



**HAL**  
open science

## Intégration et ordre public : Nouvelles variations sur un vieux couple. Chronique citoyenneté 2018

Etienne Pataut

### ► To cite this version:

Etienne Pataut. Intégration et ordre public : Nouvelles variations sur un vieux couple. Chronique citoyenneté 2018. RTDEur. Revue trimestrielle de droit européen, 2018, pp.661-678. halshs-02266412

**HAL Id: halshs-02266412**

**<https://shs.hal.science/halshs-02266412v1>**

Submitted on 14 Aug 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.

**Intégration et ordre public :**  
**Nouvelles variations sur un vieux couple**  
**- Chronique citoyenneté 2018 -**

Etienne Pataut  
Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1)  
IRJS

VERSION DE TRAVAIL

**1. Eloignement, ordre public et intégration : vin nouveau et vieilles outres**

CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-193/16, *E. c. Subdelegacion de Gobierno en Alava* ; CJUE, 14 septembre 2017, aff. C-184/16, *Petrea* ; CJUE, Gde Chambre, 10 avril 2018, aff. C-191/16, *R. Piscioti c. Bundesrepublik Deutschland* ; CJUE, Gde Chambre, 17 avril 2018, aff. C-316/16 et C-424/16, *B. c. Land Bade Wurtemberg et Secretary of State for the Home Dpt c. Vomero* ; CJUE, Gde Chambre, 2 mai 2018, aff. C-331/16 et C-366/16, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie et HF. c. Belgische Staat*.

La mystérieuse loi des séries, qui dit à sa façon beaucoup de choses de l'époque, apporte cette année un important lot de décisions relatives à l'éloignement des ressortissants de l'Union ou des membres de la famille de ceux-ci. Systématiquement, sont mis en balance selon une mécanique toujours plus fine et infiniment casuistique, les différents intérêts en présence : ceux de l'Union, à bâtir progressivement une collectivité humaine qui ne soit pas uniquement la somme des ressortissants des États ; ceux des États membres — garants de la cohésion sociale de la société dont ils ont la charge et sans doute aussi victimes consentantes d'une époque de plus en plus dure aux faibles — à éloigner des personnes qu'ils jugent indésirables ; ceux des personnes, enfin, à bénéficier de leurs droits fondamentaux. Deux processus profondément différents sont donc ici mis en branle. Le premier, d'ordre constitutionnel, concerne la répartition des pouvoirs entre l'Union et les États membres ; le second, centré sur la personne, établit les droits de celle-ci à s'opposer à une décision d'éloignement ou à un refus d'entrée. C'est sans aucun doute ce mélange de deux ordres de considérations différentes qui rend les décisions de la Cour parfois difficiles à comprendre et à interpréter.

La mécanique est d'autant plus complexe qu'elle est mue par des concepts eux-mêmes mouvants. L'intégration, cette année encore au cœur des arrêts de la Cour, en est évidemment le témoin le plus éclatant. Outre qu'elle est difficile à définir, celle-ci joue de surcroît plusieurs rôles, puisqu'elle permet certes aux individus de se prévaloir de droits renforcés, mais qu'elle sert aussi d'indicateur de la répartition des pouvoirs entre l'Union et les États, on y reviendra.

Mais, au cœur de cette discussion, figure aussi un concept central du droit en général et du droit de l'Union en particulier : l'ordre public. Concept lui aussi fort mouvant, largement dépendant du contexte dans lequel il est utilisé, l'ordre public illustre tout autant que l'intégration la difficulté à bâtir un régime juridique raisonnablement simple et stable. En

témoignent cette année plusieurs décisions, la plupart rendues en grande chambre, qui, en articulant intégration, ordre public et régime de circulation des citoyens, dessinent la carte des pouvoirs respectifs des uns et des autres.

C'est tout d'abord une solution relativement classique, mais appliquée à des circonstances qui ne le sont nullement, que parvient l'arrêt *K et HF* du 2 mai 2018, où l'intégration de l'individu sert de garde de fou à l'invocation de l'ordre public par l'État qui entend éloigner un citoyen européen ou un membre de sa famille.

L'affaire concerne deux personnes dont l'implication est alléguée dans la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Le premier, de nationalités croate et bosniaque, dans le contexte des atrocités commises lors de la guerre en ex-Yougoslavie, le second, de nationalité afghane mais père d'une néerlandaise, dans celui de l'infinie et infiniment épouvantable guerre d'Afghanistan.

Dans les deux cas, en raison de leur possible participation à ces exactions, leur demande d'asile a été rejetée par les pays dans lesquels ils se sont installés, soit les Pays Bas pour M. K., et les Pays-Bas puis la Belgique pour M. H. F. A la suite de ces refus, leur a été signifié leur refus de séjour sur le territoire de leur État d'accueil au nom de l'ordre public. Les deux États impliqués estimaient en effet que l'extrême gravité des actes invoqués au soutien du rejet de la demande d'asile était en elle-même suffisante pour caractériser l'atteinte à l'ordre public, justifiant donc le refus de séjour et la mesure d'éloignement.

Telle était aussi la position des différents États (dont la France) qui sont intervenus à l'instance. On notera tout particulièrement l'insistance sur la gravité des exactions dont se sont rendus coupables les intéressés. Celles-ci, en elles-mêmes, porteraient atteinte aux intérêts dont les États ont la charge, et les mesures d'éloignement, affirment-ils, « peuvent également contribuer à assurer la protection des valeurs fondamentales de la société d'un État membre et de l'ordre juridique international ainsi qu'à maintenir la cohésion sociale, la confiance publique dans les systèmes de justice et d'immigration et la crédibilité de l'engagement des États membres dans la protection des valeurs fondamentales visées aux articles 2 et 3 TUE ». Sont ainsi invoquées tant les nécessités des États que celles de l'Union tout entière pour justifier le refus de séjour. L'extrême gravité, établie par le refus de l'asile, des faits allégués, suffirait donc à refuser en outre le séjour.

Le raisonnement paraît implacable tant la gravité des faits en cause est aveuglante. Il a pourtant le défaut d'oublier que l'ordre public a son régime propre en droit de l'Union, indépendant de l'asile et qui a fait l'objet d'une solide construction légale et jurisprudentielle. C'est à cette construction que choisit de revenir la Cour dans un arrêt très motivé qui, au-delà de la solution immédiate, au aussi pour fonction de renforcer l'autonomie conceptuelle du droit de l'Union.

L'ordre public dont il s'agit est bien évidemment celui de l'article 27 de la directive 2004/38, lui-même issu de l'article 45 TFUE. Il s'agit de l'un des termes de la fameuse trilogie « ordre public, santé publique, sécurité publique » qui permet de s'opposer aux libertés de circulation en justifiant l'entrave. En matière d'éloignement des personnes, elle suppose, selon la formule consacrée, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société (article 27 §2), laquelle, là encore en application de considérations parfaitement classiques, doivent être entendues restrictivement.

Plus encore, les conditions d'éloignement d'un citoyen européen ou d'un membre de sa famille dépendent des liens tissés avec la société d'accueil. D'une part, l'État doit tenir compte des liens d'intégration tissés par l'intéressé avec sa société d'accueil, lesquels dépendent « de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de

santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans l'État membre d'accueil et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine » (article 28-1). D'autre part, les motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, sont réduits à des motifs graves d'ordre public ou de santé publique s'ils ont acquis un droit au séjour permanent (article 28-2), eux-mêmes encore réduits à des raisons impérieuses de sécurité publique s'ils ont séjourné dans l'État membre d'accueil pendant dix ans (article 28-3). L'intégration sert bien ici à borner l'ordre public et, au-delà, les pouvoirs des États.

