Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 20 mai 2014[1]

Affaire C-202/13

Sean Ambrose McCarthy
Helena Patricia McCarthy Rodriguez
Natasha Caley McCarthy Rodriguez
contre
Secretary of State for the Home Department
[demande de décision préjudicielle
formée par la High Court of Justice (England & Wales),

Queen's Bench Division (Administrative Court) (Royaume-Uni)]

«Droit d'entrée et de séjour de courte durée — Ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un ressortissant de l'Union, en possession d'une carte de séjour d'un État membre — Législation nationale subordonnant l'entrée sur le territoire national à l'obtention préalable d'un permis d'entrée»

Table des matières

I – Introduction 3

II – Le cadre juridique 3

A – Le droit de l'Union 3

1. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne 3

2. Le protocole nº 20 4

3. La directive 2004/38 4

4. Le règlement (CE) nº 539/2001 6

5. Le règlement (CE) nº 562/2006 6

B – Le droit national 6

III – Les faits à l'origine du litige au principal 7

1 — Langue originale: le français.

IV – Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour 10

V – Analyse 10

A – Sur l'applicabilité de la directive 2004/38 11

1. Observations liminaires et particularités de l'affaire 11

2. Analyse du droit de séjour dérivé dans la jurisprudence récente de la Cour 12

3. Applicabilité de la directive 2004/38 dans le cas où le citoyen de l'Union, qui a fait un usage effectif et préalable de sa liberté de circulation, se déplace vers l'État membre dont il possède la nationalité 14

a) Justification téléologique d'une interprétation plus large de la directive 2004/38 14

i) Sur l'absence de coïncidence entre l'État membre dans lequel un citoyen de l'Union a ses origines et celui dont il possède la nationalité 15

ii) Sur les différentes directions dans lesquelles se déplacent les citoyens de l'Union . 16

b) Bref rappel de la jurisprudence pertinente concernant le droit de séjour dérivé 17

c) Conclusion intermédiaire 18

4. Applicabilité de la directive 2004/38 lorsque le citoyen de l'Union, qui fait un usage effectif de sa liberté de circulation en séjournant dans l'État d'accueil, l'exerce simultanément en se déplaçant vers l'État membre dont il possède la nationalité: le cas du droit d'entrée et de séjour de courte durée 19

a) L'exercice de la liberté de circulation dans l'État membre d'accueil simultanément au séjour dans l'État membre dont le citoyen de l'Union possède la nationalité 20

b) L'exercice de la liberté de circulation à la suite d'un séjour effectif dans l'État membre d'accueil, accompli simultanément à l'exercice du droit d'entrée et de séjour de courte durée dans l'État membre dont le citoyen de l'Union possède la nationalité 20

c) Conclusion intermédiaire 22

B – Sur l'identification de mesures pouvant être adoptées sur le fondement de l'article 35 de la directive 2004/38 22

1. Sur la notion d'abus de droit dans la jurisprudence pertinente de la Cour 23

2. Sur l'interprétation de l'article 35 de la directive 2004/38 à la lumière de la jurisprudence de la Cour 24

3. Sur les objections alléguées par le Royaume-Uni 26

C – Sur le protocole nº 20 28

VI – Conclusion 30

I – **Introduction**

1. Un État membre a mis en œuvre et maintient en vigueur une mesure d'application générale qui exige que les ressortissants d'un État tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, qui souhaitent entrer dans cet État membre soient en possession d'un visa d'entrée délivré par ce dernier.

2. Dans la présente affaire, la Cour est saisie pour la première fois d'une demande de décision préjudicielle relative à l'interprétation, d'une part, de l'article 35 de la directive 2004/38/CE [2] et, d'autre part, de l'article 1er du protocole nº 20 annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité FUE) [3].

3. Pour répondre à cette question, la Cour est notamment appelée à se prononcer sur l'applicabilité de la directive 2004/38 à une ressortissante d'un État tiers, résidant avec son époux et sa fille, citoyens de l'Union, dans un État membre autre que celui dont ces derniers ont la nationalité, qui souhaite les accompagner dans l'État membre dont ils ont la nationalité lors de voyages de courte durée. Bien qu'une question étroitement liée à celle-ci ait déjà été traitée par la Cour dans le récent arrêt O. et B. [4], la solution retenue dans cet arrêt ne paraît pas satisfaisante au regard des circonstances du présent cas d'espèce. Je proposerai donc une solution plus générale qui permettra d'assurer la cohérence entre le champ d'application du traité FUE et celui de la directive 2004/38.

II – **Le cadre juridique**

A – *Le droit de l'Union*

1. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

4. 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».

5. 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».

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) nº 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).

3 — Protocole sur l'application de certains aspects de l'article 26 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande.

4 — C-456/12, EU:C:2014:135.

2. Le protocole nº 20

6. L'article 1er du protocole nº 20 dispose:

«Nonobstant les articles 26 et 77 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, toute autre disposition dudit traité ou du traité sur l'Union européenne, toute mesure adoptée en vertu de ces traités ou tout accord international conclu par l'Union ou par l'Union et ses États membres avec un ou plusieurs pays tiers, le Royaume-Uni est habilité à exercer, à ses frontières avec d'autres États membres, sur les personnes souhaitant entrer sur son territoire, les contrôles qu'il considère nécessaires pour:

a) vérifier si des citoyens d'États membres ou des personnes à leur charge exerçant des droits conférés par le droit de l'Union, ainsi que des citoyens d'autres États à qui de tels droits ont été conférés par un accord qui lie le Royaume-Uni, ont le droit d'entrer sur le territoire du Royaume-Uni et

b) décider d'accorder ou non à d'autres personnes l'autorisation d'entrer sur le territoire du Royaume-Uni.

Les articles 26 et 77 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, toute autre disposition de ce traité ou du traité sur l'Union européenne ou toute mesure adoptée en application de ceux-ci ne portent en rien atteinte aux droits du Royaume-Uni d'instaurer ou d'exercer de tels contrôles. Les références au Royaume-Uni dans le présent article englobent les territoires dont les relations extérieures relèvent de sa responsabilité.»

3. La directive 2004/38

7. Il ressort du considérant 5 de cette directive que «[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».

8. Conformément au considérant 28 de la directive 2004/38, «[l]es États membres devraient pouvoir adopter les mesures nécessaires pour se préserver de l'abus de droit ou de la fraude, en particulier des mariages blancs ou de toute autre forme d'unions contractées uniquement en vue de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour».

9. En ce qui concerne le champ d'application personnel de la directive 2004/38, l'article 3, paragraphe 1, intitulé «Bénéficiaires», dispose:

«La présente directive 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.»

10. Quant au droit d'entrée des ressortissants de l'Union et des membres de leur famille ressortissants d'États tiers, l'article 5, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/38 dispose:

«1. Sans préjudice des dispositions concernant les documents de voyage, applicables aux contrôles aux frontières nationales, les États membres admettent sur leur territoire le citoyen de l'Union muni d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ainsi que les membres de sa famille qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui sont munis d'un passeport en cours de validité.

Aucun visa d'entrée ni obligation équivalente ne peuvent être imposés au citoyen de l'Union.

2. Les membres de la famille qui n'ont pas la nationalité d'un État membre ne sont soumis qu'à l'obligation de visa d'entrée, conformément au règlement (CE) nº 539/2001 ou, le cas échéant, à la législation nationale. Aux fins de la présente directive, la possession de la carte de séjour en cours de validité visée à l'article 10 dispense les membres de la famille concernés de l'obligation d'obtenir un visa.

Les États membres accordent à ces personnes toutes facilités pour obtenir les visas nécessaires. Ces visas sont délivrés sans frais dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée.»

11. Pour ce qui est du droit de séjour et de la délivrance d'une carte de séjour aux membres de la famille d'un ressortissant de l'Union qui sont ressortissants d'un État tiers, l'article 10 de cette directive prévoit:

«1. Le droit de séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un État membre est constaté par la délivrance d'un document dénommé 'Carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union' au plus tard dans les six mois suivant le dépôt de la demande. Une attestation du dépôt de la demande de carte de séjour est délivrée immédiatement.

2. Pour la délivrance de la carte de séjour, les États membres demandent la présentation des documents suivants:

a) un passeport en cours de validité;

b) un document attestant l'existence d'un lien de parenté ou d'un partenariat enregistré;

c) l'attestation d'enregistrement ou, en l'absence d'un système d'enregistrement, une autre preuve du séjour dans l'État membre d'accueil du citoyen de l'Union qu'ils accompagnent ou rejoignent;

d) dans les cas visés à l'article 2, paragraphe 2, points c) et d), les pièces justificatives attestant que les conditions énoncées dans cette disposition sont remplies;

e) dans les cas visés à l'article 3, paragraphe 2, point a), un document délivré par l'autorité compétente du pays d'origine ou de provenance attestant qu'ils sont à la charge du citoyen de l'Union ou font partie de son ménage, ou une preuve de l'existence de raisons de santé graves qui exigent que le citoyen de l'Union s'occupe personnellement du membre de la famille concerné;

f) dans les cas relevant de l'article 3, paragraphe 2, point b), une preuve de l'existence d'une relation durable avec le citoyen de l'Union.»

12. Conformément à l'article 11 de la directive 2004/38, la carte de séjour délivrée sur le fondement de l'article 10 a, en principe, une durée de validité de cinq ans. Les articles 12 à 15 prévoient des règles quant au maintien et à la perte du droit de séjour des membres de la famille du citoyen de l'Union.

13. En ce qui concerne l'adoption de mesures contre des abus éventuels des droits conférés par la directive 2004/38, l'article 35 dispose:

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

4. Le règlement (CE) nº 539/2001

14. Le considérant 4 du règlement (CE) nº 539/2001 [5] prévoit que, «[e]n application de l'article 1er du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, l'Irlande et le Royaume-Uni ne participent pas à l'adoption du présent règlement. En conséquence, et sans préjudice de l'article 4 du protocole précité, les dispositions du présent règlement ne s'appliquent ni à l'Irlande ni au Royaume-Uni».

5. Le règlement (CE) nº 562/2006

15. Le règlement (CE) nº 562/2006 [6] prévoit l'absence de contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières intérieures entre les États membres de l'Union européenne et établit les règles applicables au contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne. Aux termes de son considérant 27, ce règlement «constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auxquelles le Royaume-Uni ne participe pas, conformément à la décision 2000/365/CE du Conseil du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines des dispositions de l'acquis de Schengen […]. Par conséquent, le Royaume-Uni ne participe pas à son adoption et n'est pas lié par son application ni soumis à celui-ci».

B – *Le droit national*

16. Concernant le droit d'entrée des ressortissants d'un État tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'Union, l'article 11, paragraphes 2 à 4, du règlement de 2006 sur l'immigration (Espace économique européen) [«Immigration (European Economic Area) Regulations 2006/1003», ci-après le «règlement sur l'immigration»] dispose:

«(2) Une personne qui n'est pas ressortissante de l'EEE doit être admise au Royaume-Uni si elle a la qualité de membre de la famille d'un ressortissant de l'EEE, de membre de la famille qui a conservé le droit de séjour, ou de titulaire d'un droit de séjour permanent au titre de l'article 15, et qu'elle présente à son arrivée:

a) un passeport en cours de validité, et

b) un titre familial EEE, une carte de séjour ou une carte de séjour permanent.

(3) Un agent du service d'immigration ne peut pas apposer de cachet sur le passeport d'une personne qui n'est pas ressortissante de l'EEE, entrée au Royaume-Uni au titre du présent article, si celle-ci présente une carte de séjour ou une carte de séjour permanent.

(4) Avant de refuser à une personne, en application du présent article, l'entrée au Royaume-Uni au motif du défaut de présentation par cette dernière, à son arrivée, de l'un des documents visés aux points (1) et (2) l'agent du service d'immigration doit accorder à cette personne tous les moyens raisonnables afin de lui permettre d'obtenir ou de se procurer, dans un délai raisonnable, les documents ou de prouver par d'autres moyens sa qualité de:

a) ressortissant de l'EEE;

5 — Règlement du Conseil, du 15 mars 2001, fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (JO L 81, p. 1).

