Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 10 avril 2018 [1]

Affaire C-89/17

Secretary of State for the Home Department
contre
Rozanne Banger

[demande de décision préjudicielle formée par l'Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London (tribunal supérieur de Londres, chambre de l'immigration et de l'asile) Royaume-Uni]

« Renvoi préjudiciel – Citoyenneté de l'Union – Article 21 TFUE –Citoyen de l'Union retournant dans l'État membre dont il est ressortissant après avoir exercé son droit de libre circulation dans un autre État membre – Droit de séjour d'un ressortissant d'un pays tiers membre de la famille élargie d'un citoyen de l'Union – Application par analogie de la directive 2004/38/CE – Article 3, paragraphe 2, sous b) – Obligation de favoriser, conformément à la législation nationale, l'entrée et le séjour du partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable – Droit de recours – Portée du recours juridictionnel – Article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »

I. Introduction

1. M[me] Rozanne Banger est une ressortissante d'Afrique du Sud. Son partenaire, M. Philip Rado, est un ressortissant du Royaume-Uni. Ils ont vécu ensemble aux Pays-Bas, où une carte de séjour a été délivrée à M[me] Banger en sa qualité de partenaire non mariée d'un citoyen de l'Union européenne.

2. Les Pays-Bas lui ont accordé cette carte de séjour en application de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE [2]. Cette disposition prévoit que l'État membre *d'accueil favorise*, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour d'autres personnes qui ne relèvent pas de la définition de membres de la famille figurant à l'article 2, point 2 de ladite directive. Ceci vise également le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée.

3. Le couple a ensuite décidé de s'installer au Royaume-Uni. Les autorités compétentes y ont rejeté la demande de carte de séjour de M[me] Banger au motif que cette dernière n'était pas mariée avec son partenaire.

1 Langue originale : l'anglais.

2 Directive du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (JO 2004, L 158, p. 77) (ci-après la « directive 2004/38 »).

4. Au Royaume-Uni, il existe également un régime qui vise à transposer l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38. Cet État membre est toutefois l'État *d'origine* de M. Rado. M[me] Banger n'a donc pas pu bénéficier de ce régime qui ne s'applique qu'aux « membres de la famille élargie » de citoyens de l'Union *d'autres États membres*, et non aux « membres de la famille élargie » de ressortissants du Royaume-Uni de retour après avoir exercé leur droit de séjour dans un autre État membre.

5. C'est dans ce contexte que l'Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London [tribunal supérieur de Londres (chambre de l'immigration et de l'asile), Royaume-Uni] soumet à la Cour des questions qui portent en substance sur deux points.

6. Premièrement, les États membres sont-ils tenus de *délivrer* une autorisation de séjour ou de *favoriser* le séjour du partenaire non marié d'un citoyen de l'Union qui accompagne ce dernier lorsqu'il revient dans son État membre d'origine ? Dans l'affirmative, le juge de renvoi demande si la base d'une telle obligation réside dans la directive 2004/38 ou dans les principes énoncés par la Cour dans l'arrêt Singh [3].

7. Deuxièmement, le juge de renvoi souhaite déterminer la portée de la protection juridictionnelle requise par le droit de l'Union dans les situations relevant de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 dans le contexte spécifique du droit d'Angleterre et du pays de Galles, qui prévoit des voies de recours différentes selon le type de demande : un recours de pleine juridiction *(right of appeal)* et un contrôle juridictionnel *(judicial review).* Dans la présente affaire, où la contestation émane d'un « membre de la famille élargie », le contrôle juridictionnel est la seule voie ouverte pour introduire un recours.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

8. Selon le considérant 6 de la directive 2004/38 :

« [e]n vue de maintenir l'unité de la famille au sens large du terme et sans préjudice de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, la situation des personnes qui ne sont pas englobées dans la définition des membres de la famille au titre de la présente directive et qui ne bénéficient donc pas d'un droit automatique d'entrée et de séjour dans l'État membre d'accueil devrait être examinée par ce dernier sur la base de sa législation nationale, afin de décider si le droit d'entrée ou de séjour ne pourrait pas être accordé à ces personnes, compte tenu de leur lien avec le citoyen de l'Union et d'autres circonstances telles que leur dépendance pécuniaire ou physique envers ce citoyen. »

9. L'article 2 de la même directive contient les définitions suivantes :

« 1) "citoyen de l'Union" : toute personne ayant la nationalité d'un État membre ;

2) "membre de la famille" :

a) le conjoint ;

3 Arrêt du 7 juillet 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296). Voir également arrêts du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), et du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

b) le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre, si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil ;

[…] ;

3) "État membre d'accueil" : l'État membre dans lequel se rend un citoyen de l'Union en vue d'exercer son droit de circuler et de séjourner librement. »

[…] ;

10. L'article 3 de ladite directive dispose :

« 1. 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.

