

Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*

De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure

Sébastien PLATON

*Professeur à l'Université de La Rochelle
Institut Pierre Pescatore*

Jusqu'à récemment, les droits du citoyen européen étaient considérés comme n'étant pas applicables à une situation dite « purement interne ». Dans l'arrêt *Zambrano* du 8 mars 2011, la Cour de justice a franchi un cap en conditionnant l'applicabilité du droit de séjour des citoyens européens à l'existence d'une privation de la jouissance effective de l'essentiel de ce droit. Cette redéfinition du champ d'application des droits du citoyen européen n'est pas sans entraîner une certaine confusion entre applicabilité et application du droit de l'Union européenne. De plus, et peut-être surtout, la portée de cette redéfinition est incertaine, comme le démontre l'arrêt *McCarthy* du 5 mai 2011. Il en découle, malgré les précisions apportées par la Cour dans l'arrêt *Dereci* du 15 novembre 2011, une insécurité juridique, tant quant aux droits concernés par cette extension de leur champ d'application que quant aux personnes qui pourront en bénéficier.

La question du champ d'application de la règle de droit est une question assez classique en droit : domaine de validité de la norme selon Kelsen (1), le champ d'application délimite l'ensemble des situations auxquelles la norme est applicable, selon une classification connue de tous : *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione loci* et *ratione materiae*. Néanmoins, en droit de l'Union européenne, la question du champ d'application matériel (*ratione materiae*) connaît une modalité particulière, sous la forme de l'exigence d'un élément « transfrontalier » (2).

(1) Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 13 s. Pour une critique de cette notion, cf. Ch. Eisenmann, *Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques*, in *Law, State and International Order, Essays in Honour of Hans Kelsen*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1964, p. 59 s., reproduit in Ch. Eisenmann, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Editions Panthéon-Assas, 2002, p. 405 s.

(2) L'on notera que la Cour de justice rattache elle-même le problème des situations internes à la délimitation du champ d'application matériel du Traité : CJCE 5 juin 1997, *Land Nordrhein-Westfalen c/ Kari Uecker et Vera Jacquet c/ Land Nordrhein-Westfalen*, C-64/96 et C-65/96, Rec. I-3171,

Or, cette problématique a été profondément renouvelée par deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, qui ont déjà attiré l'attention de nombreux observateurs : l'arrêt *Ruiz Zambrano* (3) et l'arrêt *McCarthy* (4), que la Cour s'est efforcée de préciser dans un plus récent arrêt *Dereci* du 15 novembre 2011 (5).

L'élément « transfrontalier » d'une situation implique en principe un franchissement physique de frontière entre Etats membres, que ce soit par une personne (travailleur salarié ou non salarié, établissement), par un bien, par des capitaux ou par la prestation elle-même.

L'exigence d'un élément transfrontalier n'est pas applicable à l'ensemble du droit de l'Union européenne (6) : il existe un certain nombre de normes qui n'y sont pas conditionnées. Ainsi en est-il, par exemple, du principe d'égalité (hors non-discrimination en raison de la nationalité), que ce soit celui qui découle du droit originaire, et plus particulièrement le principe d'égalité de rémunérations entre travailleurs masculins et féminins visé à l'article 157 TFUE (ex-art. 141 CE) (7), ou celui qui est garanti par le droit dérivé (8). Plus largement, de nom-

point 23. Cf. sur cette question : J. de Beys, Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ?, JTDE 2001. 137 s. ; R.-E. Papadopoulou, Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ?, CDE 2002. 95 s. ; H. Claret, Quelques remarques sur le champ d'application du droit communautaire (à propos du principe de libre circulation des marchandises et des « situations purement internes »), in Mél. en l'honneur du doyen Roger Decottignies, Grenoble, PU Grenoble, 2003, p. 103 s. ; O. Due et C. Gulmann, Restrictions à la libre circulation intracommunautaire et situations purement internes, in Une Communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, p. 377 s. ; F. Picod, Libre circulation et situation interne, Rev. aff. eur. 2003. 47 ; J.-P. Puissechet et S. Gervasoni, Droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne, in Juger l'administration, administrer la justice : Mél. en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 717 s. ; P. van Elsuwege et S. Adam, Situations purement internes, discriminations à rebours et collectivités autonomes après l'arrêt sur l'assurance soins flamande (commentaire de CJCE 1^{er} avr. 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, C-212/06, Rec. I-1683), CDE 2008. 655 s., spéc. 673 ; J.-S. Bergé, Les espaces « marché intérieur » et « liberté, sécurité, justice » et le traitement des situations purement internes, LPA 7 juin 2010. Il faut également mentionner la doctrine relative aux « discriminations à rebours », répertoriée *infra*.

(3) CJUE 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, A. Rigaux, Europe, mai 2011. 12-13 ; S. Corneloup, D. 2011. 1325 s. ; Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité, JDI 2011. 491 s. ; M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, AJDA 2011. 1007-1008 ; M. Houser, De la lutte contre les discriminations à rebours à la protection des droits fondamentaux, par l'Union européenne. Le pas est presque franchi, mais..., AJDA 2011. 1082 s. ; Th. Bombois, Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2011. 1224 s. ; P. van Elsuwege, Legal Issues of Economic Integration, 2011. 263 s. ; K. Hailbronner et D. Thym, CML Rev. 2011. 1253 s. ; R. Morris, Maastricht Journal, n° 1-2, 2011. 179 s. ; E. Pataut, RTD eur. 2011. chron. 564.

(4) CJUE 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09 ; S. Hennion, JCP G 2011. 1326 s. ; M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, AJDA 2011. 1614-1615 ; S. Corneloup, D. 2011. 1604 s. ; Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité, préc. ; Th. Bombois, Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2011. 1224 s. ; E. Pataut, chron. préc.

(5) CJUE 15 nov. 2011, *Dereci*, C-256/11, A. Rigaux, Europe, janv. 2012. 16 s. ; O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, D. 2012. 390 s. ; M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, AJDA 2012. 306 s.

(6) Cf. not. sur ce point : P. van Elsuwege et S. Adam, article préc., spéc. 662 s.

(7) Pour une application de cette disposition dans un litige dont tous les éléments étaient cantonnés à l'intérieur d'un même Etat, cf. not. CJCE 8 avr. 1976, *Defrenne c/ SABENA* dit « *Defrenne II* », 43/75, Rec. 445.

breux textes de droit dérivé ne sont pas davantage conditionnés par l'existence d'un élément transfrontalier (9). En ce qui concerne plus précisément la citoyenneté, il est également possible de relever que le droit de pétition devant le Parlement européen, le droit d'accéder au médiateur européen, ou encore le droit de communiquer par écrit, dans la langue de son choix, avec les institutions et organes de l'Union européenne (10) sont indépendants d'une quelconque exigence d'un élément transfrontalier.

Malgré cela, il est indéniable que, en ce qui concerne les libertés économiques et le droit de circulation et de séjour, l'exigence d'un élément transfrontalier demeure un critère d'applicabilité. Cette limite, dont il résulte que le droit de l'Union ne s'applique pas en principe aux situations dont tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul et même Etat, s'explique par plusieurs raisons.

L'objectif fondamental d'établissement d'un marché intérieur européen, tout d'abord. Dans cette perspective, le but est l'abolition des frontières entre Etats membres, puisque ce sont elles les entraves premières et immédiates à la libre circulation des facteurs de production. A cet égard, ce qui se passe à l'intérieur des frontières apparaît indifférent, ou en tout cas relève d'un stade ultérieur de consolidation, qui n'est pas encore atteint dans tous les domaines de l'intégration européenne (11). On veut pour preuve de cette indifférence les termes employés par les traités : les entraves pécuniaires et non pécuniaires à la libre circulation des marchandises sont interdites « entre les Etats membres » (12) ; l'article 49 TFUE interdit les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire « d'un autre Etat membre » ; l'article 56 TFUE interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union à l'égard des ressortissants des Etats membres « établis dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation », etc.

(8) Cf. not. dir. 76/207/CEE du Conseil, du 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOCE L 39, p. 40-42 ; dir. 79/7/CEE du Conseil, du 19 déc. 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JOCE 1979 L 6, p. 24-25 ; dir. 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE L 180, p. 22-26 ; dir. 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE L 303, p. 16 ; dir. 2004/113/CE du Conseil du 13 déc. 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JOUE L 373, p. 37-43.

(9) L'on notera d'ailleurs que, dans le célèbre arrêt *Francovich*, tous les éléments du litige, relatif à la directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JOCE L 283, p. 23-27), étaient cantonnés à l'intérieur d'un seul et même Etat : CJCE 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci c/ Italie*, C-6/90 et C-9/90, Rec. I-5357.

(10) Art. 21, 2, d) UE.

(11) On exceptera ici le cas de l'Union douanière, dont le degré d'avancement explique certainement que les frontières internes aux Etats membres puissent être prises en compte au titre de la qualification de taxes d'effet équivalent à des droits de douane : cf. CJCE 16 juill. 1992, *Administration des douanes et droits indirects c/ Legros e.a.*, C-163/90, Rec. I-4625 et *infra* I, A, 1, c).

(12) Art. 28 et 30 TFUE pour les droits de douane et taxes d'effet équivalent ; art. 34 et 35 TFUE pour les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent.

L'exigence d'un élément transfrontalier peut aussi se réclamer d'une parenté lointaine avec la *logique* de subsidiarité. Certes, il ne s'agit pas du *principe* de subsidiarité, pris dans son acception stricte, puisque celle-ci implique l'existence d'une compétence de l'Union, laquelle fait défaut à l'égard des situations purement internes (13). Mais, et avec toutes les précautions qu'implique un manie-ment aussi « plastique » d'un principe juridique, s'y rattache à tout le moins une certaine logique de subsidiarité : l'Etat est présumé le mieux placé pour régler les situations qui relèvent exclusivement de son for.

Enfin, et peut-être même surtout, l'exigence d'un élément transfrontalier permet d'assurer qu'il existera toujours, dans le droit interne des Etats mem-bres, des « zones de non-droit de l'Union ». En effet, la caractéristique fonda-mentale, pour ne pas dire existentielle, de l'ordre juridique de l'Union euro-péenne est d'être un ordre juridique « de superposition incomplète » (14) ou « non omniprésent » (15). Or, cette absence d'omniprésence est une condition nécessaire à la coexistence pacifique entre l'ordre juridique de l'Union euro-péenne et l'ordre juridique national, doté, lui, d'une omniprésence sur le terri-toire qu'il régit (16) et qui dispose donc d'un espace juridique dénué de la contrainte du droit de l'Union européenne.

On le voit donc, cette exigence d'un élément transfrontalier se fonde sur de solides arguments. Mais d'un autre côté, elle génère d'insolubles problèmes, le moindre n'étant pas celui des discriminations dites « à rebours » (17). Il s'agit, rappelons-le, des situations dans lesquelles un Etat membre traitera de manière moins favorable les personnes, biens ou capitaux relevant d'une « situation pu-rement interne » (par exemple les nationaux « sédentaires » ou les produits na-tionaux non exportés) que ceux relevant du champ d'application du droit de l'Union européenne. Or, précisément, les discriminations à rebours, en tant que situations purement internes, excèdent le champ d'application du droit de l'Union, et donc sont hors d'atteinte des remèdes que celui-ci pourrait offrir.

Dans le cadre qui vient d'être esquissé, l'arrêt *Zambrano* a pu sembler consti-tuer une véritable révolution. En l'espèce, un couple de ressortissants colom-biens était arrivé en Belgique en 1999, accompagnés de leur premier enfant. M. Ruiz Zambrano a effectué plusieurs démarches tendant à obtenir un titre de séjour régulier qui se sont toutes heurtées à un refus. Entre-temps, M. Ruiz Zam-brano a trouvé un emploi dans une société belge, et le couple Zambrano a eu deux autres enfants, qui ont acquis la nationalité belge en vertu de la législation belge applicable à l'époque des faits. Néanmoins, le couple était toujours dému-

(13) Cf. P. van Elsuwege et S. Adam, article préc., spéc. 660.

