

Siég. : MM. V. Skouris (prés.), A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues (rapp.), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, A. Rosas, M. Ilešič, J. Malenovský, U. Lõhmus, E. Levits, A.Ó. Caoimh, L. Bay Laarsen et Mme M. Berger. Greffier : Mme R. Şereş.

M.P. : Mme E. Sharpston.

Plaid : M^e P. Robert, Mme C. Pochet, M^{es} F. Motulsky et K. de Haes, Mme B. Weis Fogh, MM. M. Lumma, N. Graf Vitzthum, D. O'Hagan, D. Conlan Smyth, Mmes S. Vodina, T. Papadopoulou, M. Michelogiannaki, A. Czubinski, C. Wissels, MM. M. de Grave, J. Langer, E. Riedl, M. Dowgielewicz et M. Szpunar, Mme D. Maidani et M. M. Wilderspin.

J.L.M.B. 11/322

Cour de justice de l'Union européenne (troisième chambre) 5 mai 2011

Nationalité – Citoyenneté européenne – Situation purement interne – Refus d'un titre de séjour opposé à un citoyen européen, marié à un ressortissant d'un pays tiers.

Observations.

L'article 21 du TFUE n'est pas applicable à la situation d'une citoyenne européenne, mariée à un ressortissant d'un Etat tiers, qui se voit refuser un titre de séjour par l'Etat membre au sein duquel elle n'a cessé de séjourner et dont elle est ressortissante, tout en disposant également de la nationalité d'un autre Etat membre.

(McCarthy / Secretary of State for the Home Department)

C-434/09

Extraits

[...]

Sur l'applicabilité de l'article 21 TFUE

44. La seconde partie de la présente question telle que reformulée par la Cour porte sur le point de savoir si l'article 21 TFUE est applicable à un citoyen de l'Union qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation, qui a toujours séjourné dans un État membre dont il possède la nationalité et qui jouit, par ailleurs, de la nationalité d'un autre État membre.

45. À cet égard, il convient de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que les règles du traité en matière de libre circulation des personnes et les actes pris en exécution de celles-ci ne peuvent être appliqués à des situations qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union et dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre [...].

46. À cet égard, il y a lieu d'observer cependant que la situation d'un citoyen de l'Union qui, telle madame McCarthy, n'a pas fait usage du droit de libre circulation ne saurait, de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne (voy. arrêt du 12 juillet 2005, *Schempp*, C-403/03, *Rec. p. I-6421*, point 22).

47. En effet, la Cour a relevé à plusieurs reprises que le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres (voy. arrêt du 8 mars 2011¹, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, non encore publié au *Recueil*, point 41 et jurisprudence citée). Par ailleurs, la Cour a jugé que l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales qui ont pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut (voy. arrêt *Ruiz Zambrano*, précité, point 42).

48. En tant que ressortissant de, au moins, un État membre, une personne telle madame McCarthy jouit du statut de citoyen de l'Union en vertu de l'article 20, paragraphe premier, TFUE et peut donc se prévaloir, y compris à l'égard de son État membre d'origine, des droits afférents à un tel statut, notamment celui de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres tel que conféré par l'article 21 TFUE (voy. arrêt du 10 juillet 2008, *Jipa*, C-33/07, *Rec.* p. I-5157, point 17 et jurisprudence citée).

49. Cependant, aucun élément de la situation de madame McCarthy, telle que décrite par la juridiction de renvoi, ne fait apparaître que la mesure nationale en cause au principal aurait pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, conformément à l'article 21 TFUE. En effet, la non-prise en compte par les autorités du Royaume-Uni de la nationalité irlandaise de madame McCarthy aux fins de lui reconnaître un droit de séjour au Royaume-Uni n'affecte aucunement cette dernière dans son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, ni d'ailleurs dans aucun autre droit qui lui est conféré par son statut de citoyenne de l'Union.

50. Il doit être relevé à cet égard que, contrairement à ce qui caractérisait l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Ruiz Zambrano*, précité, la mesure nationale en cause dans la présente affaire au principal n'a pas pour effet que madame McCarthy se verra obligée de quitter le territoire de l'Union. En effet, ainsi qu'il ressort du point 29 du présent arrêt, celle-ci bénéficie, en vertu d'un principe de droit international, d'un droit de séjour inconditionnel au Royaume-Uni dès lors qu'elle possède la nationalité du Royaume-Uni.

51. La présente affaire au principal se distingue également de celle ayant conduit à l'arrêt du 2 octobre 2003, *Garcia Avello* (C-148/02, *Rec.* p. I-11613). En effet, dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'application de la réglementation d'un État membre à des ressortissants de cet État membre ayant également la nationalité d'un autre État membre avait pour effet que ces citoyens de l'Union portaient des noms de famille différents au regard des deux systèmes juridiques concernés et que cette situation était de nature à engendrer, pour eux, de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé, résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans l'autre État membre dont ils possèdent également la nationalité.

52. Ainsi que la Cour l'a relevé dans son arrêt du 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul* (C-353/06, *Rec.* p. I-7639), dans un contexte tel que celui examiné dans le cadre de l'arrêt *Garcia Avello*, précité, ce qui importait était non pas tant que la diversité des noms patronymiques était la conséquence de la double nationalité des intéressés, mais bien le fait que cette diversité était de nature à engendrer pour les citoyens de l'Union concernés des inconvénients sérieux qui constituaient une entrave à la libre circulation ne pouvant être justifiée que si elle se fondait sur des considérations

1. Publié ci-avant, p. 1224.

objectives et était proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi (voy., en ce sens, arrêt *Grunkin et Paul*, précité, points 23, 24 et 29).

53. Ainsi, dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts *Ruiz Zambrano* et *García Avello*, précités, la mesure nationale en cause avait pour effet de priver des citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut ou d'entraver l'exercice de leur droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

54. Or, ainsi qu'il a été rappelé au point 49 du présent arrêt, dans le contexte de la présente affaire au principal, la circonstance que madame McCarthy possède, outre la nationalité du Royaume-Uni, la nationalité irlandaise n'implique pas l'application de mesures d'un État membre qui auraient pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Partant, dans un tel contexte, une telle circonstance ne saurait suffire, à elle seule, pour considérer que la situation de la personne intéressée relève de l'article 21 TFUE.

55. Dans ces conditions, il y a lieu de constater que la situation d'une personne telle madame McCarthy ne présente aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union et que l'ensemble des éléments pertinents de cette situation se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre.

56. Il s'ensuit que l'article 21 TFUE n'est pas applicable à un citoyen de l'Union qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation, qui a toujours séjourné dans un État membre dont il possède la nationalité et qui jouit, par ailleurs, de la nationalité d'un autre État membre pour autant que la situation de ce citoyen ne comporte pas l'application de mesures d'un État membre qui auraient pour effet de le priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Siég. : MM. **K. Lenaerts** (prés.), **D. Šváby**, Mme **R. Silva de Lapuerta** (rapp.), MM. **E. Juhász** et **J. Malenovský**. Greffier : Mme **L. Hewlett**.

M.P. : Mme **J. Kokott**.

Plaid. : M^e **S. Cox**, Mme **K. Lewis**, MM. **S. Ossowski**, M^{es} **T. Ward**, **C. Vang**, Mme **M. Linntam**, MM. **D. O'Hagan**, **D. Conlan Smyth**, M^e **B. Lennon**, Mmes **C. Wissels**, **M. de Ree**, **D. Maidani** et **M. M. Wilderspin**.

J.L.M.B. 11/323

Observations

La citoyenneté européenne appliquée aux situations purement internes : portée et enjeux des arrêts *Zambrano* et *Mc Carthy*

1. Construit pour faciliter les échanges – de biens, de services, de capitaux ou de personnes – entre les États membres, le droit de l'Union européenne a longtemps cantonné en dehors de son champ d'application les ressortissants des États membres « statiques » ou « sédentaires », ces personnes physiques qui, bien que disposant, en raison de leur nationalité, de la citoyenneté européenne, n'avaient eu ni le goût ni le besoin de circuler au-delà des frontières de leur État. Les situations « purement internes » – qu'elles concernent, du reste, des produits, des services, des personnes ou des capitaux – échappaient, par principe, au droit communautaire tel qu'il avait été pensé par les pères fondateurs.

Des effritements apparurent néanmoins peu à peu. Ainsi, la liberté de circulation des marchandises fut interprétée par la Cour de justice comme s'opposant à ce qu'une taxe soit perçue sur le transfert de produits entre entités locales d'un même Etat membre. La création d'une Union sans frontières *intérieures* justifiait que soient prises en compte des situations purement internes².

2. Adoptés à l'occasion du Traité de Maastricht, les articles 20 et 21 du TFUE consacrent la notion de citoyenneté européenne et les droits de circulation et de séjour qui s'y attachent. L'ancrage d'un tel principe dans le droit primaire, la dignité même du concept incitent à y voir, à l'instar de l'avocate générale SHARPTSON³, davantage que la transposition des traditionnelles libertés économiques au profit des individus économiquement inactifs, à y déceler quelque chose de plus « radical », un statut à ce point fondamental qu'il transcenderait les limites traditionnelles au champ d'application du droit de l'Union pour bénéficier également aux nationaux « sédentaires » et régir, partant, les situations purement internes.

Jusqu'il y a peu, cependant, la Cour de justice de l'Union européenne s'était toujours refusée à reconnaître formellement aux nationaux « statiques » le bénéfice des droits découlant de la citoyenneté européenne⁴. Les cas qui lui furent déférés par les juridictions nationales l'incitèrent néanmoins à interpréter de manière conciliante l'élément d'extranéité requis pour attirer la situation en cause dans le giron du droit européen⁵.