6 — Règlement du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) (JO L 105, p. 1).

b) membre de la famille d'un ressortissant de l'EEE ayant le droit d'accompagner ce ressortissant ou de le rejoindre au Royaume-Uni, ou

c) membre de la famille qui a conservé le droit de séjour ou personne titulaire d'un droit de séjour permanent […]»

17. S'agissant de la délivrance d'un titre familial EEE visé par l'article 11 du règlement sur l'immigration, l'article 12, paragraphes 1, 4 et 5, de ce règlement prévoit:

«(1) L'agent chargé d'examiner les demandes de permis d'entrée doit délivrer un titre familial EEE à toute personne, membre de la famille d'un ressortissant de l'EEE, qui sollicite ce titre, et pourvu que

a) le ressortissant de l'EEE:

i) réside au Royaume-Uni conformément au présent règlement, ou

ii) voyage au Royaume-Uni dans les six mois de la demande et soit un ressortissant de l'EEE résidant au Royaume-Uni conformément au présent règlement à son arrivée au Royaume-Uni; et que

b) le membre de la famille accompagne le ressortissant de l'EEE au Royaume-Uni ou l'y rejoigne et

i) réside légalement dans un État de l'EEE, ou

ii) remplirait les exigences, fixées par les règles en matière d'immigration (autres que celles relatives au permis d'entrer), relatives à l'autorisation d'entrer au Royaume-Uni en tant que membre de la famille d'un ressortissant de l'EEE ou, dans le cas des descendants directs ou des ascendants directs de son conjoint ou de son partenaire enregistré qui sont à leur charge, en tant que membre de la famille de son conjoint ou de son partenaire enregistré, pour le cas où le ressortissant de l'EEE ou le conjoint ou partenaire enregistré serait présent et établi au Royaume-Uni.

(4) Le titre familial EEE délivré au titre du présent article l'est sans frais et dans les meilleurs délais.

(5) Mais un titre familial EEE ne peut être délivré en vertu du présent article si le demandeur ou le ressortissant de l'EEE concerné doit être expulsé du Royaume-Uni pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique conformément à l'article 21.»

III – **Les faits à l'origine du litige au principal**

18. M. Sean Ambrose McCarthy possède la double nationalité britannique et irlandaise[7]. Il est marié à une ressortissante colombienne et le couple a une fille.

7 — En employant l'expression «nationalité britannique», je reprends, ici et par la suite, la formulation de la décision de renvoi.

19. Selon les précisions données par les représentants des requérants au principal lors de l'audience devant la Cour, M. McCarthy possède le statut de «sujet britannique avec un droit de résidence au Royaume-Uni» [8]. Ce statut résulte de sa naissance en Irlande avant l'entrée en vigueur de la loi sur la nationalité britannique de 1948 [9].

20. En outre, il ressort également des observations présentées lors de l'audience que M. McCarthy a résidé en Irlande pendant cinquante-deux ans, tandis qu'il n'a résidé au Royaume-Uni que pendant six ans, entre 1967 et 1973.

21. En ce qui concerne sa fille, sa double nationalité britannique et irlandaise résulte à la fois du statut de son père et de sa naissance au Royaume-Uni, État membre dans lequel elle n'a, cependant, jamais résidé.

22. M[me] Helena Patricia McCarthy Rodriguez est titulaire d'une carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union délivrée par les autorités espagnoles sur le fondement de l'article 10 de la directive 2004/38 [10].

23. Les requérants au principal résident, depuis le mois de mai 2010, en Espagne, où ils possèdent une maison. Ils possèdent également une maison au Royaume-Uni, où ils voyagent régulièrement.

24. Selon les dispositions du droit national en matière d'immigration, pour pouvoir voyager au Royaume-Uni, les titulaires d'une carte de séjour doivent solliciter un permis d'entrée (le «titre familial EEE»), valable pour une durée de six mois. Ce titre familial peut être renouvelé à condition que son titulaire se rende personnellement dans une mission diplomatique du Royaume-Uni à l'étranger et remplisse un formulaire contenant des détails relatifs aux ressources et à la situation professionnelle du demandeur.

25. En Espagne, le siège de la mission diplomatique du Royaume-Uni étant à Madrid, M[me] McCarthy est tenue de se rendre de Marbella, où vit la famille, à Madrid chaque fois qu'elle souhaite renouveler son titre familial afin de voyager au Royaume-Uni avec sa famille. Il lui est arrivé de se voir refuser l'embarquement sur des vols à destination du Royaume-Uni lorsqu'elle a présenté uniquement sa carte de séjour, mais non pas le titre familial.

26. En effet, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, le Secretary of State for the Home Department [11] (ci-après le «Secretary of State») a publié des instructions à l'attention des transporteurs effectuant des transports de personnes vers le Royaume-Uni. Ces instructions visent à inciter ceux-ci à ne pas transporter de passagers ressortissants d'un État tiers ne possédant pas un titre de séjour délivré par les autorités du Royaume-Uni ou de documents de voyage, tels qu'un titre familial EEE en cours de validité [12].

8 — British subject with a right of abode in the United Kingdom.

9 — British Nationality Act 1948. An Act to make provision for British nationality and for citizenship of the United Kingdom and Colonies and for purposes connected with the matters aforesaid, 30th July 1948. Cependant, en vertu de la nouvelle déclaration du Royaume-Uni du 1er janvier 1983, concernant la définition du terme «ressortissants» (JO 1983, C 23, p. 1, ci-après la «déclaration de 1983»), la définition du terme «ressortissants» doit être comprise comme se référant non seulement aux citoyens britanniques stricto sensu, mais également aux sujets britanniques qui possèdent le droit de résidence au Royaume-Uni et sont, de ce fait, dispensés du contrôle d'immigration de cet État membre, comme dans le cas de M. McCarthy [la déclaration de 1983 a été faite lors de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1983, de la loi de 1981 sur la nationalité britannique (British Nationality Act 1981)].

10 — Il ressort du dossier que ladite carte de séjour expire le 25 avril 2015.

11 — Ministre de l'Intérieur du Royaume-Uni.

12 — Conformément à l'article 40 de la loi de 1999 relative à l'immigration et à l'asile (Immigration and Asylum Act 1999), en cas de non-respect de cette obligation, les transporteurs sont tenus de payer une amende.

27. Le 6 janvier 2012, les requérants au principal ont introduit un recours devant la juridiction de renvoi à l'encontre du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord visant à faire constater que ce dernier avait manqué à son obligation de transposer correctement, dans son ordre juridique, l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38. Ils ont fait valoir que la non-transposition correcte, par le Royaume-Uni, de ladite disposition et la publication des instructions à l'attention des transporteurs portaient gravement atteinte à leurs droits de libre circulation.

28. À cet égard, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, la Commission européenne a adressé, en application de l'article 258 TFUE, une lettre de mise en demeure au Royaume-Uni le 22 juin 2011, dans laquelle elle concluait à la non-transposition correcte de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38. Le Royaume-Uni a répondu le 22 septembre 2011. La Commission a adressé au Royaume-Uni un avis motivé dans le même sens le 26 avril 2012, auquel le Royaume-Uni a répondu le 24 juillet 2012.

29. Il ressort également de la décision de renvoi que les requérants au principal ont notamment allégué que les conditions du régime du titre familial appliquées aux titulaires de cartes de séjour étaient coûteuses et engendraient des inconvénients pour la famille [13].

30. Par accord entre les parties au principal, M^me^ McCarthy a obtenu, devant la juridiction de renvoi, l'adoption de mesures provisoires, exigeant le renouvellement de son titre familial sur demande écrite transmise par voie postale à la mission diplomatique de Madrid sans qu'il soit nécessaire qu'elle s'y présente en personne.

31. Pour sa part, le Secretary of State a soutenu que le règlement sur l'immigration ne mettait pas en œuvre l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38 et qu'il était justifié en tant que mesure nécessaire en vertu de l'article 35 de cette même directive, ainsi qu'en tant que mesure de contrôle au sens de l'article 1^er^ du protocole n° 20. Il a fait valoir qu'il convenait de tenir compte de l'absence de modèle uniforme applicable aux cartes de séjour visées à l'article 10 de la directive 2004/38. Notamment, ces cartes ne seraient pas traduites en anglais et seraient susceptibles d'être falsifiées [14]. En outre, il existerait un «problème systémique d'abus de droit et de fraude» commis par des ressortissants d'États tiers [15]. Le Secretary of State a présenté des éléments de preuve à cet égard à la juridiction de renvoi [16].

32. Après avoir apprécié ces éléments de preuve, la juridiction de renvoi a conclu qu'elle partageait les préoccupations du Secretary of State quant à un abus de droit.

13 — Ils se réfèrent, à cet égard, à la procédure de renouvellement du «titre familial», qui les oblige à se rendre et à loger à Madrid.

14 — Il ressort de la décision de renvoi que le Secretary of State se réfère, notamment, à une analyse, effectuée par l'agence de protection des frontières du Royaume-Uni en 2011, des cartes de séjour délivrées par d'autres États membres au regard des normes de sécurité minimales fixées par l'Organisation de l'aviation civile internationale pour les documents de voyage lisibles à la machine.

15 — Cette formulation ainsi que celle des «abus systémiques» sont utilisées dans la décision de renvoi pour viser l'usage abusif, par des ressortissants de pays tiers, des droits de libre circulation, et notamment du droit d'entrée dont bénéficie le membre de la famille qui n'est pas ressortissant de l'EEE, afin de contourner les contrôles nationaux en matière d'immigration.

16 — Il doit être précisé, à cet égard, que les cartes de séjour délivrées par la République fédérale d'Allemagne et la République d'Estonie satisferaient en principe aux normes de sécurité appropriées, notamment à celles énoncées par l'Organisation de l'aviation civile internationale, de sorte qu'il est prévu de modifier le règlement sur l'immigration pour les personnes disposant d'une carte de séjour émise par un de ces deux États membres.

IV – **Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour**

33. C'est dans ces conditions que la juridiction de renvoi a, par jugement du 25 janvier 2013, parvenu au greffe de la Cour le 17 avril 2013, décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 35 de la [directive 2004/38] permet-il à un État membre d'adopter une mesure d'application générale pour refuser, annuler ou retirer le droit, conféré par l'article 5, paragraphe 2, de cette directive aux membres de la famille qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui possèdent la carte de séjour délivrée au titre de l'article 10 de cette directive, de bénéficier de l'exemption de l'obligation d'obtenir un visa?

2) L'article 1er du protocole nº 20 sur l'application de certains aspects de l'article 26 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande permet-il au Royaume-Uni d'imposer aux titulaires d'une carte de séjour de posséder un visa d'entrée devant être obtenu avant l'arrivée à la frontière?

3) En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, la position du Royaume-Uni concernant les titulaires de cartes de séjour est-elle justifiée en l'espèce, eu égard aux éléments résumés dans l'ordonnance de la juridiction de renvoi?»

34. Des observations écrites ont été présentées par les requérants au principal, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République de Pologne, la République slovaque, le Royaume-Uni ainsi que par la Commission.

35. Les requérants au principal, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, le Royaume-Uni ainsi que la Commission ont également présenté des observations orales lors de l'audience qui s'est tenue le 4 mars 2014.

V – **Analyse**

36. La demande de décision préjudicielle vise, en substance, à savoir si l'article 35 de la directive 2004/38 et le protocole nº 20 permettent au Royaume-Uni d'adopter des mesures, telles que celles en cause au principal, soumettant, de manière générale, le droit d'entrée au Royaume-Uni des ressortissants d'un État tiers, qui sont titulaires d'une carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union, à l'obtention préalable d'un visa d'entrée.

