



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} ELEANOR SHARPSTON
présentées le 12 décembre 2013¹

Affaire C-456/12

O.

contre

**Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
et**

**Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
contre**

B.

ainsi que

Affaire C-457/12

S.

contre

**Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
et**

**Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
contre**

G.

[demandes de décision préjudicielle formées par le Raad van State (Pays-Bas)]

«Droit de séjour de ressortissants de pays tiers dans l'État membre de nationalité et de résidence du ressortissant de l'Union européenne avec lequel ils ont des liens familiaux»

1. Quatre ressortissants de pays tiers («O», «B», «S» et «G») ont chacun des liens familiaux avec un ressortissant néerlandais différent (qui est donc citoyen de l'Union européenne), qui est leur personne de référence. Ils souhaitent tous séjourner régulièrement aux Pays-Bas, où leurs personnes de référence respectives résident. Dans chaque cas, la personne de référence a franchi les frontières avec d'autres États membres, pour des raisons professionnelles ou autres. Le Raad van State (Conseil d'État, Pays-Bas) demande en substance à la Cour si de tels déplacements suffisent pour conclure que le droit de l'Union s'applique et pour créer, au bénéfice de ces ressortissants de pays tiers, un droit de séjour dérivé aux Pays-Bas.

2. O, B et G sont mariés, respectivement, à la «personne de référence O», à la «personne de référence B» et à la «personne de référence G». La personne de référence O et la personne de référence B ont précédemment passé du temps dans d'autres États membres, mais n'y ont pas travaillé. La personne de référence G travaille pour un employeur belge et se rend en Belgique chaque jour pour y travailler. G et la personne de référence G ont des enfants. S a un beau-fils (la «personne de référence S»), qui travaille pour un employeur néerlandais, mais consacre environ 30 % de son temps à la préparation et à l'accomplissement de voyages d'affaires en Belgique. S s'occupe du fils de la personne de référence S aux Pays-Bas.

¹ — Langue originale: l'anglais.

I – Le cadre juridique

A – Le droit de l'Union

1. Le traité FUE

3. L'article 20, paragraphe 1, TFUE institue la citoyenneté de l'Union et dispose que «toute personne ayant la nationalité d'un État membre» est citoyen de l'Union. Conformément à l'article 20, paragraphe 2, sous a), les citoyens de l'Union ont «le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres».

4. L'article 21, paragraphe 1, TFUE ajoute que ce droit s'applique «sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application».

5. L'article 45 TFUE garantit la libre circulation des travailleurs, qui implique «l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail».

6. Selon l'article 56, premier alinéa, TFUE, «[...] les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation».

2. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

7. L'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte») est intitulé «Respect de la vie privée et familiale» et dispose que «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...]».

8. L'article 51 définit le champ d'application de la Charte:

«1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent [...] aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités.

[...]»

3. La directive 2004/38/CE²

9. Le considérant 1 de la directive 2004/38 reproduit les termes de l'article 21, paragraphe 1, TFUE. Le considérant 3 indique que, lorsque les ressortissants des États membres exercent leur droit de circuler et de séjourner librement, «[l]a citoyenneté de l'Union devrait constituer [leur] statut de base [...]».

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) 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 (JO L 158, p. 77; texte rectifié au JO 2004, L 229, p. 35, JO 2005, L 197, p. 34 et JO 2007, L 204, p. 28 – seul le premier rectificatif visé concerne les dispositions en cause dans les présentes affaires).

10. Selon le considérant 5, «[l]e droit de tous les citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres devrait, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, être également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité. [...]».

11. L'article 1^{er}, sous a), dispose que la directive 2004/38 concerne, notamment, «les conditions d'exercice du droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres».

12. Aux fins de la directive 2004/38, un «citoyen de l'Union» est «toute personne ayant la nationalité d'un État membre» [article 2, point 1)] et la notion de «membre de la famille» comprend «le conjoint» [article 2, point 2), sous a)] et «les ascendants directs à charge et ceux du conjoint [...]» [article 2, point 2), sous d)] du citoyen de l'Union. L'«État membre d'accueil» est «l'État membre dans lequel se rend un citoyen de l'Union en vue d'exercer son droit de circuler et de séjourner librement» [article 2, point 3)].

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

14. En ce qui concerne les autres membres de la famille qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38 et le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée, l'article 3, paragraphe 2, prévoit que «[...] l'État membre d'accueil favorise [...] l'entrée et le séjour [...]» de ces personnes.

15. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2004/38 dispose que les citoyens de l'Union doivent avoir le droit de séjourner dans un autre État membre pour une période allant jusqu'à trois mois. Ils ont seulement besoin d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, sans que d'autres conditions ou formalités puissent s'appliquer. Selon l'article 6, paragraphe 2, les mêmes règles s'appliquent «[...] aux membres de la famille munis d'un passeport en cours de validité qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui accompagnent ou rejoignent le citoyen de l'Union».

16. Un citoyen de l'Union et les membres de sa famille (n'ayant pas la nationalité d'un État membre) disposent également d'un droit de séjour dans l'État membre d'accueil pour une durée de plus de trois mois si ce citoyen de l'Union remplit les conditions énoncées à l'article 7, paragraphe 1, sous a), b) ou c), à savoir: a) il est un travailleur salarié ou non salarié dans l'État membre d'accueil, ou b) il dispose, pour lui et pour les membres de sa famille, de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète dans l'État membre d'accueil, ou c) il est étudiant et dispose de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète.

17. Selon l'article 16, paragraphe 1, de la directive 2004/38, pour bénéficier d'un droit de séjour permanent, il est nécessaire d'avoir séjourné régulièrement pendant une période ininterrompue de cinq ans sur le territoire de l'État membre.

18. En vertu de l'article 35, les États membres peuvent refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la directive 2004/38 en cas d'abus de droit ou de fraude. Toute mesure adoptée à cette fin doit être proportionnée et respecter les garanties procédurales prévues aux articles 30 et 31.

B – *Le droit néerlandais*

19. La loi relative aux étrangers de 2000 (*Vreemdelingenwet 2000*, ci-après le «Vw 2000») définit les «ressortissants communautaires» comme les ressortissants des États membres et les membres de leur famille ressortissants de pays tiers qui ont le droit d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de ce qui est maintenant le traité FUE (en ce qui concerne les premiers) ou d'une décision prise en application dudit traité (en ce qui concerne les seconds). De tels ressortissants de pays tiers peuvent obtenir du Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (le ministre de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Asile, ci-après le «Minister») un document ou une déclaration écrite attestant la régularité de leur séjour. Si le Minister a déclaré qu'un ressortissant d'un pays tiers est «indésirable», il peut retirer cette déclaration à la demande de l'intéressé. Les conditions applicables sont fixées dans le décret relatif aux étrangers (*Vreemdelingenbesluit*), qui met en œuvre le Vw 2000.

20. L'octroi d'un titre de séjour à durée déterminée est assorti de restrictions relatives au but du séjour autorisé. D'autres conditions relatives au titre peuvent également être prévues.

II – Les faits

A – *L'affaire C-456/12, O*

1. Le cas de O

21. Au mois d'octobre 2006, O, ressortissant nigérian, a épousé la personne de référence O en France. Il s'est installé en Espagne en 2007. À partir du mois d'août 2009, O et la personne de référence O ont été enregistrés comme résidant ensemble en Espagne. Un titre de séjour valable jusqu'au mois de septembre 2014 atteste que O séjourne en Espagne en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union.

22. Toutefois, deux mois après son arrivée en Espagne, la personne de référence O est en fait retournée aux Pays-Bas, parce qu'elle n'avait pas pu trouver de travail en Espagne. De l'année 2007 au mois d'avril 2010, elle a néanmoins fréquemment passé du temps en Espagne avec O, généralement le week-end et, durant ces visites, elle a bénéficié de prestations de services sur place. Depuis le 1^{er} juillet 2010, O est enregistré comme résidant aux Pays-Bas avec la personne de référence O.

23. Il semble qu'il n'y ait pas de preuve que, pendant tout ce temps, la personne de référence O ait demandé sa radiation du registre de la population des Pays-Bas.

24. O a demandé un document témoignant de la régularité de son séjour. Le Minister a rejeté cette demande et déclaré non fondée la réclamation introduite par O contre cette décision. O a formé un recours devant le *Rechtbank 's-Gravenhage* (tribunal de La Haye, ci-après le «*Rechtbank*»), qui l'a rejeté le 7 juillet 2011. O a alors interjeté appel de ce jugement devant la juridiction de renvoi.

2. Le cas de B

25. B est un ressortissant marocain. À partir du mois de décembre 2002, il a vécu pendant plusieurs années avec la personne de référence B aux Pays-Bas. Durant cette période, ils n'étaient pas mariés. Il semble qu'ils se soient rencontrés alors que B attendait qu'une décision soit rendue sur sa demande d'asile. Cette demande a été rejetée.

26. Après que B eut été condamné à une peine de prison de deux mois pour utilisation d'un faux passeport, le Ministre l'a déclaré étranger indésirable le 15 octobre 2005. B a alors déménagé, au mois de janvier 2006, à Retie (Belgique), où il a vécu dans un appartement loué par la personne de référence B. Il semble que la personne de référence B y ait initialement séjourné seule et que B l'ait rejointe à sa sortie de prison. La personne de référence B était enregistrée comme résidant à Retie et avait un titre de séjour valable jusqu'au 18 mai 2011. Elle n'a toutefois pas pu trouver de travail en Belgique. Par conséquent, elle a gardé sa maison aux Pays-Bas, où elle demeurait pendant la semaine lorsqu'elle travaillait aux Pays-Bas, tout en passant les week-ends en Belgique avec B. Pendant ces week-ends, elle a bénéficié de prestations de services en Belgique. Bien qu'ils aient eu l'intention de se marier en Belgique, ils ne l'ont fait que plus tard, au Maroc.

27. Au mois d'avril 2007, B est parti au Maroc, parce qu'il ne pouvait plus séjourner en Belgique après que les autorités belges eurent découvert qu'il avait été déclaré indésirable aux Pays-Bas. Le 31 juillet 2007, B et la personne de référence B se sont mariés au Maroc.

28. À la demande de B, le Ministre a retiré la déclaration selon laquelle B était indésirable, au mois de mars 2009. Au mois de juin 2009, B est retourné aux Pays-Bas pour y résider avec la personne de référence B.

29. Le 30 octobre 2009, la demande de B tendant à obtenir un document témoignant de la régularité de son séjour a été rejetée. Au mois de mars 2010, le Ministre a déclaré non fondées tant la réclamation de B contre ce rejet que son objection à l'apposition dans son passeport d'un autocollant indiquant qu'il n'était pas autorisé à travailler.

30. B a formé un recours contre les deux décisions devant le Rechtbank, qui les a annulées et a demandé au Ministre d'adopter une nouvelle décision sur la réclamation. Au mois de décembre 2010, le Ministre a adopté une nouvelle décision allant dans le même sens que sa précédente décision et a interjeté appel du jugement du Rechtbank devant la juridiction de renvoi.

B – L'affaire C-457/12, S

1. Le cas de S

31. S est une ressortissante ukrainienne. Son beau-fils, la personne de référence S, travaille depuis l'année 2002 pour un employeur établi aux Pays-Bas, qui a déclaré que la personne de référence S consacre 30 % de son temps à la préparation et à l'accomplissement de voyages d'affaires en Belgique. La personne de référence S va au moins une journée par semaine en Belgique et il rend également visite à des clients et assiste à des conférences dans d'autres États membres. S a, en outre, déclaré qu'elle s'occupe du fils de la personne de référence S (son petit-fils).

32. S a demandé un document attestant la régularité de son séjour. Au mois d'août 2009, sa demande a été rejetée. Le Ministre a rejeté la réclamation qu'elle a introduite contre cette décision. Au mois de juin 2010, le Rechtbank a rejeté son recours. S a alors interjeté appel de ce jugement devant la juridiction de renvoi.

2. Le cas de G

33. G est une ressortissante péruvienne. Elle a épousé la personne de référence G au Pérou en 2009. La personne de référence G vit aux Pays-Bas, mais travaille pour un employeur belge depuis l'année 2003. Chaque jour, il va travailler en Belgique et en revient.

34. La demande présentée par G visant à obtenir un document attestant la régularité de son séjour a été rejetée au mois de décembre 2009. Sa réclamation a été rejetée par le Minister. Au mois de juin 2011, le Rechtbank a accueilli le recours formé par G, en ordonnant au Minister d'adopter une nouvelle décision sur la réclamation. Ce dernier a interjeté appel de ce jugement devant la juridiction de renvoi. Devant cette juridiction, G a indiqué qu'elle et son conjoint ont un enfant (qui est ressortissant néerlandais) et qu'un enfant qu'elle a eu avant d'épouser la personne de référence G fait également partie de leur nouvelle famille.