(14) M. Gautier et F. Melleray, Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire, Rev. aff. eur. 2003-2004. 27 s., spéc. 34.

(15) « L'ordre communautaire n'a pas un caractère d'omniprésence » : concl. av. gén. A. La Pergola sur CJCE 29 mai 1997, *Kremzow c/ Republik Österreich*, C-299/95, Rec. I-2629, point 7.

(16) H. Gaudin, Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire, Rev. aff. eur. 2003-2004. 7 s., spéc. 11-12.

(17) Cf. not. Ch. Denys, Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt *Kraus*, CDE 1994. 638 ; P. Coudert, La discrimination à rebours en droit communau-taire : une analyse juridique du comportement discriminatoire des états membres d'un espace économique intégré, LPA 21 août 2006 ; A. Tryfonidou, Reverse Discrimination in Purely In-ternal Situations, Legal Issues of Economic Integration, 2008. 43 s. ; Reverse Discrimination in EC Law, Kluwer Law International BV, 2009.

ni d'un titre de séjour valable. M. Ruiz Zambrano n'était qui plus est pas titulaire d'un permis de travail, ce qui l'a conduit à perdre son emploi sans indemnité. Se trouvant sans emploi, M. Ruiz Zambrano a adressé une demande à l'Office national de l'emploi pour obtenir des allocations de chômage à temps plein. Le versement de ces allocations lui a été refusé en raison de son absence de permis de travail et de titre de séjour régulier. M. Ruiz Zambrano a engagé une action contre cette décision devant le tribunal du travail de Bruxelles, lequel a saisi la Cour de justice à titre préjudiciel.

Les époux Zambrano faisaient notamment valoir que, en tant que parents de citoyens belges, ils devraient bénéficier d'un droit de séjour accessoire, soit au titre du droit dérivé – et notamment la directive 2004/38 (18) – soit, si celui-ci n'est pas applicable, au titre du droit originaire (19). Le problème était cependant, bien évidemment, l'applicabilité du droit de l'Union européenne à une telle situation. En effet, il n'y a dans cette hypothèse aucun élément transfrontalier, ou du moins aucun élément transfrontalier intra-européen (la migration du couple Zambrano depuis la Colombie étant un élément transfrontalier extra-européen). La question se posait donc de savoir si le droit de l'Union européenne pouvait conférer un droit de séjour en Belgique aux parents de citoyens belges résidant en Belgique et n'ayant jamais migré dans un autre Etat membre. Au regard de l'exigence d'un élément transfrontalier, telle qu'elle a été définie précédemment, une réponse négative s'imposait logiquement : il s'agit là d'une situation purement interne à la Belgique. Et pourtant, la Cour a estimé que « l'article 20 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un Etat membre, d'une part, refuse à un ressortissant d'un Etat tiers, qui assume la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union, le séjour dans l'Etat membre de résidence de ces derniers et dont ils ont la nationalité et, d'autre part, refuse audit ressortissant d'un Etat tiers un permis de travail, dans la mesure où de telles décisions priveraient lesdits enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union ». Pour arriver à cette conclusion, la Cour a estimé que des nationaux belges pouvaient tirer du droit de l'Union européenne, en tant que citoyens européens, un droit de séjour en Belgique, et que le refus de séjour et de permis de travail aux parents d'enfants en bas âge ayant la nationalité belge privaient ces derniers de la jouissance effective de ce droit de séjour. Pour le dire autrement, la Cour a appliqué le droit de l'Union européenne à une situation qui, en tout cas selon toutes les apparences, était dépourvue de tout élément transfrontalier intra-européen.

L'on conçoit sans peine l'impact qu'a pu produire cette solution. Il y avait là en effet, bien évidemment, un facteur de crainte pour les Etats membres quant à la maîtrise des flux migratoires. La Cour de justice avait déjà jugé, dans l'arrêt *Metock* (20), que le droit de séjour accessoire des membres de la famille d'un

(18) Dir. 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avr. 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOUE L 158, p. 77-123.

(19) Cf. sur cette possibilité, lorsque le droit dérivé n'est pas applicable : CJCE 19 oct. 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, Rec. I-9925.

(20) CJCE 25 juill. 2008, *Metock e.a.*, C-127/08, Rec. I-6241.

citoyen européen bénéficiait au ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union séjournant dans cet Etat membre dont il n'a pas la nationalité, sans que ce ressortissant d'Etat tiers ait au préalable séjourné légalement dans un autre Etat membre avant son arrivée dans l'Etat membre d'accueil. Désormais, et sur le fondement direct de la citoyenneté, un droit similaire est reconnu aux ascendants d'un citoyen européen qui n'a lui-même jamais exercé sa liberté de circulation. Mais outre cet impact sur la politique migratoire des Etats, se posait également la question de savoir s'il fallait en déduire un abandon de l'exigence d'un élément transfrontalier. Au regard de ce qui a été dit précédemment relativement aux fondements de l'exigence d'un élément transfrontalier, un tel abandon de cette condition aurait entraîné un changement profond de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Néanmoins, cette hypothèse a été rapidement démentie, ou en tout cas sérieusement relativisée, par l'arrêt *McCarthy*. Mme McCarthy, requérante au principal dans cette affaire, était une ressortissante britannique possédant également la nationalité irlandaise mais ayant toujours vécu en Angleterre. Le 15 novembre 2002, Mme McCarthy a épousé M. George McCarthy, de nationalité jamaïcaine. Selon les dispositions du droit interne en matière d'immigration, celui-ci ne disposait pas d'un droit de séjour au Royaume-Uni, même en tant que conjoint d'une personne qui y est établie de manière permanente. Mme McCarthy a alors demandé, en tant que citoyenne de l'Union, l'octroi de titres de séjour en vertu du droit de l'Union. M. McCarthy a également déposé une demande en ce sens en tant que conjoint d'une citoyenne de l'Union. Les deux demandes ont été rejetées au motif que Mme McCarthy n'était pas une personne remplissant les conditions légales, c'est-à-dire, en substance, un travailleur salarié, un travailleur indépendant ou une personne subvenant à ses besoins, et que, partant, M. McCarthy ne pouvait pas non plus être considéré comme le conjoint d'une personne remplissant les conditions légales. C'est la contestation desdites décisions qui a amené la Cour à être saisie à titre préjudiciel.

A la lumière de l'arrêt *Zambrano*, il semblait possible de pronostiquer une issue favorable pour les époux McCarthy. Et pourtant, la Cour a estimé que ni la directive 2004/38 ni l'article 21 TFUE, relatif au droit de circulation et de séjour des citoyens européens, n'était applicable en l'espèce. Concernant la directive, la Cour a en effet estimé qu'elle « 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 Etat membre dont il possède la nationalité et qui jouit, par ailleurs, de la nationalité d'un autre Etat membre ». L'article 21 TFUE, quant à lui, « 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 Etat membre dont il possède la nationalité et qui jouit, par ailleurs, de la nationalité d'un autre Etat membre pour autant que la situation de ce citoyen ne comporte pas l'application de mesures d'un Etat 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 Etats membres ».

La première lecture, superficielle quoique partiellement correcte, qui peut être faite de ces deux arrêts est celle d'une volte-face : après avoir ouvert la « boîte de Pandore » de l'abandon de l'exigence d'un élément transfrontalier

comme condition nécessaire d'applicabilité des droits du citoyen européen, la Cour aurait immédiatement refermé ladite boîte, par crainte en particulier des conséquences qu'un tel abandon aurait sur la liberté des Etats d'établir leur propre politique migratoire. Mais à lire plus attentivement, ce n'est pas exactement à une volte-face, à une « fermeture de la boîte » que s'est livrée la Cour. Plutôt que se déjuger, elle s'est ingéninée à cantonner les effets de ce recul de l'exigence d'un élément transfrontalier dans un carcan de conditions et d'appréciations telles que ses effets conçus comme « néfastes » soient le plus limités possibles. Et ce carcan est en partie constitué d'un raisonnement particulièrement retors dont il résulte, par exemple, que la Cour peut consacrer un traitement différent aux membres de la famille d'un citoyen européen selon qu'il s'agit d'ascendants d'un citoyen européen mineur ou du conjoint d'une citoyenne européenne majeure (21) ; ou bien encore qu'elle peut considérer qu'une situation dont tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur du territoire d'un seul Etat cesse d'être une situation purement interne dès lors que la jouissance effective des droits de la citoyenneté est entravée (22). Pour filer la métaphore mythologique, la Cour est donc passée de la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure, ce dédale destiné à emprisonner le monstrueux rejeton de Pasiphaé (23). En effet, le raisonnement de la Cour, tel qu'il découle de ces deux arrêts – ou mieux : de la comparaison entre eux – s'avère rien moins que labyrinthique, et il est certain que le fil du raisonnement de la Cour est plus difficile à suivre que celui d'Ariane.

Certes, la Cour s'est efforcée de préciser sa jurisprudence antérieure dans l'arrêt *Dereci*, à propos d'une affaire dont les requérants au principal étaient tous des ressortissants d'Etats tiers qui désiraient vivre avec des membres de leur famille, citoyens de l'Union, résidant en Autriche, Etat membre dont ces derniers avaient la nationalité et qui n'avaient jamais fait usage de leur droit de libre circulation. Elle précise en outre, de façon fort prévisible (24), que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et notamment le droit à une vie familiale normale (25), n'est pas davantage applicable aux situations auxquelles le droit de l'Union ne s'applique pas. Pour autant, cet arrêt est loin d'avoir levé toutes les incertitudes concernant la jurisprudence antérieure de la Cour.

De l'analyse de ces arrêts, il ressort que la Cour a consacré une nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union. Mais cet assouplissement de l'applicabilité des droits du citoyen européen se fait au détriment de la rigueur juridique (I). La portée de cet assouplissement s'avère, par ailleurs, fort incertaine, et soulève des questions relatives non seulement au champ d'application *matériel*, mais également au champ d'application *personnel* des droits découlant de la citoyenneté (II).

(21) Cf. *infra* II, B.

(22) Cf. *infra* I, A, 2.

(23) Qui est elle-même la belle-fille... d'Europe, mère de son époux le roi Minos !

(24) En vertu de l'article 51, § 1, de la Charte selon lequel « les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (nous soulignons).

(25) Art. 7 de la Charte.

I. — LA CONSÉCRATION D'UNE NOUVELLE HYPOTHÈSE DE RATTACHEMENT AU DROIT DE L'UNION

L'arrêt *Zambrano* consacre indubitablement une nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union. Cette nouvelle hypothèse semble relativiser grandement l'exigence d'un élément transfrontalier. Pourtant, à bien y regarder, le raisonnement de la Cour n'est pas exempt d'une certaine ambiguïté quant au point de savoir si la nouvelle hypothèse de rattachement constitue un *dépassement* de l'exigence d'un élément transfrontalier ou bien un *élargissement* de la notion même d'élément transfrontalier (A). En toute hypothèse, le nouveau critère d'applicabilité des droits du citoyen européen oblige la Cour à inverser le raisonnement juridique « normal », et à constater la violation de la norme avant d'établir son applicabilité (B).

A. — *Le dépassement ambigu de l'exigence d'un élément transfrontalier*

L'arrêt *Zambrano* est indéniablement innovant : la Cour abandonne la situation purement interne en tant que condition *suffisante* d'inapplicabilité des droits du citoyen européen et applique le droit de l'Union à une situation dont tous les éléments sont indéniablement cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre (1). Mais, hésitant à assumer un tel saut qualitatif dans sa jurisprudence, la Cour, dans l'arrêt *McCarthy*, vient entourer d'une certaine ambiguïté les contours de la notion de situation purement interne (2).