37. J'examinerai ci-après, tout d'abord, si une personne dans une situation telle que celle de Mme McCarthy peut bénéficier des dispositions du droit dérivé qui, sous certaines conditions, dispensent de l'obligation d'obtenir un visa d'entrée les membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un État membre. S'il est répondu par l'affirmative à cette question, j'étudierai ensuite le point de savoir si le Royaume-Uni est en droit d'imposer, sur le fondement de l'article 35 de la directive 2004/38, aux ressortissants d'États tiers qui sont membres de la famille d'un citoyen de l'Union et qui disposent d'une carte de séjour au sens de l'article 10 de cette directive, émise par un autre État membre, l'obligation de posséder un «titre familial» afin de pouvoir rentrer au Royaume-Uni. Je discuterai enfin cette même question, mais cette fois au regard du protocole nº 20.

A – *Sur l'applicabilité de la directive 2004/38*

38. Il importe de préciser d'emblée que les parties et les intervenants, à l'exception du Royaume-Uni, n'ont contesté l'applicabilité de la directive 2004/38 ni dans leurs observations écrites ni dans leurs observations orales lors de l'audience [17]. Et, même si le Royaume-Uni a certes contesté de façon circonstancielle l'applicabilité de la directive au cours de l'audience, il ne l'en applique pas moins au cas d'espèce. La juridiction de renvoi ne soulève pas non plus cette question. En effet, elle a également fondé son raisonnement sur l'applicabilité de la directive. Je considère néanmoins qu'il s'agit d'une question méritant d'être examinée.

1. Observations liminaires et particularités de l'affaire

39. Lorsqu'il a introduit la citoyenneté de l'Union en 1992 [18], le traité de Maastricht a couronné une longue évolution [19]. Entre l'«Europe des citoyens» [20], débattue dans les années 70 et 80, et l'actuelle citoyenneté de l'Union, un long chemin a été parcouru, qui a eu pour fil conducteur, notamment, les droits de libre circulation et de séjour sur le territoire des États membres. La citoyenneté de l'Union représente aujourd'hui le statut de l'ensemble des citoyens, qu'ils soient économiquement actifs [21] ou non [22]. Son introduction dans les traités a donc légitimé le processus d'intégration européenne en renforçant la participation des citoyens.

40. Depuis lors, les citoyens de l'Union qui circulent sur le territoire des États membres intègrent non seulement leurs déplacements au cœur de leur vie quotidienne, mais y voient aussi un élément central de la conception qu'ils se font d'eux-mêmes en tant que citoyens de l'Union. En effet, l'ensemble des droits et des obligations qui leur sont octroyés, ainsi qu'aux membres de leur famille, facilite notamment leur circulation, leur séjour, leur accès aux études, leur recherche d'emploi ou leur travail. Leur citoyenneté constitue donc un élément essentiel de leur identité européenne [23].

41. Dans la situation en cause au principal, M^me^ McCarthy, ressortissante d'un État tiers, cherche à obtenir un droit d'entrée dans l'État membre dont son époux et sa fille possèdent la nationalité, à savoir au Royaume-Uni, afin de les y accompagner, notamment lors de voyages de courte durée.

42. Par ailleurs, les requérants au principal se sont établis dans un État membre autre que celui dont M. McCarthy a la nationalité, en l'occurrence en Espagne, et les autorités espagnoles ont délivré à M^me^ McCarthy une carte de séjour sur le fondement de l'article 10 de la directive 2004/38.

17 — En ce qui concerne la République de Pologne, elle s'est limitée uniquement à soulever la question de l'applicabilité de cette directive au cas d'espèce.

18 — Il doit être observé que l'ancien article 17, paragraphe 1, du traité CE prévoyait que «la citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas». Cette phrase, qui avait été ajoutée par le traité d'Amsterdam (JO 1997, C 340, p. 1), a été modifiée par le traité de Lisbonne, dont l'article 20, paragraphe 1, dispose que la citoyenneté «s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas». Voir également article 9 du traité UE. Pour une analyse de cette modification, voir De Waele, H., «EU citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential», *European Journal of Migration and Law*, 12 (2010), p. 319 à 336, p. 320.

19 — Pour un rappel historique de la construction de la citoyenneté européenne voir O'Leary, S., *The evolving Concept of Community Citizenship, From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, La Haye, Londres, Boston (Kluwer), 1996, p. 4, et Carabot Benlolo, M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2007, p. 1.

20 — Voir rapport Tindemans du 29 décembre 1975, *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 1/76, et rapport du Comité ad hoc «Europe des citoyens» du 29 mars 1985, *Bulletin des Communautés européennes*, 85/3.

21 — Voir articles 26 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE et 56 TFUE. Les droits dont bénéficient les travailleurs salariés, indépendants ou prestataires de services sont antérieurs à l'introduction de la citoyenneté de l'Union et relèvent du marché intérieur.

22 — Article 21 TFUE.

23 — Des enquêtes réalisées en 2010 ont montré que près de neuf citoyens sur dix savent qu'ils possèdent le droit de libre circulation. Voir rapport 2010 de la Commission sur la citoyenneté de l'Union, «Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union» [COM(2010) 603 final, p. 16]. La citoyenneté de l'Union est quasiment synonyme de la liberté de circulation. Voir proposition de décision du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2011, relative à l'Année européenne des citoyens (2013) [COM(2011) 489 final, p. 1].

43. Les voyages en cause sont donc des voyages de courte durée et s'effectuent vers l'État membre dont M. McCarthy et sa fille, citoyens de l'Union ayant fait usage de leur droit de libre circulation, ont la nationalité.

44. Il convient de noter ici qu'il a été précisé lors de l'audience, ainsi qu'il ressort des points 19 à 21 des présentes conclusions, que la double nationalité britannique et irlandaise de M. McCarthy et de sa fille résulte de circonstances historiques particulières.

45. Cependant, en l'état actuel du droit de l'Union, la question de savoir si une personne possède ou non la nationalité de tel ou tel État membre dépend uniquement du contenu du droit national de l'État membre concerné [24]. À cet égard, la Cour a affirmé que «la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre» [25].

46. Par conséquent, en vertu de la déclaration de 1983 [26], et aux fins du droit de l'Union, M. McCarthy et sa fille sont des ressortissants britanniques [27].

2. Analyse du droit de séjour dérivé dans la jurisprudence récente de la Cour

47. Afin de déterminer si un droit de séjour dérivé peut être fondé sur la directive 2004/38, il convient de partir de son article 3. À cet égard, la Cour, dans sa jurisprudence, a fait des dispositions de cette directive une interprétation littérale, systématique et téléologique, qu'elle a confirmée dans son très récent arrêt O. et B. [28].

48. En effet, dans son raisonnement, la Cour a souligné, d'une part, que, si l'article 21 TFUE dispose que tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, ce droit n'est pas absolu, mais s'exerce, selon cet article, «sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application» [29]. Elle a rappelé, d'autre part, pour ce qui est de la directive 2004/38, que celle-ci vise à faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres qui est conféré directement aux citoyens de l'Union par l'article 21, paragraphe 1, TFUE et que cette directive a notamment pour objet de renforcer ledit droit [30].

49. Ainsi, la Cour a indiqué que ni l'article 21, paragraphe 1, TFUE ni les dispositions de la directive 2004/38 ne confèrent aucun droit autonome aux ressortissants d'États tiers. En effet, les éventuels droits conférés aux ressortissants d'États tiers par les dispositions du traité concernant la citoyenneté de l'Union sont non pas des droits propres auxdits ressortissants, mais des droits dérivés de l'exercice de la liberté de circulation par un citoyen de l'Union [31].

24 — Voir, notamment, déclaration n° 2 relative à la nationalité d'un État membre, annexée par les États membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne (JO 1992, C 191, p. 98), et article 3 de la convention européenne sur la nationalité, que le Conseil de l'Europe a adoptée le 6 novembre 1997 et qui est entrée en vigueur le 1er mars 2000. Le Royaume d'Espagne et le Royaume-Uni n'ont ni signé ni ratifié cette convention.

25 — Voir, notamment, arrêts Micheletti e.a. (C-369/90, EU:C:1992:295, point 10); Kaur (C-192/99, EU:C:2001:106, point 19), et Zhu et Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, point 37).

26 — Voir note en bas de page 9.

27 — Il convient d'observer ici que la Cour a considéré que la libre circulation des personnes, la liberté d'établissement et la libre prestation de services ne seraient pas pleinement réalisées si un État membre pouvait refuser le bénéfice des dispositions de droit de l'Union à ceux de ses ressortissants qui, établis dans un autre État membre dont ils ont également la nationalité, font usage des facilités offertes par le droit de l'Union pour exercer, sur le territoire du premier État, leurs activités sous forme de prestations de services. Voir arrêt Gullung (292/86, EU:C:1988:15, point 12).

28 — EU:C:2014:135.

29 — Ibidem (point 34).

30 — Ibidem (point 35).

31 — Ibidem (point 36).

50. À cet égard, la Cour a déclaré que, ainsi qu'il résulte d'une interprétation littérale, systématique et téléologique des dispositions de la directive 2004/38, celles-ci ne permettent pas de fonder un droit de séjour dérivé en faveur de ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre dont ce citoyen possède la nationalité [32]. Plus précisément, le champ d'application personnel de la directive 2004/38 est déterminé par son article 3, paragraphe 1, lequel dispose que celle-ci 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 [33].

51. Par conséquent, tel qu'il a été interprété par la Cour, 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 sa famille, tel que défini à l'article 2, point 2 [34].

52. Appliqué au cas d'espèce, cela signifie que la situation de M[me] McCarthy, en tant que conjointe d'un citoyen de l'Union, relève de la notion de «membre de la famille», visée à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 [35]. Toutefois, ainsi que le gouvernement polonais l'a noté dans ses écritures, M. McCarthy et sa fille «se rendent» dans l'État membre dont ils ont la nationalité, et non pas, comme le prévoit l'article 3 de la directive 2004/38, dans un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité. Autrement dit, il semblerait, en principe, que les conditions d'application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38 ne puissent être réunies lorsque le citoyen de l'Union se rend dans l'État membre dont il possède la nationalité.

53. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour, le caractère à tout le moins raisonnable d'une telle interprétation est confirmé par le fait que d'autres dispositions de la directive 2004/38, notamment ses articles 6, 7, paragraphes 1 et 2, et 16, paragraphes 1 et 2, se réfèrent au *droit de séjour* [36] d'un citoyen de l'Union et au droit de séjour dérivé des membres de sa famille, soit dans un «autre État membre», soit dans l'«État membre d'accueil». Par conséquent, il résulte de cette jurisprudence qu'un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, ne peut pas, en principe, se prévaloir, sur le fondement de cette directive, d'un droit de séjour dérivé dans l'État membre dont ce citoyen possède la nationalité [37].

54. Ainsi, en ce qui concerne la finalité des droits dérivés d'entrée et de séjour que la directive 2004/38 prévoit pour les membres de la famille des citoyens de l'Union, la Cour rappelle que celle-ci vise à faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres [38]. Toutefois, la Cour précise que l'objet de la directive concerne, ainsi qu'il ressort de son article 1[er], sous a), les conditions d'exercice de ce droit [39]. À cet égard, toujours selon la jurisprudence de la Cour, étant donné que, en vertu d'un principe de droit international [40], un État ne saurait refuser à ses propres ressortissants le droit d'entrer sur son territoire et d'y demeurer, la directive 2004/38 régit uniquement les conditions d'entrée et de séjour d'un citoyen de l'Union dans les États membres autres que celui dont il a la nationalité [41].

32 — Ibidem (point 37).

33 — C'est moi qui souligne.

34 — Voir, notamment, conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire O. et B. (EU:C:2013:837, point 68).

35 — Voir arrêt Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, point 57).

36 — C'est moi qui souligne.

37 — Voir arrêt O. et B. (EU:C:2014:135, point 40).