III – La procédure et les questions préjudicielles

35. Dans l'affaire C-456/12, O, la juridiction de renvoi demande:

«Dans les affaires [concernant B] et [concernant O]:

- 1) La directive 2004/38 [...], en ce qui concerne les conditions du droit au séjour pour les membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui ont la nationalité d'un pays tiers, s'applique-t-elle par analogie, comme dans les arrêts de la Cour Singh, C-370/90 [³], et Eind, C-291/05 [⁴], lorsqu'un citoyen de l'Union retourne dans l'État membre dont il possède la nationalité après avoir, dans le cadre de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, ainsi que comme bénéficiaire de prestations de services au sens de l'article 56 TFUE, séjourné dans un autre État membre?
- 2) Si oui, est-il exigé que le séjour du citoyen de l'Union dans un autre État membre ait eu une durée minimale déterminée pour que, après le retour du citoyen de l'Union dans l'État membre dont il possède la nationalité, le membre de sa famille qui a la nationalité d'un pays tiers se voit accorder un droit de séjour dans ce dernier État membre?
- 3) Si oui, peut-il être satisfait à cette exigence si le séjour dans l'autre État membre n'a pas été d'un seul tenant, mais à raison d'une certaine fréquence comme à raison de séjours hebdomadaires, durant les week-ends, ou comme à raison de séjours réguliers?

Dans l'affaire [concernant B]:

- 4) Le droit éventuel du membre de la famille ayant la nationalité d'un pays tiers à un droit de séjour tiré du droit de l'Union est-il, dans des circonstances telles que celles du litige, frappé de caducité comme conséquence de l'écoulement du temps entre le retour du citoyen de l'Union dans l'État membre dont il possède la nationalité et l'arrivée du membre de la famille ayant la nationalité d'un pays tiers dans l'État membre en question?»

36. Dans l'affaire C-457/12, S, la juridiction de renvoi demande:

- «1) Dans l'affaire [concernant G]:

Un membre, ayant la nationalité d'un pays tiers, de la famille d'un citoyen de l'Union domicilié dans l'État membre dont il possède la nationalité mais qui travaille dans un autre État membre pour un employeur établi dans cet autre État membre peut-il, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, tirer un droit de séjour du droit de l'Union?

3 — Arrêt du 7 juillet 1992 (Rec. p. I-4265).

4 — Arrêt du 11 décembre 2007 (Rec. p. I-10719).

2) Dans l'affaire [concernant S]:

Un membre, ayant la nationalité d'un pays tiers, de la famille d'un citoyen de l'Union domicilié dans l'État membre dont il possède la nationalité mais qui, dans le cadre de ses activités pour un employeur établi dans ce même État membre, se rend dans un autre État membre et en revient régulièrement peut-il, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, tirer du droit de l'Union un droit de séjour?»

37. Des observations écrites ont été présentées par O, B, G, les gouvernements belge, tchèque, danois, estonien, allemand, néerlandais et du Royaume-Uni ainsi que la Commission européenne. Lors de l'audience commune tenue le 25 juin 2013, les mêmes parties, sauf G et les gouvernements belge et estonien, ont présenté des plaidoiries, de même que S.

IV – Appréciation

A – Remarques liminaires

38. Le droit de l'immigration est en principe un domaine qui relève de la compétence des États membres. À moins qu'il ne s'agisse d'une situation dans laquelle un ressortissant d'un État membre (qui, du fait de sa nationalité, est également un citoyen de l'Union) a franchi une frontière avec un autre État membre ou dans laquelle il existe une perspective réelle qu'il le fasse, les droits de circuler et de séjourner librement en vertu du droit de l'Union ne sont en principe pas en cause et seul le droit national s'applique⁵.

39. Cependant, dans les présentes affaires, les personnes de référence, bien que résidant aux Pays-Bas, ont toutes effectivement franchi une telle frontière. Elles l'ont fait pour des raisons professionnelles ou pour leurs loisirs; elles ont (vraisemblablement) exercé le droit «passif» de bénéficier de prestations de services sur place; dans certains cas, elles ont été formellement enregistrées comme résidant dans un autre État membre tout en conservant une certaine forme de résidence dans l'État membre dont elles ont la nationalité (l'«État membre d'origine»). S'ensuit-il que le droit de l'Union s'oppose alors à ce que leur État membre d'origine refuse d'accorder un droit de séjour aux membres de leur famille (O, B, S et G)? De plus, le fait que la personne de référence et le membre de sa famille ne retournent pas ensemble dans l'État membre d'origine de la personne de référence importe-t-il?

40. Il est clair que les personnes de référence elles-mêmes bénéficient d'un droit de séjour inconditionnel dans leur État membre d'origine en vertu du droit national⁶. Un État membre ne peut «expulser[r] ses ressortissants de son territoire ou encore refuse[r] leur séjour dans ce territoire ou le soumettre à conditions»⁷. Toutefois, l'entrée et le séjour des ressortissants dans leur État membre d'origine sont également soumis au droit de l'Union dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer le plein effet de leurs libertés fondamentales de circulation et de séjour en vertu du droit de l'Union⁸.

5 — Bien entendu, tous les droits liés à la citoyenneté ne dépendent pas du fait qu'un citoyen de l'Union a ou non franchi les frontières. Voir, notamment, article 20, paragraphe 2, sous d), TFUE. Il existe, en outre, des situations exceptionnelles dans lesquelles, même si aucune frontière entre États membres n'a été franchie, un citoyen de l'Union serait privé de la «jouissance effective de l'essentiel des droits conférés» par la citoyenneté de l'Union en l'absence de droit de séjour dérivé pour les membres de sa famille ressortissants de pays tiers (voir la jurisprudence Ruiz Zambrano, McCarthy et Dereci citée aux points 52 et 66 des présentes conclusions).

6 — Arrêt du 5 mai 2011, McCarthy (C-434/09, Rec. p. I-3375, points 29 et 34 ainsi que jurisprudence citée).

7 — Arrêt McCarthy (précité à la note 6, point 29 et jurisprudence citée).

8 — Voir, notamment, arrêts Singh (précité à la note 3, point 23) et Eind (précité à la note 4, point 32).

41. Tout droit de séjour dérivé dont bénéficieraient O, B, S et G en vertu du droit de l'Union ne serait pas absolu, mais serait régi par les conditions et les limitations prévues en droit de l'Union. C'est pourquoi je considérerai séparément le droit de séjour avant d'examiner les conditions et les limitations applicables à son exercice.

42. La Cour ne dispose d'aucun élément indiquant si O, B, S et G pourraient être en mesure de demander un droit de séjour au titre du droit national, y compris le droit national applicable à la protection des droits fondamentaux, ou au titre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la «CEDH»). Rien dans les faits ne permet de penser que les mariages auraient été des mariages de complaisance ou qu'il y aurait eu fraude ou abus de droit. Dans d'autres circonstances, si un tel abus était constaté, il deviendrait probablement superflu d'examiner, en outre, si un droit de séjour dérivé pouvait être légitimement refusé. Toutefois, le simple fait que, à un moment donné, tant O et la personne de référence O que B et la personne de référence B se sont déplacés dans un autre État membre dans lequel un traitement plus favorable leur était assuré ne constitue pas un abus de droit⁹.

43. Dans les présentes conclusions, je me concentrerai sur la question de savoir si le refus d'octroyer un droit de séjour régulier à des ressortissants de pays tiers tels que O, B, S et G constitue une restriction au droit de leurs personnes de référence respectives de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. En théorie, toute restriction de ce type peut être justifiée. Cependant, la Cour ne dispose d'aucune information lui permettant d'évaluer une telle justification.

44. Enfin, dans les présentes conclusions, je m'efforcerai d'élaborer une explication cohérente des paramètres donnant lieu à un droit de séjour dérivé pour les membres de la famille ressortissants de pays tiers dans l'État membre d'origine d'un citoyen de l'Union qui a exercé son droit de libre circulation, sans nécessairement exercer (pleinement) son droit de séjour dans un autre État membre. Une solution ad hoc qui n'identifie pas clairement les paramètres pertinents, même si elle est susceptible d'aider la juridiction nationale à trancher ces quatre affaires spécifiques, risquerait d'ajouter à l'incertitude qui règne actuellement parmi les professionnels et au sein des administrations nationales quant à la question de savoir si le droit de l'Union peut (ou non) être invoqué, avec le risque concomitant de devoir procéder à un important «travail à répétition» à mesure que les juridictions nationales demandent des éclaircissements supplémentaires par de nouveaux renvois préjudiciels.

B – Les raisons de l'existence des droits de séjour dérivés

45. Les articles 20, paragraphe 2, sous a), et 21, paragraphe 1, TFUE donnent aux citoyens de l'Union le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. L'essence de ce droit consiste dans la liberté de choisir de se rendre ou non dans un autre État membre et/ou d'y séjourner. Des mesures qui restreignent ce choix, sauf si elles sont justifiées, sont contraires à ces dispositions.

46. L'idée selon laquelle des membres de la famille de tels citoyens de l'Union devraient bénéficier de droits de séjour dérivés a été élaborée dans le cadre des libertés économiques de circulation, en particulier celles des travailleurs migrants. Les travailleurs sont des êtres humains, pas des automates. Ils ne devraient pas avoir à quitter leur conjoint ou d'autres membres de leur famille, notamment ceux qui sont à leur charge, pour devenir des travailleurs migrants dans un autre État membre¹⁰. S'ils

9 — Voir, notamment, arrêt du 23 septembre 2003, Akrich (C-109/01, Rec. p. I-9607, points 55 et 56).

10 — Voir, notamment, cinquième considérant du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 2) et considérant 6 du règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2011, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union (JO L 141, p. 1).

ne peuvent pas amener leur famille avec eux lors de leurs déplacements, il se pourrait qu'ils soient dissuadés d'exercer ces droits de libre circulation. De plus, la présence de sa famille peut aider le travailleur à s'intégrer dans l'État membre d'accueil et, partant, contribuer à la réussite de la libre circulation¹¹.

47. Avec l'introduction de la citoyenneté de l'Union dans le traité de Maastricht, les ressortissants d'un État membre ont acquis le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'autres États membres indépendamment des libertés économiques de circulation, et donc de l'exercice d'une activité économique¹². Tout comme pour les travailleurs migrants, le caractère effectif des libertés de circulation et de séjour des citoyens de l'Union peut dépendre de ce que certains membres de leur famille ont le droit, en vertu du droit de l'Union, de les rejoindre ou de les accompagner sur le territoire où ils se sont rendus ou dans lequel ils séjournent. Ainsi que la Cour l'a récemment déclaré, «[l]a finalité et la justification desdits droits dérivés se fondent sur la constatation que le refus de leur reconnaissance est de nature à porter atteinte à la liberté de circulation du citoyen de l'Union, en le dissuadant d'exercer ses droits d'entrée et de séjour dans l'État membre d'accueil»¹³.

48. Selon la directive 2004/38, l'existence d'un droit de séjour dérivé ne dépend plus de la démonstration de l'effet possible sur le citoyen de l'Union d'un refus d'accorder le séjour à des membres de sa famille¹⁴. La justification de l'octroi de droits de séjour dérivés se traduit toutefois par le fait que ces droits ne sont automatiques que pour un groupe restreint de membres de la famille, dont le législateur présume que la capacité de rejoindre ou d'accompagner le citoyen de l'Union affecte le choix de ce dernier de se déplacer, et donc l'exercice de son droit de circulation. Par conséquent, la directive 2004/38 distingue la famille nucléaire des autres membres de la famille. La famille nucléaire comprend le citoyen de l'Union, son conjoint ou partenaire enregistré et leurs descendants directs âgés de moins de 21 ans. Ces membres de la famille ont un droit de séjour dérivé automatique. Les descendants directs âgés de plus de 21 ans et les ascendants directs des citoyens de l'Union (ainsi que de leurs conjoints ou partenaires enregistrés) doivent, en revanche, satisfaire à une condition de dépendance pour revendiquer un droit de séjour dérivé. Dans le cadre de la directive 2004/38, il me semble que la notion de personne à charge a été interprétée de manière stricte, de telle sorte qu'elle porte principalement sur la question de savoir si un citoyen de l'Union subvient matériellement aux besoins des membres de la famille en question¹⁵. Alors qu'il ne fait aucun doute qu'une telle dépendance peut être hautement révélatrice de la mesure dans laquelle le refus du séjour fait obstacle à l'exercice des droits de circuler et de séjourner librement, la Cour a indiqué – *en dehors* du contexte de la directive 2004/38 – que la dépendance peut également être mesurée en utilisant des indicateurs des liens juridiques ou affectifs, ou que le fait qu'un citoyen de l'Union soit à la charge d'un membre de sa famille ressortissant d'un pays tiers peut être pertinent («dépendance à rebours»)¹⁶.

11 — Voir, notamment, arrêt du 17 avril 1986, Reed (59/85, Rec. p. 1283, point 28, dans lequel la Cour a défendu ce point de vue en ce qui concerne la présence d'un partenaire non marié).

12 — Voir, notamment, arrêt du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99, Rec. p. I-7091, point 83).

13 — Arrêt du 8 mai 2013, Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku (C-87/12, point 35). Voir, également, arrêt du 10 octobre 2013, Alokpa et Moudoulou (C-86/12, point 22).

14 — Voir, notamment, considérant 6 de la directive 2004/38.

15 — Arrêt du 9 janvier 2007, Jia (C-1/05, Rec. p. I-1, points 35 et 37 ainsi que jurisprudence citée). Voir, également, notamment, arrêts du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, points 32, 33 et 35), et Alokpa et Moudoulou (précité à la note 13, point 25 et jurisprudence citée).