2. Sans préjudice d'un droit personnel à la libre circulation et au séjour de l'intéressé, l'État membre d'accueil favorise, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour des personnes suivantes :

[…]

b) le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée.

L'État membre d'accueil entreprend un examen approfondi de la situation personnelle et motive tout refus d'entrée ou de séjour visant ces personnes. »

11. Conformément à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2004/38, les « procédures prévues aux articles 30 et 31 s'appliquent par analogie à toute décision limitant la libre circulation d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille prise pour des raisons autres que d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ».

12. L'article 31 de la même directive dispose :

« 1. Les personnes concernées ont accès aux voies de recours juridictionnelles et, le cas échéant, administratives dans l'État membre d'accueil pour attaquer une décision prise à leur encontre pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

[…]

3. Les procédures de recours permettent un examen de la légalité de la décision ainsi que des faits et circonstances justifiant la mesure envisagée. Elles font également en sorte que la décision ne soit pas disproportionnée, notamment par rapport aux exigences posées par l'article 28.

[…] »

B. Le droit du Royaume-Uni

13. Les Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 [SI 2006/1003] [les règlements de 2006 sur l'immigration (Espace économique européen)] (ci-après les « règlements EEE de 2006 ») transposent la directive 2004/38.

14. L'article 8 des règlements EEE de 2006 comporte des dispositions relatives aux « membres de la famille élargie » :

« 1) Aux fins des présents règlements, on entend par "membre de la famille élargie", toute personne qui n'est pas un membre de la famille d'un ressortissant de l'EEE en vertu de l'article 7, paragraphe 1, sous a), b) ou c), et qui répond aux conditions prévues aux paragraphes 2, 3, 4 ou 5.

[…]

5) Une personne répond à la condition prévue au présent paragraphe si elle est le partenaire d'un ressortissant de l'EEE (autre qu'un partenaire enregistré) et si elle peut faire la preuve, à la satisfaction du décideur, qu'elle a une relation durable avec le ressortissant de l'EEE.

6) Aux fins des présents règlements, on entend par "ressortissant de l'EEE concerné" par rapport à un membre de la famille élargie, le ressortissant de l'EEE qui est ou dont le conjoint ou le partenaire enregistré est le parent du membre de la famille élargie aux fins des paragraphes 2, 3 ou 4, ou le ressortissant de l'EEE qui est le partenaire du membre de la famille élargie aux fins du paragraphe 5. »

15. L'article 9, qui semble avoir été applicable à l'époque, prévoit les règles suivantes en ce qui concerne les membres de la famille de ressortissants du Royaume-Uni :

« 1) Lorsque les conditions du paragraphe 2 sont remplies, les présents règlements s'appliquent à une personne qui est membre de la famille d'un ressortissant britannique comme si ce dernier était un ressortissant de l'EEE.

2) Les conditions sont les suivantes :

a) le ressortissant britannique réside dans un État membre de l'EEE en qualité de travailleur salarié ou non salarié ou y résidait en cette qualité avant de retourner au Royaume-Uni ; et

b) si le membre de la famille du ressortissant britannique est son conjoint ou son partenaire enregistré, les parties vivent ensemble dans l'État membre de l'EEE ou ont contracté un mariage ou un partenariat civil et vivaient ensemble dans l'État membre de l'EEE avant que le ressortissant britannique ne retourne au Royaume-Uni ;

[…] »

III. Les faits, la procédure et les questions préjudicielles

16. M[me] Banger est une ressortissante d'Afrique du Sud. Son partenaire, M. Rado, est un ressortissant du Royaume-Uni. De 2008 à 2010, ils ont résidé ensemble en Afrique du Sud. En mai 2010, ils se sont installés aux Pays-Bas où M. Rado avait accepté une affectation professionnelle. Les autorités néerlandaises ont accordé à M[me] Banger une carte de séjour en sa qualité de membre de la famille élargie d'un citoyen de l'Union, en vertu des dispositions nationales transposant l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

17. En 2013, le couple a décidé de s'installer au Royaume-Uni. Le Secretary of State for the Home Department (ministre de l'Intérieur, ci-après le « ministre ») a rejeté la demande de carte de séjour de M[me] Banger au motif qu'elle n'était pas mariée avec M. Rado. Cette décision était fondée sur l'article 9 des règlements EEE de 2006, qui détermine les droits des membres de la famille de ressortissants du Royaume-Uni qui retournent dans cet État membre après avoir exercé leur droit de libre circulation. Selon la décision prise par le ministre sur la base de cette disposition, pour être considéré comme membre de la famille d'un citoyen britannique, le demandeur doit être le conjoint ou le partenaire

enregistré de ce dernier [4].