38 — Voir arrêts Metock e.a. (C-127/08, EU:C:2008:449, points 59 et 82); McCarthy (C-434/09, EU:C:2011:277, point 28), et Dereci e.a. (C-256/11, EU:C:2011:734, point 50).

39 — Voir arrêts McCarthy (EU:C:2011:277, point 33) et O. et B. (EU:C:2014:135, point 41).

40 — Ce principe trouve une codification écrite dans l'article 3 du protocole n° 4 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 16 septembre 1963, qui prévoit que «nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant». Je note, toutefois, que le Royaume-Uni n'a pas ratifié ce protocole. Ledit protocole est entré en vigueur le 2 mai 1968.

41 — Arrêts McCarthy (EU:C:2011:277, point 29) et O. et B. (EU:C:2014:135, points 41 et 42).

55. Faut-il, dès lors, considérer que la directive 2004/38 ne trouve pas à s'appliquer dans des situations telles que celle au principal?

56. Je n'en suis pas convaincu. Je pense, au contraire, qu'une interprétation plus large du champ d'application de la directive 2004/38 s'impose de manière à ne pas priver celle-ci de son effet utile.

57. Ainsi, afin de pouvoir déterminer si, dans la situation décrite aux points 41 à 43 des présentes conclusions, M[me] McCarthy peut bénéficier de la dispense de l'obligation d'obtenir un visa d'entrée en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union, il apparaît nécessaire de se poser la question suivante: est-ce que la directive 2004/38, interprétée à la lumière de l'article 21 TFUE, permettrait de fonder un tel droit sur le fondement de l'exercice préalable ou simultané de la liberté de circulation de M. McCarthy?

58. Pour répondre à cette question, il y a tout d'abord lieu de préciser que, sur le fondement des traités, la Cour a accordé deux types de droit de séjour aux membres de la famille dans l'État dont le citoyen de l'Union possède la nationalité [42]. Le premier vise le droit au regroupement familial octroyé au citoyen à la suite de l'exercice préalable ou simultané de la liberté de circulation, et tiré de l'interdiction des entraves [43]. Le second découle de l'effet utile de l'article 20 TFUE et vise à empêcher qu'un citoyen soit privé de la jouissance de l'essentiel des droits que lui confère la citoyenneté de l'Union [44].

59. Dans le cadre de ces conclusions, il y a lieu d'analyser uniquement le premier type de droit de séjour mentionné ci-dessus. À mon avis, ce premier type concerne deux sortes de situations, qui seront analysées ci-dessous. La première concerne celle du citoyen qui «a exercé» son droit à la libre circulation et se déplace vers l'État membre dont il possède la nationalité (exercice préalable) et, la seconde, celle du citoyen qui «exerce» son droit à la libre circulation au moment où il se déplace vers ledit État membre (exercice simultané).

3. Applicabilité de la directive 2004/38 dans le cas où le citoyen de l'Union, qui a fait un usage effectif et préalable de sa liberté de circulation, se déplace vers l'État membre dont il possède la nationalité

60. Il conviendrait d'adopter une interprétation large de la directive 2004/38, qui permette d'en faire application aux citoyens de l'Union et aux ressortissants d'un État tiers membres de leur famille qui se déplacent vers l'État membre dont lesdits citoyens ont la nationalité. Une telle interprétation me semble justifiée non seulement au regard du rôle joué par la citoyenneté en l'état actuel du droit de l'Union, ainsi qu'il ressort de mes considérations aux points 39 et 40 des présentes conclusions, mais également à la lumière de la jurisprudence pertinente de la Cour.

a) Justification téléologique d'une interprétation plus large de la directive 2004/38

61. Le statut de citoyen de l'Union «a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres» [45]. Dès lors, ces citoyens, en se déplaçant d'un État membre à l'autre, y compris celui dont ils possèdent la nationalité, ne font qu'exercer les droits de libre circulation et de séjour conférés par le droit de l'Union.

42 — Voir Gastaldi, G., «Citoyenneté de l'Union et libre circulation: du critère économique au statut unique», *Dossiers de droit européen*, 28, 2013, p. 127.

43 — Voir arrêts Singh (C-370/90, EU:C:1992:296); Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434), et Eind (C-291/05, EU:C:2007:771).

44 — Voir arrêt Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124).

45 — Arrêt Grzelczyk (C-184/99, EU:C:2001:458). Cette jurisprudence a été confirmée par de nombreux arrêts postérieurs de la Cour, voir notamment arrêt Huber (C-524/06, EU:C:2008:724).

62. Dans l'Union européenne d'aujourd'hui, un citoyen peut avoir ses origines dans un État membre dont il ne possède pas la nationalité [46] ou avoir la nationalité d'un (ou de plusieurs) État(s) membre(s) dans le(s)quel(s) il n'a jamais résidé [47]. Il peut également avoir plusieurs nationalités, voire résider dans deux ou plusieurs États membres, tout en gardant des liens réels, tant professionnels que personnels, avec tous ces États.

i) Sur l'absence de coïncidence entre l'État membre dans lequel un citoyen de l'Union a ses origines et celui dont il possède la nationalité

63. Il ne me paraît pas conforme à la réalité contemporaine de l'Union de considérer le pays dans lequel un citoyen de l'Union a ses origines et celui dont il possède la nationalité comme le même État membre.

64. À cet égard, permettez-moi d'illustrer par deux exemples la situation de nombreux citoyens de l'Union en ce début de XXI^{e} siècle.

65. Prenons d'abord le cas d'un couple franco-allemand, F et A. Ils résident au Royaume-Uni depuis 25 ans. Leur fils, FA, est né à Londres et possède la double nationalité allemande et française. Pendant plusieurs années, ce dernier a habité à Berlin, où, après avoir achevé une formation en hôtellerie et restauration, il a exercé différents emplois. En revanche, il n'a séjourné en France que pour des séjours de très courte durée, notamment lors de quelques vacances d'été. FA est marié avec une Argentine. Ils ont un enfant, citoyen de l'Union, et sont installés à Lyon depuis un an.

66. Dans cette hypothèse, faut-il considérer qu'au moment de son installation à Lyon FA retourne en France (un des États membres dont il possède la nationalité), alors qu'il n'y avait jamais résidé? Une réponse affirmative se fonderait sur l'idée erronée selon laquelle FA a quitté la France à un moment donné de sa vie pour se rendre dans un autre État membre.

67. Prenons ensuite un deuxième exemple, celui d'un couple lituanien-polonais, L et P. Ils résident en Lituanie depuis 30 ans et ont une fille, LP. Cette dernière, née à Vilnius, possède la nationalité lituanienne et, en conséquence, ne peut avoir la nationalité polonaise [48]. LP a séjourné dans plusieurs États membres pendant ses années d'études universitaires, y compris en Pologne où elle a rencontré son époux de nationalité chilienne. Le couple s'est récemment installé à Cracovie.

68. À la lumière de ces deux exemples, dois-je automatiquement considérer, sans me poser de questions, qu'il existe toujours une concordance entre l'État membre dans lequel un citoyen de l'Union a ses origines et celui dont il a la nationalité? En ce qui concerne FA, malgré sa double nationalité franco-allemande, il n'avait jamais vécu en France avant son installation à Lyon. Il ne fait pourtant guère de doute que cet État membre est l'un des pays dans lequel FA a ses origines.

69. En revanche, pour ce qui est de LP, personne ne peut douter du fait qu'elle est originaire de deux États membres. En effet, non seulement ses parents ont l'un la nationalité polonaise et l'autre la nationalité lituanienne, mais elle-même parle couramment les deux langues et a fait ses études dans ces deux États membres. Cependant, LP n'a pas la nationalité polonaise.

70. Par conséquent, il existe une coïncidence entre les pays dont FA possède les nationalités et ceux dans lesquels il a ses origines, ce qui n'est pas le cas pour LP.

46 — C'est le cas notamment des citoyens de l'Union dont les parents ont chacun une nationalité différente, mais qui ne possèdent la nationalité que d'un de ces deux États membres.

47 — C'est le cas également des citoyens de l'Union dont les parents ont chacun une nationalité différente et dont l'enfant est né dans un État membre autre que ceux dont ils ont la nationalité.

48 — Le droit lituanien ne prévoit pas la double nationalité.

71. Ces deux exemples reflètent, à mon avis, la réalité d'une partie non négligeable des citoyens de l'Union. Je reviens maintenant à la directive 2004/38.

72. À cet égard, si les droits de libre circulation et de séjour sont, en principe, accordés uniquement aux citoyens de l'Union ou aux membres de leur famille qui se déplacent vers un État membre dont ils n'ont pas la nationalité, ne serait-t-il pas pour le moins paradoxal que LP puisse invoquer la directive 2004/38, mais que FA ne le puisse pas?

73. Dans ces conditions, la citoyenneté de l'Union n'apparaîtrait-elle pas comme en partie victime de son propre succès?

ii) Sur les différentes directions dans lesquelles se déplacent les citoyens de l'Union

74. Ainsi, la directive 2004/38 part de l'hypothèse selon laquelle, pour se déplacer au sein de l'Union, le citoyen de l'Union irait toujours de l'État membre dont il possède la nationalité vers un autre État membre, alors que ce n'est toujours pas le cas, ainsi que l'illustrent les exemples donnés ci-dessus. Selon moi, il ne serait pas non plus adapté à la réalité actuelle de la citoyenneté de l'Union d'énumérer de manière exhaustive les différentes directions dans lesquelles les citoyens de l'Union se déplacent à l'intérieur de celle-ci [49]. Le législateur de l'Union, me semble-t-il, n'a pas entendu introduire un nombre limité d'hypothèses de déplacement (numerus clausus), de sorte à écarter celles effectuées entre l'État membre d'accueil et celui dont un citoyen de l'Union a la nationalité. Ainsi que je l'ai expliqué au point 62 des présentes conclusions, il est difficile d'identifier tous les types de déplacements qu'un citoyen de l'Union peut effectuer. Dès lors, je ne pense pas qu'il serait pertinent d'interpréter l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38 en ce sens que le législateur aurait introduit un nombre limité d'hypothèses de déplacement et ainsi exclu du champ d'application de la directive les cas mentionnés aux points 64 à 73 des présentes conclusions.

75. En l'espèce, une telle interprétation aboutirait à ce résultat paradoxal, qui, à tout le moins, m'invite à la réflexion, que M[me] McCarthy pourrait accompagner son époux dans ses déplacements dans tous les États membres à l'exception de celui dont il possède la nationalité! En d'autres termes, le droit de libre circulation d'un citoyen de l'Union qui se fait accompagner des membres de sa famille ressortissants d'un État tiers se réduirait en fonction du nombre de nationalités dont il dispose! En outre, pouvons-nous admettre une interprétation de la directive 2004/38 qui permettrait un traitement différent des membres de la famille d'un citoyen de l'Union en fonction de l'État membre vers lequel ils se déplacent?

76. Eu égard aux considérations qui précèdent, je suis persuadé qu'une interprétation de la directive 2004/38 plus cohérente avec la réalité des citoyens de l'Union est nécessaire si nous voulons préserver son effet utile. Pour parvenir à une telle interprétation, je vais d'abord aborder très brièvement la jurisprudence pertinente de la Cour en ce qui concerne le droit de séjour dérivé.

49 — En sens contraire, voir conclusions de l'avocat général Sharpston O. et B. (EU:C:2013:837, point 77).

b) Bref rappel de la jurisprudence pertinente concernant le droit de séjour dérivé

77. Ainsi qu'il a été rappelé au point 58 des présentes conclusions, le droit d'être accompagné par un membre de la famille ressortissant d'un État tiers est accordé, selon la jurisprudence de la Cour, au citoyen de l'Union, qu'il soit actif [50] ou inactif [51], qui revient dans l'État membre dont il possède la nationalité à la suite de l'exercice de sa liberté de circulation (exercice préalable) dans un autre État membre où il séjournait avec ledit membre de sa famille. À cet égard, permettez-moi de rappeler très brièvement le résultat auquel parvient la Cour dans ses arrêts Singh [52] et Eind [53].