16 — Voir arrêt du 6 décembre 2012, O et S (C-356/11 et C-357/11, point 56). Dans l'arrêt du 11 juillet 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279), il semble que la Cour a considéré comme important le fait que M. Carpenter dépendait de sa femme dans la mesure où elle s'occupait de ses enfants. Voir, en outre, points 113 et 117 des présentes conclusions.

C – Les facteurs donnant lieu à des droits de séjour dérivés

49. En l'état actuel du droit de l'Union, des droits de séjour dérivés n'existent en principe que lorsqu'ils sont nécessaires pour assurer que les citoyens de l'Union peuvent exercer effectivement leurs droits de circuler et de séjourner librement. Par conséquent, la première question est de savoir si un citoyen particulier de l'Union a exercé ou exerce de tels droits. Si tel est le cas, la deuxième question est de savoir si le fait de refuser le séjour à des membres de sa famille constituera une restriction à l'exercice de ces droits (s'il n'y a pas de restriction, il n'y a aucune raison d'octroyer des droits de séjour dérivés). La juridiction de renvoi demande donc en substance s'il convient de prendre en considération le type et l'intensité de l'exercice par un citoyen de l'Union de ses droits de circuler et de séjourner librement avant d'examiner cette deuxième question.

50. La Cour a systématiquement déclaré que les règles applicables à la liberté de circulation ne sauraient s'appliquer dans les cas qui ne présentent pas de réel lien avec des situations envisagées par le droit de l'Union¹⁷. La perspective purement hypothétique de l'exercice de tels droits ou d'une obstruction à ces droits ne suffit pas à établir le lien nécessaire¹⁸.

51. En l'espèce, les personnes de référence O, B, S et G ont toutes exercé le droit de circuler et/ou de séjourner librement au sens de l'article 21 TFUE. Par conséquent, ces affaires ne concernent pas des situations purement internes, qui ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'Union. Cela suffit à rendre le droit de l'Union applicable mais ne conduit pas automatiquement à la conclusion que O, B, S et G ont un droit de séjour régulier aux Pays-Bas en vertu du droit de l'Union.

52. C'est précisément parce qu'il y a eu un déplacement au-delà des frontières que les faits des présentes espèces distinguent ces dernières d'affaires telles que les affaires Ruiz Zambrano, McCarthy ou Dereci, dans lesquelles la Cour a déclaré que, à titre exceptionnel, un lien avec le droit de l'Union et les conditions d'un droit de séjour dérivé au titre de l'article 20 TFUE peuvent exister sans qu'aient été aucunement exercés les droits de circuler ou de séjourner librement dans un autre État membre (d'accueil), dans le cas où une mesure nationale obligerait des citoyens de l'Union (y compris des ressortissants de l'État membre lui-même) à quitter le territoire de l'Union¹⁹. Dans l'arrêt Iida, précité, qui concernait deux ressortissantes allemandes qui s'étaient rendues en Autriche et un ressortissant japonais souhaitant séjourner en Allemagne, la Cour a précisé que ce critère ne s'appliquait pas uniquement à des situations qui seraient, sinon, considérées comme de nature purement interne²⁰.

53. Dans l'arrêt Ruiz Zambrano, précité, la Cour a admis que le fait de refuser le séjour au père priverait ses enfants mineurs de «la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union»²¹. En particulier, cela les conduirait à quitter le territoire de l'Union²².

54. L'arrêt McCarthy, précité, parvient à la conclusion inverse en ce qui concerne le mari jamaïcain de M^{me} McCarthy. M^{me} McCarthy possédait la double nationalité du Royaume-Uni et de l'Irlande et avait toujours vécu au Royaume-Uni. Elle ne s'était jamais rendue en Irlande et n'avait jamais exercé ses droits de circuler librement ailleurs dans l'Union; elle n'a demandé le passeport irlandais auquel elle

17 — Voir, notamment, arrêt du 5 juin 1997, Uecker et Jacquet (C-64/96 et C-65/96, Rec. p. I-3171, point 16 ainsi que jurisprudence citée).

18 — Arrêt du 8 novembre 2012, Iida (C-40/11, point 77 et jurisprudence citée).

19 — Cela semble être l'effet cumulatif des arrêts du 8 mars 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, Rec. p. I-1177, points 43 et 44), McCarthy (précité à la note 6, points 46 et 47 ainsi que jurisprudence citée), et du 15 novembre 2011, Dereci e.a. (C-256/11, Rec. p. I-11315, point 66).

20 — Point 76. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a relevé que M. Iida ne demandait pas le droit de séjourner avec son épouse et sa fille dans l'État membre d'accueil (l'Autriche), mais dans l'État membre d'origine de ces dernières (l'Allemagne), que les deux citoyennes de l'Union n'avaient pas été dissuadées d'exercer leurs droits de libre circulation et que M. Iida lui-même avait en tout état de cause certains droits de séjour au titre tant du droit national que du droit de l'Union (points 73 à 75).

21 — Point 42 et jurisprudence citée. Ainsi, la Cour a admis que M. Ruiz Zambrano, ressortissant colombien, pouvait séjourner dans l'État membre de nationalité et de résidence de ses enfants mineurs, qui étaient citoyens de l'Union (mais qui n'avaient jamais quitté l'État membre dans lequel ils étaient nés) et qui étaient à sa charge.

22 — Ibidem (point 44). À cet égard, il n'est fait aucune mention des droits fondamentaux. La raison d'être de la conclusion n'est pas non plus expliquée.

avait droit qu'après son mariage avec un ressortissant jamaïcain au Royaume-Uni. Elle n'a pas non plus prétendu être un travailleur salarié ou non salarié ou une personne subvenant à ses propres besoins. Son mari s'est vu refuser le séjour au Royaume-Uni en tant que conjoint d'un citoyen de l'Union ayant une nationalité autre que celle du Royaume-Uni²³.

55. Dans l'arrêt *Dereci*, précité, la Cour a expliqué que la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par la citoyenneté de l'Union correspondait à la situation dans laquelle «le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble»²⁴. La Cour a qualifié cette situation d'exceptionnelle²⁵. Elle n'a pas précisé les circonstances qui pourraient obliger un citoyen de l'Union à quitter le territoire de l'Union, bien qu'elle ait déclaré que «le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d'un État membre, pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union», qu'un droit de séjour soit octroyé ne suffisait pas en soi à conclure que le refus de séjour entraînerait un tel départ²⁶. Ainsi, ces facteurs ne démontrent pas que le refus de séjour donnera lieu à la perte d'un droit conféré par la citoyenneté de l'Union, à savoir le droit de séjourner sur le territoire de l'Union.

56. Toutefois, sans parler des articles 20 et 21 TFUE, la Cour n'a pas exclu la possibilité qu'une juridiction nationale puisse exiger l'octroi d'un droit de séjour sur le fondement de l'article 7 de la Charte (pour les situations relevant du champ d'application du droit de l'Union) ou de l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH (pour les autres situations)²⁷. Ainsi, lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers ayant des liens familiaux avec un citoyen de l'Union ne peut tirer un droit de séjour du droit de l'Union, une juridiction nationale pourrait néanmoins conclure que, si la situation relève du droit de l'Union, le droit au respect de la vie familiale exige qu'un droit de séjour lui soit octroyé.

57. Je trouve ce passage déconcertant, étant donné qu'il peut être interprété comme laissant entendre que la Cour y reconnaît trois fondements différents au titre du droit de l'Union: le droit au respect de la vie privée et familiale (article 7 de la Charte), le droit de circuler et de séjourner librement (article 21, paragraphe 1, TFUE) et la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés à un citoyen de l'Union (article 20 TFUE). Pour des situations ne relevant pas du champ d'application du droit de l'Union, le droit au respect de la vie privée et familiale au titre de l'article 8 de la CEDH pourrait constituer un autre fondement à la constatation d'un droit de séjour.

58. Si telle était l'intention de la Cour, celle-ci doit encore trancher la question de savoir s'il convient d'appliquer le même critère pour déterminer tant si le droit de l'Union (et donc, également, la Charte) s'applique que si une mesure refusant le séjour est contraire à l'article 20 ou 21 TFUE²⁸.

59. J'estime, toutefois, qu'il existe une façon différente d'envisager la question.

23 — Alors qu'il est bien clair que M^{me} McCarthy pouvait demeurer seule au Royaume-Uni en vertu de sa nationalité et que le refus d'accorder à son mari un droit dérivé en tant que membre de la famille ressortissant d'un pays tiers ne la privait pas d'un droit de circuler au titre du droit de l'Union, la question de savoir si la Cour en a envisagé en détail les implications est moins claire. Peut-être la réponse était-elle tout simplement: «Le droit de l'Union ne peut rien faire: essayez la CEDH».

24 — Point 66. M. *Dereci* était un ressortissant turc dont l'épouse et les enfants étaient autrichiens et avaient toujours séjourné en Autriche, où il souhaitait vivre avec eux.

25 — Point 67. Voir, également, arrêt *Iida* (précité à la note 18, point 71).

26 — Arrêt *Dereci* e.a. (précité à la note 19, point 68).

27 — *Ibidem* (point 72).

28 — Dans l'arrêt *Iida* (précité à la note 18, point 80), la Cour semble avoir appliqué un critère légèrement différent [à savoir le fait que M. *Iida* avait ou non droit à un avantage particulier en vertu du droit de l'Union (une carte de séjour)] pour déterminer si l'application d'un droit national mettant en œuvre le droit de l'Union pouvait être considéré comme faisant partie du champ d'application du droit de l'Union.

60. La Charte ne s'applique que si le droit de l'Union s'applique²⁹. Ainsi, la Charte ne s'applique pas à une situation interne, telle que celle de M^{me} McCarthy, dans laquelle un citoyen de l'Union n'est ni empêché d'exercer ses droits de circuler et de séjourner librement en vertu du droit de l'Union, ni privé par la mesure nationale du droit séparé, inhérent à sa citoyenneté, de séjourner sur le territoire de l'Union. Dans de telles situations, il est clair, pour le moment, que la Charte n'accorde pas de droits fondamentaux «autonomes» – c'est-à-dire des droits qui ne présentent aucun lien de rattachement avec ce qui relève de la compétence de l'Union – qui pourraient être ensuite invoqués pour demander à une juridiction nationale d'écarter une mesure nationale qui irait à l'encontre des souhaits du citoyen de l'Union dans l'organisation de sa vie familiale.

61. Ainsi, s'il n'est pas possible d'identifier une disposition pertinente de droit de l'Union, la Charte n'intervient pas. Pour le dire de manière légèrement différente, il convient d'examiner une situation juridique au travers du prisme de la Charte si *et seulement si* une disposition du droit de l'Union impose une obligation positive ou négative à l'État membre (que cette obligation découle des traités ou du droit dérivé de l'Union)³⁰.

62. Dans la mesure où une situation donnée concernant des citoyens de l'Union relève du champ d'application du droit de l'Union, l'interprétation de toute disposition du droit de l'Union qui octroie des droits à ces citoyens (et impose donc aux États membres l'obligation de respecter ces droits) doit être compatible avec tous les droits pertinents prévus dans la Charte³¹, y compris le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 7 de la Charte. Cela signifie qu'une disposition telle que l'article 20 ou 21 TFUE ne constitue pas simplement un fondement distinct de l'article 7 de la Charte pour décider de la question du séjour. Au contraire, les considérations relatives à l'exercice du droit à une vie familiale imprègnent la substance des droits conférés par la citoyenneté de l'Union. Les droits liés à la citoyenneté en vertu des articles 20 et 21 TFUE doivent, par conséquent, être interprétés de manière à assurer que leur contenu matériel est conforme à la Charte. Ce processus est distinct de la question de savoir si une justification avancée pour restreindre des droits liés à la citoyenneté de l'Union, *lorsque ceux-ci sont en jeu*, est compatible avec la Charte³².

63. Une telle approche n'«élargit» pas le champ d'application du droit de l'Union et ne porte donc pas atteinte à la séparation des compétences entre l'Union et ses États membres. Elle ne fait que respecter le principe fondamental selon lequel, dans une Union fondée sur l'état de droit, tout le droit applicable (y compris, naturellement, le droit primaire applicable constitué par la Charte) doit être pris en compte pour interpréter une disposition de cet ordre juridique. Si il est considéré de ce point de vue, le fait de prendre dûment en considération la Charte n'est pas plus «intrusif» ou «irrespectueux de la compétence des États membres» que l'interprétation correcte de la libre circulation des marchandises.

29 — Article 51 de la Charte. Voir, également, arrêt du 26 février 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, points 20 et 21), récemment confirmé par l'arrêt du 26 septembre 2013, Texdata Software (C-418/11, point 73).

30 — Voir, à cet égard, mes conclusions dans l'affaire Pfleger e.a. (C-390/12), pendante devant la Cour (points 35 à 47), qui reposent sur les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (JO 2007, C 303, p. 17). En vertu de l'article 52, paragraphe 7, de la Charte, ces explications doivent être «dûment prises en considération» par les juridictions de l'Union et des États membres. Dans le cadre de la citoyenneté de l'Union, un exemple d'obligation négative serait une situation dans laquelle un État membre chercherait à invoquer des raisons d'ordre public pour interdire l'accès à son territoire d'un citoyen de l'Union ressortissant d'un autre État membre. Dans ce cas, la liberté d'action de l'État membre est limitée par les exigences du droit de l'Union, auxquelles il ne saurait manquer. Pour une analyse plus approfondie, voir points 151 à 177 de mes conclusions dans l'affaire Ruiz Zambrano, précitée à la note 19.