1. *La situation purement interne, condition non suffisante d'inapplicabilité des droits du citoyen européen*

Afin de mesurer l'innovation jurisprudentielle issue de l'arrêt *Zambrano* et consistant, pour la Cour, à reconnaître l'applicabilité des droits du citoyen européen dans une situation purement interne, il convient de resituer cette solution au regard de la jurisprudence antérieure. C'est qu'en effet, la jurisprudence de la Cour en la matière est intensément marquée par une volonté très nette de limiter les conséquences de ce que la situation ayant donné lieu au litige dans le cadre duquel la Cour est saisie serait dénuée de tout élément transfrontalier. L'arrêt *Zambrano*, sur cette question, pourrait alors sembler s'inscrire dans tout un courant jurisprudentiel tendant, apparemment, à restreindre la portée de la condition d'élément transfrontalier – et, partant, la notion de situation purement interne – au point que certains observateurs n'ont pas hésité à pronostiquer la « mort » des situations purement internes (26).

Pourtant, à bien y regarder, il apparaît que l'exigence d'un élément transfrontalier n'avait jamais, jusque-là, réellement disparu comme condition nécessaire d'applicabilité du droit de l'Union européenne, ce qui ferait de la jurisprudence *Zambrano* un véritable saut *qualitatif* par rapport à la jurisprudence antérieure.

(26) D. Simon et F. Lagondet, Libre circulation des marchandises et situations purement internes : Chronique d'une mort annoncée, Europe, 1997. chron. 9.

a) Il est notamment possible de remarquer que, dans une partie des hypothèses dans lesquelles la Cour a semblé s'affranchir de l'exigence d'un élément transfrontalier, c'est moins en tant que *condition d'applicabilité du droit de l'Union européenne* qu'en tant que *condition de compétence de la Cour de justice* que cette exigence s'est assouplie. En d'autres termes, dans un certain nombre d'hypothèses, la Cour de justice s'est reconnue compétente pour interpréter le droit de l'Union européenne alors même que celui-ci n'était pas, en tant que tel, applicable au litige au principal. La déconnexion ici n'est donc pas entre élément transfrontalier et applicabilité du droit de l'Union, mais entre applicabilité de ce dernier et compétence de la Cour.

Ainsi en est-il lorsqu'une réglementation nationale reprend une réglementation de l'Union européenne en en étendant le champ d'application aux situations purement internes (27). Dans ce cas, c'est au double titre de la coopération juridictionnelle et de son rôle d'uniformisation de l'interprétation du droit de l'Union européenne que la Cour accepte de délivrer une interprétation du droit de l'Union européenne qui n'en est pas, pour autant applicable au litige : la Cour estime seulement que son interprétation peut s'avérer utile au juge national en vue d'appliquer son droit national et contribue plus généralement à l'unité d'application du droit de l'Union européenne. Mais de ce que la Cour a accepté d'interpréter le droit de l'Union européenne en l'espèce, il ne découle pas que celui-ci soit, en lui-même, applicable au litige.

Cette hypothèse est à rapprocher de celle, distincte mais non éloignée, dans laquelle la Cour accepte de donner une interprétation du droit de l'Union européenne, et alors même que tous les éléments du litige au principal sont cantonnés à l'intérieur d'un seul et même Etat, afin d'aider le juge national à faire bénéficier un justiciable des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre Etat membre tirerait du droit de l'Union européenne dans la même situation (28). On aura reconnu, ici, la problématique des discriminations à rebours, conséquences inéluctables de l'exigence d'un élément transfrontalier (29). Mais là encore, le fait que la Cour accepte de répondre à une question préjudicielle en interprétation à l'occasion d'un litige purement interne ne signifie pas que le droit de l'Union européenne soit applicable à ce litige : c'est même précisément parce que le droit de l'Union européenne ne peut s'y appliquer, et donc ne peut corriger la discrimination à rebours, que la Cour estime qu'il lui appartient de donner au juge national toute interprétation que ce dernier jugera utile afin de

(27) Cf. not. CJCE 18 oct. 1990, *Dzodzi c/ Etat belge*, 297/88 et C-197/89, Rec. I-3783 ; CJCE 8 nov. 1990, *Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln*, C-231/89, Rec. I-40003 ; CJCE 17 juill. 1997, *Lew-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, C-28/95, Rec. I-4165 ; *Giloy c/ Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, C-130/95, Rec. I-4291 ; CJCE 3 déc. 1998, *Schoonbroodt c/ Etat belge*, C-247/97, Rec. I-8095.

(28) Cf. not. CJCE 5 déc. 2000, *Guimont*, C-448/98, Rec. I-10663, point 23 (pour la libre circulation des marchandises) ; CJCE 5 mars 2002, *Reisch e.a.*, C-515/99 e.a., Rec. I-2157, point 25 (pour la libre circulation des capitaux) ; CJCE 11 sept. 2003, *Anomar e.a.*, C-6/01, Rec. I-8621, point 41 (pour la libre prestation de services) ; CJCE 1^{er} avr. 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, C-212/06, Rec. I-1683, point 40 (libre circulation des travailleurs).

(29) Cf. *infra* II A 1 a).

corriger la discrimination à rebours sur le fondement du principe d'égalité tel qu'il résulte du droit *national* (30).

b) On a également pu constater une certaine déconnexion entre compétence de la Cour et applicabilité *concrète* du droit de l'Union européenne au litige en matière de libre circulation des marchandises. Ainsi, dans l'arrêt *Pistre*, la Cour a estimé que « s'il est vrai que l'application d'une mesure nationale n'ayant effectivement aucun lien avec l'importation des marchandises ne relève pas du domaine de l'article 30 [art. 34 TFUE] du traité [...], cette dernière disposition ne peut toutefois pas être écartée pour la seule raison que, dans le cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre » (31) dès lors que « l'application de la mesure, serait-elle limitée aux seuls producteurs nationaux, crée et maintient par elle-même une différence de traitement entre ces deux catégories de marchandises entravant, au moins potentiellement, le commerce intracommunautaire » (32) La solution est par ailleurs identique en l'absence de discrimination, lorsque « la règle nationale [s'applique] indistinctement aux produits nationaux ainsi qu'aux produits importés et [est] ainsi susceptible de constituer une entrave potentielle au commerce intracommunautaire relevant de l'article 28 CE [art. 34 TFUE] » (33).

Le juge s'octroie ici le pouvoir de se livrer à une appréciation abstraite, déconnectée du litige, du droit de l'Union européenne. Pour le dire autrement, quand bien même le droit de l'Union européenne ne serait pas applicable au litige, *in concreto*, la Cour se permet d'en délivrer une interprétation lorsqu'il reste applicable à la législation nationale, *in abstracto*, c'est-à-dire lorsque celle-ci est *susceptible* de s'appliquer à des situations dotées d'un élément transfrontalier. Mais pour autant, la situation purement interne demeure comme critère d'applicabilité du droit de l'Union européenne, de sorte que c'est uniquement en tant que la règle nationale s'applique aux opérations transfrontalières qu'elle pourra être incompatible avec le droit de l'Union européenne. Il est d'ailleurs à noter que, en vertu du caractère partiel de l'incompatibilité, l'effet d'éviction peut ne jouer lui aussi que de façon partielle, par exemple en tant seulement que la réglementation s'applique à des biens venus d'un autre Etat membre, tout en laissant applicable la réglementation en tant qu'elle s'applique aux biens « sédentaires ». Il en résulterait alors une discrimination à rebours, au sens évoqué plus haut, et impliquant alors une application du principe « national » d'égalité.

c) En dehors de ces hypothèses de déconnexion entre applicabilité du droit de l'Union européenne au cas d'espèce et compétence de la Cour de justice, il est possible d'identifier diverses solutions qui atténuent l'exigence d'un élément transfrontalier comme critère d'applicabilité du droit de l'Union européenne.

L'hypothèse la plus remarquable résulte de la jurisprudence relative aux taxes d'effet équivalant à des droits de douane. En effet, en la matière, l'argument tiré de ce que le fait générateur d'une taxe nationale est le franchissement d'une

(30) Au sens large, incluant les sources conventionnelles intégrées au droit national. L'on pourrait par exemple concevoir qu'une discrimination à rebours soit condamnée sur le fondement de la Convention EDH.

(31) CJCE 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, C-321, 322, 323, 324/94, Rec. I-2343, point 44.

(32) Point 45.

(33) CJCE 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, Rec. I-3025, point 20.

frontière interne à l'Etat membre ne saurait prospérer à l'encontre de la qualification de cette taxe en taxe d'effet équivalant à un droit de douane au sens de l'article 30 TFUE dans la mesure où, selon l'arrêt *Legros* de la Cour de justice des Communautés européennes, « une taxe perçue à une frontière régionale en raison de l'introduction de produits dans une région d'un Etat membre constitue une entrave au moins aussi grave à la libre circulation des marchandises qu'une taxe perçue à la frontière nationale en raison de l'introduction des produits dans l'ensemble du territoire d'un Etat membre » (34). Par la suite, le juge communautaire, dans l'affaire *Lancry* (35), a précisé que cette qualification était indifférente au fait que des produits en provenance de l'Etat membre en question soient également frappés par une telle taxe – et ce pour des raisons essentiellement pratiques, tenant à la difficulté qu'il y aurait à distinguer les marchandises originaires d'un autre Etat membre de celles originaires, en l'occurrence, de la métropole.

Mais en dehors de cette hypothèse certes remarquable, liée certainement au degré d'avancement de l'union douanière européenne, force est de constater que la jurisprudence s'est tout au plus montrée relativement libérale quant à l'exigence d'un élément transfrontalier, sans jamais pour autant l'abolir. C'est le cas en matière de libre circulation des personnes. On notera ainsi qu'une mesure susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants de l'Union européenne, y compris ceux de l'Etat membre auteur de la mesure entre elle aussi dans le champ d'application du droit de l'Union européenne (36). Il est également de jurisprudence constante qu'un citoyen de l'Union, qui a fait usage de son droit de libre circulation et veut retourner dans son Etat membre d'origine, peut s'y prévaloir du droit de l'Union (37). Sans oublier que le fait d'avoir quelques clients à l'étranger et de les visiter sporadiquement peut parfois suffire à « européaniser » un prestataire national, au point de lui permettre, ainsi qu'aux membres de sa famille, de bénéficier de la protection du droit de l'Union européenne (38). De même, un déplacement provisoire à l'étranger dans le but exprès d'acquiescer un élément transfrontalier est admissible (39). Enfin, l'on relèvera que le franchissement de frontière n'a pas à être physique, la Cour ayant estimé que l'interdiction de prendre contact par téléphone avec des clients potentiels établis dans un autre Etat membre entraine dans le champ d'application des dispositions du traité relatives à la libre prestation de services (40).

(34) CJCE 16 juill. 1992, *Administration des douanes et droits indirects c/ Legros e.a.*, préc., point 16.

(35) CJCE 9 août 1994, *Lancry e.a. c/ Direction générale des douanes e.a.*, C-363, 407, 408, 409, 410, 411/93, Rec. I-3957. Cf. également : CJCE 14 sept. 1995, *Simitzi c/ Dimos Kos*, C-485 et 486/93, Rec. I-2655 ; CJCE 9 sept. 2004, *Carbonati Apuani*, C-72/03, Rec. I-8027. Cf. également le cas particulier de l'île de Jersey, dépendance semi-autonome de la Couronne britannique : CJCE 8 nov. 2005, *Jersey Produce Marketing Organisation*, C-293/02, Rec. I-9543.

(36) CJCE 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, Rec. I-1663, points 28 et 32.

(37) CJCE 7 juill. 1992, *The Queen c/ Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department*, C-370/90, Rec. I-4265 (points 19 à 23) et CJCE 11 déc. 2007, *Eind*, C-291/05, Rec. I-10719 (points 32 à 36).

(38) CJCE 11 juill. 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. I-6279.

(39) CJCE 23 sept. 2003, *Akrich*, C-109/01, Rec. I-9607.