Ces considérations doivent être appliquées à l'espèce. La Cour en effet, sans nier la gravité des exactions ni contester que celle-ci puisse être qualifiée d'atteinte à l'ordre public n'en déroule pas moins son raisonnement classique en la matière, lequel conduit à entièrement dissocier les catégories du droit au séjour des citoyens européens de celles du droit d'asile.

Le raisonnement se fait en deux temps.

Le premier est celui de l'exclusion des catégories du droit d'asile. En effet, nous dit la Cour « le fait que la personne concernée a fait l'objet, dans le passé, d'une décision d'exclusion du statut de réfugié en vertu de l'une de ces dispositions [*ie* : de la Convention de Genève] ne saurait automatiquement conduire à la constatation que sa simple présence sur le territoire de l'État membre d'accueil constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » (n° 51). Les conditions ne sont en effet pas les mêmes, notamment parce que « l'exclusion du statut de réfugié n'est pas subordonnée à l'existence d'un danger *actuel* pour l'État membre » (n° 50, c'est moi qui souligne). Il faut donc, revenir aux règles générales du droit de l'Union et établir donc au cas par cas « que le comportement individuel de la personne concernée représente actuellement un danger réel et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » (n° 52).

Une fois rétabli le droit de l'Union dans l'autonomie de ses qualifications, il faut donc établir — c'est le second temps — les éléments permettant effectivement l'appréciation du comportement des intéressés. A cet égard, l'exceptionnelle gravité des crimes en cause pèse lourd. Elle peut être de nature « à caractériser, même après une période de temps relativement longue, la persistance d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » (n°58) ; et même si le risque de récidive est faible, la persistance de la part des intéressés dans une « attitude attentatoire aux valeurs fondamentales de l'Union » (n°60) justifierait que leur présence soit ainsi qualifiée.

Il demeure que, pour déterminantes que soient ces exactions, celles-ci n'en doivent pas moins être confrontés avec les droits propres des intéressés, que ceux-ci tirent tant de la directive que des droits fondamentaux qui leurs sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme comme par la charte des droits fondamentaux. Dès lors, il faut bien procéder à une évaluation, qui « implique une mise en balance, d'une part, de la menace que le comportement personnel de l'individu concerné représente pour les intérêts fondamentaux de la société d'accueil avec, d'autre part, la protection des droits que les citoyens de l'Union et les membres de leur famille tirent de la directive 2004/38 » (n° 62), tenant compte « des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tout particulièrement du droit au respect de la vie privée et familiale tel qu'il est énoncé à l'article 7 de la Charte et à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (n° 63).

Aucune automaticité, donc, d'autant que, la Cour le rappelle, le temps joue ici un rôle fondamental puisque la directive « met en place un régime de protection à l'encontre des mesures d'éloignement qui est fondé sur le degré d'intégration des personnes concernées dans l'État membre d'accueil, de telle sorte que plus l'intégration des citoyens de l'Union et

des membres de leur famille dans cet État membre est forte, plus les garanties dont jouissent ceux-ci contre l'éloignement sont importantes » (n° 71). Le principe est donc bien clair : plus forte l'intégration, plus difficile l'éloignement. L'intégration borne bien l'ordre public et, au-delà, le pouvoir des États.

On le voit, l'arrêt, finalement, n'a rien que de très classique. Sa particularité, justifiant sans aucun doute la saisine d'une grande chambre, est de concerner des personnes soupçonnées d'exactions d'une telle gravité que les États hésitent à les accueillir en leur sein. Mais, pour être criminels contre l'humanité, ils n'en sont pas moins hommes. En tant que tels, plus précisément en tant que citoyens européens ou membre de famille de citoyens européens, ils se voient donc accorder les mêmes droits fondamentaux et la même pesée d'intérêt que tous les bénéficiaires de la directive. Ce faisant, la Cour réaffirme tant la particularité du raisonnement propre au droit européen (notamment par rapport au droit conventionnel de l'asile) que les exigences de contrôle du lien d'intégration dans l'État d'accueil.

Il reste qu'il faut établir précisément la qualité de cette intégration. A cet égard, les critères sont à la fois subjectifs et objectifs. L'un des critères objectifs les plus importants est le temps passé, dont on vient de voir qu'il déclenchait des protections renforcées contre l'éloignement. Aussi ne faut-il pas s'étonner que le calcul de ce temps passé sur le territoire d'accueil donne lieu à un contentieux assez technique et parfois un peu paradoxal. C'est le cas de l'affaire K., où le calcul est rendu plus compliqué par l'adhésion relativement récente de la Croatie à l'Union européenne. L'intéressé a en effet passé de ce fait une partie de son temps sur le territoire d'accueil des Pays-Bas en tant que ressortissant d'un État tiers, avant que le plomb ne se transforme en or et l'étranger en citoyen européen. Se pose dès lors la question de savoir si le temps légal passé sur le territoire d'un État en application du droit national doit être comptabilisé pour apprécier l'existence d'un droit de séjour permanent en droit de l'Union. La réponse de la Cour, qui n'est pas nouvelle (CJUE, 21 décembre 2011, *Ziolkowski et al.*, aff. C-424/10 et C-425/10) est négative. Cette réponse peut certes se comprendre dans la mesure où le caractère légal du séjour au sens du droit de l'Union européenne dépend de conditions propres et notamment de l'existence de ressources ou de la qualité de travailleur. Dès lors, le simple séjour légal au sens du droit national ne suffit pas, encore faut-il remplir les conditions prévues par le droit de l'Union lui-même. Il reste que cette question, centrale dans l'arrêt *Ziolkowski* (not. n° 40 et n° 62), est ici presque entièrement évacuée. Dès lors, il est peut-être un peu paradoxal de tant insister sur une appréciation concrète et centrée sur la personne pour sembler dans le même temps se contenter d'une analyse sèchement juridique du régime — national plutôt qu'euro-péen — d'un séjour dont rien n'indique qu'*en fait* il ne corresponde pas aux exigences de la directive. Il est vrai que renvoi est fait au juge national et qu'il appartiendra *in fine* à celui-ci de décider si les conditions du séjour permanent du droit de l'Union sont ou pas remplies. L'analyse n'en semble pas moins un peu courte.

A cet égard, l'analyse de la Cour du temps passé par M. K sur le territoire des Pays Bas doit être rapprochée d'une autre décision de grande chambre, rendue le 17 avril 2018, à nouveau par jonction de deux affaires, celle opposant *M. B. au Land de Bade-Württemberg* et *M. Vomero au Secretary of State for the Home Department du Royaume Uni*. A nouveau, dans ces affaires, se pose la question de la protection contre l'éloignement découlant d'un droit de séjour permanent. La particularité des deux affaires venait de ce que les intéressés avaient été condamnés à des peines de prison, dont il fallait déterminer l'impact sur ce lien d'intégration.

Le premier cas concernait un ressortissant grec dont il n'était nullement douteux qu'il avait acquis un droit au séjour permanent en Allemagne, où il résidait depuis sa petite enfance, où il avait grandi et été scolarisé et où il s'était rendu coupable de divers délits ayant conduit à son incarcération. Les faits établissent qu'il ne constituait pas une menace pour la sécurité

publique et, dès lors, devait être protégé contre l'éloignement en raison de son droit au séjour permanent. Restait toutefois la question de savoir si celui-ci n'avait pas été remis en cause par l'incarcération. La situation de M. Vomero, qui est au cœur de la deuxième affaire, est assez proche, s'agissant d'un ressortissant italien installé depuis longtemps au Royaume-Uni où il s'était marié à une britannique. Il a été à plusieurs reprises condamné à des périodes d'incarcération, dont l'une assez longue entre 2001 et 2006. A la différence de M. B, il n'est nullement acquis que M. Vomero ait acquis un droit permanent au séjour. Malgré son installation précoce en Grande Bretagne, il était incarcéré au moment de l'adoption de la directive 2004/38 instaurant celui-ci, empêchant donc ce droit de se cristalliser. De ce fait, il n'est pas exclu que M. Vomero soit considéré comme ayant résidé 10 ans sur le territoire britannique et donc bénéficiaire de la protection maximale de l'article 28-3 de la directive, sans pour autant être bénéficiaire du droit au séjour permanent au sens de la directive, lequel s'acquière après 5 ans de résidence légale. La solution apparaît un peu paradoxale au juge britannique qui interroge donc le juge européen pour savoir si l'existence de ce droit permanent est ou pas une condition préalable à la protection renforcée et si tel n'est pas le cas, comment il convient de calculer ce délai de 10 ans, d'une part, et le lien d'intégration de l'intéressé, d'autre part.