3. Dans son arrêt *Zambrano*, rendu en grande chambre le 8 mars 2011, la Cour de justice opère un spectaculaire revirement de jurisprudence en acceptant, pour la première fois, que les articles 20 et 21 du TFUE puissent être invoqués par des citoyens européens « sédentaires ».

Les faits de la cause peuvent se résumer de la manière suivante. Un couple de ressortissants de pays tiers séjournent – régulièrement puis illégalement – en Belgique. Au cours de leur séjour, ceux-ci ont deux enfants qui acquièrent la nationalité belge et qui vivent sans discontinuer sur le territoire belge. Privés de leur permis de travail, les parents se voient notifier un ordre de quitter le territoire tandis que l'ONEm (Office national de l'emploi) leur refuse le bénéfice d'allocations de chômage. Ceux-ci saisissent alors le tribunal du travail de Bruxelles qui interroge la Cour de justice sur l'applicabilité à une telle situation – purement interne – des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté européenne, dont peuvent se prévaloir les enfants du couple, et qui pourraient rejaillir, indirectement, sur la situation de leurs parents en vertu d'un droit de séjour « dérivé ».

Rendu quelques semaines plus tard, l'arrêt *Mc Carthy*, bien qu'il soit prononcé en formation ordinaire, vient tempérer l'arrêt *Zambrano*. Là aussi, la Cour de justice était saisie par renvoi préjudiciel. L'affaire était toutefois quelque peu plus complexe.

Le litige pendant devant le juge *a quo* concernait le refus des autorités britanniques d'octroyer un titre de séjour à madame Mc Carthy, citoyenne européenne disposant de la double nationalité irlandaise et britannique et ayant toujours séjourné sur le territoire du Royaume-Uni. Celle-ci se prévalait toutefois exclusivement, en l'espèce, de sa nationalité irlandaise afin de bénéficier des droits découlant du droit européen. Cette demande de titre de séjour – assez extraordinaire lorsqu'elle émane d'un res-

2. Le traité ne faisant pas de « distinction entre frontières interétatiques et intra-étatiques » (CJCE, 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani*, C-72/03, point 23). A ce sujet, voy. aussi les conclusions présentées le 30 septembre 2010 par l'avocate générale SHARPTON dans l'affaire *Ruiz Zambrano*, C-34/09, points 70 et suivants.

3. Points 3 et 4 de ses conclusions précitées.

4. Sauf à propos des droits liés à la citoyenneté européenne qui, comme le droit de saisir le médiateur, ne sont aucunement conditionnés par un élément d'extranéité.

5. Voy. *infra*.

sortissant de l'Etat en cause qui dispose, en principe, d'un droit inconditionnel à demeurer dans l'Etat dont il est le national⁶ – cachait, en réalité, la volonté de madame Mc Carthy de faire bénéficier son mari, ressortissant de pays tiers, *via* le mécanisme de regroupement familial visé à la directive 2004/38/CE, d'un titre de séjour légal au Royaume-Uni, titre qui lui avait été refusé par les autorités britanniques.

Ces deux refus de titres de séjour – opposés à madame et à monsieur Mc Carthy – étaient donc intimement liés, d'autant plus que le juge devant lequel monsieur Mc Carthy contestait le refus le concernant avait sursis à statuer dans l'attente du jugement dans l'affaire opposant madame Mc Carthy et les autorités britanniques, qui avait donné lieu au renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. Et pourtant, la Cour de Luxembourg va faire totalement abstraction de la situation de monsieur Mc Carthy dans son raisonnement, à la différence de son avocate générale qui avait relevé l'impact que pourrait avoir le refus d'accorder, sur la base du droit européen, un titre de séjour à madame Mc Carthy sur le statut de son conjoint et, partant, sur le droit au respect de la vie familiale de la citoyenne européenne⁷. A la différence, une nouvelle fois, de son avocate générale, la Cour de justice ne se contentera cependant pas de répondre aux questions qui lui étaient adressées en constatant logiquement que la directive 2004/38 – visée par le juge de renvoi – était inapplicable en l'espèce⁸, mais examinera d'office l'impact des articles 20 et 21 du TFUE sur la situation en cause, ce qui lui permettra de se positionner par rapport à l'enseignement de l'arrêt *Zambrano* à ce sujet.

4. L'analyse des arrêts *Zambrano* et *Mc Carthy* suppose d'envisager les conditions d'application des droits découlant de la citoyenneté européenne aux situations purement internes (I) avant de s'interroger sur la portée de ces droits lorsqu'ils sont invoqués par des nationaux « sédentaires » (II).

I. L'application des articles 20 et 21 du TFUE aux situations purement internes

5. Après avoir rappelé le champ d'application des articles 20 et 21 du TFUE, tel qu'il était conçu avant le prononcé des arrêts annotés (A), il conviendra de s'interroger sur l'extension qui y est apportée par l'arrêt *Zambrano* (B) tout comme sur les tempéraments qui découlent à ce propos de l'arrêt *Mc Carthy* (C).

A. L'ancien champ d'application des articles 20 et 21 du TFUE

6. A la suite d'une politique jurisprudentielle expansive, seuls les nationaux d'un Etat membre sur le territoire duquel ils n'avaient jamais cessé de résider, sans avoir circulé ou séjourné (ou été empêchés de circuler ou de séjourner) au sein d'un quelconque autre Etat membre, échappaient encore totalement au champ d'application du droit de l'Union⁹.

En effet, dans son arrêt *Singh* notamment¹⁰, la Cour de justice avait estimé que la situation du citoyen européen, désireux de réintégrer son pays d'origine après avoir travaillé dans un autre Etat membre, présentait un élément d'extranéité justifiant

6. Voy. *infra*.

7. Voy. points 58-60 des conclusions présentées le 25 novembre 2010 par l'avocate générale KOKOTT dans l'affaire *Mc Carthy*, C-434/09. Elle considère toutefois qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le droit de l'Union, la situation étant purement interne.

8. En raison de l'absence de tout déplacement de madame Mc Carthy. Voy. *infra*, note 17.

9. A ce sujet, voy., notamment, B. RENAULD, P. MARTENS et Th. BOMBOIS, " Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles ? ", in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Bruxelles, Anthémis, 2010, p. 801 et suivantes.

10. CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, C-370/90. Pour d'autres exemples, voy. K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Euro-pees recht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2008, p. 116.

l'application du droit communautaire. En outre, il est de jurisprudence constante qu'une mesure imposée par l'Etat membre où réside le citoyen européen et qui entrave son départ vers un autre Etat membre relève tout autant des libertés de circulation garanties par le traité. Par ailleurs, les arrêts *Garcia Avello* et *Chen* avaient établi qu'un citoyen européen n'ayant jamais quitté le territoire d'un Etat membre pouvait se prévaloir des droits découlant du traité pour autant qu'il fût ressortissant d'un autre Etat membre¹¹.

7. La Cour de justice sembla même aller un cran plus loin dans son récent arrêt *Rottmann*¹². Elle y affirma en effet qu'une situation mettant en cause un citoyen européen pouvait, en raison de sa nature et de *ses conséquences*, tomber dans le champ d'application du droit de l'Union sans se référer expressément à un quelconque élément d'extranéité. Force est toutefois de constater que monsieur Rottmann avait usé de sa liberté de circulation. Par ailleurs, la mesure litigieuse – à savoir le retrait de sa naturalisation en tant qu'Allemand, aboutissant à la perte de sa citoyenneté européenne et à son apatridie – était à ce point extraordinaire qu'il paraissait difficile de transposer automatiquement l'enseignement de cet arrêt à d'autres situations¹³.

B. L'extension du champ d'application des articles 20 et 21 du TFUE par l'arrêt *Zambrano*

8. Les grands arrêts sont souvent peu diserts ; l'arrêt *Zambrano* n'échappe pas à la règle¹⁴. C'est en effet en l'espace de quelques lignes que la Cour de justice y opère le revirement de jurisprudence tant attendu par certains.

Après avoir rappelé sa jurisprudence traditionnelle sur l'acquisition de la citoyenneté européenne (*via* la nationalité d'un quelconque des Etats membres) et sur la « vocation » de cette citoyenneté à être « le statut fondamental des ressortissants des Etats membres », la Cour de justice conclut *immédiatement* que l'article 20 du TFUE s'oppose aux mesures nationales qui, comme en l'espèce, ont « pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen européen ».

Ce faisant, la Cour de justice rejette implicitement l'objection, formulée tant par les Etats membres que par la Commission, selon laquelle la situation en cause était purement interne. Sans qu'il soit nécessaire, à ses yeux, de se prononcer formellement sur l'applicabilité des droits découlant de la citoyenneté européenne au cas d'espèce, la Cour de justice procède immédiatement à l'examen de l'observation desdits droits par la mesure nationale litigieuse¹⁵.

Ce silence tranche avec l'analyse très fouillée de l'avocate générale SHARPSTON au terme de laquelle celle-ci concluait à l'applicabilité des articles 20 et 21 du TFUE au cas d'espèce, ce dernier ne pouvant être regardé, selon elle, comme une situation purement interne¹⁶.

11. CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02 ; CJCE, 19 octobre 2004, *Chen*, C-200/02.

12. CJCE, 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08.

13. Voy. encore l'arrêt *Schempp* où la Cour de justice admit par translation que l'exercice par l'ex-femme du citoyen européen de son propre droit à la libre circulation, dans la mesure où il avait un impact sur la situation fiscale de ce citoyen, suffisait à faire naître un élément de rattachement de la situation de ce dernier avec le droit communautaire (CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, C-403/03, points 22-25).