(40) CJCE 10 mai 1995, *Alpine Investments c/ Minister van Financiën*, C-384/93, Rec. I-1141.

d) Enfin, en matière de citoyenneté, il est possible de relever un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la Cour a su assouplir l'exigence d'un élément transfrontalier jusqu'au point où l'on aurait pu la croire caduque. L'on pense notamment à l'arrêt *Garcia Avello* (41) dans lequel la Cour s'est satisfaite de ce que le citoyen européen en cause était titulaire de la nationalité de deux Etats membres pour considérer que le droit de l'Union européenne était applicable. Et, surtout, l'on pense à l'arrêt *Zhu et Chen* (42). Dans cette affaire, la petite Catherine Zhu résidait au Royaume-Uni, où elle avait toujours vécu et dont elle n'avait jamais migré, mais était titulaire de la nationalité irlandaise du seul fait... de sa naissance en Irlande du nord, en vertu de la législation applicable alors en Irlande. L'avocat général dans l'affaire *Zambrano*, E. Sharpston, a d'ailleurs relevé dans ses conclusions ces deux précédents afin d'illustrer à quel point l'élément transfrontalier exigé en matière de citoyenneté est devenu ténu (43).

L'on ne saurait cependant faire abstraction du fait que la Cour de justice a affirmé, dans l'arrêt *Kari Uecker et Vera Jacquet*, que « la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 18 du traité CE [art. 20 TFUE], n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire » (44). Le champ d'application des droits du citoyen de l'Union, et particulièrement le droit de circulation et de séjour, est donc lui aussi, par principe, caractérisé par la nécessité d'un élément transfrontalier. Et effectivement, pour ténu qu'il fût, la Cour n'a jamais renoncé à l'exiger dans des affaires mettant en jeu la citoyenneté européenne.

Le saut accompli par la Cour dans l'arrêt *Zambrano* est donc bien un saut qualitatif, au-delà des atténuations quantitatives issues de la jurisprudence antérieure, puisque la Cour renonce à rechercher un lien, même indirect, même lointain, avec un autre Etat membre. Et il est vrai que, en matière de citoyenneté, et peut-être surtout en matière de droit de séjour des citoyens européens, l'exigence d'un élément transfrontalier a quelque chose d'assez artificiel. Mme Sharpston, dans ses conclusions, donne certains exemples soulignant ce caractère artificiel : « supposons », dit-elle, « qu'un voisin ami ait emmené Diego et Jessica [les enfants *Zambrano* ayant la nationalité belge] effectuer une visite ou deux au Parc Astérix à Paris ou sur la côte en Bretagne » (45) : il y aurait alors, en conséquence d'un fait somme toute anecdotique, une circulation physique qui placerait les enfants *Zambrano* dans le champ d'application du droit de l'UE, cependant que l'absence d'une telle excursion les place hors de ce champ. Quant à l'applicabilité résultant de la double nationalité, on mesure aisément ce qu'a d'artificiel un élément transfrontalier tiré du seul état civil !

La Cour semble donc consacrer, à côté de l'existence d'un élément transfrontalier, une nouvelle hypothèse de rattachement d'une situation au droit de l'Union européenne. Dès lors, l'existence d'une situation purement interne ne serait plus une condition suffisante d'inapplicabilité des droits du citoyen européen. Néanmoins, à y regarder de plus près, il apparaît que la position de la Cour est plus

(41) CJCE 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rec. I-11613.

(42) CJCE 19 oct. 2004, *Zhu et Chen*, préc.

(43) Point 78 concl. dans l'aff. *Zambrano*.

(44) CJCE 5 juin 1997, *Land Nordrhein-Westfalen c/ Uecker et Jacquet c/ Land Nordrhein-Westfalen*, préc., point 23.

(45) Point 86 concl.

ambiguë qu'il n'y paraît. L'analyse des arrêts *McCarthy* et *Dereci*, en particulier, laisse apparaître une certaine porosité entre les deux conditions alternatives d'applicabilité des droits du citoyen européen et, plus largement, une certaine ambiguïté quant à la notion de situation purement interne.

2. Les contours ambigus de la notion de situation purement interne

La Cour, dans les arrêts *McCarthy* et *Dereci*, relève 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 Etat membre » (46). A ce stade, dans la lignée de la jurisprudence *Zambrano*, la Cour semble distinguer entre deux critères *cumulatifs* d'inapplicabilité des droits du citoyen européen – et donc entre deux critères *alternatifs* d'applicabilité des règles relatives à la libre circulation : d'une part, l'absence de situation purement interne, d'autre part, l'existence d'un « autre » facteur de rattachement, c'est-à-dire, en vertu de l'arrêt *Zambrano*, la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen.

Pendant, dans la suite de son raisonnement, la Cour semble à nouveau se focaliser sur la question de la situation purement interne, lorsqu'elle affirme que « la situation d'un citoyen de l'Union qui [...] n'a pas fait usage du droit de libre circulation ne saurait, de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne » (47).

Il n'y a donc pas d'alternative binaire entre usage de la libre circulation et situation purement interne : il existe une zone grise dans laquelle une situation peut être considérée comme n'étant pas « purement interne » en l'absence d'un usage de la libre circulation. L'affirmation, en elle-même, n'est ni surprenante ni nouvelle. Ainsi, dans l'arrêt *Garcia Avello*, et comme on l'a vu précédemment, la Cour a affirmé que la double nationalité permet de rattacher une situation au droit de l'Union européenne (48). De même, par référence à l'arrêt *Zhu et Chen*, il est possible de mentionner le cas des personnes dont, indépendamment de tout déplacement entre Etats membres, la nationalité n'est pas celle de leur Etat de résidence : ainsi, de par sa naissance en Irlande du Nord, la petite Catherine Zhu avait bénéficié de la nationalité irlandaise, en vertu de la législation irlandaise alors en vigueur, alors même qu'elle résidait sur le territoire britannique sans pouvoir, toutefois, acquérir la nationalité britannique.

En revanche, l'affirmation selon laquelle une situation peut ne pas être purement interne alors même qu'aucun déplacement n'a eu lieu laisse beaucoup plus songeur quand la Cour l'illustre par... l'arrêt *Zambrano* (49) ! En d'autres termes, à en croire la Cour, la situation de l'affaire *Zambrano* ne serait pas purement interne, elle serait dotée d'un élément transfrontalier. Or, on peine à identifier cet élément transfrontalier dans l'affaire *Zambrano* – sauf en ce qui concerne la nationalité des époux Zambrano, mais dans ce cas il s'agit d'un élé-

(46) Point 45 de l'arrêt *McCarthy*, point 60 de l'arrêt *Dereci*.

(47) Point 46 de l'arrêt *McCarthy*, point 61 de l'arrêt *Dereci*.

(48) Points 27 et 28 de l'arrêt *Garcia Avello*, préc.

(49) Point 47 de l'arrêt *McCarthy*, point 64 de l'arrêt *Dereci*.

ment transfrontalier extra-européen, et qui donc échappe aussi au champ d'application du droit de l'Union européenne. Ce serait donc la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits de citoyenneté qui placerait le citoyen dans une situation « transfrontalière ». En d'autres termes, la privation de la jouissance effective des droits de citoyenneté aurait pour effet de « décantonner » les éléments pertinents de la situation de l'intérieur d'un seul Etat membre.

La délimitation des situations purement internes en semble singulièrement brouillée. Et elle l'est d'autant plus que, contrairement à ce que la Cour avait affirmé dans l'arrêt *Garcia Avello*, la double nationalité semble ne plus suffire à qualifier un élément transfrontalier : c'est en tout cas ce que l'on peut déduire des longs développements que la Cour consacre à l'analyse du rattachement de la situation avec le droit de l'UE – développements qui seraient inutiles si la Cour considérait la double nationalité de la requérante comme un élément transfrontalier – ainsi, bien sûr, que de la conclusion de la Cour selon laquelle il n'y a pas, en l'espèce, de rattachement avec le droit de l'Union.

Il est vrai que l'on peut reconnaître, avec l'avocat général Kokott dans ses conclusions dans l'affaire *McCarthy* (au point 35), que dans l'affaire *Garcia Avello*, contrairement à l'affaire *McCarthy*, la double nationalité était en lien direct avec la situation du requérant. En effet, c'est la double nationalité qui était, dans cette affaire, la cause du préjudice des enfants Garcia Avello, à travers leur inscription sous des noms différents dans l'état civil des deux Etats membres de nationalité. Dès lors, c'est la double nationalité qui était à l'origine de la situation différente (entre les nationaux et les « double-nationaux ») laquelle appelait, en vertu du principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne, un traitement différent (50).

Cependant, d'une part, c'est oublier les termes assez généraux de l'arrêt *Garcia Avello*, dont il résulte que la double nationalité semble entrer en tant que telle dans le champ d'application global du droit de l'Union européenne [« un tel rattachement au droit communautaire existe à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des enfants de M. Garcia Avello [c'est-à-dire des personnes ayant la nationalité de plusieurs Etats membres], qui sont des ressortissants d'un Etat membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre » (51)]. D'autre part, affirmer que le principe de non-discrimination s'applique en raison du fait qu'il est violé – en l'occurrence, dans l'affaire *Garcia Avello*, par les complications administratives engendrées par l'inscription sous des noms différents dans l'état civil des deux Etats membres de nationalité – c'est déjà (52) confondre applicabilité et application du principe de non-discrimination. Pour le dire autrement, la binationalité ne serait un élément transfrontalier, et donc un facteur d'applicabilité du droit de l'Union européenne, que lorsque cette binationalité serait en lien direct avec la violation de ce droit, alors que celle-ci ne peut cependant être constituée, en bonne logique,

(50) Cf. not. CJCE 17 juill. 1997, *The Queen c/ Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, Rec. I-4559, point 61.

(51) Point 27 de l'arrêt *Garcia Avello*, préc.

(52) Cf. *infra* B.

que si le droit de l'Union a déjà été considéré comme applicable lors d'une opération intellectuelle antérieure.

Cette ambiguïté sur la notion de situation purement interne, et en particulier la « porosité » entre existence d'une situation transfrontalière et privation de la jouissance effective des droits tirés du statut de citoyen européen, peut paraître surprenante, au regard de l'arrêt *Zambrano* qui semblait bien distinguer les deux hypothèses. Cependant, et de façon tout à fait paradoxale, la Cour ne fait en réalité sur ce point que *prolonger* l'arrêt *Zambrano*, en tout cas tel qu'éclairé par les conclusions de l'avocat général Sharpston. Il faut, pour comprendre ce point, revenir sur le raisonnement global qui a permis à la Cour de trouver un rattachement européen à une situation dont tous les éléments de fait sont cantonnés dans un seul État membre. Or, si l'on revient sur ce raisonnement, pris dans sa globalité, l'on remarque que cette conception fort « extensive » de l'applicabilité des droits du citoyen européen se fait au prix d'une interversion contestable, au moins sur le plan de la logique juridique, entre applicabilité et application du droit de l'Union européenne.

B. — Le critère de la privation de jouissance effective, ou l'interversion entre applicabilité et application

Le raisonnement développé par la Cour dans les arrêts *Zambrano* et *McCarthy* (2) s'enracine dans un autre arrêt qui a pu lui aussi marquer par son audace : l'arrêt *Rottmann* (53) (1). Or, de proche en proche, ce raisonnement aboutit à une inversion du raisonnement juridique normal, dans lequel le contrôle de l'applicabilité de la norme précède le contrôle de son respect (3).

