fraude »<sup>63</sup>. Si la Cour a considéré que le type de comportement en cause au principal était susceptible de relever de la notion de « raisons impérieuses de sécurité publique », et partant de justifier un éloignement, elle n'a pas repris l'argumentation sur l'abus de droit.

## **III. Les incertitudes sur la signification de l'article 35**

---

<sup>59</sup> Conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona sur CJUE, 26 mars 2019, *SM*, aff. C-129/18, ECLI:EU:C:2019:140, points 109-117.

<sup>60</sup> En revanche, une mesure d'expulsion est envisageable, pour autant que le comportement personnel du requérant au principal constitue une menace actuelle, réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société. V. CJUE, 22 décembre 2010, *Bozçurt*, aff. C-303/08, ECLI:EU:C:2010:800.

<sup>61</sup> Conclusions de l'avocat général Sharpston sur CJUE, 22 décembre 2010, *Bozçurt*, *op. cit.*, ECLI:EU:C:2010:413, points 64 et 68.

<sup>62</sup> CJUE, 22 mai 2012, *P. I.*, aff. C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300.

<sup>63</sup> Conclusions de l'avocat général Bot sur CJUE, 22 mai 2012, *P. I.*, *op. cit.*, ECLI:EU:C:2012:123, point 61.

22. Bien que la Cour se soit prononcée dans un certain nombre d'arrêts sur l'article 35, force est de constater que de nombreuses questions demeurent sans réponses, tant quant à ce qui peut constituer un abus de droit ou une fraude (A), que quant aux mesures que les États sont en droit de prendre pour les prévenir ou les sanctionner (B). Il faut en outre signaler que l'article 35 de la directive n'épuise pas la question de la fraude et de l'abus de droit dans le champ de la citoyenneté de l'Union (C).

### ***A. La circonscription des comportements abusifs ou frauduleux***

23. Ce qui peut être tenu comme un abus de droit ou une fraude dans le cadre de l'application de l'article 35 fait toujours l'objet de controverses. La Cour n'a pas véritablement apporté de réponses aux limites que comporte l'application du test *Emsland-Stärke* lorsqu'il est allégué que la circulation est abusive. Des questions surgissent aussi dans le cas des mariages fictifs ou de complaisance. S'ils ont parfois été mentionnés par les États pour justifier des mesures générales, comme dans l'affaire *McCarthy*, la Cour n'a en effet pas eu à se prononcer directement sur ce qu'il fallait entendre par une telle union. Le considérant 28 de la directive mentionne la possibilité des États de se prémunir des « mariages blancs ou de toute autre forme d'unions contractées uniquement en vue de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour »<sup>64</sup>. La Commission s'est prononcée sur la question dans sa communication donnant des lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive<sup>65</sup>, puis dans sa communication de 2014<sup>66</sup>, en proposant un « manuel relatif aux mariages de complaisance entre des citoyens de l'Union et des ressortissants de pays tiers »<sup>67</sup>. Celui-ci prend également en compte les autres dispositions du droit européen et international pertinentes.

24. La Commission précise qu'« un mariage ne saurait être considéré comme un mariage de complaisance au seul motif qu'il facilite l'immigration, voire procure un quelconque autre avantage » et donne deux séries de critères indicatifs pour conclure que le mariage est susceptible, ou n'est au contraire pas susceptible, d'être un mariage de complaisance<sup>68</sup>. Elle considère toutefois que, le cas échéant, ces critères ne peuvent que conduire à l'ouverture d'une enquête et que « la charge de la preuve revient aux autorités des États membres cherchant à restreindre les droits conférés par la directive »<sup>69</sup>. En l'absence d'indications de la part de la Cour, des questions subsistent et l'application nationale de la directive peut varier, comme le montrent très bien les cas présentés par Tamás Szabos. Ceux-ci soulignent aussi que des évolutions peuvent intervenir au sein du même État membre sans que la Cour de justice ne soit saisie d'une question préjudicielle, les Cours britanniques s'étant ralliées à l'interprétation donnée par la Commission sur la charge de la preuve après avoir développé une jurisprudence différente<sup>70</sup>.