18. M^me^ Banger a contesté cette décision devant le First-tier Tribunal (tribunal de première instance, Royaume-Uni). Cette juridiction a jugé qu'en sa qualité de partenaire non ressortissant de l'Union d'un citoyen britannique ayant exercé son droit de libre circulation et de retour dans son État membre d'origine, M^me^ Banger bénéficiait des avantages découlant de l'arrêt Singh [5].

19. Le ministre a été autorisé à former un recours devant l'Upper Tribunal (tribunal supérieur) (la juridiction de renvoi) au motif que le First-tier Tribunal (tribunal de première instance) aurait commis une erreur de droit. La juridiction de renvoi souligne la pertinence des conclusions de l'arrêt Singh [6] dans la procédure au principal. Elle indique que la seule différence avec la présente affaire réside dans le fait que M^me^ Banger et M. Rado n'étaient pas mariés alors que M. et M^me^ Singh l'étaient. Même si la mise en œuvre des principes énoncés dans cet arrêt à la présente affaire ne devait représenter qu'une « avancée relativement modeste », la juridiction de renvoi s'interroge sur la base légale d'une telle extension. Elle souligne également la spécificité de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 : les personnes relevant de cette disposition ne peuvent pas se prévaloir d'un droit de séjour. De plus, comme cette disposition laisse clairement un pouvoir d'appréciation aux États membres, la législation pertinente peut différer d'un État membre à l'autre.

20. C'est dans ce contexte que l'Upper Tribunal (tribunal supérieur) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Les principes énoncés dans [l'arrêt du 7 juillet 1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296] ont-ils pour effet d'imposer à un État membre de délivrer, ou le cas échéant, de favoriser l'octroi d'une autorisation de séjour au partenaire, non ressortissant de l'Union et non marié, d'un citoyen de l'Union lequel, après avoir exercé son droit à la libre circulation garanti par le Traité pour travailler dans un second État membre, retourne avec son partenaire dans l'État membre dont il a la nationalité ?

2) À titre subsidiaire, la [directive 2004/38] impose-t-elle de délivrer ou, le cas échéant, de favoriser l'octroi d'une telle autorisation de séjour ?

3) Une décision de refus d'accorder une autorisation de séjour qui n'est pas fondée sur un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur et qui n'est pas motivée de manière adéquate ou suffisante est-elle illégale en ce qu'elle viole l'article 3, paragraphe 2, de la [directive 2004/38] ?

4) Une règle de droit national qui s'oppose à une procédure de recours devant une cour ou un tribunal aux fins de contester une décision du pouvoir exécutif portant refus de délivrer une carte de séjour à une personne revendiquant le statut de membre de la famille élargie est-elle compatible avec [ladite directive] ? »

4 Il ressort des observations de M^me^ Banger qu'elle s'est mariée avec son partenaire au Royaume-Uni le 27 septembre 2014, après que le couple a quitté les Pays-Bas. Le ministre n'a toutefois *pas tenu compte* de cet élément, parce que l'article 9, paragraphe 2, sous b), des règlements EEE de 2006, relatif aux droits des membres de la famille de ressortissants britanniques, exige que les époux « vivent ensemble dans l'État membre de l'EEE ou [aient] contracté un mariage […] et [vécu] ensemble dans l'État membre de l'EEE *avant que le ressortissant britannique ne retourne* au Royaume-Uni » (mise en italique par mes soins).

5 Selon cet arrêt, lorsque des citoyens de l'Union retournent dans leur État membre d'origine après avoir exercé un droit de séjour dans un autre État membre, les membres de leur famille doivent au moins jouir des mêmes droits que ceux qui leur seraient consentis par le droit de l'Union dans un autre État membre (arrêt du 7 juillet 1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296).