Les deux affaires, réunies en une seule, posent donc une difficulté proche, qui justifie leur jonction : celle de l'influence de l'incarcération dans le processus d'intégration du citoyen européen dans son État d'accueil. Cette fois encore, la question n'est pas nouvelle. La Cour avait en effet déjà eu l'occasion d'affirmer que les périodes d'incarcération pouvaient interrompre ou empêcher de constituer le droit au séjour permanent, tout en admettant qu'une incarcération ne rompait pas *ipso facto* les liens d'intégration des intéressés (CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-378/12, *Nmandi Onuekwere*, CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-400/12, *G*).

Cette année déjà, la Cour a eu l'occasion de confirmer que l'emprisonnement pouvait constituer une rupture brutale d'intégration, en affirmant qu'une décision d'éloignement pouvait bien être prise au cours de l'incarcération, car celle-ci n'empêche nullement que le comportement de l'intéressé représente une menace réelle et actuelle pour la société d'accueil (CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-193/16, *E*). A nouveau, se confirme que des comportements délictueux d'une particulière gravité peuvent justifier que le délinquant soit remis à son État national, qui, en dernière analyse, est donc le seul à devoir prendre en charge son citoyen déviant. Le raisonnement n'est pas extraordinairement convaincant, y compris du point de vue de la lutte contre la criminalité, puisqu'elle déplace le problème sans le résoudre réellement. On pourrait certes, comme on l'a pertinemment proposé récemment, plutôt raisonner au niveau de l'ensemble du territoire européen, par constitution d'un véritable « ordre public européen » qui permettrait de réduire la circulation d'une personne à risque sans pour autant la renvoyer vers son Etat d'origine (v. JY Carlier et G. Renaudière, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne, Chronique 2018 », *Journal du droit Européen*, 2018. 150).

La persistance de la solution inverse témoigne toutefois de la puissante survivance du lien de nationalité. C'est d'ailleurs dans ce cadre du maintien de la particularité du lien de nationalité qu'il faut lire aussi la décision prise par la Cour en matière d'extradition dans un arrêt qui, malgré son importance, ne sera mentionné qu'en passant (CJUE, Gde Chambre, 10 avril 2018, aff. C-191/16, *R. Piscioti c. Bundesrepublik Deutschland*). Cette décision considère qu'est conforme au droit de l'Union une solution bien ancrée dans le droit pénal international : le refus d'extrader ses nationaux. Cette solution, intrinsèquement discriminatoire, n'en est pas moins acceptée par le juge.

Quoi qu'il en soit, on voit que la particularité de l'incarcération et ses conséquences sur l'intégration sont donc solidement établies dans la jurisprudence de la Cour et c'est donc, dans l'affaire *B et Voméro*, dans les traces de ses décisions antérieures que se glisse celle-ci. Elle ajoute toutefois deux précisions qui nous semble digne d'être soulignée, car elles semblent témoigner d'un léger gauchissement de la pesée des différents intérêts en balance.

La première est la réponse et la justification qui en est donnée à la première question du juge britannique. Le droit au séjour permanent, dit la Cour est une précondition pour pouvoir bénéficier de la protection renforcée naissant après 10 ans de résidence. Le raisonnement fait appel à la raison d'être même de cette protection : celle d'amenuiser les pouvoirs de l'État membre d'accueil au fur et à mesure de l'intégration. Dans la mesure où « il résulte ainsi du libellé et de l'économie de l'article 28 de la directive 2004/38 que la protection contre l'éloignement qu'il prévoit connaît un renforcement graduel lié au degré d'intégration atteint par le citoyen de l'Union concerné dans l'État membre d'accueil » (n° 48), il serait paradoxal que le droit de séjour permanent, obtenu après cinq ans de résidence légale et donnant lieu à une protection contre l'éloignement, ne soit pas une condition préalable à la protection renforcée naissant après 10 ans de résidence. Les étapes doivent être franchies une à une et il ne saurait être question de protection renforcée sans droit de séjour permanent.

On pourrait contester cette analyse. Droit de séjour et protection contre l'éloignement sont certes liés, mais pas nécessairement indissociables. Les garanties contre l'éloignement sont corrélées non pas (ou pas uniquement) à la qualité du séjour, mais, plus généralement, au lien qui unit le citoyen et son pays d'accueil. Dès lors, la longueur du séjour est un critère, mais, comme la Cour le reconnaît elle-même lorsqu'elle s'interroge sur la qualité de l'intégration, il n'est pas le seul critère. De ce fait, peuvent apparaître des situations, et il semble bien que celle de *M. Voméro* en soit un bon exemple, où droit de séjour et intégration sont déconnectés l'un de l'autre. Conceptuellement, rien n'empêche donc que les 10 ans de résidence nécessaires pour obtenir une protection renforcée soient bien établis, malgré l'absence de droit au séjour permanent.

Pour des raisons de simplicité sans doute, la Cour ne l'a pas pensé. On a dans ces mêmes colonnes suffisamment critiqué l'extrême complexité de la jurisprudence de la Cour en la matière pour ne pas y insister. L'approche graduelle proposée par la Cour (à la suite des très approfondies conclusions de l'Avocat Général Szpunar) a le mérite de proposer un critère relativement simple d'émergence progressive d'une protection de plus en plus forte contre l'éloignement et de fonctionnement de l'article 28 de la directive. Il reste qu'en toute hypothèse cette approche est insuffisante, dans la mesure où, au-delà du seul article 28, la force du lien d'intégration peut de toute façon constituer un autre obstacle, autrement plus puissant, à l'éloignement. Surtout, il apparaît très significatif qu'après l'avocat général Szpunar (conclusions, n° 55 et s.), le lien soit fait avec la condition de ressources. L'intérêt de refuser à *M. Voméro* la protection renforcée est qu'en effet il redevient éloignable, au-delà des considérations d'ordre public, pour la raison purement économique de l'absence de ressources. Voilà qui donne du grain à moudre aux critiques fréquentes contre une jurisprudence de la Cour renforçant l'exclusion sociale des citoyens les plus démunis (v. part. sur ce point C. O'Brien, « Civis Capitalist sum : class as the new guiding principle of EU free movement rights », *CMLR*, 2016. 937 ; du même auteur, plus largement : *Unity in Adversity: EU Citizenship, Social Justice and the Cautionary Tale of the UK*, Hart, 2017).

Il reste, et c'est le second apport de cette décision, à discuter le contenu précis des liens entre incarceration et intégration. A cet égard, l'intérêt de l'arrêt *B. et Voméro* est, tout en professant une fidélité de principe aux précédents de 2014, de s'en écarter légèrement, au profit d'une approche que l'on se permettra de trouver plus convaincante. Pas ici, en effet,

d'appel aux « valeurs de l'Union » comme dans l'affaire Onuekwere, qui ne nous semblait nullement permettre de justifier la solution de la Cour (v. sur ce point la livraison 2014 de la présente chronique : Cette *Revue* 2014, p. 786). Ce sont bien les seuls éléments propres à la détermination des liens tissés avec le pays d'accueil qui doivent être pris en considération. A cet égard, si la période d'incarcération est bien évidemment de nature à remettre en question la force de ces liens, aucun automatisme ne saurait être admis. La cour revient à son appréciation globale, dans laquelle la peine de prison sera un élément à prendre en considération ; un élément essentiel, mais un élément parmi d'autres.