31 — Voir, notamment, arrêt Lida (précité à la note 18, point 77 et jurisprudence citée).

32 — Voir, notamment, arrêt Carpenter (précité à la note 16, point 40 et jurisprudence citée).

64. De plus, si la Charte s'applique et lorsque les droits définis par la Charte correspondent à des droits déjà visés par la CEDH, le droit de l'Union doit être interprété en tenant compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la «Cour de Strasbourg»)³³. L'article 7 de la Charte, qui protège le droit à une vie familiale, en est un exemple, et il existe une jurisprudence abondante de la Cour de Strasbourg expliquant le sens à donner à la disposition équivalente de la CEDH (article 8 de la CEDH).

65. Il s'ensuit qu'il devrait être indifférent de considérer l'application d'une mesure nationale particulière du point de vue de la violation de l'article 7 de la Charte ou de l'article 8 de la CEDH. La norme appliquée (que ce soit par la juridiction nationale, par la présente Cour ou par la Cour de Strasbourg) est, par définition, la même. Par conséquent, il devrait être impossible d'arriver à une conclusion différente selon la norme invoquée. (Aux fins des présentes conclusions, je laisserai de côté la troisième composante de la trilogie des sources de protection des droits fondamentaux, à savoir le droit constitutionnel national, qui peut, bien sûr, être également pertinent.)

66. Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, il est évidemment nécessaire que la Cour fournisse des indications claires à la juridiction nationale quant aux circonstances dans lesquelles un droit relevant du droit de l'Union, interprété de manière conforme à la Charte, est en jeu. De ce fait, il appartiendra à la juridiction nationale – seule compétente pour apprécier les faits – de procéder à la nécessaire appréciation approfondie de ces faits et de déterminer, sur la base de ces indications, si le droit en question, ainsi interprété, fait obstacle à l'application de la mesure nationale. Ce faisant, la juridiction nationale procédera au même exercice en ce qui concerne l'affirmation selon laquelle «sinon, il sera porté atteinte à mes droits fondamentaux», comme elle est habituée à le faire lorsqu'elle procède à l'évaluation d'une affirmation similaire en vertu de la CEDH et eu égard à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

D – *Applicabilité de la directive 2004/38*

67. La directive 2004/38 met en œuvre l'article 21, paragraphe 1, TFUE. Elle vise à faciliter et à renforcer l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement³⁴. Selon une jurisprudence constante, une telle législation de droit dérivé ne saurait être interprétée de façon restrictive³⁵ et ses dispositions «ne doivent pas, en tout état de cause, être privées de leur effet utile»³⁶.

68. Seul un bénéficiaire au sens de l'article 3 de la directive 2004/38 peut tirer des droits de circuler et de séjourner librement de ladite directive. Un tel bénéficiaire peut être un citoyen de l'Union ou un membre de la famille tel que défini à l'article 2, point 2)³⁷.

33 — L'article 52, paragraphe 3, de la Charte dispose: «Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [CEDH], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère [la CEDH]». Toutefois, l'article 52, paragraphe 3, «ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue».

34 — Arrêt McCarthy (précité à la note 6, point 28 et jurisprudence citée).

35 — Arrêt Eind (précité à la note 4, point 43 et jurisprudence citée).

36 — Arrêt du 25 juillet 2008, Metock e.a. [C-127/08, Rec. p. I-6241, point 84, qui cite l'arrêt Eind (précité à la note 4, point 43)].

37 — Article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38.

69. Toutefois, alors que la directive 2004/38 s'applique à des catégories définies de membres de la famille d'un citoyen de l'Union, qu'ils aient ou non déjà séjourné régulièrement dans un autre État membre³⁸ ou séjourné tout court dans un État membre³⁹, ils acquièrent leurs droits par leur statut de membres de la famille du citoyen de l'Union concerné⁴⁰. Dans ce sens, ces droits sont automatiques⁴¹. Par conséquent, le citoyen de l'Union avec lequel ils ont un lien de famille doit avant tout relever du champ d'application de ladite directive.

70. Il n'est pas contesté que O, B, S et G sont des membres de la famille au sens de l'article 2, point 2), sous a) et d), de la directive 2004/38. Ce fait est suffisant: il n'est pas nécessaire de démontrer qu'il se produirait sinon une restriction des droits de circuler et de séjourner librement du citoyen de l'Union pour constater que, si la directive 2004/38 s'applique, ils auront un droit de séjour dérivé⁴². Le problème est ailleurs.

71. L'article 3, paragraphe 1, s'applique à tout citoyen de l'Union «qui se rend *ou* séjourne» dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité⁴³. Pour séjourner dans un État membre, un citoyen de l'Union qui n'y est pas né doit normalement s'y rendre⁴⁴. À l'inverse, il est possible de se rendre dans un État membre sans y séjourner. Dans ce cas, un citoyen de l'Union n'exerce que son droit de circuler librement et non son droit de séjour. Seules les dispositions de la directive 2004/38 concernant la sortie et l'entrée s'appliqueront alors. En principe, les ressortissants de pays tiers ne sauraient tirer du droit de l'Union un droit de séjour dans un État membre si le membre de leur famille qui est citoyen de l'Union ne demande pas lui-même un droit de séjour et n'y séjourne pas⁴⁵. Il existe donc un parallélisme entre les droits d'un citoyen de l'Union et les droits dérivés des membres de sa famille.

72. Les ressortissants de pays tiers ne peuvent demander un tel droit dans l'État membre d'accueil que s'ils accompagnent ou rejoignent le citoyen de l'Union qui exerce son droit de séjourner sur ce territoire conformément aux conditions énoncées aux articles 6, paragraphe 1, 7, paragraphe 1, ou 16, paragraphe 1, de la directive 2004/38⁴⁶.

73. L'article 3, paragraphe 1, ne fait pas de distinction en fonction du but de l'exercice des droits de circuler et de séjourner librement, bien que les conditions dans lesquelles un droit de séjour de plus de trois mois puisse être exercé diffèrent selon que le citoyen de l'Union est ou non un travailleur salarié ou non salarié⁴⁷. En effet, l'objectif même de la directive 2004/38 était de remédier à l'approche fragmentaire antérieure de ces droits, tout en maintenant certains avantages pour les citoyens de l'Union qui exercent des activités économiques dans un autre État membre⁴⁸.

38 — Arrêt Metock e.a. (précité à la note 36, points 54, 58, 70 et 80). Dans l'arrêt Metock e.a., la Cour a reconsidéré la position adoptée dans l'arrêt Akrich (précité à la note 9, point 58). L'arrêt Metock e.a. est postérieur à la décision de B de partir pour le Maroc, mais, en tout état de cause, B et la personne de référence B n'étaient pas encore mariés à l'époque. Voir point 27 des présentes conclusions.

39 — Ibidem (point 49).

40 — Arrêt Dereci (précité à la note 19, point 55) et, en ce qui concerne les conjoints, arrêt McCarthy (précité à la note 6, point 42 et jurisprudence citée).

41 — Voir, également, point 48 des présentes conclusions.

42 — Arrêt Iida (précité à la note 18, point 57). Voir, également, point 48 des présentes conclusions.

43 — Mise en italique par nos soins.

44 — Il est également possible d'être né dans un État membre A et de ne jamais le quitter, tout en n'ayant jamais d'autre nationalité que celle de l'État membre B [voir, notamment, le cas de Catherine Zhu dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 19 octobre 2004, Zhu et Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925)], mais il ne s'agit pas d'une situation courante.

45 — Comparer, notamment, avec l'arrêt Iida (précité à la note 18, point 64).

46 — Arrêt Iida (précité à la note 18, point 64 et jurisprudence citée). Au point 51 (et dans la jurisprudence qui y est citée), la Cour a jugé que les droits d'entrée et de séjour dérivés dépendent de ce qu'un citoyen de l'Union a «exercé son droit de libre circulation en s'établissant dans un État membre autre que l'État membre dont il a la nationalité».

47 — Voir articles 7, paragraphe 1, et 16, paragraphe 1, de la directive 2004/38.

48 — Voir considérants 4 et 19 de la directive 2004/38.

74. Il n'en est pas moins vrai que le libellé de l'article 3, paragraphe 1, limite le champ d'application de la directive 2004/38 en précisant la direction dans laquelle les citoyens de l'Union se déplacent: vers un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité⁴⁹.

75. Par conséquent, en principe, les citoyens de l'Union qui ont toujours séjourné dans leur État membre d'origine et qui n'ont jamais exercé leurs droits de circuler librement ne sauraient être des bénéficiaires au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38⁵⁰. Par voie de conséquence, les membres de leur famille ne le peuvent pas non plus.

76. Dans les présentes affaires, aucune des personnes de référence ne se trouve dans cette situation. Elles ont toutes fait usage au moins d'une forme du droit de libre circulation.

77. En général, les citoyens de l'Union peuvent se déplacer dans trois directions à l'intérieur de l'Union: i) entre deux États membres dont ils n'ont pas la nationalité, ii) de leur État membre d'origine vers un autre État membre, et iii) d'un autre État membre vers leur État membre d'origine. Ils peuvent, bien sûr, se déplacer plusieurs fois et dans des directions différentes⁵¹.

78. Il est clair que la directive 2004/38 s'applique aux déplacements des types i) et ii). Dans ces circonstances, un ressortissant d'un pays tiers qui est membre de la famille du citoyen de l'Union (qui s'est déplacé de l'une ou l'autre de ces façons) a le droit d'accompagner ou de rejoindre ledit citoyen de l'Union⁵².

79. La directive 2004/38 ne s'applique cependant pas aux déplacements de type iii). Bien que je sois fermement convaincue qu'un citoyen de l'Union (et tout membre de sa famille ressortissant d'un pays tiers) qui a bénéficié de la protection de la directive 2004/38 ne devrait pas perdre cette protection lorsqu'il se déplace une deuxième fois⁵³, une autre conclusion quant au champ d'application de la directive 2004/38 même reviendrait à biffer de l'article 3, paragraphe 1, les termes «autre que celui dont il a la nationalité».

80. J'ajoute que, si le législateur avait eu l'intention d'inclure les mouvements de type iii), il aurait dû prévoir des dispositions détaillées à cet effet. Il n'y en a pas.

81. C'est pratiquement ce que la Cour a dit dans l'arrêt McCarthy, précité, en déclarant que «la directive 2004/38 [...] ne saurait avoir vocation à s'appliquer à un citoyen de l'Union qui jouit d'un droit de séjour inconditionnel en raison du fait qu'il séjourne dans l'État membre de sa nationalité»⁵⁴. Dans l'affaire Iida, précitée, l'avocat général Trstenjak a estimé que la directive 2004/38 «ne couvrirait pas le droit de séjour d'un ressortissant d'un pays tiers dans l'État membre d'origine du citoyen de l'Union»⁵⁵, bien qu'elle semble ne pas exclure tout à fait la possibilité que la réponse puisse être différente dans des circonstances différentes⁵⁶.

49 — Je ne vois aucune raison de conclure que, en dépit du libellé de l'article 3, paragraphe 1, les auteurs du texte auraient eu l'intention d'élargir le champ d'application de la directive 2004/38 en visant dans d'autres dispositions «l'État membre d'accueil» ou «un autre État membre».

50 — Voir arrêts McCarthy (précité à la note 6, point 39) et Dereci (précité à la note 19, point 54).

51 — Il peut y avoir des circonstances plus particulières, dans lesquelles, par exemple, des citoyens de l'Union ayant une double nationalité se déplacent entre les États membres dont ils ont la nationalité.

52 — Arrêt Iida (précité à la note 18, point 64 et jurisprudence citée).

53 — Voir point 95 des présentes conclusions.

54 — Points 34 et 37. Voir, également, points 28 et 29 des conclusions de l'avocat général Kokott.

55 — Voir, en particulier, points 48 et 54 des conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire Iida, précitée à la note 18.

56 — Voir, notamment, point 47 desdites conclusions dans l'affaire Iida, précitée à la note 18.

82. Certes, dans l'arrêt Singh⁵⁷, précité, la Cour a admis des droits de séjour dérivés pour les membres de la famille d'un travailleur migrant retournant dans son pays, sur la base de l'article 52 du traité CEE (devenu article 59 TFUE) et de la directive 73/148⁵⁸ (abrogée et remplacée par la directive 2004/38⁵⁹). La directive 73/148, tout comme la directive 2004/38, n'abordait pas le cas dans lequel une personne retourne dans son État membre, et la motivation de la Cour semble exclusivement fondée sur les dispositions du traité plutôt que sur la directive. J'estime que cet arrêt est d'une importance particulière pour l'analyse de l'article 21 TFUE⁶⁰.

83. Étant donné que la directive 2004/38 ne s'applique pas, la situation de O, B, S et G et de leurs personnes de référence respectives doit être envisagée au regard des traités. Si cette analyse conduit à conclure qu'il est nécessaire d'accorder des droits dérivés aux membres de la famille ressortissants de pays tiers pour permettre aux citoyens de l'Union d'exercer effectivement leurs droits de libre circulation au titre de l'article 21 TFUE, il conviendra alors d'appliquer dans l'État membre d'origine le traitement minimal garanti par la directive 2004/38 dans l'État membre d'accueil⁶¹.