1. Dans l'arrêt *Rottmann*, un ressortissant autrichien avait déplacé son domicile en Allemagne pour échapper à des poursuites pénales. Il avait également acquis la nationalité allemande par naturalisation, ayant pour cela caché aux autorités allemandes les poursuites dont il faisait l'objet en Autriche. Or, cette naturalisation lui avait fait perdre la nationalité autrichienne, conformément au droit autrichien. En août 1999, la ville de Munich a été informée par les autorités autrichiennes que M. Rottmann faisait l'objet d'un mandat d'arrêt dans leur pays et qu'il avait déjà été entendu en qualité d'inculpé en juillet 1995 par le *Landesgericht für Strafsachen* de Graz. Au vu de ces informations, le Land de Bavière décida de retirer sa naturalisation à M. Rottmann, au motif qu'il avait dissimulé le fait qu'il faisait l'objet d'une information judiciaire en Autriche et qu'il avait par conséquent obtenu frauduleusement la nationalité allemande. Or, M. Rottmann n'ayant plus non plus la nationalité autrichienne, ce retrait de naturalisation faisait de lui un apatride et lui faisait, par voie de conséquence, perdre son statut de citoyen européen. La Cour, saisie à titre préjudiciel, estima de manière très novatrice que le droit de l'Union européenne imposait aux États membres de

(53) CJUE 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, Rec. I-1449 ; M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, AJDA 2010. 937 s. ; J. Heymann, De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt *Rottmann*), Europe, juin 2010. 5 s. ; J.-S. Bergé, JDI 2010. 900 s. ; P. Lagarde, Rev. crit. DIP 2010. 540 s. ; T. Burri et B. Pirker, RDUE 2010. 651 s. ; S. Corneloup, D. 2010. 2868 ; D. Dero-Bugny, JDI 2011. 488 s.

respecter le principe de proportionnalité lorsqu'ils retirent à un citoyen de l'Union européenne la nationalité de ces Etats membres acquise par naturalisation mais obtenue de manière frauduleuse.

La Cour a donc estimé que le droit de l'Union européenne était applicable à l'espèce. Or, il apparaît que, dans la mesure où M. Rottmann n'était pas doté de la double nationalité autrichienne et allemande, tous les éléments du litige étaient en réalité cantonnés dans un seul et même Etat : il s'agissait d'un litige opposant un ressortissant allemand, résidant en Allemagne, à l'Etat allemand concernant le retrait de la nationalité allemande. Il est vrai que M. Rottmann avait préalablement exercé son droit de circulation à un moment donné dans le passé, lorsqu'il est venu de l'Autriche vers l'Allemagne. Néanmoins, la Cour ne mentionne pas cette circulation dans ses motifs lorsqu'elle répond aux arguments des gouvernements allemand et autrichien, arguments tirés précisément du caractère purement interne de la situation : elle se contente de relever que « la situation d'un citoyen de l'Union qui, tel le requérant au principal, est confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d'un Etat membre le plaçant, après qu'il a perdu la nationalité d'un autre Etat membre qu'il possédait à l'origine, dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE [art. 20 TFUE] et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union » (54). Ce sont donc les conséquences de la décision qui placent la situation dans le champ d'application du droit de l'Union européenne. Et plus précisément, c'est la *perte* du statut de citoyen, conséquence de la décision, qui place la situation dans le champ d'application du droit de l'UE.

2. Dans la lignée de l'arrêt *Rottmann*, la Cour a procédé, dans l'arrêt *Zambrano*, à un saut qualitatif très net inspiré par les conclusions de l'avocat général Sharpston. Celle-ci considérait en effet que les enfants Zambrano (du moins ceux dotés de la nationalité belge, et donc de la citoyenneté européenne) se trouvaient dans une situation analogue à celle du requérant au principal dans l'affaire *Rottmann* en ce que, en raison de leur bas âge, l'éloignement de leurs parents aurait pour conséquence nécessaire leur propre éloignement. Par conséquent, elle estimait que, comme dans l'affaire *Rottmann*, le lien avec le droit de l'Union européenne – et, partant, l'applicabilité de ce dernier – résultait de ce que la décision d'éloignement des parents « mettrait Diego et Jessica [les enfants Zambrano bénéficiant de la nationalité belge] dans une “situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par [leur qualité de citoyens de l'Union] et des droits y attachés”. Il s'ensuit – comme pour M. Rottmann – que la situation des enfants “relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union” » (55).

C'est donc le précédent de l'arrêt *Rottmann* qui est invoqué. Mais un saut qualitatif important est opéré, celui du droit au fait. Dans l'affaire *Rottmann*, la mesure nationale faisait perdre au requérant le statut de citoyen, avec tous les droits qu'il comporte. Dans l'affaire *Zambrano*, les enfants Zambrano n'étaient pas privés de leur *droit* de séjour (ils demeurent citoyens européens, avec tous les droits que cela comporte) mais ils étaient privés de la *jouissance effective* de leur droit de séjour. C'est cette terminologie que la Cour retient au point 42 de

(54) Point 42 de l'arrêt *Rottmann*.

(55) Point 95 concl.

l'arrêt *Zambrano* lorsqu'elle affirme que « 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 ». Le passage du droit au fait est d'ailleurs rendu tout à fait explicite dans l'arrêt *Dereci*, la Cour précisant que « le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, *en fait*, de quitter le territoire non seulement de l'Etat membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble » (56).

3. A ce stade, comme on l'a dit précédemment (57), il serait possible de conclure que l'arrêt *Zambrano* distingue deux critères d'applicabilité « fonctionnelle » du droit de l'Union européenne : d'une part, l'exigence d'un élément transfrontalier, valable pour l'exercice des libertés économiques ; d'autre part, la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits tirés de la citoyenneté, valable pour les droits de la citoyenneté et en particulier pour le droit de séjour. Cependant, cette conclusion est mise en doute par la lecture des conclusions de l'avocat général Sharpston qui estime que « en raison du même lien que celui dont la Cour a admis l'existence dans l'arrêt *Zhu et Chen* (lien permettant à un jeune enfant d'exercer effectivement ses droits liés à la citoyenneté), il s'ensuit que la situation de M. Ruiz Zambrano n'est, elle non plus, pas une situation "purement interne" à l'Etat membre concerné. Elle relève aussi du champ d'application du droit de l'Union européenne » (58). Il n'y a donc pas, à lire les conclusions, d'abandon de l'exigence d'un élément « transfrontalier » : celle-ci est simplement *redéfinie* comme incluant les hypothèses dans lesquelles un citoyen européen a été privé de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits. Et en ce sens, l'arrêt *Zambrano* serait bien sur ce point annonciateur de l'arrêt *McCarthy*, en ce que ce dernier entretient une certaine confusion entre situation « transfrontalière » et privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits de citoyenneté.

Mais au passage, c'est la rigueur du raisonnement juridique de la Cour qui est amoindrie. C'est qu'en effet, la transition du droit au fait opérée par l'arrêt *Zambrano* par rapport à l'arrêt *Rottmann* n'est pas des plus heureuses du point de vue conceptuel, et en particulier du point de vue de la distinction entre applicabilité et application. En effet, dans l'arrêt *Rottmann*, la Cour distingue encore nettement les deux puisqu'elle distingue le critère de rattachement de l'espace au droit de l'Union (le fait que M. Rottmann perde la citoyenneté européenne) et les règles qui s'imposent à l'Etat dans un tel cas (le respect du principe de proportionnalité). Tel n'est pas le cas dans l'arrêt *Zambrano*, qui énonce simultanément et indistinctement le critère d'applicabilité (la privation de jouissance effective de l'essentiel des droits issus du statut de citoyen européen) et la règle violée (l'interdiction d'une telle privation). Mais plus encore : dire qu'une personne est privée de la jouissance *effective*, *en fait*, de son droit n'est, tout byzantinisme mis à part, qu'une autre façon de dire que son droit est violé. C'est ainsi que, par glissements successifs, c'est la violation du droit qui détermine son

(56) Point 66 de l'arrêt *Dereci* préc. (nous soulignons).

(57) I, A.

(58) Point 96 concl.

applicabilité, au détriment de la logique la plus élémentaire. Il en résulte un raisonnement circulaire, nécessairement insatisfaisant : le droit de l'Union est applicable parce que la décision nationale porte atteinte au droit de l'Union, cependant, il ne peut y avoir atteinte au droit de l'Union que du fait de mesures entrant dans son champ d'application (59).

La consécration d'une nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union, opérée par les arrêts *Zambrano* et précisée par l'arrêt *McCarthy*, n'est donc pas exempte de critiques : elle recèle une ambiguïté relative à la notion de situation purement interne, et elle implique une inversion de la séquence logique qui préside normalement à l'application d'une norme juridique. A ces quelques « libertés » prises avec la rigueur juridique s'ajoute une forte incertitude sur la portée de cette redéfinition. Il en résulte non seulement une incertitude sur le champ d'application matériel des droits du citoyen, mais également – ce qui est plus surprenant – une incertitude quant à leur champ d'application personnel.

II. – LA PORTÉE INCERTAINE DE LA NOUVELLE HYPOTHÈSE DE RATTACHEMENT AU DROIT DE L'UNION

Il est clair, depuis l'arrêt *McCarthy*, que la révolution n'a pas eu lieu, et que l'applicabilité du droit de l'Union européenne nécessite toujours que la situation en cause présente des éléments qui la rattachent à ce droit. L'arrêt *Zambrano* a simplement assoupli cette exigence de rattachement, en admettant qu'une situation dont tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre puisse être malgré tout rattachée au droit de l'Union si un citoyen est privé de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits. Mais cela soulève bien évidemment deux questions fondamentales. D'une part, qu'est-ce que la « jouissance effective » ? D'autre part, de quels « droits » s'agit-il ? La seconde question renvoie au domaine de la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union, qui est fort incertain (A). La première renvoie en réalité plus directement au champ d'application du « nouveau » droit de séjour que la Cour a consacré dans la foulée de la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union. Or, sur ce point, la question du champ d'application matériel – dans quelles situations s'applique le droit ? – se mue en interrogation sur le champ d'application personnel, à savoir : qui pourra bénéficier de ce nouveau droit de séjour ? (B)

(59) L'interversion entre application et applicabilité n'est pas inédite dans la jurisprudence de la Cour. Cf. not. CJCE 13 juill. 2000, *Group Josi*, C-412/98, Rec. I-5925 : la Cour applique à l'espèce les dispositions de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans le but de vérifier que celle-ci est applicable à une situation dans laquelle le demandeur n'est pas domicilié dans un Etat contractant. De même, en matière de concurrence, la jurisprudence de la Cour témoigne d'une « certaine confusion entre les critères d'affectation du commerce entre Etats membres et de distorsion de la concurrence sur le territoire du marché commun » : S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. p. 75. Cf. plus largement l'ouvrage de S. Francq en ce qui concerne l'applicabilité des normes de droit de l'Union européenne, ainsi que les liens entre applicabilité et contenu matériel d'une norme.

A. — L'incertitude quant au domaine de la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union : la question des droits concernés

Le domaine de la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union, c'est-à-dire celle dans laquelle un citoyen s'est vu privé de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits, apparaît difficile à délimiter avec précisions. Et ce, d'autant plus qu'il existe une ambiguïté entre les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* quant au fondement juridique applicable. En effet, les arrêts *Zambrano* et *Dereci* renvoient à l'article 20 TFUE, qui institue la citoyenneté européenne et liste de façon non exhaustive les droits du citoyen européen. Il serait donc possible d'en déduire une large applicabilité de la jurisprudence *Zambrano* à l'ensemble des droits en question. En revanche, dans l'arrêt *McCarthy*, la Cour se fonde sur l'article 21 TFUE, relatif au seul droit de circulation et de séjour, ce qui suggère une approche plus restrictive. Il est donc possible de s'interroger sur certaines virtualités laissées en suspens par les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* (1). L'on peut cependant d'ores et déjà affirmer, avec toutefois plus ou moins de certitude, que la Cour a entendu exclure le nouveau critère d'applicabilité concernant certains droits (2).