78. Dans l'arrêt Singh [54], la Cour a en effet considéré qu'un citoyen qui revenait dans l'État membre dont il avait la nationalité, pour exercer une activité non salariée, après avoir exercé une activité salariée pendant un certain temps dans un autre État membre, tirait des traités et du droit dérivé le droit d'être accompagné par son conjoint, ressortissant d'un État tiers, dans les mêmes conditions que celles prévues par le droit dérivé [55]. Au cas contraire, il pourrait être dissuadé de quitter son pays pour exercer une activité salariée ou non dans un autre État membre [56]. En ce qui concerne la base juridique sur laquelle est fondé cet arrêt, je tiens à préciser que le dispositif de l'arrêt Singh se lit comme suit: «les dispositions de l'article 52 du traité CEE et celles de la directive 73/148 doivent être interprétées en ce sens qu'elles obligent un État membre à autoriser l'entrée et le séjour sur son territoire du conjoint, quelle que soit sa nationalité, du ressortissant de cet État qui s'est rendu, avec ce conjoint, sur le territoire d'un autre État membre pour y exercer une activité salariée […], et qui revient s'établir […] sur le territoire de l'État dont il a la nationalité […]» [57]. Toutefois, la Cour ne semble avoir appliqué la directive 73/148 que par analogie, ainsi qu'elle l'a fait ensuite expressément dans ses arrêts Eind [58] et O. et B. [59].

79. Dans l'arrêt Eind [60], la Cour a estimé qu'un ressortissant d'un État membre ayant fait venir sa fille d'un État tiers, alors qu'il travaillait dans un autre État membre, avait le droit de se faire accompagner par celle-ci à son retour, en tant qu'inactif, dans l'État membre dont il avait la nationalité. La Cour a considéré l'effet dissuasif qui résulterait de la simple perspective de ne pas poursuivre, après son retour dans l'État membre dont il a la nationalité, une vie commune avec les membres de sa famille. Ainsi, la motivation de l'arrêt Eind [61] est fondée tant sur les dispositions du traité que sur celles du règlement (CEE) nº 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). À cet égard, selon la Cour, «le droit du travailleur migrant de rentrer et de séjourner dans l'État membre dont il possède la nationalité, après avoir exercé une activité salariée dans un autre État membre, est conféré par le droit communautaire, dans la mesure où il est nécessaire pour assurer l'effet utile du droit de libre circulation que les travailleurs tirent de l'article 39 CE ainsi que des dispositions prises pour la mise en œuvre dudit

50 — Voir arrêt Singh (EU:C:1992:296).

51 — Voir arrêt Eind (EU:C:2007:771).

52 — EU:C:1992:296.

53 — EU:C:2007:771.

54 — EU:C:1992:296.

55 — Les droits de séjour dérivés ont été admis par la Cour sur le fondement de l'article 52 du traité CEE (devenu article 49 TFUE) et de la directive 73/148/CEE 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), laquelle a été abrogée et remplacée par la directive 2004/38.

56 — Voir arrêt Singh (EU:C:1992:296, points 19 et 20).

57 — Ibidem (point 25).

58 — EU:C:2007:771.

59 — EU:C:2014:135.

60 — EU:C:2007:771.

61 — Ibidem.

droit, telles que celles du règlement nº 1612/68. Une telle interprétation est confortée par l'instauration du statut de citoyen de l'Union qui a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres» [62]. Cependant, la Cour a clairement dit que le règlement nº 1612/68 s'appliquait «par analogie» [63].

80. Plus récemment, dans son arrêt O. et B., la Cour a considéré que l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que la directive 2004/38 s'applique *par analogie* [64] dans une situation dans laquelle un citoyen de l'Union a développé ou consolidé une vie familiale avec un ressortissant d'un État tiers à l'occasion d'un séjour effectif, en vertu et dans le respect des conditions énoncées aux articles 7, paragraphes 1 et 2, ou 16, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/38, dans un État membre autre que celui dont il possède la nationalité et retourne avec le membre de la famille concerné dans l'État membre dont il a la nationalité [65].

81. Premièrement, il découle de cette jurisprudence de la Cour qu'est admis, à la lumière non seulement du droit primaire mais également du droit dérivé, le droit de séjour d'un citoyen de l'Union et des membres de sa famille, ressortissants d'un État tiers, dans l'État membre dont il possède la nationalité, à la suite de l'exercice «préalable» du droit de libre circulation. En d'autres termes, la Cour a accepté ce droit de séjour en cas de retour définitif dans l'État membre d'origine après un séjour dans un autre État.

82. Deuxièmement, il résulte de cette même jurisprudence que la Cour a motivé ces arrêts plutôt sur le fondement des traités que sur celui du droit dérivé. Toutefois, même si je suis d'accord avec le résultat auquel la Cour est parvenue, je suis sceptique en ce qui concerne le raisonnement qu'elle a suivi. En effet, la Cour a effectué dans ces arrêts une interprétation du traité à la lumière du droit dérivé, en particulier de la directive 2004/38 [66]. À cet égard, permettez-moi, à tout le moins, d'émettre des doutes en ce qui concerne une telle interprétation, compte tenu du principe de la hiérarchie entre le droit primaire et le droit dérivé. En effet, il me semble que c'est le droit dérivé qui doit être interprété à la lumière des traités, et non l'inverse. N'y aurait-il sinon pas lieu de craindre qu'un acte ou une pratique des institutions ou des États membres n'entraîne une révision des traités en dehors des procédures prévues à cet effet?

83. Je pense donc qu'une interprétation moins restrictive de la directive 2004/38 serait plus appropriée et aurait, de toute évidence, pour effet d'assurer la cohérence entre le champ d'application du traité et celui de la directive.

c) Conclusion intermédiaire

84. Je suis d'avis que cette affaire est une occasion privilégiée pour la Cour d'examiner la question de l'applicabilité de la directive 2004/38 à la suite de l'exercice préalable de la liberté de circulation par un citoyen de l'Union qui se déplace vers l'État membre dont il possède la nationalité en étant accompagné d'un membre de sa famille ressortissant d'un État tiers.

62 — Ibidem (point 32).

63 — Ibidem (dispositif).

64 — C'est moi qui souligne.

65 — Arrêt O. et B. (EU:C:2014:135, point 61 et dispositif).

66 — Ibidem.

85. J'estime nécessaire, tout d'abord, de donner une interprétation plus cohérente de cette directive au regard du système des sources de droit de l'Union ainsi que du rôle que joue aujourd'hui dans l'Union la citoyenneté de l'Union. Une telle interprétation éviterait en particulier, ainsi qu'il ressort du point 75 des présentes conclusions, des résultats illogiques, tels que le fait que M[me] McCarthy puisse accompagner son époux dans ses déplacements dans tous les États membres à l'exception de celui dont il possède la nationalité.

86. Ensuite, la présente affaire offre une occasion de faire évoluer la jurisprudence de la Cour relative au droit d'un citoyen de l'Union de se faire accompagner dans ses déplacements par un membre de sa famille, ressortissant d'un État tiers, afin de mieux refléter la réalité des migrations des citoyens de l'Union dans l'Union de nos jours, où le concept de pays d'origine devient flou. Dans cette optique, l'arrêt O. et B.[67] représente un premier pas dans cette direction, car la Cour s'est prononcée en faveur de l'application par analogie de la directive 2004/38. Or, il n'est guère difficile d'imaginer que l'application par analogie de cette directive dans son ensemble présente de nombreux inconvénients.

87. Enfin, la Cour n'a pas tenu compte d'autres situations qui vont sans doute surgir dans l'avenir, notamment celles des citoyens de l'Union n'ayant jamais vécu dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité. La Cour pourrait donc saisir cette opportunité pour préciser que la directive 2004/38 s'applique aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union, quel que soit l'État membre de destination.

88. Sur le fondement de l'ensemble des considérations qui précédent, je propose de constater que la directive 2004/38 s'applique aux ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, au sens de son article 2, point 2, lorsque, à la suite de l'exercice préalable du droit de libre circulation par le citoyen de l'Union et après avoir séjourné de manière effective dans un autre État membre, le citoyen et les membres de sa famille se déplacent vers l'État membre dont ce citoyen possède la nationalité.

4. Applicabilité de la directive 2004/38 lorsque le citoyen de l'Union, qui fait un usage effectif de sa liberté de circulation en séjournant dans l'État d'accueil, l'exerce simultanément en se déplaçant vers l'État membre dont il possède la nationalité: le cas du droit d'entrée et de séjour de courte durée

89. J'ai suggéré à la Cour d'élargir le champ d'application de la directive 2004/38 au droit de séjour dérivé dont bénéficierait le citoyen de l'Union, qui, après avoir préalablement exercé sa liberté de circulation, se déplace vers l'État membre dont il possède la nationalité en étant accompagné des membres de sa famille, ressortissants d'un État tiers. Dans l'hypothèse où la Cour ne suivrait pas ce raisonnement, j'analyse également ci-après l'applicabilité de cette directive dans le cas où le citoyen de l'Union exerce simultanément sa liberté de circulation en se déplaçant vers l'État membre dont il possède la nationalité, et ce en ce qui concerne exclusivement le droit d'entrée et de séjour de courte durée.

90. À cet égard, il y a lieu de relever d'emblée que le droit d'entrée est garanti pour l'ensemble des citoyens à l'article 21 TFUE. L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/38 précise les conditions d'application de ce droit qui se fonde sur la seule possession de la citoyenneté de l'Union. Ainsi, il est étroitement lié au droit de séjour de moins de trois mois prévu à l'article 6 de cette directive.

67 — Ibidem.

a) L'exercice de la liberté de circulation dans l'État membre d'accueil simultanément au séjour dans l'État membre dont le citoyen de l'Union possède la nationalité

91. Selon la jurisprudence de la Cour, le citoyen de l'Union qui, tout en séjournant dans l'État membre dont il possède la nationalité avec un membre de sa famille ressortissant d'un pays tiers, exerce simultanément sa liberté de circulation dans un autre État membre bénéficie du droit au regroupement familial pour ledit membre de sa famille dans l'État membre dont il possède la nationalité. C'est notamment le cas dans l'arrêt Carpenter [68].

92. Cet arrêt concerne un prestataire de services, établi dans l'État membre dont il a la nationalité, qui fournissait des services à des destinataires séjournant dans d'autres États membres. La Cour a déclaré que le refus d'autoriser le séjour de sa conjointe «nuirait à leur vie familiale et, partant, aux conditions de l'exercice d'une liberté fondamentale par M. Carpenter» [69]. Ainsi, sur le fondement de l'article 49 du traité CE (devenu article 56 TFUE), la Cour a conclu que l'État membre dont M. Carpenter avait la nationalité ne pouvait refuser le droit de séjour à sa conjointe en application des traités, d'autant plus que la décision d'expulser cette dernière constituait une ingérence dans l'exercice par M. Carpenter de son droit au respect de la vie familiale [70].

93. Dans la même ligne, plus récemment, la Cour a estimé, dans son arrêt S. et G., que l'article 45 TFUE confère à un membre de la famille d'un citoyen de l'Union ressortissant d'un État tiers un droit de séjour dérivé dans l'État membre dont ce citoyen possède la nationalité, lorsque ledit citoyen réside dans ce dernier État, mais se rend régulièrement dans un autre État membre en tant que travailleur au sens de ladite disposition, dès lors que le refus de l'octroi d'un tel droit de séjour a un effet dissuasif sur l'exercice effectif des droits que le travailleur concerné tire de l'article 45 TFUE [71].