E – L'article 21 TFUE

1. Les droits de séjour dérivés dans l'État membre d'origine

84. En vertu de l'article 21, paragraphe 1, TFUE (et sous réserve de ses mesures d'application), les États membres doivent permettre aux citoyens de l'Union qui n'ont pas leur nationalité de circuler et de séjourner sur leur territoire avec leur conjoint et, éventuellement, certains membres de leur famille qui ne sont pas des citoyens de l'Union.

85. Dans les présentes affaires, le Royaume des Pays-Bas *refuse* en substance d'octroyer un droit de séjour en vertu du droit de l'Union à des membres de la famille de *ses propres ressortissants* qui sont ressortissants de pays tiers dans des cas où, en vertu du droit de l'Union, il est en principe *tenu* d'accorder de tels droits aux membres de la famille, ressortissants de pays tiers, de *citoyens de l'Union qui ont la nationalité d'autres États membres*.

86. Il est curieux qu'un État membre souhaite ainsi traiter ses propres ressortissants de manière moins favorable que les autres citoyens de l'Union (qui, à l'exception de leur nationalité, pourraient fort bien se trouver dans des circonstances identiques ou similaires). Il en va de même pour le fait que, en refusant le séjour, cet État membre pourrait se trouver exposé au risque d'«éloigner» de fait ses propres ressortissants, en les obligeant soit à se rendre dans un autre État membre dans lequel le droit de l'Union leur garantira la possibilité de séjourner avec les membres de leur famille, soit peut-être à quitter purement et simplement le territoire de l'Union. Une telle mesure ne s'accorde guère avec la solidarité censée fonder la relation entre un État membre et ses propres ressortissants. Elle est également difficile à concilier avec le principe de coopération loyale, qui, selon moi, s'applique entre les États membres tout comme il s'applique entre les États membres et l'Union⁶².

87. Cependant, les observations écrites et les plaidoiries dans les présentes affaires montrent qu'un grand nombre d'États membres considèrent que le droit de l'Union ne les empêche pas d'agir précisément ainsi.

57 — Précité à la note 3.

58 — Directive du Conseil du 21 mai 1973 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services (JO L 172, p. 14).

59 — Voir article 38, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

60 — Voir points 91 à 96 des présentes conclusions.

61 — Voir points 91 à 97, 110 et 111 des présentes conclusions.

62 — Article 4, paragraphe 3, TUE, selon lequel «[e]n vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités».

88. Il est possible de réagir simplement à cet argument en indiquant que, en vertu de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, les États membres ne peuvent restreindre le droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire de l'Union. Ou bien, ainsi que l'avocat général Jacobs l'a déclaré, «sous réserve des limitations prévues [audit article] même, aucun désavantage injustifié ne peut être imposé»⁶³.

89. Le même principe s'applique aux citoyens de l'Union voulant exercer leur liberté de circulation et qui épousent un ressortissant d'un pays tiers. Un tel couple souhaitera souvent (et peut-être normalement) exercer son droit à une vie familiale en étant physiquement proche l'un de l'autre. S'ils sont empêchés de vivre ensemble dans l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité (dans lequel il retourne après être demeuré sur le territoire d'un autre État membre ou à partir duquel il exerce ses droits de libre circulation), soit ils ne pourront pas vivre ensemble, soit ils devront partir vivre ailleurs. Il est possible qu'ils se rendent dans un pays hors de l'Union, qui leur permet de séjourner régulièrement ensemble, ou dans un autre État membre de l'Union et invoquent la directive 2004/38. Dans le premier cas, le citoyen de l'Union est, de fait, dépouillé de sa citoyenneté de l'Union, parce que ce statut n'a qu'une importance limitée en dehors de l'Union⁶⁴. Dans le deuxième cas, il serait possible de dire qu'une telle mesure aboutit à une plus grande circulation. Toutefois, même si l'un des objectifs de l'article 21, paragraphe 1, TFUE est bien de faciliter la libre circulation, le fait d'imposer la libre circulation n'en est pas un. Au contraire, les citoyens de l'Union se voient garantir le droit de circuler et de séjourner *librement* sur le territoire de l'Union. Dès lors qu'une mesure est susceptible de porter atteinte au libre choix du citoyen de l'Union d'exercer ce droit, il s'agit d'une restriction, qui, à moins qu'elle ne soit justifiée, est contraire à l'article 21, paragraphe 1, TFUE.

90. Selon moi, le même raisonnement s'applique lorsque d'autres membres de la famille proche (tels que les beaux-parents, comme dans le cas de S) sont concernés, pourvu qu'il soit établi que le citoyen de l'Union se rendra sinon ailleurs avec sa famille (y compris lesdits autres membres de la famille), afin de vivre avec eux, ou bien cessera d'exercer ses droits de libre circulation.

91. La Cour a déjà appliqué ce critère lorsqu'un citoyen de l'Union qui a exercé ses droits de circuler et de séjourner librement retourne dans son État membre d'origine pour y séjourner (arrêts précités Singh et Eind), ou bien lorsqu'il a exercé ses droits de circuler librement tout en continuant de séjourner dans son État membre d'origine (arrêt Carpenter⁶⁵, rendu après l'arrêt Singh⁶⁶, mais avant l'arrêt Eind⁶⁷). Les deux premiers arrêts montrent en substance⁶⁸ que, lorsque qu'un citoyen de l'Union s'est rendu *et* a séjourné dans un autre État membre, les membres de sa famille peuvent alors l'accompagner ou le rejoindre dans son État membre d'origine dans des conditions qui ne peuvent pas être moins favorables que celles qui sont applicables, en vertu du droit de l'Union, dans l'État membre d'accueil.

92. M. Singh et M. Eind s'étaient tous deux rendus puis avaient séjourné, en tant que travailleurs migrants, dans un État membre autre que celui dont ils avaient la nationalité. Chacun d'eux est ensuite retourné dans son État membre. M. Singh est devenu travailleur non salarié, tandis que M. Eind ne travaillait pas. Chacun avait un membre de sa famille ressortissant d'un pays tiers qui avait vécu avec lui dans l'État membre d'accueil et qui souhaitait vivre avec lui dans l'État membre d'origine.

63 — Point 22 des conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 29 avril 2004, Pusa (C-224/02, Rec. p. I-5763).

64 — Une telle privation extrême d'un droit essentiel relevant de la citoyenneté est incluse dans la reformulation que fait l'arrêt Dereci du principe énoncé dans l'arrêt Ruiz Zambrano (tous deux précités à la note 19). Dans un souci de précision, je rappelle que certaines dispositions, telles que l'article 20, paragraphe 2, sous c), TFUE (protection diplomatique dans un pays tiers), confèrent aux citoyens de l'Union des droits dont ils peuvent bénéficier en dehors du territoire de l'Union.

65 — Précité à la note 16.

66 — Précité à la note 3.

67 — Précité à la note 4.

68 — J'examinerai, ensuite, l'arrêt Carpenter (précité à la note 16, points 113 et suivants).

93. La Cour a déclaré que M. Singh devait, lors de son retour dans son État membre d'origine, recevoir un traitement au moins équivalent à celui dont il aurait bénéficié dans l'État membre d'accueil d'où il venait⁶⁹. Par conséquent, un membre de sa famille pouvait l'accompagner dans son État membre d'origine dans les conditions prévues par la législation de l'Union qui a précédé la directive 2004/38⁷⁰.

94. Dans l'arrêt Singh, précité, la Cour n'a accordé que peu d'attention expresse au droit au respect de la vie familiale, bien que, selon son raisonnement, si un citoyen de l'Union était empêché d'exercer ce droit et de vivre avec son conjoint et ses enfants à son retour dans son propre État membre, il pourrait être dissuadé d'exercer les libertés fondamentales d'entrée et de séjour sur le territoire d'un autre État membre (effet dit «dissuasif»)⁷¹. Dans l'arrêt Eind, précité, la Cour a été plus explicite, en admettant que les obstacles au regroupement familial étaient susceptibles d'entraîner des freins au droit de circuler librement des citoyens de l'Union⁷². À la différence de l'arrêt Singh, précité (rendu en 1992), l'arrêt Eind date de l'année 2007, après l'introduction de la citoyenneté de l'Union.

95. Par conséquent, un citoyen de l'Union acquiert le droit d'être accompagné ou rejoint par un groupe défini de membres de sa famille lorsqu'il exerce ses droits de circuler et de séjourner librement. Le fait de savoir que ce droit sera perdu à son retour dans son État membre d'origine est susceptible soit de le dissuader d'emblée de se déplacer, soit de limiter les possibilités dont il dispose après son premier déplacement. À cet égard, il est indifférent qu'un membre de la famille n'ait pas bénéficié d'un droit de séjour dans l'État membre d'origine avant le premier déplacement: la directive 2004/38 garantit que les citoyens de l'Union peuvent, après leur deuxième déplacement, séjourner avec les membres de leur famille qui vivaient avec eux avant le premier déplacement, qui les ont rejoints depuis des pays tiers ou qui sont devenus membres de leur famille après le premier déplacement⁷³. C'est pourquoi l'État membre d'origine ne saurait accorder à ses propres ressortissants revenant séjourner sur son territoire un traitement moins favorable que celui dont ils bénéficiaient en tant que citoyens de l'Union dans l'État membre d'accueil. Ce qui importe, c'est le traitement auquel le citoyen de l'Union *avait droit* dans l'État membre d'accueil. Le traitement dont le citoyen de l'Union a effectivement *bénéficié* est sans importance⁷⁴. Parce que, après le premier déplacement, les droits tirés du droit de l'Union font en quelque sorte partie du «passeport» du citoyen de l'Union et qu'il les conserve à son retour dans son État membre d'origine, les conditions et les limitations prévues par la directive 2004/38 s'appliquent également indirectement aux citoyens de l'Union retournant dans leur État membre d'origine.

2. La définition de la résidence

96. Si le citoyen de l'Union n'a pas établi sa résidence dans un autre État membre, il est moins évident que le fait de refuser aux membres de sa famille un droit de séjour en vertu du droit de l'Union dans l'État membre d'origine portera atteinte au droit de circuler librement du citoyen de l'Union. Néanmoins, que signifie séjourner dans un autre État membre? Cette question sous-tend les deuxième et troisième questions posées dans l'affaire C-456/12.

69 — Arrêt Singh (précité à la note 3, points 19 et 23).

70 — Ibidem (point 21). Voir, également, arrêts Eind (précité à la note 4, point 39) et du 7 octobre 2010, Lassal (C-162/09, Rec. p. I-9217, point 59 et jurisprudence citée).

71 — Point 20.

72 — Points 37 et 44 ainsi que jurisprudence citée, qui comprend une référence à l'arrêt Carpenter, précité à la note 16. Voir, également, arrêt Iida (précité à la note 18, point 70).

73 — Voir, notamment, arrêt Metock e.a. (précité à la note 36, points 88, 89 et 92), en ce qui concerne la fondation d'une famille après l'exercice du droit de libre circulation.

74 — Cela découle du libellé des points 19 et 23 de l'arrêt Singh, précité à la note 3. Voir, également, les points de l'arrêt Metock e.a. cités à la note 73.

97. La directive 2004/38 énonce les conditions dans lesquelles un citoyen de l'Union peut séjourner dans un autre État membre sans définir la notion de «séjour». Les traités ne comprennent pas non plus de définition générale. Certains actes de droit dérivé définissent la «résidence» aux fins de la législation particulière concernée, en se référant à des notions telles que la «résidence normale»⁷⁵ ou la «résidence habituelle»⁷⁶.

98. La résidence a différentes fonctions en droit de l'Union. Dans certains contextes, il peut s'agir d'un critère permettant de déterminer le droit applicable (par exemple, en droit fiscal et en droit international privé) et d'éviter ce que l'on appelle le «tourisme social»⁷⁷. Dans d'autres cas, ce peut être la substance d'un droit⁷⁸ ou un élément dont l'absence empêche de bénéficier d'un avantage⁷⁹. Dans certains cas, elle est expressément définie, dans d'autres, non. Par conséquent, la résidence n'est pas une notion uniforme en droit de l'Union.

99. Dans le cadre du droit de la citoyenneté de l'Union, le séjour dans un autre État membre est parfois, outre un droit, une condition d'exercice de droits accessoires liés à cette situation (par exemple, le droit de voter et de se présenter en tant que candidat aux élections au Parlement européen et aux élections municipales⁸⁰), mais ce peut être, également, une exigence qui restreint d'autres libertés garanties en vertu du droit de l'Union.

100. Dans l'arrêt *Swaddling*, la Cour a déclaré que la résidence visée à l'article 1^{er}, sous h), du règlement n° 1408/71⁸¹ signifiait «séjour habituel» et a affirmé que sa portée s'étendait donc à l'Union⁸². La Cour a interprété la notion d'«État membre dans lequel elles résident» comme étant l'endroit «dans lequel se trouve [...] le centre habituel de leurs intérêts», qu'il convient de déterminer en considérant «la situation familiale du travailleur, les raisons qui l'ont amené à se déplacer, la durée et la continuité de sa résidence, le fait de disposer, le cas échéant, d'un emploi stable et l'intention du travailleur, telle qu'elle ressort de toutes les circonstances»⁸³. La Cour a de la sorte indiqué que, pour déterminer de manière adéquate si une personne est ou non résidente, il convient de se fonder non pas sur un élément unique, mais sur un ensemble d'éléments qui permettent conjointement d'apprécier la situation de l'individu et de la qualifier de résidence ou de non-résidence.