Ainsi que l'affirme la Cour : « Dans le cadre de l'appréciation globale, rappelée au point 70 du présent arrêt, qu'il appartiendra, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi d'effectuer, celle-ci devra, s'agissant des liens d'intégration tissés par B avec l'État membre d'accueil durant la période de séjour antérieure à sa mise en détention, tenir compte du fait que, plus de tels liens d'intégration avec ledit État seront solides, notamment sur les plans social, culturel et familial, au point, par exemple, d'aboutir à un enracinement véritable dans la société de cet État tel que celui constaté par la juridiction de renvoi dans l'affaire au principal, plus la probabilité qu'une période de détention ait pu conduire à une rupture de ceux-ci et, partant, à une discontinuité de la période de séjour de dix années visées à l'article 28, paragraphe 3, sous a), de la directive 2004/38 sera réduite » (n° 72).

Tout, dès lors, doit être mis dans les différents plateaux de la balance : la nature de l'infraction, les circonstances de sa commission, la réinsertion et, bien entendu, tous les liens familiaux et personnels tissés par l'intéressé dans l'État membre d'accueil.

La Cour continue donc ici son travail de construction de ce critère d'intégration, qualifié avec beaucoup de finesse « d'interstitiel » dans un important travail récent, en ce sens qu'il « s'insère dans les cadres de raisonnement classiques pour en subvertir partiellement le fonctionnement » (V. Réveillère, *Le juge et le travail des concepts juridiques – le cas de la citoyenneté européenne*, Thèse IUE, Florence, 2017, p. 445). Tel est bien l'essentiel de l'œuvre de la Cour de justice avec l'intégration, dont on voit ici à nouveau combien elle force à des mises en balance bien plus complexes que ce que la seule lecture du traité et de la directive peut laisser penser. Pour autant, la fonction du couple ordre public / intégration n'est pas fondamentalement perturbée.

Il en est de même, avec les nuances qui s'imposent, lorsque le lien d'intégration résulte directement de l'attache familiale. Dans ce cas, en effet, la naissance d'un droit de séjour autonome, directement fondé sur l'article 20 TFUE, rend la mise en balance plus délicate.

## **2. Intégration, ordre public et unité des familles**

CJUE, Gde Chambre, 8 mai 2018, aff. C-82/16, *KA et al.*, CJUE, 27 juin 2018, aff. C-246/17, *Diallo*.

L'un des éléments essentiels de l'intégration sociale, la Cour le répète dans chacun de ses arrêts, est la famille. La raison en est à chercher des deux côtés du lien d'intégration. Du côté de l'État d'accueil, l'existence d'une vie familiale est le gage d'une vie ancrée dans les institutions de celui-ci. Aussi l'existence ou non d'une vie familiale dans un État membre et la détermination de l'intensité de celle-ci est-elle l'aune de mesure du degré d'attachement de la personne à l'État. Du côté de l'individu, le droit de mener une vie familiale fait partie des droits fondamentaux, en tant que composante essentielle de leur identité. Les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne viennent ainsi consacrer avec une particulière solennité l'importance de ce lien, qu'ils peuvent donc opposer aux États. De ce fait, les liens familiaux qui sont

constitués dans la société d'accueil permettent un ancrage dans celle-ci qui se traduit de la façon la plus concrète par des droits au séjour, des protections contre l'éloignement et des obligations de reconnaissance des statuts familiaux.

Deux arrêts importants, cette année, permettent de confronter ce lien familial avec l'ordre public, dans deux acceptions différentes de ce terme. Ces deux décisions montrent que le couple ordre public et intégration n'est pas à sens unique, mais qu'il se déploie bien dans toutes les directions : celle des rapports entre l'individu et les États, entre l'individu et l'Union, entre les États et l'Union.

La première décision, l'arrêt *KA et al* du 8 mai 2018, C-82/16 concerne pas moins de 7 personnes, toutes ressortissantes d'États tiers et membres de famille de ressortissants belges qui n'ont pas exercé leur liberté de circulation. Toutes ces personnes font l'objet de procédure d'éloignement vigoureuses pour deux raisons : certains parce qu'ils sont en infraction avec le droit des étrangers (ordre de retour non exécuté) d'autres parce qu'ils ont commis des infractions pénales. Dans tous ces cas, la particularité de leur situation fait que leur demande de titre de séjour en qualité de membre de famille a été refusée sans aucun examen au fond.

Les considérations pénales ne sont à nouveau pas absentes de la réflexion de la Cour, même si c'est cette fois sous un angle assez différent puisqu'est en cause ici la confrontation entre procédure d'éloignement et unité de la famille.

Le regroupement familial est une politique très puissante et très ancienne de l'Union qui, avant de relever des droits fondamentaux, fait partie intégrante d'une politique de libre circulation bien comprise. Instituer la libre circulation des travailleurs sans leur permettre, dans le même temps, de faire venir leur famille aurait en effet confiné à l'absurde et probablement conduit à l'ineffectivité d'une aussi peu attractive liberté. Aussi la politique de l'Union en matière de regroupement familial a-t-elle très tôt conduit à une extension de la libre circulation aux membres de la famille, y compris envers les ressortissants des pays tiers à une époque pourtant où l'Union était dépourvue de compétence en matière d'immigration (v. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2014, n° 190). Cette idée se retrouve aujourd'hui dans le titre même de la directive 2004/38, qui s'adresse, on le rappelle au citoyen européen et aux membres de sa famille.

L'intégration est bien au cœur même de la politique en matière de regroupement familial. Cette intégration peut être tant celle de la personne qui fait venir sa famille, que des membres de celle-ci. Dans le premier cas, la volonté de favoriser l'intégration du travailleur (et désormais du citoyen) est évidente. C'est bien parce que les travailleurs sont des hommes et des femmes avant d'être des outils de production que la possibilité même de mener une vie acceptable dans l'État d'accueil est subordonnée à celle de faire venir leur famille. Dans le second cas, celui du bénéficiaire du regroupement familial, le droit au séjour n'est qu'indirect, et la considération d'intégration beaucoup moins centrale.

Avec l'extension à tous les citoyens de l'Union de la liberté de circulation, la question du regroupement familial a beaucoup perdu de son importance pour les membres de famille eux-mêmes ressortissants d'un État membre. En revanche, pour les ressortissants d'États tiers, le lien familial est d'une importance cruciale, précisément parce que, ne bénéficiant pas d'un droit propre au séjour, celui-ci ne peut se justifier, au moins au départ que dans la mesure où il sert les objectifs du séjour du citoyen européen auquel il est lié. Il reste qu'avec le développement des droits fondamentaux, les liens tissés avec le pays dans lequel il se sont installés peuvent eux aussi prendre une importance suffisante pour les protéger, au moins partiellement, contre l'éloignement.