94. Il résulte de ces arrêts que, en cas d'usage simultané de la liberté de circulation, notamment pour des déplacements réguliers qui n'impliquent pas l'établissement d'un citoyen de l'Union dans un autre État membre, la Cour a admis, principalement à la lumière du droit primaire, le droit de séjour dérivé des ressortissants d'un État tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union.

b) L'exercice de la liberté de circulation à la suite d'un séjour effectif dans l'État membre d'accueil, accompli simultanément à l'exercice du droit d'entrée et de séjour de courte durée dans l'État membre dont le citoyen de l'Union possède la nationalité

95. À titre liminaire, il convient d'observer que, à défaut pour un citoyen de l'Union d'avoir fait usage de son droit à la libre circulation [72], ou en l'absence des autres conditions exigées par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38, la Cour, dans sa jurisprudence, n'a pas accordé de droit de séjour dérivé aux membres de sa famille ressortissants d'un État tiers, ni dans le cadre de la directive ni à la lumière du traité.

96. Il me semble intéressant, à cet égard, de souligner que c'est justement dans le cadre de cette jurisprudence que la Cour a confirmé l'exigence de la réunion des conditions d'application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38 lorsqu'un citoyen de l'Union se rend dans l'État membre dont il possède la nationalité [73]. En effet, la Cour a déclaré que tirent de la directive 2004/38

68 — EU:C:2002:434.

69 — Ibidem (point 39).

70 — Ibidem (point 41).

71 — C-457/12, EU:C:2014:136, point 46 et dispositif.

72 — Ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

73 — Voir, notamment, arrêts McCarthy (EU:C:2011:277); Dereci e.a. (EU:C:2011:734); O. e.a. (C-356/11 et C-357/11, EU:C:2012:776) ainsi que Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku (C-87/12, EU:C:2013:291).

des droits d'entrée et de séjour dans un État membre non pas tous les ressortissants d'États tiers, mais uniquement ceux qui sont «membre[s] de la famille», au sens de l'article 2, point 2, de cette directive, d'un citoyen de l'Union ayant exercé son droit de libre circulation en s'établissant dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité [74].

97. Je m'interroge néanmoins sur la pertinence de transposer cette jurisprudence aux cas tels que celui au principal. En particulier, mes doutes concernent l'exclusion du champ d'application de la directive 2004/38 d'un citoyen de l'Union, qui a exercé son droit à la libre circulation dans un autre État membre simultanément à ses déplacements vers l'État membre dont il possède la nationalité, et des membres de sa famille ressortissants d'un État tiers qui l'accompagnent.

98. En effet, contrairement au cas d'espèce, les citoyens de l'Union concernés, notamment, dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts McCarthy [75], Dereci e.a. [76], O. e.a. [77], Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku [78] ou Iida [79], i) soit n'avaient jamais exercé leur droit à la libre circulation, ayant toujours séjourné dans l'État membre dont ils avaient la nationalité, ii) soit n'avaient été ni accompagnés ni rejoints dans leurs déplacements dans un autre État membre par le membre de leur famille ressortissant d'un État tiers. Dans ces affaires, les citoyens de l'Union concernés ne remplissaient donc pas les conditions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38.

99. Le cadre factuel du litige au principal se distingue également de celui des affaires ayant donné lieu aux récents arrêts O. et B. ainsi que S. et G. [80], parce que les citoyens de l'Union domiciliés dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité i) soit ont séjourné dans l'État membre d'accueil non pas en tant que travailleurs, mais en qualité de citoyens de l'Union au titre de l'article 21, paragraphe 1, TFUE ou en qualité de bénéficiaires de prestations de services au sens de l'article 56 TFUE [81]; ii) soit se sont déplacés au-delà des frontières pour se rendre dans un autre État membre en qualité de travailleurs pour un employeur établi dans un autre État membre, ou en qualité de travailleurs qui, dans le cadre de leurs activités effectuées pour un employeur établi dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité, se rendent régulièrement dans un autre État membre. En d'autres termes, comme cela était d'ailleurs le cas dans l'arrêt Carpenter, dans ces arrêts, le citoyen de l'Union ne s'était pas établi dans l'État membre d'accueil.

100. À cet égard, il convient de rappeler que, en l'espèce, M. McCarthy et sa fille ont exercé leur droit à la libre circulation en ce qu'ils «se sont établis dans un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité», à savoir en Espagne. M^me^ McCarthy les a accompagnés dans ce dernier État membre, où elle a donc obtenu une carte de séjour au sens de l'article 10 de la directive 2004/38. Le fait que les requérants au principal séjournent «actuellement» en Espagne témoigne de l'installation et, en conséquence, du caractère effectif de leur séjour. Ce caractère effectif de leur séjour est, selon la jurisprudence récente de la Cour, un élément pertinent pour considérer que la directive 2004/38 est applicable [82], même si cette application a été faite uniquement par analogie.

101. Simultanément à ce séjour effectif en Espagne en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union, M^me^ McCarthy a voulu exercer son droit dérivé d'entrée et de séjour de courte durée pour accompagner sa famille au Royaume-Uni. Je suis donc d'avis que, dans le cas d'espèce, l'applicabilité de la directive 2004/38 ne me semble guère faire de doute.

74 — Voir arrêts Dereci e.a. (EU:C:2011:734, point 56); Iida (EU:C:2012:691, point 51); O. e.a. (EU:C:2012:776, point 41) ainsi que O. et B. (EU:C:2014:135, point 39).

75 — EU:C:2011:277, points 31 et 39.

76 — EU:C:2011:734, point 54.

77 — EU:C:2012:776, point 42.

78 — EU:C:2013:291, point 30.

79 — EU:C:2012:691, point 65.

80 — EU:C:2014:135 et EU:C:2014:136.

81 — Ces citoyens ne se sont pas installés dans un autre État membre, comme c'est le cas de M. McCarthy.

82 — Voir arrêt O. et B. (EU:C:2014:135, point 53).

102. En faveur de cette interprétation plaide le libellé de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38. Celui-ci établit deux conditions: a) que le citoyen de l'Union se rende ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, et b) que le membre de la famille ressortissant d'un État tiers l'accompagne ou le rejoigne.

103. À mon avis, il s'agit donc de conditions cumulatives à remplir au moment où le droit d'entrée et de séjour de courte durée est demandé par les membres de la famille du citoyen de l'Union concerné. Par conséquent, dès lors que M. McCarthy et sa fille résident légalement en Espagne avec M[me] McCarthy au moment de leur déplacement de courte durée au Royaume-Uni, je considère que l'affaire relève de cette directive. En effet, M. McCarthy «séjourne» dans un autre État membre, à savoir en Espagne, au moment où il se prévaut des droits ainsi octroyés par la directive pour se «rendre» au Royaume-Uni.

104. Or, dès lors que la libre circulation des personnes constitue l'un des fondements de l'Union, les dérogations à cette liberté fondamentale doivent être d'interprétation stricte[83]. Compte tenu du contexte et des finalités poursuivies par la directive 2004/38 ainsi que de la liberté fondamentale de circuler et de séjourner reconnue à l'article 21, paragraphe 1, TFUE, les dispositions de cette directive ne sauraient être interprétées de façon restrictive et ne doivent pas, en tout état de cause, être privées de leur effet utile[84].

c) Conclusion intermédiaire

105. Dans l'hypothèse où la Cour ne suivrait pas ma première proposition[85], et dès lors que l'article 5 de la directive 2004/38 ne prévoit que le droit d'entrée, qui est étroitement lié au séjour de courte durée (séjour inférieur à trois mois)[86], je propose à la Cour d'appliquer la directive 2004/38, à tout le moins, aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille ressortissants d'un État tiers exerçant de manière effective leur liberté de circulation en séjournant dans un autre État membre simultanément aux déplacements de courte durée vers l'État membre dont les citoyens concernés possèdent la nationalité. Dans ce cas, la Cour exclurait du champ d'application de ladite directive uniquement les situations dans lesquelles, à la suite de l'exercice préalable de la liberté de circulation par un citoyen de l'Union, ce citoyen se déplace avec les membres de sa famille ressortissants d'un État tiers vers l'État membre dont il possède la nationalité pour un séjour autre qu'un séjour de courte durée.

B – *Sur l'identification de mesures pouvant être adoptées sur le fondement de l'article 35 de la directive 2004/38*

106. Les première et troisième questions préjudicielles, qu'il convient d'examiner ensemble, concernent le point de savoir si, et dans quelles conditions, l'article 35 de la directive 2004/38 permet à un État membre, qui estime faire face à un «abus de droit systémique» lors de la délivrance des cartes de séjour au sens de l'article 10 de cette même directive, d'adopter une mesure telle que celle en cause au principal. Cette mesure est d'application générale et préventive, et ne repose pas sur la constatation préalable d'un abus de droit dans un cas concret.

83 — Voir, par analogie, arrêts Kempf (139/85, EU:C:1986:223, point 13) et Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, point 23). Voir, également, communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38 [COM(2009) 313 final, p. 3, ci-après les «lignes directrices»].

84 — Arrêt Metock e.a. (EU:C:2008:449, point 84).

85 — Voir sous-titre 3 du titre A des présentes conclusions.

86 — Il y a lieu de relever ici que, en dehors des conditions établies par l'article 5 de la directive 2004/38, les États membres ne peuvent imposer aucune autre exigence à l'entrée des citoyens, telle qu'un visa d'entrée. Voir arrêt Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:604, point 23). Voir, également, Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford (Oxford University Press), 2010, p. 424.

107. Pour répondre à ces questions, je commencerai par analyser brièvement la notion d'abus de droit dans la jurisprudence pertinente de la Cour. J'examinerai ensuite, à la lumière de cette jurisprudence, l'interprétation qu'il convient de donner de l'article 35 de la directive 2004/38 au regard, en particulier, des arguments avancés par le gouvernement du Royaume-Uni.

1. Sur la notion d'abus de droit dans la jurisprudence pertinente de la Cour

108. Je souhaiterais d'emblée indiquer que la notion d'abus de droit est une notion connue de la plupart des États membres. À titre d'exemple, la définition classique de l'abus de droit selon la doctrine française se lit comme suit: «usage excessif d'une prérogative juridique; action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite» [87]. Ainsi, il convient de préciser que la fonction de cette notion présuppose que l'auteur de l'abus soit titulaire d'un droit [88].

109. La définition donnée par la doctrine allemande est la suivante: «exercice d'un droit subjectif qui répond de manière formelle aux exigences d'une loi, mais qui, eu égard aux circonstances de l'espèce, s'avère contraire à la bonne foi» [89].

110. En droit polonais, tout acte ou toute omission du titulaire d'un droit qui, bien que correspondant formellement à l'usage de ce droit, est exercé d'une manière contraire aux règles de coexistence sociale ou à son objet socio-économique, ne peut être considéré comme l'exercice du droit en question et n'est pas susceptible de protection juridique [90].

111. S'agissant du droit de l'Union, dès lors que cette notion n'apparaît dans le droit dérivé que sporadiquement [91], son étude suppose de se référer à la jurisprudence de la Cour. Cette dernière y voit, d'une part, un principe de droit national, dans le contexte où un sujet de droit se prévaut du droit de l'Union «dans le seul but de se soustraire à l'application du droit national» [92], et, d'autre part, un principe de droit de l'Union, dans le contexte où un sujet de droit «utilise de manière frauduleuse ou excessive un droit qui lui est attribué par le droit de l'Union» [93].

112. Il résulte de la jurisprudence de la Cour que la notion d'abus de droit constitue une notion autonome du droit de l'Union selon laquelle «la constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive nécessite, d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation [de l'Union], l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint. Elle requiert, d'autre part, un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation [de l'Union] en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention» [94].

87 — Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, huitième édition, juin 2009.

88 — Simon, D., et Rigaux, A., «La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit», *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, tome 2 (2004), p. 559 à 587, p. 563.

89 — «Die Ausübung eines subjektiven Rechts ist missbräuchlich, wenn sie zwar formell dem Gesetz entspricht, die Geltendmachung jedoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls treuwidrig ist». Voir Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 20e édition, Munich, 2011, p. 977.

90 — Voir article 5 du code civil polonais et Machnikowski, P., *Kodeks cywilny – komentarz*, E. Gniewek (éd.), Varsovie, 2006, p. 14.