101. Dans d'autres domaines du droit de l'Union, la Cour a exposé une conception similaire de la résidence; il s'agit du lieu où se situe le centre habituel ou usuel des intérêts d'une personne, et il doit être déterminé eu égard aux faits en cause, qui comprennent à la fois des éléments objectifs et subjectifs⁸⁴.

75 — Voir, notamment, article 7 de la directive 83/182/CEE du Conseil, du 28 mars 1983, relative aux franchises fiscales applicables à l'intérieur de la Communauté en matière d'importation temporaire de certains moyens de transport (JO L 105, p. 59), telle que modifiée.

76 — Voir, notamment, règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166, p. 1), tel que modifié à plusieurs reprises; règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (JO L 177, p. 6); règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (JO L 199, p. 40), et directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (refonte) (JO L 335, p. 1).

77 — Voir, notamment, arrêt du 16 mai 2013, *Wencel* (C-589/10, points 48 à 51), en ce qui concerne la possibilité d'avoir deux résidences habituelles aux fins du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149, p. 2), abrogé par le règlement n° 883/2004.

78 — Voir, notamment, directive 2004/38.

79 — Voir, notamment, arrêt du 9 octobre 1984, *Witte/Parlement* (188/83, Rec. p. 3465, points 8 à 11), en ce qui concerne l'octroi d'une indemnité de dépaysement.

80 — Voir article 22 TFUE.

81 — Précité à la note 77.

82 — Arrêt du 25 février 1999 (C-90/97, Rec. p. I-1075, point 28).

83 — Ibidem (point 29 et jurisprudence citée).

84 — Voir, notamment, arrêts du 17 février 1977, *Di Paolo* (76/76, Rec. p. 315), et du 8 juillet 1992, *Knoch* (C-102/91, Rec. p. I-4341). Voir, également, conclusions de l'avocat général Saggio dans l'affaire *Swaddling* (précitée à la note 82, point 17). Voir, également, notamment, arrêts du 23 avril 1991, *Ryborg* (C-297/89, Rec. p. I-1943, points 24 et 25), ainsi que du 12 juillet 2001, *Louloudakis* (C-262/99, Rec. p. I-5547, point 55).

102. Je ne pense pas que la résidence requière une présence physique constante sur le territoire d'un seul État membre (troisième question posée dans l'affaire C-456/12). Dans le cas contraire, une personne ne pourrait être considérée comme résidente dans un État membre que si elle n'a pas exercé sa liberté de circulation (or, par définition, avant de se déplacer, elle a vécu dans un autre endroit)⁸⁵. Il pourrait cependant être raisonnable d'exiger une présence prépondérante.

103. Je ne pense pas non plus que la question de savoir si un citoyen de l'Union a établi sa résidence dans un autre État membre dépende du fait qu'il s'agit ou non de son seul lieu de séjour. Dans de nombreux cas, l'exercice du droit de séjourner librement dans l'Union supposera de déplacer sa résidence d'un État membre à un autre, sans garder de relations notables avec l'ancien lieu de résidence. Dans d'autres cas, cependant, il sera utile, pour différentes raisons, de conserver des liens importants.

104. Dès lors que les citoyens de l'Union satisfont au critère de l'établissement de leur résidence dans un État membre, il devrait être indifférent qu'ils conservent une certaine forme de résidence ailleurs⁸⁶. Il n'existe aucune règle générale de droit de l'Union selon laquelle la résidence dans un État membre empêcherait une résidence concurrente dans un autre État membre⁸⁷. C'est ce que semble également impliquer la directive 2004/38, qui fait dépendre le séjour de plus de trois mois de la condition que le citoyen de l'Union soit un travailleur salarié ou non salarié, ou bien qu'il dispose de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. En revanche, une solidarité sans réserve (lorsque la condition afférente aux «ressources suffisantes» ne s'applique plus) est due aux personnes bénéficiant d'un droit de séjour permanent⁸⁸.

105. Alors que des citoyens de l'Union qui ne sont pas des travailleurs migrants ou des travailleurs non salariés dans l'État membre d'accueil peuvent devoir démontrer qu'ils disposent de ressources suffisantes, la directive 2004/38 est neutre quant à la ou les origines de ces ressources, qui peuvent donc provenir d'activités ou intérêts situés ailleurs, dans l'Union ou en dehors. Si ce n'était pas le cas, cela constituerait une restriction manifeste des libertés fondamentales.

106. Le fait qu'un citoyen de l'Union se soit initialement rendu dans l'État membre d'accueil pour exercer une liberté économique et qu'il soit retourné dans son État membre d'origine pour y exercer une activité économique importe-t-il?

107. Je ne le pense pas.

108. M. Eind s'est rendu des Pays-Bas au Royaume-Uni pour y exercer une activité économique; lorsqu'il est retourné aux Pays-Bas, il ne travaillait pas. Néanmoins, sa fille avait le droit de s'installer avec lui aux Pays-Bas, sous réserve toutefois des conditions prévues par le règlement n° 1612/68 en ce qui concerne le séjour des descendants d'un travailleur migrant⁸⁹. Il s'agissait du traitement auquel M. Eind avait droit au Royaume-Uni et dont il ne pouvait pas perdre le bénéfice à son retour aux Pays-Bas.

85 — Pour éviter ce casse-tête logique, la plupart des critères de la résidence légale fixent (par conséquent, de façon nécessairement arbitraire) une période minimale de présence avant d'obtenir le statut de résident. Toutefois, il n'existe pas de différence objective entre la présence le jour précédant celui où le chiffre magique est atteint et la présence le jour suivant.

86 — Voir, notamment, arrêt Di Paolo (précité à la note 84, points 17 et 21).

87 — Par exemple, les États membres ne considèrent jamais qu'une personne ne peut être résidente fiscale sur leur territoire simplement parce qu'elle est (également) résidente fiscale dans un autre territoire.

88 — Article 16, paragraphe 1, de la directive 2004/38.

89 — Arrêt Eind (précité à la note 4, points 38 et 39). Le règlement n° 1612/68 a été modifié par la directive 2004/38 et été abrogé par le règlement n° 492/2011.

109. Par conséquent, un citoyen de l'Union peut prétendre, dans son État membre d'origine, à un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui auquel il avait droit en tant que travailleur salarié ou non salarié dans l'État membre d'accueil. Le fait qu'il n'exerce plus d'activité économique ne modifie pas ce droit. Il en va de même du fait que le citoyen de l'Union ne disposait pas du statut de travailleur salarié ou non salarié dans l'État membre d'accueil, parce que les droits de circuler et de séjourner librement du citoyen de l'Union ne dépendent plus de l'exercice d'une activité économique. Toutefois, les conditions dans lesquelles les membres de sa famille peuvent séjourner dans l'État membre d'accueil peuvent être différentes⁹⁰.

110. Je ne suis pas convaincue par l'argument selon lequel un citoyen de l'Union (qu'il soit ou non travailleur migrant ou travailleur non salarié) doit avoir séjourné dans un autre État membre pendant une période continue d'au moins trois mois, ou durant toute autre période de temps «substantielle», avant que les membres de sa famille ressortissants de pays tiers ne puissent tirer du droit de l'Union un droit de séjour dérivé dans l'État membre d'accueil (c'est l'objet de la deuxième question dans l'affaire C-456/12). Cet argument suppose que la séparation forcée d'un membre de sa famille, tel qu'un conjoint, ne dissuadera pas le citoyen de l'Union qui souhaite se déplacer et s'installer temporairement dans un autre État membre d'exercer ses droits de circuler et de séjourner librement. Je ne vois aucune raison de conclure que, dans de telles circonstances, le citoyen de l'Union devrait être obligé de sacrifier temporairement son droit à une vie familiale (ou, pour le dire de façon légèrement différente, qu'il devrait être prêt à payer ce prix pour pouvoir ensuite invoquer le droit de l'Union contre l'État membre dont il a la nationalité). En effet, en vertu de la directive 2004/38, les membres de la famille ont le droit d'accompagner immédiatement le citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil. La directive 2004/38 ne subordonne pas le bénéfice de ce droit dérivé à une condition de séjour minimal pour le citoyen de l'Union. Au contraire, les conditions applicables aux personnes à charge varient selon la durée du séjour sur le territoire.

111. La durée du séjour du citoyen de l'Union dans un autre État membre est (manifestement) un critère quantitatif pertinent. Toutefois, je considère qu'il ne saurait s'appliquer à la façon d'un seuil absolu, pour décider qui a ou n'a pas exercé son droit de séjour et peut donc être rejoint ou accompagné⁹¹ par les membres de sa famille. Il s'agit seulement d'un critère parmi ceux qui doivent être pris en compte.

3. La libre circulation sans séjour

112. Que se passe-t-il si un citoyen de l'Union se rend dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité mais n'y établit pas sa résidence? Les membres de sa famille ressortissants de pays tiers ont-ils alors le droit de le rejoindre dans son État membre de nationalité et de résidence? Telle est la substance des première et deuxième questions dans l'affaire C-457/12.

113. Le raisonnement des arrêts Singh⁹² et Eind⁹³ ne vise pas cette situation. Toutefois, l'arrêt Carpenter⁹⁴ indique déjà que les membres de la famille, ressortissants de pays tiers, de citoyens de l'Union qui exercent des libertés relevant du marché unique (par exemple, pour fournir des services) *sans* déplacer leur lieu de résidence dans un autre État membre peuvent disposer de droits de séjour dérivés dans l'État membre de nationalité et de résidence.

90 — Voir points 135 à 142 des présentes conclusions.

91 — En effet, si le citoyen de l'Union devait séjourner de manière continue pendant x mois avant d'avoir le droit d'avoir sa famille auprès de lui, il ne pourrait être «accompagné» par eux qu'en quittant le territoire au terme de la période magique, puis y entrer de nouveau avec sa famille, ce qui serait loin de faciliter l'exercice de ses droits de libre circulation.

92 — Précité à la note 3.

93 — Précité à la note 4.

94 — Précité à la note 16.

114. Dans l'arrêt Carpenter, précité, la juridiction nationale avait jugé que la garde des enfants et les travaux ménagers effectués par M^{me} Carpenter pouvaient indirectement assister et aider son conjoint dans l'exercice du droit à fournir des services dans un autre État membre. Cela signifiait que M. Carpenter pouvait consacrer plus de temps à ses affaires, dont une part considérable était menée dans d'autres États membres⁹⁵. La Cour a déclaré que le refus d'autoriser le séjour de M^{me} Carpenter, et donc la séparation des deux époux, «nuirait à leur vie familiale et, partant, aux conditions de l'exercice d'une liberté fondamentale par M. Carpenter»⁹⁶. En appliquant la logique de l'arrêt Singh, précité, la Cour a constaté que le plein effet de cette liberté pourrait être compromis s'il existait des obstacles, dans l'État membre d'origine de M. Carpenter, à l'entrée et au séjour de sa conjointe⁹⁷.

115. En examinant si cette restriction pouvait être justifiée, la Cour a ensuite considéré que la décision d'expulser M^{me} Carpenter constituait une ingérence dans l'exercice par M. Carpenter de son droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH⁹⁸.

116. Examinons l'arrêt Carpenter un peu plus attentivement.

117. La motivation de la Cour repose nécessairement sur la prémisse qu'il existait un lien de causalité entre l'exercice par M. Carpenter de la libre circulation économique et le séjour de sa femme philippine dans l'État membre de nationalité et de résidence de M. Carpenter. Son activité économique permettait de subvenir aux besoins de sa femme, ressortissante d'un pays tiers. Inversement, M. Carpenter dépendait de sa femme, dans la mesure où elle s'occupait de ses enfants, effectuait les tâches ménagères et contribuait ainsi indirectement à sa réussite⁹⁹. Les conditions d'exercice du droit à une vie familiale étaient donc susceptibles de porter atteinte à l'exercice des droits de libre circulation. Le refus d'accorder un droit de séjour à M^{me} Carpenter dans l'État membre de nationalité et de résidence de M. Carpenter était susceptible de l'obliger i) soit à se rendre dans un autre État membre, afin de permettre à sa femme de l'y rejoindre (sous réserve des conditions prévues dans la directive 2004/38), ii) soit à accepter que son droit à une vie familiale fût limité et à être privé de la présence de sa femme à ses côtés dans son État membre d'origine, ce qui porterait atteinte aux conditions d'exercice de sa liberté de prestation de services dans un autre État membre (sans y séjourner). Rien ne montre qu'il aurait en fait été conduit à cesser ses activités à l'étranger et cet élément ne fait pas partie de la motivation de la Cour.

118. Quelle est la pertinence de cette analyse, premièrement, pour l'exercice actif du droit de circuler sans séjourner en tant que travailleur salarié et, deuxièmement, pour l'exercice «passif» du droit de bénéficier de services?

4. La circulation au-delà des frontières en tant que travailleur salarié sans changement de résidence

119. Les citoyens de l'Union qui, sans changer de résidence, exercent le droit de circuler librement dans le cadre d'une activité qui aide à subvenir aux besoins des membres de leur famille, ou qui les rend dépendants de ces derniers, peuvent, pour cette raison, être rejoints par certains membres de leur famille dans leur État membre d'origine. Le lien entre le séjour et l'exercice des droits de libre circulation dans de tels cas peut être très visible et facile à établir. Par exemple, si les membres de la famille d'un travailleur frontalier se voient refuser le séjour, ce dernier pourrait être dissuadé de travailler dans un autre État membre, ou contraint de changer de résidence et de se rendre dans un

95 — Points 14 et 19.