25. Étudiant l'application nationale de l'article 35, Tamás Szabos a aussi montré que

---

<sup>64</sup> Ce considérant peut être rapproché de l'article 16, paragraphe 2, de la Directive 2003/86/CE *op. cit.* Celui-ci dispose que : « Les États membres peuvent également rejeter une demande d'entrée et de séjour aux fins du regroupement familial, ou retirer ou refuser de renouveler le titre de séjour d'un membre de la famille, s'il est établi : a) que des informations fausses ou trompeuses ou des documents faux ou falsifiés ont été utilisés, ou qu'il a été recouru à la fraude ou à d'autres moyens illégaux ; b) que le mariage, le partenariat ou l'adoption ont été conclus uniquement pour permettre à la personne concernée d'entrer ou de séjourner dans un État membre. [...] »

<sup>65</sup> COM(2009) 313 final, 2 juillet 2009, *op. cit.*

<sup>66</sup> COM(2014) 604 final, 26 septembre 2014, *op. cit.*

<sup>67</sup> SWD (2014) 284 final, 26 septembre 2014, *op. cit.*

<sup>68</sup> COM(2009) 313 final, 2 juillet 2009, *op. cit.*, point 4.2.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> SZABADOS T., « National Courts in the Frontline », *op. cit.*, p. 98-99.

d'autres comportements ont pu être tenus pour des abus par les juges nationaux, sans que la Cour de justice ne soit saisie d'une question préjudicielle. En France, des dispositions transposant la directive énoncent qu'un citoyen de l'Union peut être obligé de quitter le territoire français lorsque son séjour est constitutif d'un abus de droit, le législateur précisant que : « Constitue un abus de droit le fait de renouveler des séjours de moins de trois mois dans le but de se maintenir sur le territoire alors que les conditions requises pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois ne sont pas remplies. Constitue également un abus de droit le séjour en France dans le but essentiel de bénéficier du système d'assistance sociale<sup>71</sup> ». Ces dispositions ont notamment été utilisées pour expulser des citoyens européens Roms, sans que les juridictions administratives n'aient jugé nécessaire d'interroger la CJUE sur leur compatibilité avec le droit de l'Union, alors que la question aurait mérité d'être posée<sup>72</sup>.

26. Une interprétation large de l'article 35 a pu être défendue dans d'autres circonstances. Ainsi, dans l'affaire *Bajratari*<sup>73</sup>, les questions posées à la Cour portent sur le caractère suffisant des ressources dont doit disposer le citoyen de l'Union. Les gouvernements britannique et tchèque défendent une interprétation très large de l'abus de droit : ils estiment abusive la situation dans laquelle le parent d'un citoyen de l'Union obtiendrait, grâce à son emploi illégal, un droit de travail en raison de l'établissement d'un droit de séjour. Renversant la définition usuelle de l'abus de droit, ils soutiennent que cela reviendrait « à faire valoir un comportement illégal pour établir un droit, ce qui équivaldrait à un abus de droit interdit par l'article 35 de la directive 2004/38 »<sup>74</sup>. L'Avocat général Szpunar, revenant au test *Emsland-Stärke*, refuse cette argumentation, ce que fait aussi la Cour, implicitement.

### ***B. Les mesures pouvant être prises en cas d'abus ou de fraude***

27. Des incertitudes portent aussi sur la nature des « mesures nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré » par la directive qui peuvent être prises par les États en vertu de l'article 35. S'il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que des mesures préventives et générales sont exclues, l'exigence de proportionnalité prévue par l'article 35 n'a pas été précisée. En effet, bien que la proportionnalité des mesures prises ait parfois été débattue, la Cour n'a jamais eu à aller aussi loin dans son contrôle. Dans l'arrêt *McCarthy*, les conditions contraignantes du renouvellement du titre familial EEE et sa durée limitée ont été discutées, le gouvernement britannique assurant que son refus « d'exempter les titulaires de cartes de séjour de l'obligation d'obtenir un visa d'entrée [était] raisonnable, nécessaire et objectivement justifié »<sup>75</sup>. Toutefois, la Cour ayant décidé que les États ne sauraient prendre des mesures générales sans qu'une fraude ou un abus de la part de la requérante au principal ne soit même allégué, des mesures de ce type étaient exclues d'emblée, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur leur proportionnalité. Cet arrêt montre toutefois que l'exigence d'un examen de la situation individuelle est une exigence distincte de celle de proportionnalité, elle ne devrait donc pas pouvoir être mise en balance avec d'autres objectifs.