91 — C'est notamment le cas de l'article 35 de la directive 2004/38.

92 — Ainsi précisée, cette notion inclut les montages purement artificiels ou la fraude à la compétence du droit de l'Union, c'est-à-dire l'abus qui peut porter sur l'applicabilité du droit de l'Union par la création artificielle d'un élément de rattachement à ce droit, Lagondet, F., loc. cit., p. 8.

93 — Simon, D., et Rigaux, A., loc. cit., p. 564. Voir également Waelbroeck, D., «La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire», *Mélanges en hommage à Jean Victor Louis*, vol. I (2003), p. 565 à 616, p. 597.

94 — Arrêt Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, points 52 et 53).

113. Aux fins de la directive, la Commission considère que l'abus de droit est «un comportement artificiel adopté dans le seul but d'obtenir le droit de circuler et de séjourner librement en vertu du droit de l'Union qui, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation de l'Union, n'atteint pas l'objectif poursuivi par cette réglementation» [95].

114. La Cour a, en outre, souligné que c'est à la juridiction nationale qu'il incombe d'établir l'existence de ces deux éléments objectif et subjectif, dont la preuve doit être rapportée conformément aux règles du droit national, «*pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'efficacité du droit [de l'Union]*» [96]. Elle a également rappelé que la mise en œuvre de la règle nationale relative à l'abus de droit ne peut pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions de l'Union dans les États membres et, en particulier, les juridictions nationales ne peuvent pas, dans l'appréciation de l'exercice d'un droit découlant d'une disposition de l'Union, modifier la portée de cette disposition ni compromettre les objectifs qu'elle poursuit [97].

115. À cet égard, il ne me semble guère faire de doute que le Royaume-Uni n'a pas apporté la preuve d'un abus de droit, car aucun élément, ni objectif ni subjectif, ne peut être identifié dans le cas d'espèce. Toutefois, il me paraît plus approprié d'approfondir la position que je viens d'avancer lors de l'analyse de l'article 35 de la directive 2004/38 à la lumière de la jurisprudence de la Cour et en tenant compte des arguments avancés par le Royaume-Uni.

2. Sur l'interprétation de l'article 35 de la directive 2004/38 à la lumière de la jurisprudence de la Cour

116. L'article 35 de la directive 2004/38 permet aux États membres, en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance, d'adopter les mesures nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par cette directive.

117. À cet égard se pose la question du type de mesures que peuvent adopter les États membres afin de se protéger contre l'abus de droit sur le fondement de cet article: uniquement des mesures individuelles ou également des mesures d'application générale et préventive?

118. Pour répondre à cette question, il convient de lire l'article 35 à la lumière de la jurisprudence de la Cour rappelée aux points 112 et 114 ci-dessus, selon laquelle, afin d'établir s'il y a eu un abus de droit aux fins dudit article, il est nécessaire de procéder à un examen en deux étapes pour vérifier lesdits éléments objectif et subjectif [98].

119. Avant de procéder à un tel examen, il convient de se demander quelle est la finalité de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

120. À cet égard, il ressort de la lecture du considérant 5 de cette directive que «le 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 […]».

121. S'agissant, premièrement, de l'ensemble des circonstances objectives desquelles il résulterait que, malgré le respect formel des conditions prévues par la directive 2004/38, l'objectif de son article 5, paragraphe 2, ne serait pas atteint, les autorités du Royaume-Uni ont, tout simplement, manqué à leur obligation de les examiner. Je rappelle qu'il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que

95 — Voir COM(2009) 313 final, p. 15 et 16.

96 — C'est moi qui souligne. Arrêts Emsland-Stärke (EU:C:2000:695, points 52 à 54) et, plus récemment, Hongrie/Slovaquie (C-364/10, EU:C:2012:630, point 58).

97 — Arrêts Pafitis e.a. (C-441/93, EU:C:1996:92, point 68) et Kefalas e.a. (C-367/96, EU:C:1998:222, point 22).

98 — Voir conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire Bozkurt (C-303/08, EU:C:2010:413, point 67).

l'examen du comportement incriminé dans le cadre d'un abus de droit doit se faire in concreto [99]. Ainsi, tel qu'il résulte de la plupart des observations écrites soumises à la Cour, l'article 35 de la directive 2004/38 exige la constatation d'un abus de droit dans un cas concret afin de pouvoir refuser aux titulaires d'une carte de séjour, au sens de l'article 10 de cette directive, le droit conféré par l'article 5 d'entrer sans visa.

122. Je n'hésite donc pas à affirmer que, en l'espèce, l'élément objectif de l'abus de droit allégué par le Secretary of State fait défaut, dès lors que la finalité de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38 a été, à mon avis, atteint. En effet, l'exercice du droit de circulation des requérants au principal a conduit de facto à leur établissement dans un État membre, à savoir en Espagne, avec l'intention d'y résider ensemble et la volonté de se rendre au Royaume-Uni pour des séjours de courte durée. En d'autres termes, le respect de cette disposition n'est pas uniquement formel. Les déplacements des requérants au principal ne sont pas artificiels mais réels. Ces déplacements correspondent à un usage légitime de leur droit à la libre circulation, dès lors qu'ils n'ont voulu ni se soustraire à la réglementation du Royaume-Uni ni utiliser de manière frauduleuse et excessive les droits conférés par ladite directive, ce que le Royaume-Uni ne conteste pas.

123. Pour ce qui est, deuxièmement, de l'élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la directive 2004/38, il est évident que celui-ci fait également défaut. En effet, les autorités du Royaume-Uni ne se sont pas fondées sur le comportement individuel des requérants au principal pour suspendre l'application de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

124. Au contraire, que ce soit dans leurs écritures ou lors de l'audience de plaidoiries, les autorités du Royaume-Uni n'ont contesté ni l'authenticité du mariage de M. et M^me^ McCarthy ni le fait que le couple mène une vie familiale effective en Espagne. À cet égard, un mariage ne peut être qualifié de mariage de complaisance aux fins de la directive 2004/38 que lorsque ce mariage est contracté «uniquement en vue de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour en vertu de cette directive, dont la personne concernée n'aurait autrement pu bénéficier» [100].

125. Je rappelle ensuite que les mesures visées par l'article 35 de la directive 2004/38 sont soumises aux articles 30 et 31 de celle-ci. Ainsi, tel qu'il ressort de la plupart des observations soumises à la Cour, une mesure d'application générale viderait de leur substance les garanties procédurales prévues par ces articles. Par conséquent, les mesures visées par l'article 35 sont des mesures individuelles qui ne justifient pas une suspension systématique des droits conférés par cette directive. Au contraire, une suspension systématique desdits droits ne donne ni à la juridiction nationale ni à la Cour la possibilité de vérifier si les conditions ayant conduit les autorités du Royaume-Uni à écarter ce droit dans le cas d'espèce sont effectivement réunies.

126. Selon les lignes directrices, le système de la directive 2004/38 repose justement sur des décisions individuelles et les autorités nationales doivent attacher de l'importance à toutes les circonstances du cas d'espèce. Plus précisément, elles doivent examiner le comportement des personnes concernées à la lumière des objectifs poursuivis par le droit de l'Union et se fonder sur des éléments objectifs [101].

127. En effet, comme le constate à juste titre la Commission dans lesdites lignes directrices, lors de l'interprétation de la notion d'abus dans le cadre de la directive 2004/38, il convient d'accorder au statut du citoyen de l'Union toute l'attention qui lui est due. Conformément au principe de la primauté du droit de l'Union, l'examen de l'éventuel recours abusif à la législation de l'Union doit s'effectuer au regard du droit de l'Union, et non au regard de la législation nationale relative à la migration. La directive n'empêche pas les États membres d'enquêter sur certains cas en particulier en présence de suspicions légitimes d'abus de droit. Cependant, le droit de l'Union interdit les contrôles

99 — Voir arrêts Kefalas e.a. (EU:C:1998:222, point 28) et Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, point 34).

100 — Voir COM(2009) 313 final, p. 16.

101 — Voir COM(2009) 313 final, point 4.3. Voir, également, arrêt Metock e.a. (EU:C:2008:449, points 74 et 75).

systématiques. En outre, les mesures prises par les États membres pour lutter contre les mariages de complaisance ne doivent pas être de nature à dissuader les citoyens de l'Union et les membres de leur famille d'exercer leur droit de circuler librement ou à empiéter indûment sur leurs droits légitimes. Elles ne doivent pas compromettre l'efficacité de la législation de l'Union ni entraîner de discriminations fondées sur la nationalité [102].

128. Enfin, il ne me semble guère faire de doute que le Royaume-Uni, dans l'appréciation de l'exercice du droit d'entrée de M^me^ McCarthy, qui découle de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38, a modifié la portée de cette disposition en compromettant les objectifs qu'elle poursuit. À cet égard, le Royaume-Uni prétend qu'un abus de droit peut être résolu tout simplement en écartant la disposition qui fait l'objet d'un éventuel abus de droit, ce qui, à mon avis, est contraire au concept même d'abus de droit et compromet les objectifs poursuivis par la directive 2004/38.

3. Sur les objections alléguées par le Royaume-Uni

129. Contrairement aux autres parties et intervenants qui ont présenté des observations, le Royaume-Uni a fait valoir, dans ses écritures ainsi que lors de l'audience de plaidoiries, qu'il était actuellement confronté à un nombre significatif d'usages abusifs du droit d'entrée de membres de la famille ressortissants d'un État tiers, afin de contourner les contrôles en matière d'immigration et ceux aux frontières. Il a qualifié cette situation d'«abus de droit systémique».

130. Selon le Royaume-Uni, s'il acceptait que toutes les cartes de séjour prétendument délivrées en vertu de l'article 10 de la directive dispensent les ressortissants d'États tiers de tout contrôle des visas, ces cartes permettraient une entrée plus facile sur son territoire. À cet égard, le gouvernement du Royaume-Uni indique avoir fourni des éléments de preuve au soutien de l'existence d'un abus de droit systémique.

131. Même si l'utilisation de l'adjectif «systémique» ne me semble pas compatible avec la notion d'abus de droit dans le cadre du droit de l'Union, il convient toutefois d'examiner si les éléments de preuve fournis par cet État membre remplissent les conditions exigées par celle-ci.

132. Les documents présentés par le Royaume-Uni en tant qu'éléments de preuve concernent, notamment, une étude réalisée en 2011 par le service des contrôles frontaliers de cet État membre, qui aurait identifié 1 494 «tentatives» d'utilisation de faux documents obtenus de manière frauduleuse par des mariages fictifs ou de fausses pièces justificatives [103]. Notamment, le Royaume-Uni serait confronté à l'utilisation de faux documents ou de documents obtenus de manière frauduleuse au moyen de mariages de complaisance ou de fausses pièces justificatives [104]. Une analyse des cartes de séjour délivrées par les autres États membres, effectuée par une autorité du Royaume-Uni, aurait révélé que celles délivrées par douze États membres ne satisfaisaient pas aux normes de sécurité minimales fixées par l'Organisation de l'aviation civile internationale pour les documents de voyage de l'Union. En outre, la fraude et l'abus des droits de libre circulation par des ressortissants d'États tiers

102 — COM(2009) 313 final, p. 16.

103 — Il convient de noter que le Royaume-Uni qualifie d'abus de droit deux situations juridiques entièrement différentes, les mariages fictifs et l'utilisation de fausses pièces justificatives. La notion d'abus de droit ne s'applique qu'à la première.

104 — Selon un document de la Commission, à la suite d'une demande du Conseil, elle a invité les États membres à lui communiquer des informations sur l'exercice abusif de la libre circulation au moyen de mariages de complaisance. Douze États membres ont transmis des statistiques concernant les cas «identifiés». Selon ce document, le Royaume-Uni a rejeté, en se fondant sur des préoccupations liées à l'authenticité des mariages, 176 demandes de titre familial (sur 256 cas dans lesquels un abus était suspecté et qui représentent environ 2 % des demandes reçues durant la période). Voir communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 25 novembre 2013 relative à la libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles: cinq actions pour faire la différence [COM(2013) 837 final, p. 9].

auraient été reconnus comme un grave problème par les États membres [105]. L'absence de normes minimales uniformes pour les cartes de séjour visées à l'article 10 et le risque d'usage abusif qui en découle pour contourner les contrôles en matière d'immigration préoccuperaient de manière particulière le Royaume-Uni.