6 Arrêt du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296).

21. M^me^ Banger, les gouvernements espagnol, autrichien, polonais et du Royaume-Uni ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites. M^me^ Banger, les gouvernements espagnol et du Royaume-Uni et la Commission européenne ont présenté des observations orales à l'audience qui s'est tenue le 17 janvier 2018.

IV. Appréciation

22. Les présentes conclusions sont structurées de la manière suivante. J'examinerai conjointement les trois premières questions préjudicielles en ce qu'elles portent toutes, d'une manière ou d'une autre, sur la base légale et le contenu des obligations des États membres en ce qui concerne l'entrée et le séjour de partenaires non mariés de citoyens de l'Union « de retour dans leur État membre d'origine » (A). Je me pencherai ensuite sur la quatrième question, qui concerne la portée du contrôle juridictionnel requis s'agissant des « membres de la famille élargie»[7] visés à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 (B).

A. Sur les trois premières questions : « membres de la famille élargie » de « citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine »

23. Par sa première question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si les principes énoncés dans l'arrêt Singh[8] imposent à un État membre de *délivrer* une autorisation de séjour ou de *favoriser* l'octroi d'une autorisation de séjour aux partenaires non mariés de citoyens de l'Union « de retour dans leur État membre d'origine ». La deuxième question demande, à titre subsidiaire, si cette obligation de délivrer une autorisation de séjour ou de favoriser le séjour découle directement de la directive 2004/38.

24. Ces questions recouvrent deux aspects. En premier lieu, elles portent sur la *base légale* des droits que les partenaires engagés dans une relation durable avec des citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine tirent du droit de l'Union. En second lieu, elles posent déjà implicitement la question du *contenu* de ces droits : s'agit-il d'une obligation de délivrer une telle autorisation ou seulement d'en faciliter l'octroi ? Ce dernier point est ensuite mis en évidence dans la troisième question préjudicielle, qui demande expressément s'il est contraire à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 de prendre une décision de refus sans qu'elle ne soit basée sur un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur ni justifiée par une motivation adéquate ou suffisante.

25. Il me paraît évident que ces différents aspects sont étroitement liés. La base détermine le contenu, lequel implique à son tour un certain niveau de justification d'une décision. C'est pourquoi je considère qu'il convient d'examiner conjointement les trois premières questions.

26. Dans cette partie, je commencerai donc par analyser la base légale des droits que les partenaires non mariés de citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine tirent du droit de l'Union. Pour cela, j'examinerai tout d'abord si l'application par analogie des règles de la directive 2004/38 aux citoyens de l'Union de retour dans l'État membre dont ils sont ressortissants, telle qu'elle

7 La notion de « membres de la famille élargie » recouvre les deux sous-catégories visées à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38, à savoir les « autres membres de la famille » de l'article 3, paragraphe 2, sous a), et « le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée » de l'article 3, paragraphe 2, sous b).

8 Arrêt du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296).

a été développée dans la jurisprudence de la Cour, pourrait être étendue à l'article 3, paragraphe 2, sous b), de cette même directive (1). Je me pencherai ensuite sur l'interprétation de cette disposition qui introduit la notion de « facilitation» * de l'entrée et du séjour de partenaires non mariés (2). J'aborderai enfin les conséquences de cette analyse pour la présente affaire (3).

1. Les citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine

27. La directive 2004/38 comporte une disposition – l'article 3, paragraphe 2, sous b) – qui concerne spécifiquement la situation des personnes avec lesquelles un citoyen de l'Union a une relation durable. En soi, cette disposition n'est toutefois pas applicable à la présente affaire. Les dispositions de la directive relatives aux droits d'entrée et de séjour ne s'appliquent pas aux situations dans lesquelles un citoyen de l'Union ou les membres de sa famille les invoquent à l'encontre de l'*État membre dont ce citoyen possède la nationalité*[9].

28. Il devrait logiquement en aller de même de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38, relatif aux « membres de la famille élargie ».

29. Il est vrai qu'à la différence de l'article 3, paragraphe 1, l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 ne fait pas explicitement référence aux membres de la famille élargie qui *accompagnent* le citoyen de l'Union ou le *rejoignent* dans un autre État membre. L'article 3, paragraphe 2, renvoie toutefois clairement aux obligations de l'« État membre *d'accueil* », comme le confirme également le considérant 6 de la même directive. De plus, les considérations systématiques et téléologiques qui ont conduit la Cour à juger que la directive ne s'applique pas aux ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre d'origine de ce dernier[10] valent également en ce qui concerne les « membres de la famille élargie ».