1. La possible extension de la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union à d'autres droits du citoyen européen

Le critère de la « jouissance effective », et donc la possibilité d'invoquer le droit de l'Union européenne indépendamment de tout franchissement de frontière, est-il applicable à d'autres droits que le droit de séjour ? La question se pose en particulier pour le principe de non-discrimination (a), mais elle pourrait éventuellement se poser vis-à-vis des droits politiques du citoyen européen (b).

a) La question pourrait éventuellement se poser, tout d'abord, au regard d'un droit qui n'est pas inclus dans la liste des droits du citoyen européen de l'article 20 TFUE, mais qui en fait cependant indéniablement partie : le droit à la non-discrimination en fonction de la nationalité (60).

Il est vrai que l'arrêt *Zambrano* ne mentionne que l'article 20 TFUE, ce qui pourrait donner à penser que le nouveau critère d'applicabilité ne concerne pas le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Cependant, il est aussi possible de remarquer que, dans l'arrêt *McCarthy*, la Cour mentionne l'arrêt *Garcia Avello*, au titre d'un *distinguishing* quant à la nature de l'entrave à la jouissance effective des droits de citoyenneté. Elle estime en effet que l'inscription des enfants de M. Garcia Avello sous des noms de famille différents en Espagne et en Belgique « était de nature à engendrer, pour eux, de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé, résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un Etat membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans l'autre Etat membre dont ils possèdent également la nationalité » (61). On est tenté d'en déduire que

(60) Art. 18 TFUE.

(61) Point 51 de l'arrêt *McCarthy*.

le raisonnement issu de l'arrêt *Zambrano* est rétrospectivement applicable à l'arrêt *Garcia Avello*, et que les « sérieux inconvénients » relevés par la Cour étaient constitutifs, en l'espèce, de la privation de jouissance effective au sens de l'arrêt *Zambrano*. Or, c'est le principe de non-discrimination en raison de la nationalité qui était au cœur du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Garcia Avello*.

La possible application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité à des situations internes, c'est-à-dire en réalité la possibilité pour des nationaux sédentaires d'invoquer ce principe à l'encontre de leur propre Etat, soulève bien évidemment la question d'une possible interdiction des discriminations à rebours par le droit de l'Union européenne, déjà mentionnées précédemment.

Par principe, la Cour estime que ces discriminations « à rebours », parce qu'elles constituent précisément des situations purement internes, excèdent le champ d'application du droit de l'Union européenne, et par conséquent ne peuvent pas être résolues sur le fondement de celui-ci. Tout au plus, comme on l'a vu précédemment, la Cour accepte-t-elle de répondre aux questions préjudicielles posées par une juridiction nationale confrontée à une telle discrimination à rebours (62). Mais il ne s'agit alors pour la Cour que d'aider ladite juridiction à identifier la discrimination à rebours. Dans l'hypothèse où l'une des parties au principal se plaindrait d'une telle discrimination à rebours de la part de son Etat, la Cour se contente en effet de déterminer ce que seraient, dans la même situation, les droits d'une personne bénéficiant du droit de l'Union européenne. C'est alors au juge national d'en déduire si le « national sédentaire » est effectivement traité moins favorablement qu'une personne bénéficiant du droit de l'Union européenne. Et c'est également au juge national de réprimer éventuellement une telle discrimination à rebours, non sur le fondement du droit de l'Union, inapplicable, mais sur le fondement du droit national (63) (voire, le cas échéant, sur le fondement des conventions internationales auxquelles est partie l'Etat en cause – on pense bien évidemment à l'article 14 Conv. EDH et au protocole 12 de celle-ci).

Tel est jusqu'à présent le *modus vivendi* entre juridictions nationales et Cour de justice en matière de discriminations à rebours : celles-ci n'étant pas interdites par le droit de l'Union européenne, c'est aux juridictions nationales de les réprimer sur le fondement du droit national, avec éventuellement l'aide de la Cour de justice pour les identifier. Mais la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union est-elle de nature à fournir une base, *en droit de l'Union européenne*, à l'interdiction des discriminations à rebours ?

Cette hypothèse est à rapprocher de la proposition faite par l'avocat général Sharpston dans ses conclusions dans l'affaire *Zambrano* et qu'elle avait déjà développée dans ses conclusions dans l'affaire *Gouvernement de la Communauté fran-*

(62) Cf. *supra* I, A, 1, a). Cf. not. CJCE 5 déc. 2000, *Guimont*, préc., point 23 (pour la libre circulation des marchandises) ; 5 mars 2002, *Reisch*, préc., point 25 (pour la libre circulation des capitaux) ; CJCE 11 sept. 2003 *Anomar e.a.*, C-6/01, préc. (pour la libre prestation de services) ; CJCE 1^{er} avr. 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, préc., point 40 (libre circulation des travailleurs).

(63) Cf. not., pour une telle utilisation du principe général d'égalité à l'encontre d'une discrimination à rebours par le Conseil d'Etat français : CE 6 oct. 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, req. n° 310146, AJDA 2008. 1919 ; A. Iliopoulou et A. Jaurégui-berry, RFDA 2009. 132 s.

çaise et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand (64) : elle propose que l'article 18 TFUE soit interprété « en ce sens qu'il interdit la discrimination à rebours causée par l'interaction entre l'article 21 TFUE et le droit national, qui implique une violation d'un droit fondamental protégé par le droit de l'Union européenne, lorsqu'une protection au moins équivalente n'est pas disponible en droit national » (65).

La Cour ne s'est cependant pas engagée sur ce terrain, en tout cas pas dans l'arrêt *McCarthy*. L'on peut cependant estimer que ce n'est peut-être là qu'une occasion manquée. C'est en tout cas ce que suggèrent les conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *McCarthy* : « même si l'on faisait abstraction du fait que Mme McCarthy n'a pas fait usage de son droit de libre circulation et si on lui permettait en principe de se prévaloir des dispositions de la directive 2004/34, de toute façon, elle ne remplirait pas les autres conditions applicables aux citoyens de l'Union pour acquérir des droits de séjour de longue durée » (66), dans la mesure en particulier où lui manquent les ressources suffisantes exigées par la directive 2004/38.

Sur ce point donc, les virtualités de l'arrêt *Zambrano* ne se sont pas réalisées. Cette réalisation est-elle encore à venir ? On peut en douter, tant l'arrêt *McCarthy* apparaît comme la manifestation d'une volonté de freiner l'audace sous-jacente à l'arrêt *Zambrano*. L'arrêt *Dereci* est d'ailleurs muet sur cette question, alors même que dans cette affaire, comme le relève la Cour, les citoyens européens concernés n'étaient pas dénués par eux-mêmes de moyens de subsistance (67), de sorte que, s'ils étaient originaires d'un autre Etat membre, ils pourraient peut-être bénéficier des dispositions de la directive 2004/38. D'un autre côté, l'avocat général Kokott, concluant sur l'affaire *McCarthy*, a estimé que l'« on ne peut certainement pas exclure que, à un moment donné, la Cour reconsidère sa jurisprudence et soit amenée, à l'avenir, à déduire de la citoyenneté de l'Union une interdiction de la discrimination des ressortissants nationaux » (point 42).

b) Dès lors que la Cour laisse en suspens de telles virtualités, il est légitime de réfléchir à d'autres applications possibles de la jurisprudence *Zambrano*, relativement à d'autres droits du citoyen européen. Et l'on pense ici en particulier aux droits politiques, à savoir le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes ou le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales.

Il est vrai qu'à la simple lecture des traités, il semble difficile d'y trouver un fondement invocable par un national contre son propre Etat. Ainsi, selon l'article 22 TFUE, « tout citoyen de l'Union résidant dans un Etat membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'Etat membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat » et, de même, « tout citoyen de l'Union résidant dans un Etat membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'Etat membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat » (nous soulignons). C'est qu'en réalité,

(64) CJCE 1^{er} avr. 2008, préc.

(65) Point 144 concl.

(66) Point 43 concl.

(67) Points 22 et 32 de l'arrêt *Dereci* préc.

plutôt qu'un droit « actif » de vote et d'éligibilité (68), c'est une clause de non-discrimination que prévoit le traité.

Pour autant, ne serait-il pas dans la logique de la citoyenneté comme « statut fondamental » (69) de garantir la « jouissance effective » du droit de vote et d'éligibilité ? Sur ce point, il est possible d'opérer un rapprochement avec l'arrêt *Rottmann*, déjà évoqué. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que le retrait de nationalité devait être soumis à un encadrement minimal par le droit de l'Union européenne. Elle effectue par conséquent un contrôle sur une décision relevant à titre exclusif de l'Etat membre – l'octroi de nationalité – mais conditionnant la jouissance des droits de citoyenneté. Dans une optique distincte mais voisine, serait-il possible d'interdire à l'Etat, sur le fondement du droit de l'Union, de poser des conditions exagérément restrictives au droit de vote et d'éligibilité de ses propres ressortissants aux élections européennes et municipales, au motif que ces restrictions affecteraient indirectement la jouissance effective des droits politiques des ressortissants des autres Etats membres résidant dans cet Etat ?

Plusieurs questions restent donc en suspens quant au domaine du nouveau critère d'applicabilité du droit de l'Union européenne. Tout au plus peut-on relever quelques domaines qui semblent exclus de la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union.

2. Les limites de la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union

Il convient ici de distinguer deux degrés de certitude. D'une part, en effet, il est probable que la nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union soit inapplicable aux libertés économiques. D'autre part, en revanche, il est d'ores et déjà certain qu'elle est inapplicable au droit de circulation des citoyens européens.

a) En ce qui concerne le premier point, il semble en effet que le raisonnement de la Cour ne concerne pas les activités économiques, qui font l'objet des libertés de circulation « classiques » pour lesquelles, par conséquent, un franchissement de frontière reste nécessaire (70). Cela résulte tout d'abord du raisonnement employé dans les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*, raisonnablement ancré sur la citoyenneté. Or celle-ci constitue, il faut le rappeler, une *lex generalis* à laquelle sont susceptibles de déroger les *leges specialia* que sont les dispositions relatives aux libertés économiques. Par ailleurs, toute interprétation contraire aboutirait à changer profondément la physionomie de la politique de construction du marché intérieur, qui deviendrait par conséquent une politique de libération des marchés intérieurs nationaux, indépendamment du marché intérieur européen. Un changement aussi profond de logique ne saurait se dé-

(68) La Cour reconnaît d'ailleurs que « force est de constater que les dispositions du traité ne contiennent pas de règle définissant de manière explicite et précise les titulaires du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen » : CJCE 12 sept. 2006, *Eman et Sevinger*, C-300/04, Rec. I-8055, point 40.

(69) « Le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres », CJCE 20 sept. 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. I-6193, point 31.

(70) Sous réserve des aménagements jurisprudentiels déjà relevés *supra*, I, A, 1), et notamment le cas très particulier des taxes d'effet équivalent à des droits de douanes (CJCE 16 juill. 1992, *Administration des douanes et droits indirects c/ Legros e.a.*, préc.).

duire par simple analogie de l'interprétation d'une décision de justice, fût-elle aussi audacieuse que l'arrêt *Zambrano*.

Il est vrai que le critère de la privation de jouissance effective pourrait, dans l'absolu, produire des effets comparables à une inclusion des situations purement internes dans le champ d'application des libertés économiques. Il serait par exemple possible de considérer que la jouissance effective du droit de séjour implique de pouvoir bénéficier de l'ensemble des droits qui permettent *effectivement* de séjourner dans un Etat membre, comme l'accès aux prestations sociales ou au marché du travail (71). C'est qu'en effet, si l'on poussait jusqu'au bout la logique de « jouissance effective », l'on pourrait légitimement se demander si le national d'un Etat membre subissant des entraves dans l'accès à des activités économiques n'est pas, *de facto*, poussé à le quitter. Et d'ailleurs, dans l'affaire *Zambrano*, le respect du droit de séjour des enfants Zambrano a permis au père d'obtenir un permis de travail : par un renversement étrange de la logique de la directive 2004/38, ce n'est ainsi pas la disposition de ressources suffisantes qui conditionne le droit au séjour (72), c'est le droit au séjour (du citoyen européen) qui génère un droit à des ressources suffisantes (pour ses parents).