14. Comparez A. RIGAUX (*Europe*, mai 2011, p. 13) qui considère cet arrêt, pourtant rendu en grande chambre, comme « un arrêt d'espèce ayant tranché en " humanité " ou en " opportunité " ».

15. Cette décision est donc diamétralement opposée à la jurisprudence antérieure et notamment à l'arrêt *Morson* où la Cour considéra que la situation de citoyens allemands, travaillant et résidant en Allemagne et désireux de se faire rejoindre par les membres de leur famille, ressortissants de pays tiers, ne relevait pas du domaine d'application du droit européen (CJCE, 27 octobre 1982, *Morson*, 35/82).

16. Compte tenu des implications de l'arrêt *Rottmann* (points 93 et suivants de ses conclusions).

9. L'absence de toute précision, dans l'arrêt *Zambrano*, quant aux limites éventuelles à l'application des articles 20 et 21 du TFUE aux situations purement internes (le renvoi à l'atteinte aux éléments essentiels des droits découlant de la citoyenneté européenne ne servant apparemment qu'à fonder le constat de violation du Traité) laissait à penser que toute situation mettant en cause un citoyen européen sur le territoire de l'Union relevait désormais du champ d'application du droit européen, indépendamment du point de savoir si cette personne avait ou non exercé ou tenté d'exercer sa liberté de circuler ou de séjourner sur le territoire d'un autre Etat membre. Le citoyen européen « sédentaire » entraînait ainsi de plein pied dans le droit européen¹⁷.

Un élément incitait toutefois à la prudence. Pour asseoir le considérant décisif de son arrêt *Zambrano*, la Cour de justice avait jugé utile de renvoyer au considérant de l'arrêt *Rottmann* au sein duquel le champ d'application de la citoyenneté européenne avait été déterminé, certes sans aucune référence à un élément d'extranéité, mais à l'aune toutefois des « conséquences » de la situation à laquelle était confronté le citoyen européen. Cette référence à une définition du domaine d'application de la citoyenneté européenne axée sur les effets constituera sans doute la brèche dans laquelle s'engouffrera l'arrêt *Mc Carthy* pour réduire le champ d'application des droits du citoyen européen « sédentaire » tel qu'il pouvait être déduit de l'arrêt *Zambrano*.

C. Le tempérament apporté par l'arrêt *Mc Carthy*

10. Peu de temps après le prononcé de l'arrêt *Zambrano*, la Cour de justice va en effet revenir partiellement sur l'avancée décisive qu'il semblait contenir. Etonnamment, ce tempérament est le fruit d'une délibération de la Cour en formation ordinaire, ce qui peut laisser planer un doute sur sa conformité avec la position défendue par la grande chambre de la Cour de justice.

Selon le juge de Luxembourg, la situation de madame Mc Carthy est purement interne et ne relève donc pas de l'article 21 du TFUE. Pour justifier sa position, la Cour de justice relève que même si cette personne dispose de la nationalité de deux Etats membres, et qu'elle bénéficie donc de la qualité de citoyenne européenne au sens de l'article 20 du TFUE et de la protection qui en découle au sens de l'arrêt *Zambrano*¹⁸, les règles nationales qui s'appliquent à sa situation n'ont pas pour effet « de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, conformément à l'article 21 TFUE »¹⁹.

Le glissement sémantique est important. Le critère de la privation de « la jouissance effective de l'essentiel des droits » liés au statut de citoyen européen n'est plus utilisé afin d'examiner la compatibilité de la réglementation nationale avec le Traité, comme cela semblait être le cas dans l'affaire *Zambrano*, mais en amont, afin de délimiter le champ d'application de la citoyenneté européenne aux situations purement internes, selon un raisonnement axé sur les effets de l'ingérence, à l'image de l'arrêt *Rottmann*²⁰.

17. Ou, plus précisément, dans le champ d'application du droit primaire. En effet, il est hors de doute que ce citoyen sédentaire ne peut bénéficier des droits découlant de la directive 2004/38/CE qui, par hypothèse, ne s'applique qu'aux citoyens ayant exercé leur liberté de circulation (B. RENAULD, P. MARTENS et TH. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 807). Cette conséquence logique a été confirmée par les deux arrêts commentés.

18. Points 47-48. Il n'est pas exclu que, dans son arrêt *Mc Carthy*, la Cour fasse une différence, à l'analyse peu convaincante, entre l'article 20 du TFUE consacrant le principe de la citoyenneté européenne, reconnue à tout national d'un Etat membre, et l'article 21 du même Traité, garantissant les droits de séjour et de circulation. Force est en effet de constater que ces droits sont également visés à l'article 20.

19. Point 49 de l'arrêt *Mc Carthy*. Comparez L. AZOULAI, "A comment on the Ruiz Zambrano judgment : a genuine European integration", disponible sur <http://eudo-citizenship.eu/citizenship-news/457-a-comment-on-the-ruiz-zambrano-judgment-a-genuine-european-integration>, p. 3.

20. Etonnamment, l'arrêt *Mc Carthy* ne renvoie pourtant jamais à l'arrêt *Rottmann*, à la différence de l'arrêt *Zambrano*.

11. On peut par ailleurs être étonné du fait que la Cour de justice adjoint à ce premier critère de rattachement au droit européen, un second toujours axé sur les effets, mais relatif, cette fois, à l'entrave susceptible d'être portée à l'exercice du droit du citoyen européen à la libre circulation et au libre séjour.

Sauf à priver d'une grande partie de son utilité le premier critère de rattachement au droit de l'Union, ce second critère ne saurait s'appliquer aux situations purement internes. En effet, il est hors de doute que, parmi les droits les plus essentiels découlant de la citoyenneté européenne, figure le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Il s'ensuit qu'une privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à la citoyenneté européenne (premier critère) constituera le plus souvent et *a fortiori* une entrave à la libre circulation et au libre séjour du citoyen européen (second critère).

Ces deux critères devraient dès lors être utilisés alternativement afin de déterminer l'applicabilité des droits de séjour et de circulation aux situations purement internes, d'une part, et aux situations mettant en cause un élément d'extranéité, d'autre part. Dans le premier cas, seule la *privation* de la jouissance effective de *l'essentiel* des droits de séjour et de circulation découlant de la citoyenneté européenne fait glisser la situation en cause dans le giron du droit européen, ce qui équivaut à imposer une condition *de minimis* très rigoureuse à l'application du droit de l'Union. Dans la seconde hypothèse, qui s'inspire de la jurisprudence classique, toute entrave quelconque, directe ou indirecte, actuelle ou potentielle (pour autant qu'elle ne soit pas purement hypothétique), aux droits de séjour et de circulation du citoyen européen permet de mobiliser les articles 20 et 21 du TFUE²¹.

Et pourtant, ces deux critères paraissent avoir été utilisés de manière cumulative par la Cour de justice dans son arrêt *Mc Carthy* (mettant en cause le droit de séjour d'une citoyenne européenne). En outre, ce n'est qu'après avoir constaté que la situation en cause ne satisfaisait à aucun des deux critères que le juge de Luxembourg conclut qu'il s'agit d'une *situation purement interne*, rendant la lecture de sa décision encore plus complexe.

12. Retournant au cas d'espèce, la Cour de justice appréhende, en effet, tout d'abord la situation de madame Mc Carthy sous l'angle du premier critère. Selon elle, le refus d'accorder un titre de séjour au Royaume-Uni à madame Mc Carthy – et, par voie de conséquence, à son conjoint – n'a pas pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits dans la mesure où rien ne l'empêche, selon la Cour, de continuer à résider sur le territoire du Royaume-Uni dont elle est ressortissante²². Appréhendé comme une situation purement interne, le cas de madame Mc Carthy ne tombe dès lors pas dans le champ d'application des articles 20 et 21 du TFUE.

13. Mais la Cour de justice paraît aussi vouloir examiner, par la suite, la situation de madame Mc Carthy à la lumière du second critère qu'elle a dégagé.

Il est vrai que considérer la situation de madame Mc Carthy comme purement interne posait problème au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour. En effet, comme le juge de Luxembourg l'a rappelé dans son arrêt *Chen*, le droit européen connaît de la situation du ressortissant d'un Etat membre résidant dans un autre Etat membre, même s'il n'a jamais quitté le territoire de ce dernier Etat²³. Il s'ensuit que la situation de madame Mc Carthy – qui dispose des nationalités irlandaise et britannique et n'a jamais quitté le Royaume-Uni – aurait dû relever du champ d'application de

21. Il s'agit toutefois d'une condition d'application de l'article 21 du TFUE et non plus seulement d'une condition nécessaire à la violation de cet article.

22. Sur cette question, voy. *infra*.

23. Le fait d'être ressortissant d'un autre Etat que celui dans lequel il a toujours résidé suffisant à établir l'élément d'extranéité requis. Voy. *supra*.

l'article 21 du TFUE. Et pourtant, tel n'est pas l'avis de la Cour dans son arrêt *Mc Carthy*.

Certes, à la différence de l'affaire *Chen*, madame Mc Carthy dispose aussi de la nationalité de l'Etat membre dans lequel elle n'a jamais cessé de résider. Cette circonstance semble avoir joué un rôle fondamental, comme en témoigne le souci de la Cour de justice – et de son avocate générale²⁴ – d'examiner l'affaire *Mc Carthy* à la lumière, non de l'arrêt *Chen*, mais de l'affaire *Garcia Avello*, laquelle mettait également en cause des citoyens européens « sédentaires » et binationaux²⁵. La comparaison entre ces deux affaires laisse toutefois circonspect.