30. Le fait que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 ne s'applique pas, en soi, à une situation telle que celle de l'espèce ne le prive toutefois pas de toute pertinence. Dans sa jurisprudence, la Cour a établi, sur la base des règles du droit primaire, que divers instruments de droit dérivé relatifs à la liberté de circulation peuvent, dans certaines circonstances, être appliqués *par analogie* à des situations concernant des citoyens de l'Union de retour dans l'État membre dont ils ont la nationalité après avoir exercé leur droit de libre circulation[11].

31. Cette ligne jurisprudentielle repose sur une logique de la dissuasion. Selon l'arrêt Singh, « [u]n ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de quitter son pays d'origine pour exercer une activité salariée ou non salariée, au sens du traité, sur le territoire d'un autre État membre s'il ne pouvait pas bénéficier, lorsqu'il revient dans l'État membre dont il a la nationalité pour exercer une activité salariée ou non salariée, de facilités d'entrée et de séjour au moins équivalentes à celles dont il peut disposer, en vertu du traité ou du droit dérivé, sur le territoire d'un autre État membre»[12]. Les

* N.d.T : Le terme « facilitation » utilisé ici fait référence à l'obligation de favoriser l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers, au sens de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

9 Arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 37). Voir également arrêts du 8 novembre 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, points 61 et suivants) ; du 10 mai 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354, point 53), et du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, point 33).

10 Arrêts du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, points 39 à 43), et du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, points 33 à 37).

11 La Cour s'est appuyée sur différentes dispositions de droit primaire pour étendre par analogie l'application de divers instruments de droit dérivé aux ressortissants de retour dans leur État membre d'origine. Voir, en ce qui concerne l'article 52 du traité CEE et 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 1973, L 172, p. 14), arrêt du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, point 25). En ce qui concerne l'article 39 CE et le 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 1968, L 257, p. 2), voir arrêt du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, points 32 et 45). L'article 21, paragraphe 1, TFUE a servi de base à l'application par analogie de la directive 2004/38 dans l'arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 61).

12 Arrêt du 7 juillet 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296, point 19).

droits de libre circulation pourraient ne pas produire leurs pleins effets si un citoyen de l'Union « [pouvait] être détourné de les exercer par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son conjoint» [13]. Dans l'arrêt Eind, la Cour a ajouté que cet effet dissuasif se produirait également au regard « de la simple perspective […] de ne pas pouvoir poursuivre, après son retour dans l'État membre d'origine, une vie commune avec ses proches parents, éventuellement commencée par l'effet du mariage ou du regroupement familial, dans l'État membre d'accueil» [14].

32. Sur cette base, la Cour a considéré que l'article 21, paragraphe 1, TFUE implique que les conditions du droit dérivé relatives aux droits d'entrée et de séjour de membres de la famille, en particulier celles de la directive 2004/38, s'appliquent par analogie aux membres de la famille d'un « citoyen de l'Union de retour » à l'égard de l'État membre dont il a la nationalité. Dans l'arrêt O. et B., la Cour a précisé que cette jurisprudence s'applique lorsque le citoyen de l'Union a développé ou consolidé sa vie de famille avec un ressortissant d'un État tiers à l'occasion d'un séjour effectif dans un État membre autre que celui dont il possède la nationalité [15].

33. Dans la présente affaire, le gouvernement du Royaume-Uni a soutenu que les principes énoncés dans la jurisprudence citée ci-dessus concernent exclusivement les *droits* d'entrée et de séjour visés par la directive 2004/38. Conformément à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, ces droits ne s'appliquent qu'aux membres de la famille relevant de la liste de l'article 2, paragraphe 2, de la même directive et non aux « membres de la famille élargie » visés à l'article 3, paragraphe 2. Une application par analogie, fondée sur l'effet dissuasif du refus d'accorder un droit de séjour aux membres de la famille de citoyens de l'Union ayant exercé leurs droits de libre circulation, ne se justifierait donc pas dans la présente affaire, qui concerne un partenaire non marié qui, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, ne bénéficie pas d'un tel droit de séjour.

34. Je ne suis pas de cet avis.

35. En premier lieu, il est en effet exact que la jurisprudence récente de la Cour relative aux droits de séjour de ressortissants d'États tiers, membres de la famille de citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine, ne concerne que la situation de ceux qui sont des « membres de la famille » au sens de l'article 2 de la directive 2004/38 [16]. Je ne pense pas que cet élément puisse être détourné et interprété comme une intention de limiter cette jurisprudence aux seuls « membres de la famille ». Une explication tout aussi plausible (et, même selon moi, bien plus plausible) pourrait être que ces affaires font référence aux seuls membres de la famille tout simplement parce qu'elles ne concernent que des membres de la famille.