Il y a toutefois lieu de relever que, dans l'affaire *Zambrano*, M. Zambrano, faute d'obtenir un permis de travail, aurait vraisemblablement dû retourner avec sa femme dans son pays d'origine, lequel est un Etat tiers, ce dont il aurait découlé une perte, pour les enfants Zambrano bénéficiant du statut de citoyens européens, de la jouissance effective de leur droit de séjour sur le territoire de l'Union. Or, il faut rappeler ici que c'est ce territoire, et non le territoire national, qui est le territoire de référence au sens du droit de séjour des citoyens européens (73). La Cour insiste d'ailleurs sur ce point dans l'arrêt *Dereci*, puisqu'elle estime que « le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter *le territoire non seulement de l'Etat membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble* » (74). Mais tel ne sera pas systématiquement le cas lorsqu'un opérateur économique ressortissant de l'Union européenne se heurtera à des entraves économiques relatives à la libre circulation des personnes, des biens ou des capitaux au sein de son propre Etat : en effet, rien ne l'empêche alors de migrer sur le territoire d'un autre Etat membre plutôt qu'en dehors du territoire de l'Union. Pour le dire autrement, les entraves purement internes aux activités économiques ne sont ni systématiquement ni nécessairement des entraves à la jouissance effective du droit de séjour des citoyens européens *sur le territoire de l'Union*.

Il semble donc bien possible d'affirmer, en tout cas en l'état de la jurisprudence, que le nouveau critère d'applicabilité du droit de l'Union européenne n'est pas valable au-delà de la sphère des droits de la citoyenneté *stricto sensu*. Mais qui plus est, il n'apparaît pas davantage que ce nouveau critère soit appli-

(71) Cf. en ce sens : M. Gautier, Les discriminations à rebours, *in* La non-discrimination entre les européens, Colloque du CRDEI, Université Montesquieu Bordeaux IV/Ecole nationale de la magistrature, 7 et 8 avr. 2011, actes à paraître.

(72) Comme exigé à l'art. 7, point 1 b).

(73) Cf. point 44 de l'arrêt *Zambrano*.

(74) Point 66 de l'arrêt *Dereci* préc. (nous soulignons).

cable à tous les droits de la citoyenneté. Et en particulier, le « desserrement » de l'exigence d'un élément transfrontalier ne concerne pas le droit de circulation des citoyens européens.

b) Il peut à première vue sembler étrange de dissocier droit de circulation et droit de séjour du citoyen européen, dans la mesure où ces deux droits sont consacrés dans les mêmes dispositions (art. 20 a) et 21 TFUE) et où, qui plus est, les deux droits semblent logiquement unis par un rapport de succession (droit de circuler PUIS de séjourner). Pourtant, cette dissociation se trouve déjà sous la plume de l'avocat général Sharpston dans ses conclusions dans l'affaire *Zambrano*. Reprenant une idée qu'elle avait déjà développée avec moins de succès dans de précédentes conclusions (75), elle y concluait en ce sens que « les articles 20 TFUE et 21 TFUE (anciens art. 17 et 18 CE) doivent être interprétés en ce sens qu'ils confèrent un droit de séjour sur le territoire des Etats membres, droit fondé sur la citoyenneté de l'Union et indépendant du droit de circuler entre les Etats membres ». Fort éclairantes sur ce point comme sur d'autres, les conclusions de Mme Sharpston distinguent deux interprétations possibles de l'article 21 TFUE : soit, d'une part, il englobe « deux droits indépendants – le droit de circuler et le droit de séjourner, qui serait autonome » (76), soit, d'autre part, il « confère simplement le droit de circuler (et ensuite de séjourner) » (77). C'est le choix pour la première option qui a permis de reconnaître un droit de séjour aux enfants Zambrano sur le fondement du droit de l'UE.

Cette dissociation entre un droit de circuler, impliquant un franchissement de frontière, et un droit de séjourner, n'en impliquant pas, explique en outre la déconnexion entre, d'une part, le champ d'application des articles 20 a) et 21 TFUE et, d'autre part, celui de la directive 2004/38, qui tend, elle, à mettre en œuvre le seul droit de circulation. En effet, selon la Cour, la directive 2004/38 ne peut s'appliquer qu'à des hypothèses dans lesquelles un citoyen européen se déplace ou s'est déplacé d'un Etat membre à un autre : cette condition, résultant de la jurisprudence antérieure de la Cour (78), est réitérée dans l'arrêt *Zambrano*, au point 39, mais est surtout détaillée dans l'arrêt *McCarthy*, comme une sorte de réaction à l'arrêt *Zambrano*.

Cette déconnexion entre les dispositions du droit originaire relatives à la citoyenneté et celles du droit dérivé qui mettent en œuvre les premières est indéniablement nouvelle dans la jurisprudence de la Cour. Il est ainsi possible de remarquer que dans l'arrêt *Zhu et Chen*, dont l'enjeu central était pourtant aussi le droit de séjour, la Cour a d'abord vérifié si l'affaire entrait dans le champ d'application de l'article 18 CE de l'époque (actuel art. 21 TFUE) avant de se fonder sur le droit dérivé pertinent [à savoir, à l'époque, la directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour (79)] pour déterminer les conditions et limites du droit de séjour, sans se poser la question de savoir si l'affaire entrait dans le champ d'application de la directive. Cela tend à prouver

(75) Cf. E. Sharpston, concl. sur CJCE 1^{er} avr. 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, préc., point 144.

(76) Point 50 concl.

(77) *Ibid.*

(78) Cf. not. CJCE 25 juill. 2008, *Metock e.a.*, préc., points 82 et 59.

(79) JOCE L 180, p. 26-27.

que, à cette époque, le fait qu'une affaire entre dans le champ d'application des dispositions du droit primaire sur le droit de circulation et de séjour des citoyens européens suffisait à établir l'applicabilité du droit dérivé relatif à la libre circulation de ces mêmes citoyens. Plus largement, le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Zhu et Chen* entremêlait étroitement considérations liées au droit primaire relatif à la citoyenneté et considérations liées au droit dérivé, à tel point d'ailleurs que le paragraphe pertinent de l'arrêt est intitulé, dans son ensemble, « L'article 18 CE et la directive 90/364 », sans distinction entre les deux. Par contraste, l'arrêt *McCarthy* distingue nettement les développements relatifs à l'applicabilité de la directive 2004/38 de ceux relatifs à l'applicabilité de l'article 21 TFUE, procédant à chaque fois à un examen distinct de l'applicabilité.

Cette déconnexion entre droit de circulation et droit de séjour génère un doublement du droit de séjour du citoyen européen. D'un côté, le droit de séjour consécutif à un franchissement de frontière, dont l'applicabilité est conditionnée par ledit franchissement de frontière, s'exerce dans les conditions et limites fixées par la directive 2004/38, et notamment, pour les citoyens européens inactifs, l'exigence de ressources suffisantes et d'une assurance maladie (80). De l'autre, le droit de séjour indépendant de tout franchissement de frontière, dont l'applicabilité est conditionnée par la privation de sa jouissance effective, n'est quant à lui pas soumis aux conditions et limites de la directive 2004/38. Il en résulte une étonnante discrimination à « rebours-rebours » (81) au profit des citoyens européens sédentaires, limitée cependant à l'hypothèse spécifique de la « privation de jouissance effective des droits du citoyen ». Et dans le même temps, ce « nouveau » droit de séjour du citoyen européen génère un « nouveau » droit de séjour *accessoire* des membres de la famille du citoyen européen, en particulier pour les ressortissants d'Etats tiers. Mais, et là est toute la difficulté, le bénéfice de ces « nouveaux » droits de séjour est lié au critère de la « jouissance effective ». Se pose dès lors la question des bénéficiaires de ces droits.

B. — L'incertitude quant aux bénéficiaires du « nouveau » droit de séjour : la question de la « jouissance effective »

La nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union, la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen, est à l'évidence singulièrement vague, et laisse une grande marge d'appréciation au juge de l'Union européenne, ce qui est à tout le moins vecteur d'insécurité juridique. Faute d'une définition stricte, il faudra se contenter d'examiner attentivement la jurisprudence, et notamment les hypothèses dans lesquelles la Cour a accepté ou refusé de considérer qu'il y avait privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen.

Or, la comparaison des arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* ne peut, sur ce point, que laisser perplexe. Pour résumer, alors que l'éloignement des parents d'un citoyen européen mineur prive ce dernier de la jouissance effective de

(80) Art. 7, point 1, b).

(81) La discrimination à rebours étant normalement au détriment des nationaux sédentaires.

l'essentiel de ses droits, tel n'est pas le cas de l'éloignement du conjoint d'un citoyen européen. On admettra certes aisément que Mme McCarthy n'avait pas *besoin* de son mari pour rester sur le territoire britannique, en tout cas pas de la même façon que les enfants Zambrano ont besoin de leurs parents. Néanmoins, on avait cru pouvoir comprendre que, depuis la fin des années 60 (82), le droit de circulation et de séjour offert de manière accessoire aux membres de la famille, *et notamment au conjoint*, des opérateurs économiques « mobiles » était lié à la nécessité de rendre *effective* la liberté de circulation de ceux que l'on ne qualifiait pas encore de citoyens européens, en ce que l'impossibilité de faire venir avec soi son conjoint était de nature à *dissuader* l'exercice de la libre circulation. Certes, ce n'est pas la libre circulation qui est en jeu dans l'affaire *McCarthy* : Mme McCarthy est, on en convient, « sédentaire » au sens du droit de l'UE. Mais si on accepte de raisonner en termes d'*effectivité* – ce que fait la Cour, sur la base d'un choix interprétatif qu'elle doit désormais assumer – qui pourrait prétendre que l'éloignement de son mari ne la *dissuade* pas de continuer à demeurer au Royaume-Uni ?

Le malaise ressenti s'accroît encore lorsque la Cour distingue la situation en cause en l'espèce de l'affaire *Garcia Avello*, expliquant au point 51 que, dans cette dernière affaire, le refus d'inscrire à l'état civil le même nom que celui enregistré dans l'autre Etat membre de nationalité « était de nature à engendrer [...] de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé, résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un Etat membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans l'autre Etat membre dont ils possèdent également la nationalité ». Curieuse hiérarchie des valeurs que celle qui considère des inconvénients administratifs comme plus sérieux que l'éloignement du conjoint hors du territoire (83). Dans l'arrêt *Dereci*, la Cour semble même voir dans l'unité familiale un simple élément d'opportunité, puisqu'elle estime que « le seul fait qu'il pourrait paraître *souhaitable* à un ressortissant d'un Etat membre, pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union, que des membres de sa famille, qui ne disposent pas de la nationalité d'un Etat membre, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi pour considérer que le citoyen de l'Union serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'est pas accordé » (84).

L'aporie du raisonnement de la Cour, tentant de distinguer l'affaire *McCarthy* de l'affaire *Zambrano*, atteint en outre des sommets au point 50 de l'arrêt *McCarthy* : « Il doit être relevé [...] 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 Mme McCarthy se verra obligée de quitter le territoire de l'Union. En effet, ainsi qu'il ressort du

(82) Du règl. (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 oct. 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JOCE L 257, p. 2-12) jusqu'à la dir. 2004/38 (préc.) en passant par la dir. 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services (JOCE L 172, p. 14-16).

(83) Cf. dans le même sens : S. Corneloup, note sous l'arrêt *McCarthy*, D. 2011. 1604 ; Th. Bombois, note sous les arrêts *Zambrano* et *McCarthy*, Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2011. 1224 s., spéc. 1233-1234.

(84) Point 68 de l'arrêt *Dereci* préc.

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 » (85). L'on en conviendra aisément. Mais l'on conviendra tout aussi aisément que, dans l'arrêt *Zambrano*, les enfants Zambrano de nationalité belge bénéficiaient eux aussi de ce même principe de droit international. Ce n'est pas *en droit* qu'était le problème, contrairement à ce que la Cour essaie de faire croire, mais *en fait* (86), les enfants Zambrano étant à l'évidence incapables de subvenir à leurs propres besoins.