La Cour de justice rappelle tout d'abord que, dans l'arrêt *Garcia Avello*, elle avait jugé que, lorsqu'elles s'appliquaient à des binationaux, les dispositions belges relatives à l'attribution du nom condamnées étaient « de nature à engendrer, pour eux, de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé ». *A contrario*, il semble qu'aux yeux de la Cour, madame Mc Carthy n'ait pas à craindre de tels inconvénients privés ou professionnels. Pourtant, force est de constater que celle-ci court bel et bien le risque d'être séparée de son mari.

En outre, dans son arrêt *Garcia Avello*, la Cour de justice n'avait eu recours à cette argumentation qu'au moment de statuer sur la conformité de la législation nationale avec les droits découlant de la citoyenneté européenne. La question de l'applicabilité de ces droits à la situation en cause dans l'affaire *Garcia Avello* avait été tranchée en amont et sans recourir à une quelconque appréciation *de minimis*. La Cour de justice, en assemblée plénière, s'était contentée de relever qu'un « rattachement au droit communautaire existe à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des enfants de monsieur Garcia Avello, qui sont des ressortissants d'un Etat membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre. *A cette conclusion on ne saurait opposer la circonstance que les intéressés au principal ont également la nationalité de l'Etat membre dans lequel ils séjournent depuis leur naissance* »²⁶.

Enfin, l'arrêt *Garcia Avello* ne se prononçait pas sur l'existence d'une entrave au droit de séjour des citoyens européens, mais sur l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité²⁷.

Certes, l'arrêt *Grukin*, également cité par la Cour de justice à l'appui de sa position dans son arrêt *Mc Carthy*, transpose-t-il ce raisonnement au contrôle des entraves à la liberté de séjour en reconnaissant que des difficultés administratives similaires en matière d'attribution du nom peuvent être considérées comme des entraves.

Toutefois, l'arrêt *Mc Carthy* reste en défaut de démontrer en quoi le risque de ne plus pouvoir vivre avec son conjoint au Royaume-Uni n'aurait pas un effet à ce point important qu'il pourrait constituer, lui aussi, une entrave. A dire vrai, on est même surpris de ce qu'aux yeux de la Cour de justice, les difficultés administratives – certes importantes – auxquelles les enfants binationaux résidant en Belgique risquaient

24. Conclusions de l'avocate générale KOKOTT précitées, points 34-35 et note 34.

25. Il s'agissait d'enfants nés et résidant en Belgique mais disposant de la nationalité belge et espagnole.

26. Points 27-28 de l'arrêt *Garcia Avello*. Cette affirmation se fonde elle-même sur le constat selon lequel, en droit de l'Union, les Etats ne peuvent se prévaloir de la faculté qui leur est reconnue par le droit international de privilégier leur propre nationalité dans les relations qu'ils entretiennent avec un individu qui en possède plusieurs (T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, p. 134. Voy., aussi, J.-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 129). Pour une confirmation de la confusion entre ces deux étapes (applicabilité et compatibilité), voy. le point 37 des conclusions de l'avocate générale KOKOTT précitées.

27. La Cour conclut à une discrimination indirecte en fonction de la nationalité, la situation des binationaux n'étant pas comparable à celle des « uni-nationaux » au regard des implications de la législation belge, laquelle aurait dès lors dû tenir davantage compte des spécificités de leur situation (voy. d'ailleurs le point 35 des conclusions de l'avocate générale KOKOTT précitées).

d'être confrontés soient considérées comme une entrave à leur droit au séjour alors que tel n'est pas le cas du dilemme devant lequel madame Mc Carthy sera placée en définitive (à savoir demeurer sur le territoire de l'Union sans son conjoint, ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal ou suivre ce dernier en quittant son Etat de résidence et, probablement, le territoire de l'Union²⁸)²⁹.

14. Seule une lecture combinée – et assez audacieuse – des arrêts *Grukin* et *Garcia Avello* permet d'agencer de manière cohérente les deux critères de rattachement contenus dans l'arrêt *Mc Carthy*. Trois hypothèses devraient alors être distinguées. La première est celle où il existe un élément d'extranéité autre que la seule binationalité du citoyen européen. Dans ce cas, toute ingérence aux droits découlant de l'article 21 du TFUE permet de mobiliser cet article. La seconde hypothèse est celle où le seul élément d'extranéité invocable est la double nationalité du citoyen européen. Dans ce cas, pour tomber sous le coup de l'article 21 du TFUE l'ingérence qui émane de l'Etat dont ce citoyen est national et où il a, par hypothèse, toujours résidé *devrait être directement liée à son statut de binational*, comme c'était le cas dans l'affaire *Garcia Avello*, mais non dans l'affaire *Mc Carthy*³⁰. A défaut, l'on tombe dans la troisième hypothèse, celle de la situation purement interne où seule « la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits » du citoyen européen permet de recourir à l'article 21 du TFUE.

II. Les droits du citoyen européen « sédentaire »

15. On rappelle tout d'abord l'étendue des droits du citoyen européen tels qu'ils étaient consacrés jusqu'à présent (A) avant de s'intéresser aux prérogatives dont le citoyen européen « sédentaire » semble désormais pouvoir se prévaloir et qui varient selon qu'elles intègrent le noyau dur des droits reconnus au citoyen européen (B) ou ne concernent que des aspects qui y sont étrangers (C).

A. Les droits du citoyen européen « sédentaire » selon la jurisprudence antérieure

16. Parmi les droits attachés à la citoyenneté européenne³¹, figure la triade essentielle des droits de circulation, de séjour (articles 20 et 21 du TFUE) et d'égalité de traitement (article 18 du TFUE)³². Tout citoyen européen dispose, en principe, de la liberté d'aller et venir sur le territoire de l'Union, de s'établir dans un Etat membre dont il n'est pas le ressortissant et d'y disposer de droits équivalents à ceux qui sont reconnus aux nationaux de cet Etat (principe du « traitement national »).

28. Même s'il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme, elle-même, est peu encline à préserver, lorsqu'il n'ont pas d'enfants, la vie familiale d'époux dans les cas où l'un d'eux au moins est en séjour illégal (voy., notamment, Cour eur.D.H., arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, § 38). Adde la position de l'avocate générale KOKOTT qui estime que « rien n'empêche madame McCarthy de s'établir dans un autre Etat membre en exerçant son droit de libre circulation, par exemple en Irlande, où son époux peut la suivre en tant que membre de sa famille » (note 35 des conclusions précitées). Si la suggestion se fonde sur le droit européen, on doit toutefois y objecter que, pour bénéficier d'un droit de long séjour sur le territoire d'un autre Etat membre, le citoyen européen inactif économiquement doit disposer de ressources propres (voy. article 7, paragraphe premier, b, de la directive 2004/38). Or, madame McCarthy est allocataire sociale.

29. On aura l'occasion d'analyser cette question plus avant dans la suite de l'exposé.

30. Voy. point 54 de l'arrêt *Mc Carthy* : « la circonstance que madame Mc Carthy possède, outre la nationalité du Royaume-Uni, la nationalité irlandaise n'implique pas l'application de mesures d'un Etat membre qui auraient pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Partant, dans un tel contexte, une telle circonstance ne saurait suffire, à elle seule, pour considérer que la situation des personnes intéressée relève de l'article 21 TFUE ».

31. Comme le relève l'avocate générale SHARPSTON (point 79 des conclusions précitées), certains des autres droits reconnus au citoyen européen ne se conçoivent pas sans un déplacement, parfois même au dehors du territoire de l'Union, alors que d'autres encore s'appliquent sans qu'aucun élément d'extranéité n'entre en compte.

32. A ce sujet, voy. encore récemment CJUE, 12 mai 2011, *Malgozata Runevic-Vardyn et al.*, C-391/09, point 65 (qui intègre ces trois droits au sein de l'article 21 du TFUE).

Sans doute, des entraves à la libre circulation, au libre séjour et au traitement national peuvent-elles être admises. Encore faut-il pour cela qu'elles poursuivent un objectif légitime d'une manière pertinente et proportionnée, ce qui exclut, notamment, les entraves emportant la violation d'un des droits fondamentaux reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le domaine de la libre circulation des personnes, la Cour de justice veille logiquement au respect tout particulier du droit fondamental au respect de la vie privée et familiale³³.

17. Cette jurisprudence ne trouvait toutefois pas à s'appliquer aux situations purement internes puisque ces dernières échappaient au champ d'application du traité. Seuls les juges nationaux étaient dès lors habilités à examiner la validité de l'ingérence dans la liberté de séjour ou de circulation, au sein de son Etat membre, du citoyen européen « sédentaire » – ou la régularité du traitement différencié qu'il devait y supporter – et ce, uniquement à l'égard des dispositions propres à son ordre juridique et des articles pertinents de la Convention européenne des droits de l'homme ou d'autres traités internationaux protecteurs des droits fondamentaux.

Par un jeu de passe-passe institutionnel, la Cour de justice s'était toutefois reconnue compétente pour statuer « informellement » sur la validité de telles situations au regard du droit de l'Union. Relevant que, dans certains Etats membres, le droit national impose des règles équivalentes aux libertés de circulation consacrées au niveau européen – tel est partiellement le cas en Belgique *via* le principe de l'union économique et monétaire³⁴ – le juge de Luxembourg s'estimait autorisé à éclairer la juridiction nationale sur la manière dont, eussent-elles été des dispositions de droit européen, il aurait interprété les règles nationales consacrant pareilles libertés.