36. Ce qui précède est d'autant plus vrai que, en second lieu, la logique générale qui sous-tend l'application par analogie de la directive 2004/38 aux « membres de la famille » s'applique également pleinement aux « membres de la famille élargie ». Comme la Commission l'a très justement souligné, c'est particulièrement le cas en ce qui concerne le partenaire non marié d'un citoyen de l'Union qui a séjourné légalement, conformément au droit de l'Union, dans l'État membre d'accueil [17].

37. La logique de l'effet dissuasif s'est construite sur la prémisse que le citoyen de l'Union sera dissuadé de se déplacer s'il est interdit aux personnes qui lui sont *proches* de l'accompagner. Il convient de reconnaître que les perceptions sociales sont en train de changer et qu'il existe aujourd'hui diverses formes de cohabitation. L'effet dissuasif pourrait donc en réalité être plus important dans le cas d'un

13 Arrêt du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, point 23).

14 Arrêt du 11 décembre 2007 (C-291/05, EU:C:2007:771, point 36). Voir également arrêts du 8 novembre 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, point 70), et du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 46).

15 Arrêt du 12 mars 2014 (C-456/12, EU:C:2014:135, point 61).

16 Par exemple, dans l'arrêt du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), la Cour a parlé du « conjoint et [des] enfants » (point 20). L'arrêt du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771) concernait l'enfant d'un citoyen de l'Union. L'arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135) portait sur des couples mariés.

17 Voir, par analogie, arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 47).

partenaire visé à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 qu'il ne l'est peut-être pour certaines des catégories énumérées à l'article 2, paragraphe 2, de la même directive. Loin de moi l'idée de suggérer que tel sera toujours le cas. Je suggère seulement que lorsqu'il s'agit de déterminer qui est effectivement « proche » d'une personne, les généralisations standard ne sont guère de mise [18].

38. On pourrait ajouter que le considérant 6 de la directive 2004/38 confirme que « l'unité de la famille au sens large du terme » est l'objectif qui sous-tend l'article 3, paragraphe 2 de cette directive [19]. Dès lors, des liens familiaux « plus larges » sont également susceptibles de se consolider ou de se développer dans l'État membre d'accueil à l'occasion du séjour effectif du citoyen de l'Union et peuvent effectivement justifier le même type de considérations fondées sur la dissuasion.

39. Cela étant dit, je dois reconnaître qu'un des éléments de la logique de la dissuasion qui a été invoqué pour justifier l'application par analogie de la directive 2004/38 aux citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine n'est pas totalement convaincant. Pour faire bref, la dissuasion suppose la connaissance. Il semble difficile qu'une chose dont on ignore l'existence au moment de prendre la décision ou dont l'existence future est, au mieux, assez incertaine puisse nous dissuader d'adopter un certain comportement.

40. D'un côté, un tel effet dissuasif peut exister lorsque le membre de la famille (élargie) bénéficie déjà d'un statut dans l'État membre dont le citoyen de l'Union est un ressortissant avant de partir à l'étranger. L'exercice de la libre circulation peut s'avérer risqué lorsque le membre de la famille, ressortissant d'un pays tiers, s'est déjà vu accorder un statut d'immigration dans l'État membre d'origine du citoyen de l'Union. Il pourrait en effet perdre ce statut lorsqu'il accompagne le citoyen de l'Union dans un autre État membre. Même si le droit de l'Union garantit des droits de séjour dans le deuxième État membre d'accueil (ou dans les États membres d'accueil successifs), on peut considérer que la perspective de perdre ces droits au retour dans l'État membre d'origine joue un rôle dissuasif dans l'appréciation personnelle des éléments à prendre en considération au moment de décider d'exercer le droit de libre circulation [20].