Initialement, toutefois, cette question ne relevait pas du droit de l'Union, sinon, précisément, dans le cas du regroupement familial, qui supposait donc qu'un ressortissant d'un État membre ait exercé son droit à la mobilité. Dans tous les autres cas, la question de l'éventuelle intégration de l'étranger et de la protection contre l'éloignement qui en résultait relevait du droit national. En d'autres termes, s'ils n'ont aucun lien avec l'Union, ils relèvent en principe du droit des étrangers de chacun des États membres, tel qu'influencé par le transfert progressif des compétences en la matière vers l'Union. Si, au contraire, ils sont fortement attachés à l'Europe, du fait des liens familiaux avec des citoyens ayant exercé leur liberté de circulation, ils relèvent du droit de l'Union. Cette brève description laisse entrevoir l'immense étendue de l'entre-deux. Chaque année apporte ainsi son lot d'affaires, dans lesquelles ni l'applicabilité du droit de l'Union, ni les conditions exactes de son application ne sont parfaitement claires. Telle est bien la situation de l'affaire *KA*, qui approfondit le travail de la Cour sous le double angle de l'applicabilité et de l'application du droit de l'Union.

*L'applicabilité* du droit de l'Union, tout d'abord, n'avait rien d'évident ; ou, plus précisément, il n'était pas très aisé de déterminer quelle branche du droit de l'Union devait ici être mobilisée. La situation concernait en effet des ressortissants d'États tiers qui étaient unis par des liens de familles à des Belges qui n'avaient pas exercé leur liberté de circulation. A première vue, donc — et une partie du débat était bien en ce sens — la question devrait relever principalement du droit national, et marginalement seulement du droit de l'Union, uniquement dans la mesure où celui-ci a harmonisé le droit des étrangers. Tel est partiellement le cas en matière d'éloignement des étrangers, puisqu'on sait que la directive dite « retour » (dir. 2008/115 *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants d'un pays tiers en séjour irrégulier*, JOUE 2008 n° L 348, p. 98) a posé des règles procédurales en la matière, dont il s'agissait de vérifier la correcte application.

Au-delà des règles procédurales communes en matière de retour, toutefois, se posait la question de savoir si l'étranger ne pourrait pas aussi bénéficier, en raison de la force de son attache avec l'Union, de règles plus protectrices, issues des dispositions ou bien relatives à la citoyenneté (article 20 TFUE) ou bien relative aux droits fondamentaux (articles 7 de la Charte, notamment). Telle a bien été l'opinion de la Cour. Est ici, à nouveau, invoquée la jurisprudence *Zambrano*, qu'on ne présente plus sinon pour dire qu'au fil des arrêts et précisions de la Cour, elle a abouti à un standard jurisprudentiel maintes et maintes fois (et ici encore) répété :

« il existe des situations très particulières dans lesquelles, en dépit du fait que le droit secondaire relatif au droit de séjour des ressortissants de pays tiers n'est pas applicable et que le citoyen de l'Union concerné n'a pas fait usage de sa liberté de circulation, un droit de séjour ne saurait, exceptionnellement, être refusé à un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille dudit citoyen, sous peine de méconnaître l'effet utile de la citoyenneté de l'Union dont il jouit, si, comme conséquence d'un tel refus, ce citoyen se voyait obligé, en fait, de quitter le territoire de l'Union pris dans son ensemble, en le privant ainsi de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut » (n° 51).

De ce fait, comme l'affirme la Cour, le refus d'accorder un droit de séjour à un ressortissant d'un pays tiers est susceptible de mettre en cause l'effet utile de la citoyenneté de l'Union s'il existe, entre ce ressortissant d'un pays tiers et le citoyen de l'Union, membre de sa famille, « une relation de dépendance telle qu'elle aboutirait à ce que ce dernier soit contraint d'accompagner le ressortissant d'un pays tiers en cause et de quitter le territoire de l'Union, pris dans son ensemble » (n°52).

La construction jurisprudentielle née de l'affaire *Zambrano* a suffisamment été discutée, y compris dans les colonnes de la présente chronique, pour qu'on n'y revienne pas. Simplement, son application à l'espèce illustre à merveille à quel point le lien d'intégration, ici le lien d'intégration familial, joue un rôle qui s'apparente à celui d'une règle de champ d'application. C'est bien l'existence et surtout la qualité de ce lien qui va justifier l'applicabilité même du droit de l'Union. La méthode est un peu troublante, car elle suppose une appréciation, qui comporte nécessairement une part de subjectivité, de cette « relation de dépendance » pour justifier la mise en branle des protections du droit de l'Union. Dans cette mesure, la règle de répartition des compétences respectives du droit européen et des droits nationaux tranche nettement avec la méthodologie habituelle en la matière.

Elle est incompatible, en tout cas, avec ce qui était au cœur de l'arrêt *KA* et de la procédure d'éloignement telle qu'elle était mise en place en Belgique : l'automatisme de la décision d'éloignement. Cette automatisme du rejet heurte en effet la règle d'applicabilité ici mise en lumière : dans la mesure où elle suppose d'établir l'existence ou pas d'une relation de dépendance entre un citoyen de l'Union et un ressortissant étranger, elle ne peut être rejetée sans une analyse approfondie de la réalité de cette relation. Les modalités d'application du droit au séjour ainsi créé *ex nihilo* par la jurisprudence à partir de l'article 20 TFUE relèvent bien des États, mais elles ne sauraient porter atteinte, nous dit à la Cour à son « effet utile » (n° 54), qui joue donc ici encore le rôle d'outil universel du droit de l'Union, justifiant en l'espèce que la procédure trop automatique de la Belgique soit écartée.

La même critique de l'automatisme se retrouve sous le second angle, celui de *l'application* du droit de l'Union. La demande de titre de séjour en qualité de membre de famille ne peut pas ne pas être examinée au fond. Cette méfiance à l'égard de l'automatisme se retrouve d'ailleurs fréquemment dans la jurisprudence de la Cour, comme en témoigne encore l'arrêt, qui ne sera mentionné que brièvement, du 27 juin 2018 (aff C-246/17, *Diallo*).

Mais il reste que la Cour donne aussi, et c'est le second intérêt de l'arrêt, des instructions relativement précises quant à la façon de mettre en œuvre ce contrôle du lien de dépendance et ses liens avec l'éventuelle violation de l'ordre public. La Cour, dès lors, s'oblige à la nuance et entre dans les détails les plus précis à la fois de la procédure belge et du fond de la situation.

Procéduralement, la solution belge consistait à exiger que l'ordre de retour soit exécuté pour que la suspension de l'interdiction d'entrée sur le territoire soit demandée. Cette pratique (pourtant relativement courante, y compris en France) est ici condamnée en passant, à nouveau sur le fondement de l'effet utile de l'article 20. Le raisonnement est implacable : dans la mesure où le droit au séjour est fondé sur le risque de voir un citoyen européen dépendant quitter le territoire de l'Union, cette exigence procédurale particulière comporte en elle-même le risque d'éloignement et, donc, d'atteinte à nouveau à l'« effet utile » de l'article 20 (n° 56). L'automatisme est donc impitoyablement sanctionné : il ne peut y avoir de décision sans étude approfondie et individuelle de la situation.