B. La protection absolue du noyau dur des droits du citoyen européen « sédentaire » après l'arrêt *Zambrano*

18. La Cour de justice consacre une protection inébranlable contre toute atteinte portée au noyau dur des droits rattachés à la citoyenneté européenne (a).

Encore faut-il déterminer ce que recouvre ce noyau dur de la citoyenneté européenne auquel il ne peut jamais être porté atteinte. On l'a écrit : la triade fondamentale de la citoyenneté européenne est composée des droits de circulation, de séjour et d'égalité de traitement. Les arrêts commentés permettent de se forger une première opinion sur le contenu du noyau dur des droits de séjour et, dans une moindre mesure, de circulation du citoyen européen « sédentaire » (b). En revanche, ils sont muets quant à l'existence éventuelle d'un noyau dur au sein du droit à l'égalité de traitement³⁵ (c).

a. La portée de la protection : une garantie absolue

19. L'arrêt *Zambrano* garantit de manière absolue le noyau dur des droits attachés à la citoyenneté européenne. Selon les termes mêmes de cet arrêt, « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union ». La prohibition est intégrale³⁶. Elle renvoie à l'opinion selon laquelle une mesure atteignant le noyau dur d'un droit fondamental est, par hypothèse, dis-

33. CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et al.*, C-482/01 *et al.*, point 98 ; CJUE, 12 mai 2011 *Malgozata Runevic-Vardin et al.* précité, point 90.

34. Voy. encore récemment l'équivalence consacrée par la Cour constitutionnelle entre l'union économique et monétaire et la libre circulation des marchandises (C.C., 28 octobre 2010, n° 123/2010, B.5.2.). Pour un contre-exemple, voy. CJUE, 22 décembre 2010, *Omalet*, C-245/09, point 16.

35. On part donc de l'hypothèse qu'une partie essentielle peut être découverte dans chacun de ces droits liés à la citoyenneté européenne et non de celle en vertu de laquelle « les éléments essentiels des droits » découlant de la citoyenneté européenne pourraient ne viser que certains d'entre eux (A ce sujet, voy. G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2003, p. 7).

36. La Cour n'examine ni la légitimité de l'objectif poursuivi par les mesures en cause ni la pertinence ou la proportionnalité de celles-ci.

proportionnée et donc irrégulière³⁷ et met implicitement en pratique l'exigence contenue à l'article 52, paragraphe premier, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit que toute limitation aux droits qui y sont consacrés (dont le droit au séjour du citoyen européen) se doit de « respecter le[ur] contenu essentiel »³⁸.

Plus encore, cette protection ne s'arrête pas aux apparences, mais condamne toutes les mesures qui, *de iure* ou *de facto*, priveraient un citoyen européen de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits.

Pour justifier sa position très protectrice, la Cour de justice renvoie au point 42 de l'arrêt *Rottmann*. L'attitude ne manque pas de surprendre. D'une part, on l'a déjà relevé, ce considérant de l'arrêt *Rottmann* ne porte pas sur le respect des droits découlant de la citoyenneté européenne, mais sur l'applicabilité de ces droits au cas d'espèce, laquelle peut être déduite de la nature et des conséquences – lourdes – de la situation à laquelle le citoyen européen est confronté. D'autre part, et surtout, après avoir jugé les articles 20 et 21 du TFUE applicables au cas de monsieur Rottmann, la Cour de justice admettra la validité de principe de la règle nationale litigieuse, malgré les effets particulièrement néfastes qu'elle occasionne sur les droits de monsieur Rottmann (dont le moindre n'est pas la perte de sa citoyenneté européenne). On est donc très loin de la protection absolue contre toute atteinte au noyau dur de la citoyenneté européenne, consacrée par l'arrêt *Zambrano*.

b. Le domaine de la protection : le noyau dur des droits de séjour et de circulation du citoyen européen « sédentaire »

20. En ce qui concerne le droit de séjour, l'article 20 du Traité s'oppose à ce qu'un Etat membre puisse contraindre, en droit ou *en fait*, un citoyen européen « sédentaire » à quitter le territoire de l'Union. Or, relève la Cour dans son arrêt *Zambrano*, des citoyens européens, en bas âge, n'ont pas d'autre choix que de suivre leurs parents, ressortissants de pays tiers, lorsque ces derniers sont expulsés de l'Etat dont les enfants sont ressortissants. Par conséquent, une telle mesure d'expulsion place ces citoyens européens mineurs « dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut »³⁹ et est dès lors incompatible avec l'article 20 du TFUE.

Il s'ensuit que les parents d'enfants belges, en bas âge, ont un droit *inconditionné* au séjour sur le territoire belge. Aucune condition liée à leurs ressources financières n'est exigée par le juge de Luxembourg⁴⁰. Sur cet aspect, l'arrêt *Zambrano* tranche avec l'arrêt *Chen*, qui concernait aussi le séjour d'une citoyenne européenne, en bas âge, et de ses parents, ressortissants d'un Etat tiers, mais dans un Etat membre autre que celui dont l'enfant avait la nationalité. Si la Cour avait, dans ce cas également, reconnu un droit de séjour dérivé aux parents, c'était toutefois à la condition expresse que ceux-ci fussent en mesure d'assumer seuls la charge de leur enfant⁴¹. Par ailleurs, l'arrêt *Zambrano* se montre plus protecteur du droit à la vie familiale que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière⁴².

37. En ce sens, voy. notamment CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture*, C-20/00, pt 68 et références citées.

38. A ce sujet, voy. C. BLUMANN, " La libre circulation des personnes. Conclusions générales ", in S. LECLERC (ed.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 146-147.

39. Point 44.

40. Du reste, au moment où la Cour statue, les parents Zambrano sont dépourvus de toute source de revenus, hormis l'aide sociale probablement accordée à leurs enfants. Il est vrai néanmoins que le juge de renvoi avait fortement insisté sur le fait que le père avait été placé dans une telle situation à la suite du retrait de son permis de travail et que tout laissait à penser que, s'il était à nouveau autorisé à travailler en Belgique, les parents pourraient subvenir seuls aux besoins de leur famille.

41. Comparez l'analyse de la section de législation du Conseil d'Etat à propos du regroupement familial (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-0443/015, p. 5-6).

42. CEDH, 31 juillet 2008, *Darren Omoregie et al. c/ Norvège* ; CEDH, 31 janvier 2006, *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c/ Pays-Bas*. A ce propos, voy. B. RENAULD, Th. BOMBOIS et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 794 et suivantes.

21. Outre un droit de séjour, la Cour de justice reconnaît aussi aux parents Zambrano le droit de travailler en Belgique. En effet, le refus de leur octroyer un permis de travail risque tout autant de rendre impossible, *dans les faits*, le séjour des enfants belges du couple sur le territoire de l'Union, leurs parents ne disposant pas des ressources nécessaires pour subvenir à leurs besoins.

Comme la Cour de justice n'était interrogée que sur la nécessité de reconnaître aux parents Zambrano un droit au séjour et au travail, celle-ci n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'obligation éventuelle, pour l'Etat belge, d'octroyer des prestations sociales à ces parents dans l'hypothèse où ils ne parviendraient pas à trouver du travail.

La question est, à l'évidence, sensible. On sait ainsi qu'en vertu de la directive 2004/38, un Etat membre peut refuser qu'un citoyen européen s'établisse durablement sur son territoire si ce dernier n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins. Toutefois, on l'a dit, l'arrêt *Zambrano* consacre un droit *inconditionnel* au séjour des parents d'enfants belges en bas âge sur le territoire belge. Puisque le droit de séjour dérivé des parents est indépendant de leur droit au travail et que ce droit au séjour se justifie par la nécessité *absolue* de permettre aux enfants, citoyens européens, de demeurer sur le territoire de l'Union, il est vraisemblable qu'à défaut d'autres moyens de subsistance, l'Etat doit aider cette famille afin que le droit indérogeable des enfants au séjour ne soit pas annihilé *dans les faits*⁴³. Au demeurant, la Cour de justice n'a pas pu être totalement insensible aux conséquences de sa décision sur le litige pendant devant le tribunal du travail de Bruxelles et qui devrait aboutir à reconnaître à monsieur Zambrano tant un permis de travail que le droit à des allocations de chômage.

22. On relèvera toutefois que la Cour de justice prend bien soin de préciser que, si leurs parents sont privés du droit de travailler ou sont expulsés, les enfants Zambrano seront, dans les faits, contraints de quitter, non seulement le territoire de l'Etat dont ils sont les nationaux, mais aussi le territoire de l'Union. Faut-il en déduire qu'une autre solution aurait été retenue si ces enfants avaient pu opposer à un autre Etat membre un droit subjectif au séjour pour eux et leurs parents⁴⁴ ? L'arrêt *Zambrano* laisse la question en suspens même si, dans ses conclusions sous cet arrêt, l'avocate générale SHARPSTON paraît y répondre plutôt par l'affirmative⁴⁵.

Interprété en ce sens, l'arrêt *Zambrano* impliquerait que seule l'impossibilité de séjourner sur l'ensemble du territoire de l'Union constitue une atteinte au noyau dur du droit de séjour du citoyen européen, à la différence de l'impossibilité, pour un citoyen européen, de vivre dans son Etat d'origine, mais non dans un autre Etat membre.