41. D'un autre côté, j'éprouve bien plus de difficultés intellectuelles à concevoir qu'un tel effet dissuasif puisse influencer la décision d'un citoyen de l'Union de quitter son État membre d'origine en vue d'exercer le droit de libre circulation lorsque ce dernier n'a pas encore développé de vie de famille. Pourrait-on, par exemple, raisonnablement imaginer qu'un jeune diplômé universitaire, qui envisage de s'installer dans un autre (ou d'autres) État(s) membre(s), verra sa décision influencée par l'idée qu'il pourrait rencontrer l'amour de sa vie dans cet État membre (ou dans le deuxième, ou le troisième, État membre), et que plus tard, si cet amour est en effet l'amour de toute une vie, il pourrait souhaiter retourner avec cette personne dans son État membre d'origine pour s'y installer définitivement, et qu'après avoir découvert – au terme d'une analyse minutieuse et approfondie des règles nationales d'immigration dans son État membre d'origine, règles qui seront peut-être encore applicables dans un futur proche ou lointain – que cette personne ne bénéficierait pas d'un droit de séjour, il serait dissuadé d'exercer ses droits de libre circulation et resterait tout simplement chez lui ?

18 On pourrait ajouter que, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de « vie familiale » évolue également dans le sens d'une reconnaissance et d'une prise en considération des liens de fait. Nonobstant la question des obligations spécifiques découlant de l'existence d'une vie de famille dans le contexte particulier de la migration, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que la notion de « famille » au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), « ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens "familiaux" de fait lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage » et que des enfants sont nés en dehors du mariage. Voir Cour EDH, du 24 juin 2010, Schalk et Kopf c. Autriche (CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, § 91). Au paragraphe 94, la Cour EDH a en outre confirmé que les couples homosexuels cohabitant de fait de manière stable, relèvent de la notion de vie familiale.

19 Une exigence de « facilitation » similaire figurait à l'article 10, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68 et à l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 73/148.

20 Conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Singh (C-370/90, non publiées, EU:C:1992:229, point 8).

42. Si l'on écarte les scénarios où l'élément qui incite à exercer ses droits de libre circulation est *précisément* la perspective de rencontrer le grand amour à l'étranger, le caractère lointain et hypothétique de tels événements et l'(im)probabilité qu'ils soient réellement à l'origine des choix de vie de toute personne normale ne constituent peut-être pas le fondement le plus solide pour une application par analogie (c'est-à-dire une extension de son champ d'application au-delà de sa formulation claire) de la directive 2004/38 aux citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine.

43. C'est pourquoi je suggérerais plutôt à la Cour de mettre l'accent sur une autre justification de l'application par analogie des conditions de la directive 2004/38 aux citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine et aux membres de leur famille (élargie) : ce n'est pas tant qu'une personne puisse être découragée de se déplacer ex ante mais plutôt qu'une personne ne peut pas être pénalisée ex post pour l'avoir fait [21].

44. La jurisprudence de la Cour a déjà reconnu dans le contexte de l'interdiction de la discrimination que l'exercice de la liberté de circulation ne devrait pas entraîner de *désavantage* ultérieur pour les citoyens de l'Union [22]. Il me semble qu'un tel désavantage apparaît dans des situations où, même si les citoyens de retour dans leur État membre d'origine sont soumis au même régime réglementaire que leurs compatriotes n'ayant jamais exercé leurs droits de libre circulation, les règles nationales ne reconnaissent pas les liens familiaux qui se sont développés ou renforcés dans un autre État membre [23].

45. Des situations objectivement différentes ne peuvent et ne devraient pas être traitées de la même manière. Autrement, le danger (qui, cette fois, n'est ni lointain ni hypothétique) serait que la libre circulation aboutisse à accorder un aller simple. Cela pérenniserait l'expatriation, ce qui se concilie difficilement avec le droit de circuler et de séjourner *librement sur le territoire de l'Union* [24].

46. En résumé, bien qu'avec peut-être quelques subtilités, les considérations qui ont amené la Cour à appliquer par analogie les droits d'entrée et de séjour des membres de la famille visés à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2004/38 aux citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine sont également valables pour les « membres de la famille élargie » de l'article 3, paragraphe 2, de la même directive.

47. En conséquence, il y a lieu de conclure, conformément aux observations des gouvernements espagnol, autrichien et polonais ainsi que de la Commission, qu'un ressortissant d'un pays tiers ayant une relation durable avec un citoyen de l'Union ayant fait usage de sa liberté de circulation, ne doit pas, au retour du citoyen de l'Union dans son État membre d'origine, faire l'objet d'un traitement moins favorable que celui que la directive 2004/38 prévoit pour les membres de la famille élargie de citoyens de l'Union exerçant leur liberté de circulation dans d'autres États membres.

21 Cette justification était déjà envisagée dans les conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Singh (C-370/90, non publiées, EU:C:1992:229, points 7 et 8).