96 — Ibidem (point 39).

97 — Idem.

98 — Ibidem (point 41).

99 — L'Immigration Adjudicator (Royaume-Uni) a constaté que M^{me} Carpenter contribuait ainsi indirectement au succès croissant de l'entreprise de son mari: arrêt Carpenter (précité à la note 16, point 18). L'avocat général Stix-Hackl a estimé que ce fait n'était pas pertinent aux fins du droit de séjour en vertu du droit de l'Union (voir points 103 à 105 de ses conclusions). J'interprète le fait que la Cour invoque explicitement cela dans le sens où elle était en désaccord avec l'avocat général sur ce point.

autre État membre avec sa famille. Il en va de même pour les citoyens de l'Union qui sont à la charge d'un membre de leur famille parce que ce dernier leur facilite l'exercice du droit de libre circulation ou leur permet de l'exercer. Cela découle directement de ce que la Cour a déjà déclaré dans l'arrêt Carpenter, précité, en ce qui concerne la fourniture «active» de services à des clients résidant dans un autre État membre.

120. Existe-t-il une différence fondamentale entre le fait de vivre dans l'État membre A, mais de travailler pour un employeur situé dans l'État membre B (c'est la situation de la personne de référence G), et le fait de vivre dans l'État membre A, de travailler pour un employeur également situé dans l'État membre A, mais d'effectuer un travail qui oblige le salarié à se rendre dans un autre État membre (situation de la personne de référence S)? Cette question résulte de la substance des deux questions déferées dans l'affaire C-457/12.

121. Je ne le crois pas. Dans les deux cas, le travail du salarié l'oblige à franchir les frontières pour exécuter son contrat de travail. Il ne peut à la fois conserver son emploi et demeurer dans son État membre d'origine. La question devient alors la suivante: une restriction à la présence dans l'État membre d'origine du membre de sa famille ressortissant d'un pays tiers va-t-elle empêcher le salarié de franchir la frontière pour exécuter son contrat de travail ou rendre ce franchissement sensiblement plus difficile? Il se peut que les circonstances soient telles que, au vu des faits, cela ne fasse aucune différence pour l'exercice du droit de circuler librement. Cependant, si la capacité du travailleur salarié à exécuter son contrat est sensiblement compromise s'il ne peut s'appuyer sur l'aide fournie par le membre de sa famille ressortissant d'un pays tiers (ou si le travail transfrontalier devient de fait impossible), l'exercice effectif des droits de libre circulation par le citoyen de l'Union impose que des droits de séjour dérivés dans l'État membre d'origine soient accordés en vertu du droit de l'Union au membre de sa famille ressortissant d'un pays tiers.

122. La possibilité pour le membre de la famille ressortissant d'un pays tiers de réclamer un tel droit dans l'État membre d'origine du citoyen de l'Union dépend des trois mêmes variables que celles qui fondaient initialement les droits dérivés pour les ressortissants de pays tiers en vertu du droit de l'Union. Il s'agit:

- du lien familial avec le citoyen de l'Union;
- de l'exercice par le citoyen de l'Union de droits de libre circulation, et
- du lien de causalité entre la résidence du ressortissant d'un pays tiers et l'exercice par le citoyen de l'Union de droits de libre circulation.

123. L'évaluation de ces critères ne conduit pas automatiquement à une réponse simple par «oui» ou par «non». L'importance d'une restriction au droit de circuler librement peut varier de manière considérable en fonction, par exemple, de l'étroitesse du lien familial. De même, l'importance de ce lien et de la relation de dépendance dans le choix du citoyen de l'Union d'exercer ou non le droit de libre circulation varie également considérablement. Il y a restriction de ce choix s'il est démontré qu'il est plausible que le refus d'accorder le séjour au membre de la famille ressortissant d'un pays tiers conduise le citoyen de l'Union à se déplacer, à cesser de se déplacer ou à abandonner une perspective réelle de se déplacer.

5. Le bénéfice de la liberté «passive» de recevoir des services dans un autre État membre sans s'y rendre

124. Tel est l'objet de la première question dans l'affaire C-456/12.

125. Dans le cadre du champ d'application du droit de l'Union, tout citoyen de l'Union se voit garantir le même niveau de protection de ses libertés fondamentales et de son droit à une vie familiale. Un citoyen de l'Union qui se rend dans un autre État membre pour y bénéficier d'un service, quel que puisse être ce service, relève du champ d'application du droit de l'Union¹⁰⁰. Toutefois, il ne s'ensuit pas que tout exercice du droit de libre circulation pour bénéficier de services entraînera nécessairement des droits de séjour dérivés dans l'État membre d'origine pour les membres de la famille du citoyen de l'Union ressortissants de pays tiers. Il en est ainsi parce que tout refus de séjour ne constitue pas un obstacle au regroupement familial de nature à restreindre un droit fondamental de circuler du citoyen de l'Union¹⁰¹.

126. Une société ou une économie sans services est devenue unimaginable¹⁰². De plus en plus, les citoyens de l'Union franchissent les frontières pour bénéficier de services. Pour beaucoup d'entre eux, il se pourrait que ce soit le seul type de droit de libre circulation qu'ils exercent jamais: ils partent en vacances ou en excursion pour la journée, commandent des livres en ligne, etc.

127. Toutefois, ces formes d'exercice, par un citoyen de l'Union, de la liberté passive de recevoir des services ne dépendent pas toutes du fait que les membres de la famille ressortissants de pays tiers séjournent également dans l'État membre dans lequel ledit citoyen de l'Union séjourne.

128. Alors que le fait de se déplacer dans un autre État membre pour y bénéficier d'un service constitue indubitablement l'exercice d'une liberté économique, ce n'est habituellement pas le type d'activité qui permet aux citoyens de l'Union de subvenir aux besoins des membres de leur famille ou qui les rend dépendants de ces derniers (peut-être en raison du coût d'opportunité de l'exercice du droit de libre circulation). Pour ces raisons, les obstacles au regroupement familial sont moins susceptibles d'avoir une incidence sur les considérations qui incitent un citoyen de l'Union à se rendre et/ou à séjourner ailleurs.

129. Dans la plupart des cas, les droits de séjour dérivés des membres de la famille (qui peuvent conduire à un droit de séjour permanent) ne sont pas nécessaires pour qu'un citoyen de l'Union puisse bénéficier d'un service qui est par nature temporaire, «non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité ou continuité»¹⁰³, et qui est souvent un service de consommation, pour lequel le citoyen paie, plutôt qu'une activité générant des revenus.

130. Le fait que le service puisse être plus plaisant si l'on en bénéficie avec un membre de sa famille ne suffit pas en soi pour établir l'existence d'une restriction au droit de libre circulation, parce que cette considération n'est pas inhérente aux raisons qui poussent les citoyens de l'Union à franchir des frontières pour bénéficier d'un service (par exemple, un repas dans un restaurant particulièrement agréable) au lieu de rester dans leur État membre de nationalité et de résidence pour le faire.

131. Toutefois, je n'exclus pas la possibilité que, de façon exceptionnelle, des droits de séjour dérivés puissent être nécessaires pour le membre de la famille ressortissant d'un pays tiers. Cela serait en particulier le cas lorsqu'un citoyen de l'Union devient dépendant d'un membre de sa famille en raison même des circonstances qui l'incitent à franchir les frontières pour bénéficier de services dans un autre État membre. Supposons, par exemple, qu'un ressortissant allemand, séjournant en Allemagne et marié à une Chinoise qui n'a pas été autorisée à y séjourner, tombe malade et doit suivre un traitement de longue durée. Pour des raisons médicales, il décide de suivre ce traitement en Belgique. Il n'a aucune intention de changer de résidence et de s'installer sur place. Il a toutefois besoin d'aide pour se rendre

100 — Voir, à cet égard, arrêt du 24 septembre 2013, Demirkan (C-221/11, points 35 et 36).

101 — Voir, également, à cet égard, point 5 des conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Singh, précitée à la note 3.

102 — Voir, également, notamment, les points 49 et 50 des conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire Demirkan, précitée à la note 100.

103 — Arrêt du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 27).

régulièrement en Belgique. Il a également besoin d'aide pour s'occuper d'autres choses qu'il ne peut plus faire lui-même. Il devient dépendant d'un aidant. De manière compréhensible, il souhaiterait que cet aidant soit son épouse chinoise. Cette décision relève de la sphère de sa vie privée et familiale, mais elle est en même temps liée aux conditions dans lesquelles il exerce son droit de libre circulation.

6. La circulation entre États membres afin d'exercer le droit à une vie familiale

132. Que se passe-t-il si un citoyen de l'Union se déplace dans le seul but d'exercer son droit à une vie familiale avec un membre de sa famille qui séjourne ailleurs dans l'Union? Peut-il ensuite affirmer qu'il existe une restriction à l'exercice de sa liberté de circulation si ledit membre de sa famille n'est pas autorisé, en droit de l'Union, à établir régulièrement sa résidence dans son État membre de nationalité et de résidence? Ces questions correspondent à la situation de B et O (affaire C-456/12), tous deux semblant avoir franchi des frontières afin d'être auprès de leur partenaire ou conjoint.

133. Il pourrait être soutenu que, si une telle mesure nationale restrictive conduit à ce qu'un citoyen de l'Union établisse sa résidence dans un autre État membre, il s'agit de la fonction même de la citoyenneté de l'Union et cela illustre la façon dont les droits de libre circulation peuvent améliorer l'exercice du droit à une vie familiale.

134. Toutefois, la question n'est pas de savoir si une telle mesure nationale conduit à la libre circulation (ou la permet). Ce qui importe, *c'est la liberté de choisir de circuler ou non*. Une mesure qui impose de circuler restreint ce choix. Elle est donc contraire à l'article 21, paragraphe 1, TFUE¹⁰⁴.

F – Quelles sont les conditions régissant les droits de séjour dérivés?

135. Bien que les questions de la juridiction de renvoi se concentrent sur l'existence de droits de séjour dérivés, de tels droits ne sont pas inconditionnels. Leur exercice peut être régi par les traités ou par des dispositions d'application.

136. L'article 21, paragraphe 1, TFUE indique que le droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres s'applique «sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application».

137. Un citoyen de l'Union qui se rend dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité a le droit d'entrer sur le territoire de ce dernier et d'y séjourner dans les conditions prévues par la directive 2004/38. Pour un séjour jusqu'à trois mois, par exemple, il a seulement besoin d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité¹⁰⁵. Il en va de même pour les membres de sa famille ressortissants de pays tiers qui l'accompagnent ou le rejoignent¹⁰⁶. D'autres conditions s'appliquent au séjour de plus de trois mois et au séjour permanent. Lorsque le citoyen de l'Union retourne ensuite dans son État membre d'origine, il devrait avoir le droit d'y être accompagné ou rejoint par les membres de sa famille ressortissants de pays tiers dans des conditions qui ne soient pas moins favorables que celles qui sont applicables, en vertu du droit de l'Union, dans l'État membre d'accueil.

104 — Voir, également, point 89 des présentes conclusions. Je rappelle que, au vu des faits, rien ne laisse penser qu'il s'agisse de mariages de complaisance, de fraude ou d'abus de droits (voir point 42 des présentes conclusions).

105 — Article 6, paragraphe 1, de la directive 2004/38.

106 — Article 6, paragraphe 2, de la directive 2004/38. Bien sûr, à l'entrée sur le territoire de l'État membre, ces ressortissants de pays tiers doivent également satisfaire à toute obligation pertinente de visa d'entrée. Voir article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

138. Supposons qu'un citoyen de l'Union ait séjourné pendant deux mois dans l'État membre d'accueil et y ait été rejoint par sa conjointe ressortissante d'un pays tiers. Les circonstances (par exemple, la grave maladie d'un parent) le conduisent à retourner dans son État membre d'origine, dans lequel il a l'intention de séjourner avec sa conjointe pendant un certain temps. Il peut le faire, pourvu que sa conjointe remplisse les conditions applicables prévues par la directive 2004/38. Le fait qu'elle n'ait vécu que deux mois avec lui dans l'État membre d'accueil n'implique pas que la durée de son séjour dans l'État membre d'origine du citoyen de l'Union doive être limitée de la même manière. Si tel était le cas, le citoyen de l'Union pourrait être obligé soit de s'abstenir de retourner dans son propre État membre afin de continuer à séjourner ailleurs dans l'Union avec sa conjointe, soit de l'abandonner lors de son retour dans son État membre, parce qu'elle ne pourrait bénéficier d'un droit de séjour dérivé que pour deux mois et qu'il doit rester chez lui plus longtemps. S'ils étaient restés dans l'État membre d'accueil et dans la mesure où les conditions applicables étaient réunies, sa femme aurait pu y rester plus de trois mois, voire obtenir un droit de séjour permanent.

139. Enfin, le droit de séjour dérivé prend-il fin lorsqu'il s'écoule un certain intervalle de temps (non défini) entre le retour du citoyen de l'Union dans son État membre d'origine et l'arrivée du membre de sa famille dans ledit État membre? Il s'agit du problème soulevé par la quatrième question posée dans l'affaire C-456/12 (au sujet de B).