A suivre pareille interprétation, l'avancée contenue dans l'arrêt *Zambrano*, si elle demeurerait réelle, mériterait néanmoins de ne pas être surestimée. Du reste, dans cette hypothèse, la Cour de justice aurait pu aboutir à un résultat identique en empruntant

43. Relevons que, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, dans un tel cas, les CPAS sont tenus d'accorder une aide sociale aux enfants belges qui tient compte de leur situation familiale. Selon la même jurisprudence, aucune aide sociale ne doit être concédée aux parents de ces enfants au motif qu'il convient de réserver le bénéfice de l'aide sociale aux étrangers en situation régulière sous peine de ruiner l'efficacité de la politique d'immigration (voy., notamment, C.A., 3 mai 2006, n° 66/06). On peut néanmoins douter de la pertinence de cette dernière affirmation dès lors que, depuis l'arrêt *Zambrano*, les parents d'enfants belges en bas âge disposent d'un droit de séjour inconditionnel sur le territoire et doivent donc être regardés comme en séjour irrégulier.

44. Tel aurait pu être le cas si ces enfants avaient disposé de la nationalité d'un autre Etat membre dont le droit interne aurait garanti le séjour tant de ces enfants que de leurs parents. Sur le recours à la directive 2004/38 dans pareille hypothèse, voy. les réserves émises à la note 28.

45. Voy. note 76 de ses conclusions sous l'arrêt *Zambrano*. Comparez toutefois les conclusions présentées le 28 juin 2007 par la même avocate générale dans l'affaire *Gouvernement de la Communauté française*, C-212/06, point 143: les citoyens européens ont le « droit non seulement de circuler, mais aussi de séjourner à *tout* endroit dans le territoire de l'Union ». *Adde* note 35 des conclusions de l'avocate générale KOKOTT précitées.

les voies balisées de sa jurisprudence antérieure. Il lui eût suffi de faire valoir que la situation en cause présentait, en réalité, un élément d'extranéité au motif qu'en expulsant les parents *Zambrano*, l'Etat belge empêchait, *de facto*, leurs enfants d'exercer leur droit à la libre circulation vers *tout* autre Etat membre.

Parce qu'il est inédit, le raisonnement de l'arrêt *Zambrano* incite à penser que la Cour de Luxembourg n'a pas limité aussi drastiquement le noyau dur du droit de séjour des citoyens européens. Les mesures qui aboutissent, dans les faits, à empêcher un citoyen européen de séjourner au sein de l'Etat dont il est ressortissant, fût-il autorisé à vivre ailleurs sur le territoire de l'Union, devraient donc également affecter le noyau dur de la citoyenneté européenne⁴⁶.

23. Quoi qu'il en soit, pour bénéficier de l'article 20 du TFUE, encore faut-il que le citoyen européen soit *effectivement* contraint, en droit ou en fait, de quitter le territoire de son Etat membre ou, à tout le moins, le territoire de l'Union.

L'arrêt *Mc Carthy* apporte à cet égard une nuance importante. La citoyenne européenne, en cause dans cette affaire, n'est plus une mineure en bas âge, mais une adulte. Et s'il y est également question d'un séjour illégal, elle ne concerne plus ses parents, mais son conjoint. Dans de telles conditions, la Cour de justice estime implicitement que le risque d'expulsion pesant sur le conjoint de madame *Mc Carthy* ne met pas en cause les aspects essentiels du droit de séjour de cette dernière, en sa qualité de citoyenne européenne. En effet, madame *Mc Carthy* peut demeurer – tant légalement que pratiquement – sur le territoire de l'Etat membre dont elle est ressortissante. D'une part, un principe général de droit international s'oppose, selon la Cour de justice, à ce qu'un Etat bannisse ses propres ressortissants⁴⁷. D'autre part, le juge de Luxembourg paraît considérer que rien dans les faits n'impose à madame *Mc Carthy* de suivre son mari, à la différence d'un enfant en bas âge qui n'a pas d'autre choix réel que de suivre ses parents expulsés⁴⁸.

24. Le raisonnement de la Cour de justice dans l'affaire *Mc Carthy* tranche cependant avec l'enseignement de son arrêt *Carpenter*, consacré à la libre prestation de services entre Etats membres. Dans cette affaire, la Cour avait conclu que la liberté de circulation des services s'opposait à l'expulsion de la conjointe, ressortissante d'un pays tiers en séjour illégal, d'un citoyen européen prestataire de services dans d'autres Etats membres que l'Etat où lui et son épouse résidaient⁴⁹. La doctrine a souligné à suffisance l'attitude très protectrice qu'adopta, en l'espèce, la Cour de justice⁵⁰. Relevant l'ingérence dans la vie familiale de monsieur *Carpenter* qu'occasionnerait la mesure d'expulsion, elle estima que cette atteinte aurait pour effet de gêner de manière disproportionnée les activités transfrontalières de ce citoyen européen, les tâches domestiques – notamment la garde de ses enfants – qui avaient été assumées jusqu'alors par son épouse lui incombant dès que cette dernière aurait été expulsée.

L'arrêt *Mc Carthy* signifie-t-il l'opposition de la Cour de justice à ce que la jurisprudence *Carpenter* soit transposée aux mesures d'expulsion du conjoint d'un citoyen européen « sédentaire », lequel verrait, non plus son séjour mais sa *mobilité* à

46. En ce sens également, voy. S. O'LEARY, *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer, 1996, p. 277.

47. Sur cette question, voy. *infra*.

48. Comme on l'a déjà relevé (voy. *supra*), la Cour de justice se concentre uniquement sur le refus du Royaume-Uni d'attribuer un titre de séjour à madame *Mc Carthy* (refus sans conséquence, selon la Cour, puisqu'elle tire du droit international un droit inconditionnel au séjour) sans jamais se pencher explicitement sur la conséquence indirecte d'un tel refus, à savoir le caractère illégal du séjour de son mari et le risque qu'il soit expulsé.

49. Du moins dans la mesure où l'épouse ne constituait pas un danger pour l'ordre et la sécurité publics et que son mariage n'était pas un mariage blanc (B. RENAULD, TH. BOMBOIS et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 808).

50. Voy., notamment, J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 41.

l'intérieur des frontières de son Etat diminuée par le surplus de tâches domestiques à assumer ? Cette question ne nous paraît pas tranchée. En effet, à la différence de l'affaire *Carpenter*, madame Mc Carthy est allocataire de prestations sociales, ce qui peut laisser supposer qu'elle dispose de peu de ressources pour voyager, même au sein de son Etat. Par ailleurs, elle n'a pas d'enfant. Enfin, elle semble n'avoir jamais prétendu courir le risque d'être gênée dans ses déplacements internes en raison de l'expulsion de son mari. Il n'est donc pas exclu que la menace d'expulser le conjoint d'un citoyen européen « sédentaire », actif économiquement ou disposant de ressources suffisantes pour se mouvoir au sein de son Etat et/ou en charge de l'éducation d'enfants mineurs, puisse être considérée par la Cour de justice comme une atteinte au noyau dur du droit de ce citoyen européen à la libre circulation au sein de son propre Etat.

25. Si l'article 20 du TFUE s'oppose à des mesures qui ont pour effet de priver, dans les faits, un citoyen européen de la jouissance effective de l'essentiel de son droit de circulation, il va de soi que cet article prohibe également des mesures qui *de iure* ont un tel impact⁵¹. Se pose dès lors la question de savoir si une législation qui, comme le décret « *Wonen in eigen streek* », n'ouvre le droit d'acquérir certains immeubles qu'aux personnes capables de démontrer un lien avec la commune où ces biens sont situés ne portent pas atteinte *de iure* au noyau dur de la libre circulation des citoyens européens, de nationalité belge, au sein même de leur Etat⁵². On relèvera à cet égard que le droit de circuler librement sur le territoire de son Etat est consacré, comme l'est le droit de séjour, par le Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme.

Plus encore, pourrait-on concevoir que des mesures privatives de liberté soient considérées comme des ingérences dans le noyau dur de la liberté de circulation, même si aucun élément autre que le statut de citoyen européen du détenu ne rattache pareilles situations au droit de l'Union ?

On connaît la réticence de la Cour de justice à intégrer de telles situations dans le champ du droit européen⁵³. Paradoxalement, pourtant, ce sont elles qui paraissent pouvoir se rapprocher le plus de celle de enfants Zambrano. En effet, tout comme ces derniers risquaient d'être privés, dans les faits, d'un droit de séjour sur tout le territoire de l'Union, le citoyen européen détenu est totalement privé de la faculté d'exercer son droit de circuler librement sur l'ensemble du territoire de l'Union. Poussée à son terme, la comparaison aboutirait toutefois à des conséquences absurdes. En effet, la protection du noyau dur des droits liés à la citoyenneté européenne étant absolue, il serait interdit de priver de liberté un citoyen européen.

c. Le domaine de la protection (suite) : Un noyau dur du droit à l'égalité de traitement du citoyen européen « sédentaire » ?

26. Alors qu'ils apportent certains enseignements à propos de ce que contient le noyau dur des droits de séjour et de circulation du citoyen européen « sédentaire »,

51. En 1993, J. VERHOEVEN avait considéré cette hypothèse « très théorique » tout en n'excluant pas que l'article 20 du TFUE (ex article 8A) eût pu s'y opposer puisque cette disposition « donne au citoyen européen le droit de séjourner sur le territoire de tout Etat membre, y compris le sien » (J. VERHOEVEN, " Les citoyens de l'Europe ", *Ann. dr. Louvain*, 1993, p. 177).