28. L'affaire *Mahmood e.a.*<sup>76</sup> aurait pu donner l'occasion à la Cour de mettre en œuvre une analyse de proportionnalité. Le juge *a quo* demandait notamment à la Cour si les retards dans le traitement d'une demande de visa pour des conjoints de citoyens de

---

<sup>71</sup> Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, article L511-3-1, 2°.

<sup>72</sup> SZABADOS T., « National Courts in the Frontline », *op. cit.*, p. 95-97.

<sup>73</sup> CJUE, 2 octobre 2019, *Bajratari*, aff. C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809.

<sup>74</sup> Conclusions de l'avocat général Szpunar sur CJUE, *Bajratari*, aff. C-93/18, *op. cit.*, ECLI:EU:C:2019:512, note 45.

<sup>75</sup> CJUE, 18 décembre 2014, *McCarthy e.a.*, *op. cit.* V. nt. point 27.

<sup>76</sup> CJUE, ordonnance de la Cour, 10 janvier 2019, *Mahmood e.a.*, aff. C-169/18, ECLI:EU:C:2019:5.

l'Union ressortissants d'États tiers étaient justifiables au titre de l'article 27 ou 35 de la directive, de sorte qu'ils ne violent pas l'article 5, paragraphe 2, exigeant que ces visas soient délivrés dans les meilleurs délais dans le cadre d'une procédure accélérée. Les demandes de visas en cause au principal ayant fait l'objet de refus avant que la Cour ne se prononce, elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu à statuer, malgré le maintien de la question par le juge de renvoi. La situation était différente de celle en cause dans l'affaire *McCarthy* parce que les mesures contestées n'étaient pas directement le refus de bénéficier d'un droit mais un retard, important, dans la procédure permettant aux membres de la famille du citoyen de bénéficier d'un tel droit. Il est probable que la Cour se livre à un contrôle de proportionnalité dans ce type de situation.

29. En outre, l'article 35 spécifie que les mesures prises par les États doivent être soumises aux garanties prévues par les articles 30 et 31, c'est-à-dire à des exigences relativement à la notification des décisions et aux recours dont elles peuvent faire l'objet. La Cour ne s'est pas non plus directement prononcée sur la question. Elle a mentionné cette garantie dans l'arrêt *McCarthy* comme un signe de l'impossibilité de prendre des mesures préventives et générales en vertu de l'article 35. Comme l'article 30, paragraphe 2, mentionne que « les motifs précis et complets d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique qui sont à la base d'une décision le concernant sont portés à la connaissance de l'intéressé », la question de savoir si de tels motifs entraînaient aussi l'application des articles 27 et 28 s'est posée devant des juridictions nationales, sans que la Cour de justice n'ait été saisie<sup>77</sup>. Si l'argument peut être soutenu, il semble peu probable que la Cour l'accepte dans la mesure où il conduirait à sérieusement limiter la portée de l'article 35.

### ***C. L'abus de droit et la fraude au-delà de l'article 35***

30. La Cour a aussi admis la possibilité pour les États de se prémunir de l'abus de droit ou de la fraude dans des situations qui ne sont pas couvertes par la directive. C'était le cas de l'affaire *O. et B.*<sup>78</sup>, déjà mentionnée, dans un cas où la directive ne s'appliquait pas directement puisqu'il s'agissait du séjour du citoyen et des membres de sa famille dans l'État de nationalité du citoyen. La Cour, qui mentionne le test général de l'arrêt *Emsland-Stärke*, aurait toutefois pu appliquer l'article 35 de la directive par analogie, comme les autres dispositions relatives au droit de séjour. En revanche, la directive 2004/38 aurait difficilement pu être invoquée dans un cas similaire à l'affaire *Rottmann*, où était en cause la perte du statut de citoyen de l'Union. La Cour décide que « le retrait de la naturalisation en raison de manœuvres frauduleuses correspond à un motif d'intérêt général »<sup>79</sup> et que celui-ci reste légitime, « dans son principe », même s'il conduit à la perte du statut de citoyen de l'Union<sup>80</sup>. Toutefois, le juge national doit vérifier si la décision de retrait respecte le principe de proportionnalité, eu égard aux conséquences d'une telle décision au regard du droit de l'Union<sup>81</sup>.