Reste à mener cette étude approfondie. A cet égard, sur le fond, la Cour entre dans le détail des situations familiales elles-mêmes, notamment en distinguant selon que le citoyen de l'Union, le citoyen d'ancrage si l'on ose dire, est majeur ou mineur, la relation de dépendance étant potentiellement plus forte dans le second cas (n° 65). Lorsque la situation ne concerne que des personnes majeures, la relation de dépendance est même exceptionnelle et ne peut être justifiée par d'uniques raisons financières (n° 68). Lorsqu'au contraire le ressortissant européen est mineur, la relation de dépendance sera plus facilement admise, à condition toutefois de prendre en compte, au-delà du seul lien de filiation, l'ensemble des circonstances de nature à établir le danger pour l'enfant (n°71 et 72). Doivent dans ce cadre être prises en

considération les dispositions de la Charte : l'article 7 sur le droit au respect de la vie familiale, bien entendu, mais aussi l'article 24 sur la nécessaire et systématique prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La distinction de régime entre les adultes et les enfants est bien évidemment protectrice de ces derniers, ce dont on ne peut que se réjouir. En revanche, elle implique une différence de traitement entre les conjoints et les enfants, déjà en germe dans l'affaire *Mc Carthy* (CJUE, 5 mai 2011, aff. C-434/09, *Shirley Mc Carthy c. Secretary of State for the Home Department*), qui nous semble moins facile à justifier. Si c'est bien la volonté de ne pas séparer les familles qui motive la Cour, alors le lien entre non éloignement et regroupement familial est difficile à rompre. Or, du point de vue du regroupement familial, enfants et conjoints sont bien traités sur un pied d'égalité, en tout cas du point de vue du principe du regroupement familial, et le conjoint bénéficie bien d'un droit au séjour opposable à l'État, comme va d'ailleurs le montrer l'affaire *Coman* dans un instant. Sur ce point, et malgré la référence à ses conclusions, la Cour va plus loin que l'Avocat général Sharpston, qui, si elle fait bien la différence entre les mineurs et les majeurs, envisage surtout la question de l'enfant majeur et non pas du conjoint (n° 80). La même considérait d'ailleurs, à l'époque de l'arrêt *Mc Carthy*, que le risque d'éloignement d'un conjoint comportait en lui-même un risque de violation des droits fondamentaux des intéressés (Avocat Général Sharpston, Conclusion sous l'affaire *Mc Carthy*, point 60). Dès lors, le principe même de cette séparation ne nous semble pas apparaître avec évidence. En réalité, il nous semble que l'expression même de « lien de dépendance » paraisse un peu restrictive, tant il paraît difficile de penser qu'elle puisse s'appliquer à des conjoints, sauf situation particulière comme l'état de handicap.

Si en réalité c'est bien la volonté combinée de garantir le droit à mener une vie familiale et d'empêcher l'éloignement du citoyen, alors les circonstances exceptionnelles qui justifient un droit au séjour propre et fondé sur l'article 20 TFUE, ne devraient pas être limitées à cette situation de dépendance.

Une telle affirmation n'implique nullement qu'il soit impossible de procéder à la mesure d'éloignement. Simplement, celle-ci devrait être évaluée de la même façon que pour le droit au séjour habituel : par le processus de la mise en balance des différents intérêts fondamentaux de l'Union, de l'État membre concerné et de la personne ou des personnes impliquée(s). Cette mise en balance conduira à mettre les motifs d'intégration dans l'un des plateaux, en face des considérations d'ordre public. Il n'apparaît guère de raison de s'éloigner ici du raisonnement habituel.

Le pas décisif, franchi avec l'arrêt *Zambrano*, était d'accorder un droit de séjour dans l'hypothèse non envisagée par le traité, où le citoyen d'ancrage n'avait pas exercé sa liberté de circulation. Une fois ce pas franchi, même dans de rares « circonstances exceptionnelles », il semble difficile de limiter ces circonstances exceptionnelles de telle façon qu'une différence de régime semble s'imposer entre enfants mineurs, d'un côté, et enfants majeurs et conjoints de l'autre. Toutes choses égales par ailleurs, l'intégration familiale et, partant, le risque d'atteinte aux droits fondamentaux est identique qu'elle concerne les enfants ou les conjoints. Que cette intégration puisse être limitée par des raisons d'ordre public est parfaitement compréhensible ; qu'elle soit amoindrie pour le conjoint est moins facile à accepter.

La Cour elle-même, semble d'ailleurs convaincue de l'importance juridique du lien d'affection unissant deux adultes ; en témoigne avec éclat l'arrêt, appelé à faire date, concernant un mariage entre personnes de même sexe.

### 3. Intégration, ordres publics et mariage

CJUE, Grande Chambre, 14 novembre 2017, *Lounes*, aff. C-165/16 ; CJUE, Gde Chambre, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman* ; CJUE, 27 juin 2018, *Altiner*, aff. C-230/17

L'important arrêt *Coman* est sans aucun doute appelé à être très commenté du fait de sa solution, des perspectives qu'il ouvre et des incertitudes qui l'accompagnent. La décision confronte une autre figure de l'ordre public à l'exigence d'intégration familiale : l'ordre public au sens du droit international privé, qui permet de s'opposer à la reconnaissance d'une norme étrangère choquante. Celui-ci est mobilisé depuis plusieurs années, dans le contexte d'une évolution fondamentale du droit international privé de la famille sous l'influence notamment de la citoyenneté européenne. On le sait, l'exigence de liberté de circulation des citoyens européens a conduit à l'émergence progressive d'une obligation de reconnaissance des situations familiales qui a suscité une attention doctrinale soutenue, tant elle remet en cause les fondements même du droit international privé (en dernier lieu, v. S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse dact., Paris 2, 2017). A très grands traits, l'obligation de reconnaissance a été déduite par la Cour de justice des exigences de la liberté de circulation des citoyens, qui imposerait, selon elle, de pouvoir circuler avec son état civil. Une telle solution pourrait aller jusqu'à la « portabilité du statut personnel » comme on a pu désigner, avec un grand bonheur de plume, cette obligation qui serait faite aux États d'accueil de reconnaître la situation familiale du citoyen européen ayant exercé son droit à la mobilité (S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, thèse dact., Liège, 2016, publ. 2017).

Il reste que, pour l'essentiel, les exemples soumis à la Cour de ces solutions concernaient le nom de famille, question centrale de l'identité des personnes, mais qui ne peut à elle seule suffire pour considérer qu'existe une obligation générale de reconnaissance dans tous les États membres de toutes les situations familiales individuelles instituées dans un autre État membre. La question est d'autant plus délicate que l'Union est encore aujourd'hui dépourvue de compétence en matière de droit substantiel de la famille et que de profondes divergences subsistent entre États membres sur le sujet, notamment pour les institutions encore discutées que sont, par exemple, le couple de même sexe ou la procréation médicalement assistée. Défaut de compétence et divergences de fond ont ainsi conduit à réduire l'ambition du règlement européen en matière d'état civil, finalement beaucoup plus limité que ce qui était initialement envisagé, puisque la reconnaissance du rapport de droit au fond, souhaitée par la Commission européenne, a été refusée (Règlement n° 2016/1191 du 6 juillet 2016 *visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne*, JOUE n° L 200, du 26 juillet 2016, p. 1). Il paraît certes possible de défendre que ce règlement aura néanmoins un impact important sur la reconnaissance elle-même, mais il reste que l'ampleur de cet impact reste à mesurer (E. Pataut, « Vers un état civil européen ?, » *Mélanges en l'honneur de S. Vrellis*, Athènes, 2013, p. 635). C'est dire s'il reste des questions fondamentales à régler et si l'intervention de la Cour de justice était attendue.

C'est ce contexte qui rend l'affaire *Coman* d'une si grande importance. Celle-ci, en effet, confronte les exigences de la liberté de circulation à une institution jusqu'ici non explicitement envisagée : le mariage. D'autre part, et surtout, elle teste les limites de l'exigence de la reconnaissance en la confrontant à l'ordre public car le mariage en question était un mariage entre personnes de même sexe.

L'affaire concernait un double national roumain et américain, M. Coman, marié en Belgique où il vivait, avec un citoyen américain, M. Hamilton. Les époux se sont ensuite adressés aux autorités roumaines pour qu'un droit au séjour soit accordé à M. Hamilton en tant que membre de la famille. Le mariage entre personnes de même sexe étant explicitement refusé en Roumanie, qui a même introduit dans le code civil une condition d'altérité sexuelle, cette demande fut rejetée par les autorités roumaines. L'affaire a paru suffisamment délicate aux juridictions roumaines pour que celles-ci saisissent la Cour constitutionnelle roumaine, laquelle a, à son tour, saisi la Cour de justice.