52. A moins que la Cour de justice se contente de constater que, s'ils sont brimés dans leur liberté de se déplacer à l'intérieur des frontières de l'Etat dont ils sont ressortissants, leur liberté n'en est pas pour autant réduite à néant, et qu'en outre, ces citoyens européens disposent, en toute hypothèse, de la faculté de circuler ailleurs sur le territoire de l'Union. La Cour constitutionnelle a interrogé la Cour de justice sur la compatibilité d'une telle législation avec l'article 21 du TFUE, en limitant toutefois la portée de sa question aux citoyens européens non Belges. Comparez la position de la Cour de justice avant l'extension de l'arrêt *Zambrano* développée dans son arrêt *Saunders* du 28 mars 1979, 175/78 (non application du Traité à pareilles situations).

53. Voy. CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95. Voy. aussi l'interprétation plus conciliante de cet arrêt dans les conclusions précitées de l'avocate générale SHARPSTON, point 161.

les deux arrêts commentés n'offrent aucune explication sur ce que pourrait renfermer le noyau dur de son droit à l'égalité de traitement.

Il est vrai que faire respecter le noyau dur du principe d'égalité, contenu à l'article 18 du TFUE, dans le cadre d'une situation purement interne s'expose *a priori* à deux critiques.

27. La première critique se fonde sur le constat qu'il serait impossible de circonscrire un noyau dur au sein d'un principe qui, comme l'égalité de traitement, n'a pas de contenu matériel, mais se limite à fixer un cadre de référence applicable à toute comparaison entre deux termes (les situations identiques devant être traitées de manière identique et les situations différentes de manière différenciée).

L'argument pourrait toutefois être contourné si le juge de Luxembourg estimait que ce n'est pas tant dans la structure interne du principe d'égalité qu'il faut chercher à dégager un noyau dur, mais précisément dans le type de comparaison auquel il peut être – indistinctement – appliqué. Ainsi, pourrait-il considérer que le noyau dur du droit à l'égalité de traitement consiste à garantir l'égalité et la non-discrimination dans l'exercice de certains⁵⁴ droits fondamentaux (comme le droit au séjour ou à la circulation) reconnus aux citoyens européens.

Conçu comme une condition d'application de l'article 18 du TFUE aux situations purement internes, le critère du noyau dur du principe d'égalité impliquerait que seules les comparaisons mettant en cause certaines libertés fondamentales reconnues aux citoyens européens « sédentaires » relèvent du droit européen, un peu à l'image du champ d'application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁵.

28. Une deuxième critique peut encore être soulevée. Dans la mesure où le droit à l'égalité, consacré à l'article 18 du TFUE, se traduit par le principe du traitement national – l'étranger citoyen européen devant, en principe, bénéficier des mêmes droits que ceux qui sont reconnus par le droit interne au national n'ayant pas exercé sa liberté de circulation⁵⁶ –, il en résulte qu'appliquée aux situations purement internes, la comparaison aurait lieu entre deux termes strictement identiques. L'argument paraît solide même si deux raisons incitent à la prudence.

D'une part, l'enseignement de l'arrêt *Singh* pourrait être transposé aux situations purement internes. Dans cette décision, la Cour de justice a estimé qu'un ressortissant d'un Etat membre désireux, après avoir exercé sa liberté de circulation, de rentrer sur le territoire national devait bénéficier, pour les membres de sa famille, des mêmes droits que ceux auxquels ils auraient pu prétendre s'il avait choisi de se rendre dans un autre Etat membre de l'Union. Dans un tel cas, la comparaison à opérer n'a donc plus lieu entre les droits conférés par le système juridique national au citoyen européen « mobile », d'une part, et au national n'ayant pas exercé ses libertés de circulation, de l'autre, mais bien entre les droits reconnus par le système juridique de l'Union au citoyen européen qui désire se rendre dans un Etat membre, d'une part, et les droits reconnus par le système national au même citoyen qui entend retourner dans son propre Etat, de l'autre.

Si ce dernier type de comparaison était appliqué aux situations purement internes, il en résulterait que le citoyen européen sédentaire devrait se voir reconnaître les mêmes droits que ceux auxquels pourrait prétendre, en vertu du droit de l'Union, un citoyen européen ressortissant d'un autre Etat membre qui désirerait s'installer dans

54. A ce sujet, voy. l'ordonnance *Chartry* développée à la note 64.

55. Voy., à ce propos, les conclusions de l'avocate générale SHARPSTON précitées, point 147.

56. Voy. encore récemment CJUE, arrêt *Vardyn* précité, point 67 et, plus clairement encore, les conclusions présentées sous cet arrêt par l'avocat général JÄÄSKINEN, point 70.

l'Etat en question. Les discriminations à rebours seraient donc supprimées dans la mesure où elles concernent le noyau dur du principe d'égalité⁵⁷.

Par ailleurs, le droit à l'égalité de traitement n'est pas cantonné aux seules différences de traitement fondées sur la nationalité visées à l'article 18 du TFUE. Il est en effet consacré de manière beaucoup plus large par les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵⁸.

A supposer que ces dispositions de la Charte s'appliquent aux situations purement internes⁵⁹, la Cour de justice ne sera-t-elle pas appelée à s'interroger sur le point de savoir si, au regard des droits fondamentaux consacrés dans la Charte, le national « sédentaire » et le national ayant exercé sa liberté de circulation se trouvent bien dans des situations à ce point différentes qu'il se justifie que les Etats membres les traitent différemment ? En cas de réponse négative, l'on aboutira là aussi à la disparition des discriminations à rebours, dans la mesure où elles concernent le noyau dur du principe d'égalité, tel qu'il est consacré, non plus à l'article 18 du TFUE, mais aux articles 20 et 21 de la Charte.

C. L'absence de protection des éléments non essentiels des droits du citoyen européen « sédentaire » après l'arrêt *Mc Carthy*

29. En se focalisant sur la nécessité de protéger totalement le noyau dur des droits découlant de la citoyenneté européenne, l'arrêt *Zambrano* avait laissé irrésolue la question de savoir si, au-delà de cette protection absolue réservée aux aspects fondamentaux de la citoyenneté européenne, les éléments non essentiels des droits de séjour, de circulation et d'égalité de traitement d'un citoyen européen « sédentaire » pouvaient également bénéficier d'une protection, par hypothèse relative, à l'image de celle qui leur est accordée dans le cadre de situations mettant en cause des éléments d'extranéité⁶⁰.

30. Pour autant qu'il traduise fidèlement l'enseignement de l'arrêt *Zambrano*, l'arrêt *Mc Carthy* ferme la porte à de telles supputations, en excluant du champ d'application de l'article 21 du TFUE les situations purement internes dans lesquelles seuls des éléments non essentiels de la citoyenneté européenne sont affectés par la mesure nationale litigieuse. Sous cet angle également, l'arrêt *Mc Carthy* tempère la portée apparente de l'arrêt *Zambrano*.

*

31. Les arrêts commentés n'ont guère permis d'éclaircir les limites au domaine d'application des articles 20 et 21 du TFUE⁶¹. En substituant à l'élément d'extranéité le critère de la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits dont dispose un citoyen européen « statique », la Cour de justice se donne en définitive la compétence de juger, au cas par cas, ce qui relève, dans les situations purement internes, du champ d'application de la citoyenneté européenne. Nul doute qu'il faudra un nombre important de renvois préjudiciels pour pouvoir cerner, avec une prévisibilité plus ou moins satisfaisante, les contours exacts de ce nouveau domaine d'application de la citoyenneté européenne.

57. Cette approche trouve un écho dans les conclusions de l'avocate générale SHARPSTON (point 146).

58. Sur cet aspect, voy. notamment E. BRIBOSIA et TH. BOMBOIS, " Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations ... Réflexions autour des arrêts ' Wolf ', ' Petersen ' et ' Küçükdeveci ' de la Cour de justice de l'Union européenne ", *R.T.D.E.*, 2011, p. 72.

59. A ce sujet, voy. *infra*.

60. L'entrave apportée aux éléments non essentiels de la citoyenneté européenne « sédentaire » devant alors être appréciée au regard de la légitimité de l'objectif poursuivi, tout comme de la pertinence et de la proportionnalité des moyens employés pour y parvenir.

61. Pour une critique de la délimitation antérieure, voy. E. BRIBOSIA et TH. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 82 et réf. citées.

Deux questions, au moins, appellent une réponse pressante de la Cour de justice. Le noyau dur des droits liés à la citoyenneté européenne se résume-t-il à la jouissance effective du droit d'en user en au moins un endroit quelconque du territoire de l'Union ? Dans l'affirmative, l'application de la citoyenneté de l'Union aux situations purement internes se résume presque à une peau de chagrin. Par ailleurs, et spécialement si les droits du citoyen européen doivent être respectés au sein même de l'Etat dont il est ressortissant et qu'il n'a jamais quitté, se pose la seconde question de savoir si, outre la protection des éléments essentiels des droits de séjour, de circulation et d'égalité de traitement, la préservation du noyau dur d'autres droits fondamentaux – et principalement de ceux consacrés par la Charte des droits fondamentaux – relève aussi désormais du droit de l'Union, même lorsqu'est en cause une situation purement interne⁶². Sans doute, est-il admis que l'adoption de la Charte et son intégration dans le droit primaire n'ont pas eu pour effet d'étendre la compétence de l'Union. Néanmoins, c'est exactement le même raisonnement que la Cour de justice tenait à propos de la citoyenneté européenne⁶³ avant qu'elle n'use, dans l'arrêt *Zambrano*, de l'article 20 du TFUE comme d'une voie pour étendre le domaine du Traité aux situations purement internes.