31. L'abus de droit a aussi été invoqué dans l'affaire *Hongrie / République slovaque*<sup>82</sup>. De façon singulière, il n'est pas invoqué à l'encontre d'un citoyen ou d'un membre de sa famille, mais à l'encontre d'un autre État membre – ce que l'on pourrait difficilement inclure dans la formulation de l'article 35, mais qui semblerait pouvoir relever de l'article

---

<sup>77</sup> SZABADOS T., « National Courts in the Frontline », *op. cit.*, p. 97. Le juge anglais a décidé que les garanties des articles 27 et 28 ne s'appliquaient pas automatiquement en vertu de l'article 35.

<sup>78</sup> CJUE, 12 mars 2014, *O. et B.*, *op. cit.*

<sup>79</sup> CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, EU:C:2010:104, point 51.

<sup>80</sup> *Ibid.*, point 54.

<sup>81</sup> Ainsi que, le cas échéant, au regard de la proportionnalité de cette décision au regard du droit national. CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, EU:C:2010:104, point 55.

<sup>82</sup> CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie / République slovaque*, aff. C-364/10, EU:C:2012:630.

54 de la Charte<sup>83</sup>. Alors qu'il comptait se rendre en Slovaquie pour participer à une cérémonie, dans un contexte particulièrement sensible, le président hongrois a été avisé, par une « note verbale » mentionnant la directive 2004/38, que l'entrée sur le territoire slovaque lui serait refusée<sup>84</sup>. La Hongrie soutenait qu'en fondant son refus sur la directive 2004/38, la République slovaque avait commis un abus de droit : « [e]n réalité, la République slovaque se serait prévalu de ladite directive pour poursuivre des buts politiques »<sup>85</sup>. Cette dernière a expliqué par la suite que la mention de la directive était une erreur et que, le droit de l'Union ne s'appliquant pas en l'espèce, aucune application abusive ne saurait avoir eu lieu<sup>86</sup>. Appliquant les critères de l'arrêt *Emsland-Stärke*, la Cour décide que, si c'est à tort que la directive a été invoquée, cela ne suffit pas à constituer un abus de droit<sup>87</sup>. Si cet arrêt a été discuté pour d'autres raisons, force est de constater qu'il suscite de nombreuses interrogations quant à cet usage de l'abus de droit. Il peut en effet sembler étonnant que la Cour envisage la possibilité d'un abus de droit dans le cas de mesures étatiques, en dehors de l'usage d'un droit subjectif<sup>88</sup>.

32. De façon plus classique, la Cour a considéré que la lutte contre les abus de droit pouvait être un motif justifiant une entrave à la circulation du citoyen en dehors du champ d'application de la directive<sup>89</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff*, concernant les noms de famille, la Cour a décidé qu'un État pouvait adopter une législation évitant que ses ressortissants puissent se soustraire de façon abusive à leur législation nationale. Plutôt que de citer sa jurisprudence sur la citoyenneté, la Cour a mentionné son arrêt *Centros*, rendu dans le contexte de la liberté d'établissement<sup>90</sup>. Elle répondait à l'argument avancé par l'Allemagne, évoquant les risques d'un « tourisme du nom », bien qu'il ne semble pas pouvoir être appliqué au cas d'espèce<sup>91</sup>. Considérée au stade de la justification, la législation prévenant l'abus est soumise au contrôle de la Cour, et notamment au principe de proportionnalité. Or, dans cette affaire, de façon exceptionnelle, la Cour indique que les objectifs légitimes doivent être pris en compte dans une opération générale de « mise en balance de divers éléments de droit et de fait »<sup>92</sup>. Il est possible de se demander si la Cour, lorsqu'elle se prononcera sur le fondement de l'article 35, appliquera cette ultime étape du contrôle alexyen. Si la Cour ne saisit pas l'occasion de mentionner dans cet arrêt l'article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, on peut souligner que cela aurait éventuellement été envisageable dans la mesure où l'article 7 était mentionné à côté de la liberté de circulation du citoyen. On se trouverait alors dans un cas « d'abus de droit "complexe" », où la liberté de circuler est invoquée conjointement à un droit garanti par la Charte, pour

---

<sup>83</sup> Sur cette question, V. DUBOUT E., « Article 54 : Interdiction de l'abus de droit », *op. cit.*, points 16s.