140. Selon moi, la réponse dépend des raisons pour lesquelles le citoyen de l'Union et le ou les membres de sa famille ne se sont pas déplacés ensemble.

141. En vertu de la directive 2004/38, l'État membre d'accueil ne saurait refuser le séjour à des ressortissants de pays tiers sur la base du temps écoulé. Ils ont le droit d'«accompagner ou rejoindre» le citoyen de l'Union avec lequel ils ont des liens familiaux pertinents¹⁰⁷. Cette formulation suppose que l'écoulement d'un laps de temps après que le citoyen de l'Union est entré sur le territoire et y a établi sa résidence ne saurait empêcher qu'un ressortissant d'un pays tiers l'y «rejoigne» plus tard. En effet, la Cour a déclaré que la directive 2004/38 n'exige pas que les membres de la famille de citoyens de l'Union entrent dans l'État membre d'accueil en même temps que le citoyen de l'Union dont ils tiennent un droit dérivé¹⁰⁸.

142. Je ne considère pas que la raison du retard soit pertinente. Ce qui importe, c'est que la décision de se déplacer pour séjourner avec un citoyen de l'Union soit prise dans le cadre de l'exercice du droit à une vie familiale. Les citoyens de l'Union sont libres de décider eux-mêmes de la manière d'exercer le droit à une vie familiale (s'ils ne l'étaient pas, ce droit serait de peu de valeur). Beaucoup préféreront vivre avec les membres de leur famille; il se peut que d'autres aient, à un moment donné, d'autres priorités (qui peuvent, également, changer au fil du temps) ou qu'il existe des obstacles pratiques à leur vie commune dans l'immédiat. À l'inverse, si un membre de la famille ressortissant d'un pays tiers et un citoyen de l'Union ont décidé qu'ils ne souhaitent plus vivre ensemble en couple et exercer leur droit à une vie familiale, le ressortissant d'un pays tiers ne disposera plus d'un droit de séjour dérivé.

143. Dans ce contexte, je vais maintenant examiner brièvement la manière dont la juridiction de renvoi devrait analyser les situations de O, B, S et G.

107 — Voir, notamment, articles 6, paragraphe 2, 7, paragraphe 2, et 16, paragraphe 2, de la directive 2004/38. Voir, également, arrêt Eind (précité à la note 4, point 38).

108 — Voir, notamment, arrêt Metock e.a. (précité à la note 36, point 90), ordonnance du 19 décembre 2008, Sahin (C-551/07, Rec. p. I-10453, point 28), et arrêt O et S (précité à la note 16, point 54).

G – Les éléments déterminant les droits de séjour dérivés de O, B, S et G

1. O

144. La personne de référence O a quitté les Pays-Bas, a épousé O en France, puis s'est rendue en Espagne avec son mari. Si O séjournait régulièrement en Espagne avec la personne de référence O en tant que membre de la famille, ressortissant d'un pays tiers, d'un citoyen de l'Union en vertu de la directive 2004/38, alors la personne de référence O ne devrait pas, à son retour aux Pays-Bas pour y travailler et y vivre, être traitée de manière moins favorable que lorsqu'elle s'est rendue en Espagne pour y établir sa résidence. Il s'ensuit, si ces faits sont confirmés (ce qu'il appartient, bien entendu, à la juridiction nationale de vérifier), que O disposerait, en vertu du droit de l'Union, d'un droit de séjour régulier aux Pays-Bas. Ce droit n'est ni inconditionnel ni absolu. Il est soumis aux conditions et aux limitations prévues par la directive 2004/38, tout comme l'était auparavant son droit de séjour en Espagne.

2. B

145. La personne de référence B a exercé des droits de libre circulation et peut-être établi sa résidence en Belgique afin d'y vivre (à l'époque) avec son partenaire B. (Il n'est pas démontré que la personne de référence B ait cherché un emploi en Belgique et il s'agit d'une question qui doit être vérifiée par la juridiction nationale.) Cependant, en tant que simple partenaire, B ne relevait pas du champ d'application de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2004/38 et ne pouvait donc pas tirer de la présence de la personne de référence B en Belgique un droit de séjour en Belgique en vertu du droit de l'Union. Le fait que la personne de référence B ait ou non établi sa résidence en Belgique n'est, par conséquent, pas décisif aux fins de la demande de séjour de B aux Pays-Bas.

146. Le fait que la personne de référence B ait vécu avec B ou lui ait rendu visite au Maroc après leur mariage n'est pas non plus pertinent aux fins de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, parce que cette disposition ne garantit des droits de circuler et de séjourner librement que dans l'Union.

147. Il ne semble pas non plus qu'il existe un lien entre le refus d'octroyer à B un droit de séjour aux Pays-Bas et l'exercice par la personne de référence B de droits garantis en vertu de l'article 21, paragraphe 1, TFUE. L'exercice de ces droits, quelle qu'en soit la forme, a eu lieu alors qu'il n'existait pas encore de lien de famille entre B et la personne de référence B.

148. Toutefois, le simple écoulement d'un laps de temps entre le retour de la personne de référence B aux Pays-Bas et l'arrivée de B n'aurait pas d'incidence sur toute revendication d'un droit de séjour dérivé pour ce dernier, pourvu que la décision de rejoindre la personne de référence B aux Pays-Bas soit prise dans le cadre de l'exercice de leur droit à une vie familiale¹⁰⁹.

3. S

149. La personne de référence S n'est pas un «ressortissant d'un État membre, indépendamment de son lieu de résidence et de sa nationalité, qui a fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs et qui a exercé une activité professionnelle dans un État membre autre que celui de résidence»¹¹⁰. Il est employé dans son État membre de résidence et de nationalité et, lorsqu'il se rend en Belgique et dans

¹⁰⁹ — Voir points 141 et 142 des présentes conclusions.

¹¹⁰ — Arrêt du 13 décembre 2012, Caves Krier Frères (C-379/11, point 25 et jurisprudence citée).

d'autres États membres, il ne pénètre pas sur le marché de l'emploi sur place¹¹¹. Il n'est pas un travailleur détaché¹¹² et ne franchit pas non plus de frontières afin de fournir des services en Belgique au sens de l'article 56 TFUE. C'est probablement plutôt son employeur qui fournit des services dans d'autres États membres par l'intermédiaire de la personne de référence S.

150. Il n'en reste pas moins que la personne de référence S exerce son droit de libre circulation en liaison avec une activité économique (son emploi aux Pays-Bas) qui permet (sous réserve de vérification par la juridiction nationale) de contribuer au bien-être de sa famille. Le coût d'opportunité d'un tel type d'emploi est de devoir faire garder son fils. [Il appartient à la juridiction nationale d'examiner s'il devrait le faire garder ainsi (et si oui, dans quelle mesure) s'il se contentait de travailler aux Pays-Bas.]

151. Qu'en est-il des deux autres variables identifiées ci-dessus¹¹³, à savoir le lien familial et le lien de causalité?

152. En ce qui concerne le lien familial entre S et la personne de référence S, la juridiction de renvoi a déclaré que S est un ascendant à charge au sens de l'article 2, point 2), sous d), de la directive 2004/38. Ce constat implique que la juridiction nationale considère que la personne de référence S subvient aux besoins matériels de S (dans le contexte de la conception étroite de la Cour de la notion de personne à charge en vertu de la directive 2004/38). Pour sa part, il semble que la personne de référence S dépende de S dans la mesure où cette dernière s'occupe de son fils pendant qu'il exerce des droits de libre circulation en liaison avec son emploi.

153. Le Rechtbank, qui a initialement contrôlé la décision du Minister, semble avoir considéré ce fait comme n'étant pas pertinent, au motif que tant l'épouse de la personne de référence S (qui séjourne également aux Pays-Bas) qu'une personne fournissant des services professionnels de garde d'enfants pourraient s'occuper de son fils.

154. Sur cette base, la juridiction de renvoi a estimé à titre liminaire que, si S n'était pas autorisée à séjourner aux Pays-Bas, la personne de référence S ne se trouverait pas dans une position moins favorable en ce qui concerne l'exercice de ses droits de circulation. Afin de déterminer s'il n'existe vraiment aucun lien de causalité raisonnable entre ces deux facteurs, la juridiction de renvoi devra examiner si le fait de refuser le séjour à S conduirait la personne de référence S à chercher un autre emploi qui n'impliquerait pas l'exercice de droits de circulation, ou bien à déménager dans un autre État membre avec sa famille, y compris S.

4. G

155. La personne de référence G est un travailleur frontalier et il l'est resté après son mariage au Pérou avec G, avec laquelle il a des enfants. En tant que conjoints, G et la personne de référence G doivent être présumés dépendants l'un de l'autre en termes matériels, juridiques et émotionnels. L'emploi de la personne de référence G dans un autre État membre semble important pour ce lien familial.

156. Il est vraisemblable que le fait de refuser un droit de séjour à G aux Pays-Bas puisse conduire la personne de référence G, qui souhaite vivre avec G, à établir sa résidence en Belgique (afin d'y séjourner ensemble en vertu de la directive 2004/38) et à devenir ainsi un travailleur migrant séjournant dans un autre État membre. Cela constituerait un obstacle à son choix d'être un travailleur frontalier – liberté économique toutefois protégée en vertu de l'article 45 TFUE.

111 — Arrêt du 9 août 1994, Vander Elst (C-43/93, Rec. p. I-3803, point 21 et jurisprudence citée).

112 — Voir article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (JO 1997, L 18, p. 1).

113 — Voir point 122 des présentes conclusions.

157. Le fait que cela le conduise à cesser de travailler à l'étranger est moins certain. Sans parler du fait qu'une telle décision aurait pour résultat de le priver des moyens de subvenir aux besoins de sa famille, y compris G, elle n'améliorerait pas la situation de G en termes de séjour aux Pays-Bas.

V – Post-scriptum

158. Que la Cour soit ou non d'accord avec l'analyse que j'ai exposée, je la prie instamment de saisir l'opportunité qui lui est offerte par ces deux renvois préjudiciels pour donner des indications claires et structurées quant aux circonstances dans lesquelles le membre de la famille, ressortissant d'un pays tiers, d'un citoyen de l'Union qui séjourne dans son État membre d'origine mais qui exerce effectivement ses droits de libre circulation peut demander un droit de séjour dérivé dans l'État membre d'origine en vertu du droit de l'Union.

VI – Conclusion

159. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je suis d'avis que la Cour devrait répondre aux questions posées par le Raad van State de la façon suivante:

Dans l'affaire C-456/12, O:

- 1) La directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ne s'applique pas directement aux citoyens de l'Union retournant dans l'État membre dont ils ont la nationalité. Toutefois, l'État membre de nationalité ne peut réserver à ces citoyens de l'Union un traitement moins favorable que celui qui leur était dû en vertu du droit de l'Union dans l'État membre depuis lequel ils se rendent dans l'État membre dont ils ont la nationalité. Par voie de conséquence, la directive 2004/38 définit indirectement le traitement minimal dont doivent bénéficier un citoyen de l'Union européenne retournant dans son pays ainsi que les membres de sa famille dans l'État membre de nationalité dudit citoyen de l'Union.
- 2) Le droit de l'Union n'exige pas qu'un citoyen de l'Union ait séjourné pendant une durée minimale dans un autre État membre pour que les membres de sa famille ressortissants de pays tiers puissent demander un droit de séjour dérivé dans l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité et dans lequel il retourne.
- 3) Un citoyen de l'Union exerce son droit de séjour dans un autre État membre s'il fait dudit État membre le lieu où se trouve le centre habituel de ses intérêts. Dans la mesure où ce critère est satisfait, compte tenu de tous les facteurs pertinents, il est indifférent dans ce contexte que le citoyen de l'Union conserve une autre forme de résidence ailleurs ou que sa présence physique dans l'État membre de résidence soit interrompue de manière régulière ou irrégulière.
- 4) Lorsqu'il s'écoule un certain temps entre le retour du citoyen de l'Union dans l'État membre dont il a la nationalité et l'arrivée dans cet État membre du membre de sa famille ressortissant d'un pays tiers, le droit du membre de la famille à un droit de séjour dérivé dans cet État membre n'est pas frappé de caducité, dans la mesure où la décision de rejoindre le citoyen de l'Union est prise dans le cadre de l'exercice de leur droit à une vie familiale.

Dans l'affaire C-457/12, S:

Lorsqu'un citoyen de l'Union séjournant dans l'État membre dont il a la nationalité exerce des droits de libre circulation en liaison avec son emploi, le droit des membres de sa famille ressortissants de pays tiers de séjourner dans ledit État membre dépend de l'étroitesse de leur lien familial avec le citoyen de l'Union et du lien de causalité entre le lieu de séjour de la famille et l'exercice par le citoyen de l'Union des droits de libre circulation. En particulier, le membre de la famille doit bénéficier d'un droit de séjour dans l'hypothèse où le refus d'un tel droit conduirait le citoyen de l'Union à chercher un autre emploi qui n'impliquerait pas l'exercice de droits de circulation, ou bien à déménager dans un autre État membre. À cet égard, il est indifférent que le citoyen de l'Union soit un travailleur frontalier ou qu'il exerce son droit de libre circulation afin d'exécuter le contrat de travail qu'il a conclu avec un employeur situé dans son État membre de nationalité et de résidence.