Il est souhaitable que la réponse à ces deux questions soit fournie en gardant à l'esprit l'équilibre des pouvoirs juridictionnels et le respect dû à l'autonomie constitutionnelle des Etats membres, lesquels se verraient, à leur tour, menacés dans leur noyau dur si le juge de Luxembourg décidait de s'emparer de l'ensemble du contentieux des droits fondamentaux reconnus au citoyen européen, même lorsque ceux-ci ne sont invoqués qu'à l'occasion d'une contestation purement interne⁶⁴.

32. Les arrêts *Zambrano* et *Mc Carthy* n'ont pas davantage mis un terme à la différence de traitement entre citoyens européens, selon qu'ils sont « statiques » ou « mobiles ». Au contraire, cette différence de traitement se dédouble désormais.

33. D'une part, la protection accordée au noyau dur des droits liés à la citoyenneté européenne paraît plus importante dans le chef des citoyens européens « statiques ». Ainsi, le droit au séjour des parents d'un citoyen européen en bas âge semble inconditionnel lorsque cet enfant séjourne dans son Etat alors qu'il est subordonné à l'existence de ressources suffisantes dans le chef des parents lorsque cet enfant séjourne dans un autre Etat membre.

Cette différence de traitement entre citoyens européens peut-elle être justifiée en vertu du principe de droit international, invoqué dans l'arrêt *Mc Carthy*, selon lequel un Etat ne peut jamais bannir ses propres ressortissants ?

Encore faut-il, pour ce faire, qu'un tel principe soit effectivement reconnu par la communauté des nations et qu'il ait une portée absolue. Parmi les textes internationaux pertinents en la matière, figurent l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 3 du Protocole n°4 à la Convention européenne

62. Pour une réponse en apparence affirmative, voy. les conclusions de l'avocate générale SHARPSTON précitées, point 84.

63. Voy., notamment, CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, C-64/96, point 23 ; CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, C-499/08, point 25. Adde conclusions de l'avocate générale KOKOTT précitées, point 41.

64. A cet égard, l'ordonnance *Chartry* (C-457/09) rendue par la Cour de justice le 1^{er} mars 2011, soit très peu de temps avant le prononcé de l'arrêt *Zambrano* pourrait être perçue comme une source d'apaisement. Dans cette affaire, la Cour refusa de répondre à une question préjudicielle posée par une juridiction belge quant à la régularité, au regard du droit au procès équitable, d'une disposition légale rétroactive au motif que le litige pendant devant le juge *a quo* concernait une situation purement interne. Comparez conclusions précitées de l'avocate générale SHARPSTON sous l'arrêt *Zambrano*, point 148.

des droits de l'homme. C'est du reste à cette dernière disposition que la Cour de justice renvoie expressément⁶⁵.

On relèvera toutefois que l'article 3 du Protocole n° 4 est interprété de manière relative par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, celui-ci ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat partie à la Convention adopte une décision qui aurait pour effet d'imposer à l'un de ses ressortissants de quitter le territoire national pour autant que cet éloignement ne soit pas définitif. Ainsi, en va-t-il de la décision judiciaire d'un Etat qui contraint un enfant, ressortissant de cet Etat, à rejoindre sa mère séjournant dans un autre pays au motif que rien n'interdit à cet enfant de « regagner ultérieurement » l'Etat dont il est le national et qui l'a éloigné⁶⁶. On voit à quel point cette jurisprudence se distancie de la position – heureusement plus protectrice – défendue dans l'arrêt *Zambrano*.

34. Inversement, le citoyen européen « statique » n'est pas protégé par le droit de l'Union contre les atteintes portées à des éléments non essentiels de ses droits de séjour, de circulation ou d'égalité de traitement, à la différence des citoyens européens « mobiles » qui bénéficient d'une protection relative contre de telles atteintes.

A nouveau, il est permis de s'interroger sur la justification d'une telle différence de traitement au regard, notamment, de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette disposition, qui consacre de manière générale le principe d'égalité dans l'exercice des droits consacrés par la Convention et ses protocoles additionnels, est interprétée par la Cour de Strasbourg comme prohibant toute discrimination fondée sur la nationalité. Seules de très fortes considérations peuvent justifier le recours à un tel critère de différenciation⁶⁷.

Or, s'il est vrai qu'à titre principal, le droit de l'Union, tel qu'il est issu des arrêts *Zambrano* et *Mc Carthy*, continue d'opposer, sur cet aspect, les citoyens européens « mobiles » aux citoyens européens « statiques », sans considération pour leur nationalité, il n'en demeure pas moins que, dans un cas précis, cette opposition se résume à une différence de traitement en fonction de la nationalité. Lorsque le citoyen européen n'a résidé que dans un seul Etat membre, celui-ci bénéficiera d'une couverture complète du droit européen s'il n'est pas ressortissant de cet Etat. En revanche, s'il en est un national, il ne pourra se prévaloir du droit européen qu'à l'égard des atteintes au noyau dur des droits découlant de son statut de citoyen européen. Pareille différence de traitement est donc bien fondée exclusivement sur la nationalité et on voit mal quelle raison impérieuse permettrait de la justifier. Ce n'est pas à dire pour autant que le découpage du champ d'application de la citoyenneté européenne opéré par les arrêts commentés est *ipso facto* contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, pour autant que les juridictions nationales veillent à supprimer les dernières discriminations à rebours qui en découlent.

35. Théoriquement, enfin, l'extension modérée du domaine d'application des articles 20 et 21 du TFUE, qui découle des arrêts commentés, se traduit aussi par la création d'une nouvelle base de compétence au profit du législateur européen. Toutefois, dès lors que toute situation purement interne, qui tombe sous le coup des articles 20 et 21

65. Point 29 de l'arrêt *McCarthy*. Il en va de même pour les conclusions de l'avocate générale KOKOTT (note 10). Quant à l'existence d'une telle règle en droit international coutumier, l'on se limite à renvoyer à l'approche nuancée du troisième rapport sur l'expulsion des étrangers présenté par M. Kamto le 19 avril 2007 à la Commission du droit international des Nations Unies (A/CN.4/581), pp. 12-22.

66. CEDH, décision *A.B. c./ Pologne* du 13 mars 2003. *Adde* C.E., 15 mai 2009, XXX, n° 193.348. Pour une interprétation plus absolue de cette disposition, voy. toutefois, J. SCHOKKENBROECK, "Prohibition of expulsion of nationals and the right of nationals to enter their own country (article 3 of Protocol n° 4)", in P. VAN DIJK *et al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, p. 948.

67. A ce sujet, voy. notamment, E. BRIBOSIA, « Les politiques d'intégration de l'Union européenne et des Etats membres à l'épreuve du principe de non-discrimination », à paraître.

du TFUE, est automatiquement perçue comme contraire à ces dispositions, puisqu'elle prive le citoyen européen de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits, on voit mal la marge de manœuvre qui serait laissée au législateur de l'Union pour préciser davantage la portée et les limites des nouveaux droits reconnus au citoyen européen « statique ».

Les arrêts commentés pourraient toutefois permettre d'utiliser l'article 18, alinéa 2, du TFUE, combiné avec d'autres dispositions du traité, comme base juridique à la rédaction d'une directive facilitant le regroupement familial des citoyens européens au sein de leur Etat membre. L'article 18, alinéa 2, du TFUE autorise en effet le législateur européen à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité de traitement entre citoyens européens⁶⁸, en ce compris désormais entre les citoyens européens « mobiles » et « statiques » pour ce qui touche au noyau dur du principe d'égalité lequel inclut peut-être le droit à ne pas être discriminé dans l'exercice du droit à une vie familiale.

Pour l'heure, cette question fait débat au sein des seuls parlements nationaux, avec des fortunes diverses...⁶⁹

THOMAS BOMBOIS⁷⁰

Référendaire à la Cour constitutionnelle
Maître de conférences à l'Académie Louvain

Cour européenne des droits de l'homme (2^e section) 29 mars 2011

I. Droits de l'homme - Procès équitable – Cassation – Pourvoi en cassation – Recevabilité – Formalisme excessif – Violation.

II. Droits de l'homme - Généralités – Recevabilité des recours – Epuisement des voies de recours internes – Procédure de référé – Poursuite de la procédure au fond (non).

III. Droits de l'homme - Respect de la vie privée – Liberté d'expression – Liberté d'informer – Radio-T.V. – Censure préalable – Ingérence des autorités publiques – Prévisibilité suffisante – Cadre législatif et jurisprudentiel belge (non) – Violation.

Observations.

1. En subordonnant la recevabilité d'un moyen de cassation, dirigé contre un arrêt de référé qui fait droit à une demande de mesures provisoires, à l'invocation expresse d'une violation de l'article 584 du code judiciaire, la Cour de cassation fait preuve d'un formalisme excessif, constitutif d'une violation du droit d'accès à un tribunal consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. L'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt. Partant, la poursuite d'une procédure au fond ne peut être considérée comme une voie de recours contre une décision de référé qui interdit la diffusion d'une émission de télévision. La recevabilité d'un recours à la Cour européenne des droits de l'homme ne peut donc être subordonnée à l'achèvement préalable de pareille procédure au fond.

68. CJCE, 7 juillet 1992, *Parlement c./ Conseil*, C-295/90, point 18.

69. Voy., à cet égard, la proposition de loi modifiant les conditions de regroupement familial pour les Belges (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-0443/014).

70. Les opinions exprimées ci-après n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient. L'auteur remercie EMMANUELLE BRIBOSIA pour sa relecture attentive.