<sup>84</sup> Le chef d'État hongrois était invité pour l'inauguration d'une statue de Saint-Étienne, premier roi de Hongrie, le lendemain du jour de la fête nationale hongroise, qui se trouve être aussi la date à laquelle les forces du pacte de Varsovie, troupes hongroises comprises, ont envahi la République socialiste tchécoslovaque.

<sup>85</sup> CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie / République slovaque*, *op. cit.*, point 53.

<sup>86</sup> *Ibid.*, points 55 et 56.

<sup>87</sup> *Ibid.*, points 56-61.

<sup>88</sup> On peut noter que l'illégalité de mesures étatiques du type de celles qui sont en cause est plus usuellement pensée en termes d'erreur manifeste d'appréciation, voire de détournement de pouvoir, que d'abus de droit. Sur cette question et la jurisprudence de la Cour européen des droits de l'homme, V. DUBOUT E., « Article 54 : Interdiction de l'abus de droit », *op. cit.*, point 17.

<sup>89</sup> Sur cette fonction de l'abus de droit, V. ILIOPOULOU-PENOT A., « Libertés de circulation et abus de droit », *op. cit.*, p. 194.

<sup>90</sup> CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, EU:C:2016:401, point 57, renvoyant à CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, EU:C:1999:126, point 24. La Cour reprend la référence à l'Avocat général.

<sup>91</sup> En ce sens, V. les conclusions de l'avocat général Wathelet sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, ECLI:EU:C:2016:11, points 86-87.

<sup>92</sup> CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, point 78.

reprendre les termes d'Édouard Dubout<sup>93</sup>.

## Conclusion

**33.** Il ressort essentiellement de la jurisprudence de la Cour que la constatation d'un abus de droit ou d'une fraude implique nécessairement un examen individuel de la situation de la personne concernée. Dans cette perspective, la possibilité pour les États membres de prendre des mesures visant à sanctionner ces situations au cas par cas apparaît comme une réserve exceptionnelle, permettant parfois de justifier une interprétation de la directive favorable aux citoyens, comme dans l'arrêt *Metock*<sup>94</sup>. Toutefois, cette exigence ne vaut que lorsque sont formellement en cause l'article 35 ou le principe général d'interdiction de l'abus de droit. Dans d'autres cas, l'argumentation sur la fraude ou l'abus de droit semble chercher à peser sur la catégorisation même de la situation en cause, au-delà l'application de l'article 35 de la directive.

**34.** Ainsi, dans l'affaire *SM*, la rhétorique de l'abus mobilisée par le gouvernement britannique semble plus destinée à convaincre la Cour de considérer que les enfants sous le régime de la kafala ne sont pas des descendants directs au sens de la directive qu'à mobiliser l'article 35<sup>95</sup>. Dans l'affaire *O. et B.*, le recours aux catégories de la directive pour déterminer les séjours effectifs peut à certains égards être vu comme une réponse catégorielle au souci exprimé par les États membres de se prémunir d'aller-retour abusifs, ce qui ne va pas sans critiques<sup>96</sup>. De même, l'insistance de la Cour dans l'affaire *Coman* sur l'exigence d'un séjour effectif conformément aux conditions de l'article 7 de la directive peut être vu comme un moyen d'éviter, sans le dire explicitement, que des citoyens puissent se prévaloir du droit de l'Union d'une façon qui pourrait être conçue comme abusive<sup>97</sup>. De façon quelque peu paradoxale, c'est lorsque la Cour ne mentionne pas explicitement la faculté laissée aux États membres de se prévaloir des comportements frauduleux ou abusifs que la jurisprudence semble le plus limiter la possibilité pour le citoyen de se prévaloir de la directive.

**35.** La lutte contre un comportement abusif ou frauduleux peut en effet expliquer des dispositifs qui ne sont pas explicitement rattachés à l'interdiction de l'abus de droit. Par exemple, si le critère de l'intégration sociale ne se limite pas à cela, il peut être conçu comme une réponse au risque allégué d'un usage abusif des droits découlant de la citoyenneté européenne, comme l'illustre la cynique métaphore du « tourisme social »<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> Cette hypothèse « s'entend d'une configuration particulière dans laquelle l'abus provient d'un usage combiné du droit de l'Union et des droits de la Charte » et se distingue de l'abus de droit "simple" » où « seul l'usage de la disposition de la Charte est en cause ». DUBOUT E., « Article 54 : Interdiction de l'abus de droit », *op. cit.*, points 30s.