En l'état de la jurisprudence, est donc seul susceptible de porter atteinte à la « jouissance effective de l'essentiel » des droits de la citoyenneté l'éloignement d'une personne que le citoyen européen a un besoin absolu, impérieux, d'avoir auprès de lui. On le voit, c'est le cas particulier des enfants qui est en jeu. Si l'on rapproche la solution *Zambrano* de la solution *Zhu et Chen*, il semble donc que soit en train de se créer, subtilement, un droit particulier des enfants citoyens européens. Ce fait est confirmé par les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Zambrano*, lesquelles mentionnent, parmi les éléments du « cadre juridique pertinent », l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatif aux droits de l'enfant, ainsi que la convention de New York sur les droits de l'enfant, et en particulier l'article 9, § 1, qui pose le principe selon lequel « les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré ». Mais quel est le périmètre exact de cette catégorie des « enfants citoyens européens » ? S'agit-il des enfants mineurs au regard du droit national ? S'agit-il de tous les « les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire », pour reprendre la terminologie de la directive 2004/38 (87) ? La déconnexion entre droits de la citoyenneté et droits issus de la directive interdit de l'affirmer mécaniquement. L'on rappellera en outre que la Cour, dans l'arrêt *Zhu et Chen*, a fait mention expresse du « *bas âge* » de Catherine Zhu (point 45) pour justifier le droit de séjour dérivé dont avait pu bénéficier sa mère. Et au point suivant du même arrêt *Zhu et Chen*, qui synthétise sa position, elle semblait indiquer assez nettement que la minorité n'est pas suffisante : « lorsque, comme dans l'affaire au principal, l'article 18 CE [art. 21 TFUE] et la directive 90/364 confèrent un droit de séjour à durée indéterminée dans l'Etat membre d'accueil au ressortissant *mineur en bas âge* d'un autre Etat membre, ces mêmes dispositions permettent au parent qui a effectivement la garde de ce ressortissant de séjourner avec celui-ci dans l'Etat membre d'accueil » (nous soulignons). Cela soulève l'hypothèse d'une limite inférieure à l'âge de majorité, et par conséquent le problème de la détermination de cette limite. Mais on ne peut exclure non plus une limite supérieure à l'âge de majorité, par exemple si l'enfant poursuit des études (88). Pour le dire autrement : quelle est la date de péremption du droit de séjour de Mme Chen et des parents Zambrano ?

(85) Sur la référence, rare dans la jurisprudence de la Cour, au « territoire de l'Union », cf. L. Azoulai, A comment on the Ruiz Zambrano judgment : a genuine European integration, <http://eudo-citizenship.eu>.

(86) Cf. *supra* I, B, 2).

(87) Art. 2, point 2, c).

(88) V. en ce sens : CJUE 3 févr. 2010, *Teixeira*, C-480/08, Rec. I-1107.

Mais outre le problème particulier de la détermination de cette catégorie des « enfants citoyens européens », titulaires de droits particuliers, il apparaît assez nettement que ces droits particuliers ne sauraient bénéficier aux seuls enfants (89). Le fondement logique de ces droits est, en effet, l'absence d'autonomie. Dès lors, on ne voit guère pourquoi, rationnellement, la jurisprudence *Zambrano* ne serait pas applicable de manière générale aux citoyens européens incapables ou dépendants.

Reste à déterminer ce qu'il faut entendre par dépendance. Il est ici possible de reprendre une distinction, esquissée par M. Paolo Mengozzi dans sa prise de position sur l'affaire *Dereci*, entre dépendance « juridique » et dépendance « économique » (90). La dépendance « juridique » renvoie vraisemblablement, dans une large mesure, au cas des incapables, sans que l'on voie ici de raison valable de distinguer entre incapables majeurs et mineurs. Quant à la dépendance « économique », l'avocat général semble la considérer comme aussi pertinente que la dépendance « juridique » au regard de l'application de la jurisprudence *Zambrano* (91). Il estime ainsi que « si Mme Dereci était, pour quelque raison que ce soit, dans l'incapacité de travailler et donc de subvenir aux besoins de ses enfants, fort serait le risque, selon moi, que le refus de délivrer un titre de séjour à son mari et a fortiori son expulsion vers la Turquie privent les enfants du couple de la jouissance effective des droits essentiels attachés à la citoyenneté de l'Union en les contraignant, de fait, à quitter le territoire de l'Union » (92).

La Cour, dans l'arrêt *Dereci*, semble elle aussi reconnaître, mais de façon plus discrète, la pertinence de la dépendance économique. En effet, elle prend soin de relever dès le début de son raisonnement que « les citoyens de l'Union concernés [...] ne dépendent pas des requérants au principal pour leur subsistance » (93). Mais cette dépendance doit alors être appréciée de façon stricte car la Cour refuse de reconnaître la simple *opportunité* économique comme cause d'application de la jurisprudence *Zambrano* : ainsi estime-t-elle dans l'arrêt *Dereci*, que « le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d'un Etat membre, *pour des raisons d'ordre économique* ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union, que des membres de sa famille, qui ne disposent pas de la nationalité d'un Etat membre, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi pour considérer que le citoyen de l'Union serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'est pas accordé » (94). L'on conçoit que la distinction entre dépendance et opportunité économique risque d'être malaisée.

Toujours est-il que la prise en compte de toutes les hypothèses de dépendance ouvre de très larges perspectives en termes de droit de séjour de ressortissants d'Etats tiers : la jurisprudence *Zambrano* pourrait ainsi bénéficier à des ressortis-

(89) Cf., dans le même sens, la prise de position de l'av. gén. M. Paolo Mengozzi sur l'affaire *Dereci* (arrêt préc.), point 46 : « Cela ne signifie certes pas, à mon sens, que la portée de l'arrêt *Ruiz Zambrano* soit limitée aux cas des citoyens de l'Union mineurs et à la charge d'un de leurs parents, tous deux ressortissants d'Etats tiers, comme le gouvernement autrichien l'a suggéré à l'audience ».

(90) Point 36 de la prise de position de l'av. gén. M. Paolo Mengozzi dans l'affaire *Dereci* (arrêt préc.).

(91) *Ibid.*

(92) Point 47 de la prise de position.

(93) Point 22 de l'arrêt *Dereci* préc.

(94) Point 68 de l'arrêt *Dereci* préc. (nous soulignons).

sants d'Etats tiers dont un citoyen européen serait ascendant à charge, ou encore conjoint à charge, ou même – hypothèse extrême – à des ressortissants d'Etats tiers qui auraient en fait ou en droit la charge d'un citoyen européen en l'absence de tout lien de parenté. On imagine sans mal les risques de contournements et d'abus, voire de fraudes : après les mariages blancs, va-t-on voir se développer des prises à charge de complaisance ? Et, par un effet d'escalade, doit-on s'attendre à voir les Etats traquer les seconds comme ils traquent déjà les premiers ?

Le resserrement opéré par la Cour dans l'arrêt *McCarthy* n'a donc pas aboli toutes les virtualités de l'arrêt *Zambrano*. Il a en revanche sensiblement réorienté le problème. Au final, une partie de la question du champ d'application *matériel* des droits de la citoyenneté se double d'une question de champ d'application *personnel*. En effet, la redéfinition du champ d'application *matériel* du droit de séjour, par le biais du critère de la « jouissance effective », est limitée par une modulation du champ d'application *personnel* de cette redéfinition, à savoir les citoyens européens « dépendants » et les personnes qui les ont à leur charge. Pour le dire autrement, la question s'est en partie déplacée du point de savoir *dans quelle situation* il était possible d'invoquer le droit de séjour offert par le droit de l'UE à celui de savoir *qui* peut bénéficier du droit de séjour.



La consécration d'une nouvelle hypothèse de rattachement au droit de l'Union et, partant, l'élargissement du champ d'application matériel de l'Union européenne dans les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* soulève donc de nombreuses incertitudes ainsi qu'un certain nombre de réserves du point de vue de la logique juridique. Certes, ces critiques peuvent sembler n'être que de peu de poids face aux enjeux politiques et humains des affaires en cause. Ces mêmes enjeux sont d'ailleurs certainement de nature à expliquer, au moins en partie, les libertés prises avec la rigueur juridique. C'est qu'en réalité, et bien évidemment, la question est hautement axiologique et politique : il s'agit de déterminer une conception de la citoyenneté donnant un sens concret à la jurisprudence de la Cour qui aspire à en faire le « statut fondamental des ressortissants des Etats membres » (95), tout en ménageant la crainte des Etats de perdre le contrôle sur leur politique migratoire et de subir une « déferlante » de migrants attirés par un droit de séjour dont l'acquisition serait d'autant plus facilitée qu'elle ne nécessiterait même plus qu'il y ait eu une circulation entre Etats membres. C'était déjà la crainte qu'avait soulevé l'arrêt *Metock*, du point de vue du ressortissant d'Etat tiers lui-même (96). C'était aussi la crainte engendrée par l'arrêt *Zambrano*.

Mais cela n'est pas mésestimer les enjeux politiques et humains sous-jacents que de rappeler que l'Union européenne est une « Union de droit », et que sa puissance est d'abord une puissance juridique. Dès lors, toute liberté prise avec le droit est virtuellement constitutive d'un amoindrissement de cette puissance. Et ce n'est pas sombrer dans la toujours facile dénonciation d'un « gouvernement des juges », plus ou moins fantasmé, que de dire que l'interprétation juri-

(95) CJCE 20 sept. 2001, *Grzelczyk*, préc., point 31.

(96) CJCE 25 juill. 2008, *Metock e.a.*, préc.

dictionnelle n'est peut-être pas le meilleur contexte pour une réflexion qui, dans le domaine en cause, celui des migrations extra-européennes, doit certainement être d'abord et avant tout politique.

Cela n'empêche bien sûr pas la Cour d'être un moteur de cette réflexion politique, et il est inutile de revenir ici sur le rôle que la Cour a pu jouer dans l'histoire de la construction européenne comme accélérateur de l'intégration européenne et comme aiguillon de la prise de décision par les organes politiques de l'Union. Et de fait, c'est encore une telle configuration que l'on retrouve ici, tant il est vraisemblable que les récentes décisions appelleraient certainement une précision par le droit dérivé. Mais il est nécessaire, cependant, que la Cour exerce ce rôle moteur dans le respect de la rigueur juridique, fondement ultime de sa légitimité au titre de la *juris dictio*.

Sans doute est-il possible d'admettre que les arrêts *Zambrano* et *McCarthy* s'inscrivent dans la continuité de la jurisprudence de la Cour relative aux situations purement internes, jurisprudence marquée, à tout le moins, par un fort degré d'imprévisibilité. Sans doute pourrait-on même soupçonner un certain degré d'opportunisme de la part de la Cour ou, au moins, une appréciation au cas par cas motivée davantage par les enjeux concrets de l'espèce que par la cohérence de sa jurisprudence. Et sans doute encore pourrait-on en déduire le caractère vain de toute critique relative aux carences du raisonnement de la Cour.

Mais parallèlement, il est également légitime d'observer la jurisprudence de la Cour, fût-elle grevée d'un certain manque de cohérence (et peut-être même d'autant plus qu'elle en est grevée), avec le regard critique du « faiseur de systèmes » dont Jean Rivero faisait l'apologie (97). Or, de ce point de vue, maltraiter le champ d'application du droit de l'Union européenne, l'élargir ou le restreindre en tant que de besoin, quel que soit l'objectif, c'est immanquablement saper les fondements de l'ordre juridique de l'Union européenne, et remettre en cause l'équilibre présidant à la superposition entre droit de l'Union européenne et droit national.

(97) J. Rivero, Apologie pour les faiseurs de systèmes, D. 1951. Chron. 99 s.