133. Il apparaît clairement que les éléments de preuve présentés par le Royaume-Uni ne peuvent pas être considérés comme des preuves concrètes liées au comportement individuel des requérants au principal. Ces éléments de preuve ne remplissent pas les conditions objective et subjective requises aux fins de la constatation de l'existence d'un abus de droit dans un cas concret, telles qu'elles ressortent des points 121 à 127 des présentes conclusions. À cet égard, je rappelle qu'il n'a pas été contesté que le comportement des requérants au principal n'est pas constitutif d'un abus de droit au sens du droit de l'Union.

134. Il convient de rappeler également qu'une présomption générale de fraude ne saurait suffire à justifier une mesure qui porte atteinte aux objectifs du traité FUE [106]. L'appréciation des comportements abusifs relève en principe des juridictions nationales, mais leur évaluation ne doit en aucun cas mettre en péril l'uniformité et l'efficacité du droit de l'Union [107].

135. En outre, en ce qui concerne l'absence de respect des normes de sécurité minimales fixées par l'Organisation de l'aviation civile internationale, relevée par le Royaume-Uni, le représentant du Royaume d'Espagne a souligné au cours de l'audience que les cartes de séjour de membres de la famille d'un citoyen de l'Union délivrées par les autorités espagnoles respectaient les normes de cette organisation.

136. En tout état de cause, en ce qui concerne un éventuel non-respect des normes de sécurité mises en œuvre par le Royaume d'Espagne sur son territoire, je voudrais souligner qu'un éventuel non-respect de la directive 2004/38 par un État membre ne relève pas de l'abus de droit et n'est donc pas couvert par l'article 35 de celle-ci [108].

137. Pour ce qui est du titre familial, je considère que celui-ci équivaut tout simplement à une obligation de visa, laquelle est contraire non seulement à l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/38, mais également aux objectifs et au système de celle-ci. Certes, la carte de séjour délivrée en vertu de l'article 10 de cette directive a un caractère déclaratif et non pas constitutif de droit, car elle ne fait qu'attester un droit préexistant. Toutefois, il peut être affirmé que, dès lors que les conditions permettant de bénéficier du droit de libre circulation conformément au droit de l'Union sont remplies par le ressortissant d'un État tiers membre de la famille du citoyen de l'Union, cette carte doit être acceptée par les États membres [109].

138. Enfin, je pense qu'autoriser un État membre à ne pas tenir compte de la carte de séjour délivrée par un autre État membre serait contraire au principe de reconnaissance mutuelle. Il convient de relever que, selon la jurisprudence de la Cour, l'exercice des droits découlant de la libre circulation n'est pas possible sans la présentation de documents relatifs à l'état des personnes, qui sont généralement délivrés par l'État d'origine du travailleur. Il s'ensuit que les autorités administratives et

105 — En avril 2012, le Conseil aurait approuvé un document énonçant des mesures à prendre, intitulé «L'action de l'UE face à la pression migratoire – Une réponse stratégique», dont l'une des priorités d'action stratégiques serait la «préservation et protection de la liberté de circulation en prévenant les abus des ressortissants de pays tiers».

106 — Voir arrêt Commission/Belgique (C-577/10, EU:C:2012:814, point 53 et jurisprudence citée).

107 — Simon, D., et Rigaux, A., *Le système juridique communautaire*, 3e édition, 2001, p. 582.

108 — Je rappelle à cet égard que, en vertu des articles 258 TFUE et 259 TFUE, dans le cas où un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, il appartient à la Commission ou à un autre État membre d'introduire un éventuel recours en constatation du manquement devant la Cour.

109 — Voir, en ce sens, arrêt Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, point 54).

judiciaires d'un État membre sont tenues de respecter les certificats et actes analogues relatifs à l'état des personnes qui émanent des autorités compétentes des autres États membres, à moins que leur exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause [110].

139. À cet égard, le fait d'accepter la mise en œuvre de mesures d'application générale par le Royaume-Uni équivaudrait à permettre à un État membre de contourner le droit à la libre circulation et aurait pour conséquence que d'autres États membres pourraient également prendre de telles mesures et suspendre de manière unilatérale l'application de la directive.

140. Je suis donc d'avis que les éléments de preuve présentés par le Royaume-Uni ne sont pas suffisants pour étayer son allégation en ce qui concerne un éventuel abus de droit systémique.

141. Pour l'ensemble de ces raisons, je pense qu'il convient de répondre aux première et troisième questions en ce sens que l'article 35 de la directive 2004/38 ne permet pas à un État membre d'adopter une mesure d'application générale consistant à retirer aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui possèdent une carte de séjour en cours de validité délivrée par un autre État membre le droit d'être dispensés de l'obligation d'obtenir un visa, dès lors que cette mesure est préventive et ne repose pas sur la constatation préalable d'un abus de droit dans un cas concret.

C – *Sur le protocole nº 20*

142. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi interroge la Cour, en substance, sur la question de savoir si l'article 1er du protocole nº 20 permet au Royaume-Uni d'imposer aux ressortissants d'un État tiers, titulaires d'une carte de séjour de membres de la famille d'un citoyen de l'Union, délivrée conformément à la directive 2004/38, de posséder un visa d'entrée devant être obtenu avant l'arrivée à la frontière.

143. Il convient de relever d'emblée que la valeur juridique des protocoles ne soulève aucun doute. Aux termes de l'article 51 TUE, «[l]es protocoles et annexes des traités en font partie intégrante». Dès lors, dans la hiérarchie des normes, les protocoles priment certainement le droit dérivé de l'Union.

144. Plus précisément, le protocole nº 20 constitue une dérogation aux obligations qui incombent au Royaume-Uni et à l'Irlande en vertu des articles 26 TFUE et 77 TFUE, fondée sur leur volonté de s'exclure de la mise en œuvre du titre V de la troisième partie du traité FUE, consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice [111]. Toutefois, ainsi que la Commission l'a expressément relevé, ce protocole n'a pas pour objectif de conférer des privilèges particuliers au Royaume-Uni, mais a été adopté pour tenir compte du souhait de cet État membre de maintenir, d'une part, les contrôles aux frontières avec la majorité des États membres et, d'autre part, la «zone de voyage commune» existant entre le Royaume-Uni et l'Irlande [112].

145. À cet égard, conformément à son article 2, le protocole nº 20 permet à ces deux États membres de continuer à conclure entre eux des arrangements concernant la circulation des personnes entre leurs territoires (la «zone de voyage commune»), tout en respectant pleinement les droits des personnes visées à l'article 1er, premier alinéa, sous a), dudit protocole. En effet, si le Royaume-Uni

110 — Voir, en ce sens, arrêt Dafeki (C-336/94, EU:C:1997:579, point 19).

111 — Cette volonté s'exprime également en ce qui concerne l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne. Voir protocole nº 19 sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne.

112 — Sur les modifications apportées par le traité de Lisbonne à la position du Royaume-Uni et de l'Irlande vis-à-vis de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, voir, en particulier, Chevallier-Govers, C., «Le traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice», *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruylant, 2009, p. 271 et suiv.

décidait de ne plus se prévaloir de sa faculté particulière de non-participation à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'Irlande adopterait la même décision, car sa position se justifie exclusivement par le fait que ce dernier État membre se trouve lié au Royaume-Uni par ladite zone de voyage commune [113].

146. En outre, l'article 3 dispose que les autres États membres sont habilités à exercer à leurs frontières, ou à tout point d'entrée sur leur territoire, de tels contrôles sur les personnes qui cherchent à entrer sur leur territoire en provenance du Royaume-Uni ou de l'Irlande.

147. Je suis d'avis qu'il convient d'interpréter l'article 1er du protocole nº 20 à la lumière de ces considérations.

148. Tout d'abord, c'est «uniquement» à ses frontières que le Royaume-Uni est habilité par cet article à exercer les contrôles qu'il considère comme nécessaires pour vérifier l'existence des droits d'entrée sur son territoire des citoyens d'États membres ou des personnes à leur charge exerçant des droits conférés par le droit de l'Union.

149. Certes, ni le traité FUE ni le protocole nº 20 ne proposent une définition de la notion de «contrôle aux frontières». Toutefois, l'article 2, point 9, du règlement nº 562/2006 prévoit que l'on entend par contrôle aux frontières «les activités effectuées aux frontières, conformément au présent règlement et aux fins de celui-ci, en réponse exclusivement à l'intention de franchir une frontière ou à son franchissement indépendamment de toute autre considération, consistant en des vérifications aux frontières et en une surveillance des frontières». Dès lors, de toute évidence, en l'espèce, l'obligation d'obtenir un titre familial ne constitue pas une vérification aux frontières, étant donné, notamment, que le titre familial doit être demandé avant le voyage dans les représentations diplomatiques du Royaume-Uni situées dans les États membres.

150. Ensuite, il ne fait pas de doute que la directive 2004/38 continue à s'appliquer, tel qu'il ressort clairement de l'article 1er, sous a), du protocole nº 20, qui se réfère aux citoyens d'États membres ou aux personnes à leur charge exerçant des «droits conférés par le droit de l'Union». Ainsi, c'est au regard de l'article 5, paragraphe 2, de cette directive, qui fixe les documents permettant l'entrée des membres de la famille d'un citoyen de l'Union sur le territoire des États membres, qu'il convient d'apprécier leurs droits d'entrée.

151. Enfin, en vertu de l'article 1er, sous a), du protocole nº 20, les contrôles aux frontières incluent notamment l'examen des documents permettant les vérifications de l'existence des droits d'entrée des personnes concernées sur le territoire du Royaume-Uni. Cette vérification n'autorise cependant pas cet État membre à refuser de manière unilatérale l'entrée des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles possédant une carte de séjour sur le fondement de l'article 10 de la directive 2004/38, en leur imposant, de manière générale, d'obtenir et de présenter à ses frontières un document supplémentaire qui n'est pas prévu par le droit de l'Union.

152. Je propose donc de répondre à la deuxième question préjudicielle que l'article 1er du protocole nº 20 ne permet pas au Royaume-Uni d'imposer aux ressortissants d'un État tiers, titulaires d'une carte de séjour de membres de la famille d'un citoyen de l'Union, délivrée conformément à l'article 10 de la directive 2004/38, de posséder un visa d'entrée devant être obtenu avant l'arrivée à la frontière.

113 — Voir Toth, A.G., *The legal effects of the protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark, in the European Union after Amsterdam. A legal analysis*, 1998, p. 227 à 252, p. 233, et Guillard, C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, thèse, Bruylant, 2006, p. 466.

VI – **Conclusion**

153. Au vu de l'ensemble des considérations qui précédent, je propose que la Cour réponde comme suit aux questions posées par la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court):

«1) L'article 35 de 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, modifiant le règlement (CEE) nº 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, ne permet pas à un État membre d'adopter une mesure d'application générale consistant à retirer aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui possèdent une carte de séjour en cours de validité délivrée par un autre État membre le droit d'être dispensés de l'obligation d'obtenir un visa, dès lors que cette mesure est préventive et ne repose pas sur la constatation préalable d'un abus de droit dans un cas concret.

2) L'article 1er du protocole nº 20 sur l'application de certains aspects de l'article 26 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande ne permet pas au Royaume-Uni d'imposer aux ressortissants d'un État tiers, titulaires d'une carte de séjour de membres de la famille d'un citoyen de l'Union, délivrée conformément à l'article 10 de la directive 2004/38, de posséder un visa d'entrée devant être obtenu avant l'arrivée à la frontière.»