<sup>94</sup> V. en ce sens, CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, point 75.

<sup>95</sup> En effet, il est notamment souligné que le choix de recourir à la kafala est justifié par le fait « qu'il était plus facile » d'obtenir la garde d'un enfant en Algérie qu'au Royaume-Uni, et que les contrôles visant à déterminer l'aptitude à recueillir un enfant sous ce régime sont limités. CJUE, 26 mars 2019, *SM*, aff. C-129/18, point 32. Au contraire, la possibilité de s'opposer à la fraude et à l'abus de droit aurait pu être utilisée pour justifier une acception large des descendants directs, puisque cette logique catégorielle pourrait toujours être mise en échec en cas de fraude ou d'abus.

<sup>96</sup> L'Avocate générale Sharpston avait proposé une analyse au cas par cas, V. points 96-111. V. aussi SPAVENTA E., « Family rights for circular migrants and frontier workers: O and B, and S and G », *Common Market Law Review*, 2015, vol. 52, n° 3, p. 753-777.

<sup>97</sup> CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-273/16, ECLI:EU:C:2018:385.

<sup>98</sup> Pour un exemple de l'acceptation de ce raisonnement et le reprise de cette métaphore, V. les conclusions de l'avocat général Wathelet sur CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:341, point 131. Pour une mention de la possibilité d'invoquer l'abus de droit dans le contexte du recours aux prestations sociales, V. les conclusions de l'avocate générale Kokott sur CJUE,

On observe d'ailleurs, ici aussi, le passage d'une appréciation au cas par cas, prenant en compte la situation individuelle des citoyens, à la reprise de la logique catégorielle de la directive, reposant sur la distinction de catégories de citoyens au regard de l'accès aux droits sociaux<sup>99</sup>. On peut noter que la justification de mesures générales pour lutter contre les abus se trouve aussi dans le considérant 15 du préambule de la directive, qui envisage les dispositions permettant de maintenir, à certaines conditions, un droit de séjour pour les membres de la famille en cas de décès du citoyen de l'Union, de divorce, d'annulation du mariage ou de cessation de partenariat enregistré<sup>100</sup>. Dans ce cas, ce sont les conditions mises par les articles 12, 13 et 18 de la directive, et leur stricte interprétation par la Cour, qui sont conçues comme permettant de lutter contre ce qui est présenté comme abusif<sup>101</sup>, même si l'hypothèse d'un « divorce blanc » a pu être mentionnée<sup>102</sup>.

Vincent Réveillère

---

23 février 2010, *Teixeira*, aff. C-480/08, point 83.

<sup>99</sup> V. nt. CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, EU:C:2014:2358, CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14, EU:C:2015:597 et CJUE, 14 juin 2016, *Commission / Royaume-Uni*, aff. C-308/14, EU:C:2016:436.

<sup>100</sup> Le considérant 15 du préambule de la directive semble aussi impliquer la possibilité de lutter contre les abus en énonçant qu'« Il convient d'offrir une protection juridique aux membres de la famille en cas de décès du citoyen de l'Union, de divorce, d'annulation du mariage ou de cessation de partenariat enregistré. Dans le respect de la vie familiale et de la dignité humaine, *et sous certaines conditions pour éviter les abus*, il est donc nécessaire de prendre des mesures pour veiller à ce que, dans de telles hypothèses, les membres de la famille qui séjournent déjà sur le territoire de l'État membre d'accueil conservent leur droit de séjour sur une base exclusivement individuelle ». La Cour, qui l'a déjà mentionné, ne l'a pas lié à l'article 35. V. CJUE, 30 juin 2016, *NA*, aff. C-115/15, ECLI:EU:C:2016:487 et CJUE, 16 juillet 2015, *Singh e.a.*, aff. C-218/14, ECLI:EU:C:2015:476.

<sup>101</sup> En ce sens, V. les conclusions de l'avocat général Wathelet sur CJUE, 30 juin 2016, *NA*, *op. cit.*, ECLI:EU:C:2016:259, point 81.

<sup>102</sup> Conclusions de l'avocate générale Kokott sur CJUE, 16 juillet 2015, *Singh e.a.*, *op. cit.*, ECLI:EU:C:2015:306, note 8.