Les questions posées par la Cour constitutionnelle portaient, pour l'essentiel, sur la directive 2004/38 et la charte : il convenait de savoir si la notion de conjoint, telle qu'interprétée à la lumière de la charte, comprenait ou pas le conjoint de même sexe. En revanche, les dispositions spécifiques à la citoyenneté, tirées du traité, n'étaient pas invoquées.

Comme le remarque la Cour dans de denses observations préliminaires, le fondement juridique était pourtant essentiel à discuter. M. Coman étant roumain, la directive 2004/38 n'est en effet pas applicable. Celle-ci ne vise que les conditions d'entrée et de séjour des citoyens européens dans un État membre dont ils ne possèdent pas la nationalité. Dès lors, la directive n'est applicable ni à l'intéressé ni aux membres de sa famille. La solution ne fait aucun doute. Elle a été affirmée à de très nombreuses reprises par la Cour, y compris, cette année, dans l'important arrêt *Lounes* (14 novembre 2017, aff. C-165/16) qui concernait une ressortissante anglo-espagnole installée en Grande Bretagne. Celle-ci étant de la nationalité du pays dans lequel elle est installée, la directive ne peut lui être applicable et ne peut donc fonder un droit de séjour dérivé au bénéfice de son conjoint. Après l'arrêt Coman, le principe de ce droit au séjour a encore été répété dans la décision *Altiner* (27 juin 2018, aff. C-230/17), qui concernait l'entrée d'un ressortissant turc au Danemark.

C'est donc ailleurs qu'il faut trouver des éléments juridiques permettant de fonder un droit au séjour. Ceux-ci, pour la Cour, doivent être tirés directement du traité, plus précisément de l'article 21 TFUE relatif à la libre circulation des citoyens. Pour la Cour, en effet,

« lorsque, à l'occasion d'un séjour effectif du citoyen de l'Union dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, en vertu et dans le respect des conditions prévues par la directive 2004/38, une vie de famille s'est développée ou consolidée dans cet État membre, l'effet utile des droits que le citoyen de l'Union concerné tire de l'article 21, paragraphe 1, TFUE exige que la vie de famille que ce citoyen a menée dans ledit État membre puisse être poursuivie lors de son retour dans l'État membre dont il possède la nationalité, par l'octroi d'un droit de séjour dérivé au membre de la famille concerné, ressortissant d'un État tiers. » (n° 24).

La solution n'est pas nouvelle, elle a même été utilisée dans le contexte particulier de la double nationalité du citoyen européen dans l'affaire *Lounes* (sur ce point, qui ne sera pas développé ici, v. *Infra/Supra*, p. XXXX, note J. Heymann) mais elle souligne, à nouveau, l'importance et l'autonomie des dispositions du droit primaire sur la citoyenneté européenne. Celles-ci permettent à nouveau de fonder un droit de séjour autonome dans des conditions non prévues par la directive, dans une hypothèse différente de celle de la jurisprudence *Zambrano* qui, pour sa part, n'implique aucun déplacement interne à l'Union. Le droit de séjour dont il est ici question, et dont le régime juridique se bâtit par analogie avec les dispositions de la directive, n'est pas fondé sur le risque d'éloignement du territoire de l'Union d'un citoyen européen dépendant. Il résulte, plus classiquement, de la logique de l'entrave à la liberté de circulation puisque, nous dit la Cour, « en l'absence d'un tel droit de séjour dérivé, ce citoyen de l'Union pourrait être 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 ainsi développée ou consolidée dans l'État membre d'accueil » (n° 24). A cet égard, il se rapproche bien plus du précédent du nom de famille, puisque c'est bien l'absence de possibilité de mener une vie familiale transfrontière qui est constitutive de l'entrave à la liberté de circulation.

L'existence même de ces deux droits au séjour, directement déduits du traité, montre bien les puissantes conséquences que le droit de l'Union, par la bouche de la Cour, attache à l'intégration sociale par la famille. Elle permet de justifier non pas un mais bien deux types de droit au séjour, l'un fondé sur la volonté de ne pas séparer les familles, même en l'absence de mouvement interne à l'Union, l'autre sur l'épanouissement d'une vie familiale sur l'intégralité du territoire de l'Union. C'est ce second droit au séjour qui est ici réaffirmé avec force dans les arrêts *Lounes* et *Coman*.

Il reste bien entendu à faire fonctionner ce droit au séjour et pour la Cour, dans l'affaire *Coman* qui sera seule envisagée désormais, à répondre aux questions posées par la Cour constitutionnelle roumaine. La réponse de la Cour est ferme en apparence et radicalement contraire à la position roumaine. Elle impose en effet aux autorités roumaines d'accorder un droit de séjour au mari de M. Coman, sur le modèle du droit de séjour qui est accordé aux époux par l'article 7 de la directive 2004/38, soit un droit de séjour supérieur à trois mois. Le désaveu de la position roumaine est donc complet.

Pour ce faire, la Cour s'appuie sur le raisonnement bien aguerri qui est le sien en matière de citoyenneté européenne, « statut fondamental des ressortissants des États membres » selon la formule consacrée depuis plus de 15 ans (CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99). Ce statut est bien celui qui permet aux citoyens européens, non seulement de circuler et de séjourner, mais encore de se prévaloir de leur droit de mener une vie familiale normale au côté des membres de leur famille à l'encontre de leur État membre d'installation, fût-il leur État d'origine. Dans la perspective du séjour, les autorités roumaines sont bien contraintes de reconnaître la situation familiale créée dans un autre État membre. Il est à noter que la Cour ici contribue à la construction progressive de la théorie de la reconnaissance en obligeant d'une part que le mariage soit conclu « conformément au droit » de l'État membre de célébration (e.g. n° 35) et en subordonnant d'autre part la reconnaissance à un séjour « effectif » de l'intéressé (e.g. n° 40). Les deux affirmations, plusieurs fois répétées, mériteraient d'être développées. D'un côté, par la référence au « droit » sans doute faut-il inclure les règles de conflit de lois, dont on rappelle qu'elles font encore cruellement défaut en matière de mariage dans le droit de l'Union. La question de la détermination des conditions de validité d'un mariage est ici laissée dans l'ombre, mais elle ne peut être totalement ignorée. C'est aussi dans ce contexte qu'il faut comprendre, de l'autre côté, l'exigence d'un séjour « effectif ». La volonté est ici manifeste d'approfondir l'exigence d'un lien raisonnable entre le pays de constitution et la situation elle-même, exigence qui était clairement affirmée déjà dans le récent arrêt *Freitag* (CJUE, 8 juin 2017, aff. C-541/15, *Freitag*). Même si l'affirmation est assénée sans plus de précision, l'on ne peut que s'en réjouir tant elle s'éloigne des apories des solutions de la Cour en matière de société, dont l'indifférence complète à la question du rattachement semble fort critiquable (v. en dernier lieu CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, aff. C-106/16). C'est aussi dans cette philosophie qu'il faut se féliciter de la relative prudence de la Cour dans l'affaire *Altimer*, où la vie de famille ne semblait pas constituée dans le pays (en l'espèce la Suède) dans lequel le citoyen européen (en l'espèce danois) s'était déplacé. C'est bien la circulation de la situation familiale constituée à l'étranger qui est au cœur de ce droit au séjour.

Reste bien sûr à savoir si l'expression « membre de famille » inclut le conjoint de même sexe. Sur ce point, la réponse de la Cour est ferme et positive. En substance, elle note que le terme « conjoint », utilisé dans la directive 2004/38 est neutre et ne comporte, à la différence de la disposition relative au partenariat, aucun renvoi au droit national. De ce fait, il paraît inacceptable à la Cour que l'étendue des droits de séjour dépende de la loi nationale et de l'acceptation ou non du mariage entre personne de même sexe par l'État d'accueil. Un refus fondé sur la loi nationale serait donc bien constitutif d'une entrave (n° 40).

A partir de là, la dernière question est celle de savoir si les États peuvent invoquer une raison impérieuse d'intérêt général pour s'opposer à la mise en œuvre de cette liberté d'installation et de séjour. C'est ici qu'ordre public au sens du droit international privé et ordre public au sens du droit de l'Union se rejoignent. Le premier, en effet, sert à s'opposer à une norme étrangère applicable lorsque celle-ci est par trop choquante aux yeux de l'ordre juridique du for. Il ne fait aucun doute que tel est bien le cas en Roumanie, qui a pris le soin d'insérer dans son code civil un article 277, paragraphe 2 aux termes duquel : « Les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger par des citoyens roumains ou par des étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie. ». La question de la détermination de la loi applicable au mariage n'a donc guère d'importance en l'espèce. Quelle que soit la loi applicable à ce mariage celui-ci ne peut en principe produire d'effet en Roumanie. C'est la vigueur de cette réaction qui incite les roumains à voir dans cette politique une raison objective, d'intérêt générale et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national pour s'opposer à la reconnaissance du droit au séjour. On se souvient que tels étaient, en matière de nom de famille, les justifications ayant permis de s'opposer à la reconnaissance de titres nobiliaires (CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* ; CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*) ou de translittérations de nom de famille inacceptables (CJUE, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevič-Vardyn*).

La réponse de la Cour pour refuser de mettre en œuvre une telle limite mérite d'être reproduite en entier, pour elle en effet,

« l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans ce premier État membre, laquelle est définie par le droit national et relève, ainsi qu'il a été rappelé au point 37 du présent arrêt, de la compétence des États membres. Elle n'implique pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union » (n° 45). En d'autres termes, l'obligation de reconnaissance « ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'État membre concerné » (n° 46).

La solution s'impose d'autant plus, d'après la Cour, qu'une entrave ne peut être justifiée qu'à condition d'être conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte. Or, sur ce point, la Cour renvoie à l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle une relation de couple homosexuelle relève de la notion de vie privée et familiale au même titre qu'une relation entre couple de sexe opposé. L'interprétation parallèle de la Charte et de la Convention impose donc que soit accordé un droit de séjour.

Les arguments de la Roumanie, malgré leur importance et le caractère difficilement douteux du caractère politiquement fondamental de l'interdiction du mariage homosexuel, sont donc écartés sans ménagement. La Cour, pourtant, est peut-être plus prudente qu'il n'y paraît.

Certes, il ne fait aucun doute qu'un droit de séjour de conjoint doive être accordé au mari de M. Corman. Mais l'obligation de la Roumanie va-t-elle au-delà ? Plus précisément, cette obligation s'étend-elle à la question de la reconnaissance des effets *civils* du mariage ? Rien n'est moins sûr. La Cour prend en effet soin de préciser que ce par quoi l'identité nationale non plus que l'ordre public ne sont pas menacés, est bien la reconnaissance « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé ». Il pourrait donc être soutenu que l'obligation de la Roumanie s'arrête à l'octroi d'un titre de séjour, sans qu'aucune obligation de reconnaissance des effets civils du mariage ne soit imposée.

Plusieurs arguments militent en ce sens. Les plus importants, nous paraissent être relatifs à l'autonomie des États membres en matière familiale. Comme le note la Cour, l'Union est dépourvue de compétence en la matière et il ne lui appartient nullement de dire quel doit être le contenu des dispositions nationales relative au mariage. Dès lors, la question est bien celle de l'articulation entre cette compétence exclusive étatique et l'obligation européenne de reconnaissance, dont on a pu estimer qu'elle reposait en priorité sur les conceptions fondamentales des États (v. part. L. Rass-Masson, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse Paris 2, 2015, spéc. pp. 328 et s.). A cet égard, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public (au sens du droit international privé) révèle clairement l'importance considérable accordée par l'ordre juridique roumain à la question et incite bien à y voir un choix fondamental, constitutif d'une raison impérieuse d'intérêt général au sens du droit de l'Union. Dès lors, l'incitation à la prudence paraît en effet de mise. Celle-ci s'impose d'autant plus que la référence à la Cour européenne des droits de l'homme est peut-être plus ambiguë qu'il n'y paraît. Si en effet la Cour a fait de l'union homosexuelle une composante de la vie privée et familiale, elle n'a nullement tiré de cette qualification une obligation de reconnaissance sans frein des mariages de même sexe. Les décisions de la Cour (v. par ex. CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, n° 26431/12) se caractérisent au contraire par une certaine prudence en la matière, dont les conséquences sur la reconnaissance des mariages sont loin d'être parfaitement claires. Il est donc possible d'estimer, et telle est d'ailleurs bien la position de l'avocat général Wathelet qui ne s'éloigne pas de la seule question du séjour (conclusions, n°100) que l'obligation pesant sur la Roumanie est limitée au séjour.

A l'inverse, on ne peut s'empêcher de noter que les fondements de la solution prônée par la Cour sont suffisamment vastes pour accueillir plus qu'une obligation de reconnaissance limitée au séjour. C'est une caractéristique fondamentale et maintes fois discutée de la jurisprudence de la Cour sur la citoyenneté que d'avoir considérablement étendu les droits attachés à la qualité de citoyen européen, au-delà de la liste limitative du traité. Tout particulièrement, l'ensemble de la construction jurisprudentielle sur le nom de famille est bien fondée sur la reconnaissance civile de celui-ci. N'était nullement en cause, dans les différentes affaires concernant le nom de famille, le droit au séjour qui n'était la plupart du temps pas contesté. Dès lors, lorsque la Cour, dans une formule plus générale, affirme que la reconnaissance est accordée « aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union » (n° 45) après avoir placé tout son raisonnement sous les auspices de l'arrêt *Grzelczyk*, (n° 30), il est difficile de ne pas voir une possible extension de la solution Coman au-delà du seul droit au séjour. Les citoyens européens tirent en effet bien d'autres « droits » de cette qualité de citoyen que le seul séjour. Comme celle du nom de famille, la non reconnaissance des effets civils d'un mariage pourrait en effet fort bien être qualifiée d'entrave à la libre circulation du citoyen. L'argument de la citoyenneté est suffisamment vaste pour soutenir la solution.

Entre ces deux interprétations, il n'est pas très aisé de trancher. Peut-être faut-il voir dans la plume même de la Cour de justice une certaine hésitation entre ces deux interprétations,

qu'elle se réserve de rediscuter. La seule chose certaine est que la formulation de la Cour doit être comprise comme limitant pour ce cas d'espèce la reconnaissance au droit au séjour, mais n'excluant nullement, pour l'avenir, que la citoyenneté exige la reconnaissance du mariage entre personne de même sexe, y compris dans ses aspects civils, ce qui aurait évidemment une toute autre portée. En toute hypothèse, si cette question devait être soumise à la Cour, la discussion sur les liens entre l'ordre public du droit international privé et l'ordre public du droit de l'Union devra reprendre, puisqu'une chose est d'ignorer les réserves de la loi civile pour la seule question administrative du droit au séjour, toute autre chose serait de les ignorer quant aux effets civils eux-mêmes. La désactivation des dispositions prohibitives du code civil roumain aurait alors une toute autre portée.

L'arrêt *Coman* est donc une étape, importante, certes mais pas décisive, quant à la constitution d'un régime de la reconnaissance. Il montre que la complexité des relations entre droit international privé et droit de l'Union européenne a encore de beaux jours devant elle.