22 Voir notamment arrêts du 11 juillet 2002, D'Hoop (C-224/98, EU:C:2002:432, point 31) ; du 29 avril 2004, Pusa (C-224/02, EU:C:2004:273, point 19) ; du 18 juillet 2006, De Cuyper (C-406/04, EU:C:2006:491, point 39), ou du 11 septembre 2007, Schwarz et Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, point 88).

23 En effet, la réalité de la libre circulation engendre des situations différentes de celles des « citoyens statiques », qui ne doivent pas être traitées de la même manière. À cet égard, voir arrêt du 2 octobre 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, points 31 et suiv.).

24 À cet égard, voir conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire O. e.a. (C-456/12, EU:C:2013:837, point 89).

2. La « facilitation » de l'entrée et du séjour des « membres de la famille élargie » au sens de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38

48. Par les deux premières questions préjudicielles, la juridiction de renvoi demande à la Cour si les exigences prévues par le droit de l'Union imposent aux États membres de *délivrer* une autorisation de séjour ou d'en *favoriser* l'octroi au partenaire non marié d'un citoyen de l'Union de retour dans son État membre d'origine.

49. Comme la Commission et tous les gouvernements qui ont présenté des observations à la Cour l'ont soutenu à juste titre, l'application par analogie des principes découlant de l'arrêt Singh [25] implique que les partenaires non mariés de citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine bénéficient du régime de « *facilitation* » prévu à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

50. M[me] Banger ne s'oppose pas à cette conception, tout au moins pas directement. Son argumentation est plus nuancée : tout en restant dans le cadre de l'obligation de « facilitation » figurant à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38, elle soutient que le refus de lui octroyer une carte de séjour n'était pas fondé sur un examen approfondi de sa situation personnelle et qu'il n'était pas motivé de manière adéquate et suffisante comme le requiert cette disposition.

51. La Cour a déjà précisé le contenu du « régime de "facilitation" » spécifique de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 dans l'arrêt Rahman [26]. Cet arrêt a mis en évidence trois aspects de ce régime : l'absence de droit automatique d'entrée et de séjour (i), l'obligation de prévoir dans le droit national un régime de « facilitation » pour lequel les États membres disposent d'une marge d'appréciation (ii), et le fait que cette marge d'appréciation n'est pas illimitée (iii).

52. Premièrement, l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 ne confère pas de *droit* d'entrée ou de séjour aux membres de la famille élargie. Une distinction est établie entre les membres de la famille du citoyen de l'Union définis à l'article 2, point 2, de la même directive, qui bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour, et les autres membres de la famille visés à l'article 3, paragraphe 2, dont l'entrée et le séjour « doivent uniquement être favorisés» [27]. Cette directive n'oblige pas les États membres à accueillir toute demande d'entrée ou de séjour au titre de l'article 3, paragraphe 2 [28]. De plus, à la différence des droits dont bénéficient les citoyens de l'Union et les membres de leur famille, les termes de l'article 3, paragraphe 2, « ne sont pas suffisamment précis pour permettre à un demandeur d'entrée ou de séjour de se prévaloir directement de cette disposition pour invoquer des *critères* d'appréciation qui devraient selon lui être appliqués à sa demande» [29].

53. Deuxièmement, à la différence d'un droit de résidence, le contenu matériel de l'obligation de « facilitation » prévue par l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 a été défini comme l'obligation pour les États membres de veiller à ce que leur législation prévoie des critères qui permettent aux membres de la famille élargie d'obtenir une décision sur leur demande de séjour. Cette décision doit être fondée sur un examen approfondi de leur situation personnelle et, en cas de refus, elle doit être motivée [30].

25 Arrêt du 7 juillet 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

26 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519).

27 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 19).

28 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 18). Voir également conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire Coman e.a. (C-673/16, EU:C:2018:2, points 94 à 96).

29 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 25). Mise en italique par mes soins.

30 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 22).

54. Comme le confirme le considérant 6 de la directive 2004/38, la situation des « membres de la famille élargie » devrait être examinée par l'État membre d'accueil « *sur la base de sa législation nationale*, afin de décider si le droit d'entrée ou de séjour *ne pourrait pas être accordé* à ces personnes ». Cela signifie qu'en l'absence de dispositions plus précises dans la directive, et à la lumière des termes « sur la base de sa législation nationale », les États membres disposent d'une large marge d'appréciation quant au *choix des facteurs* à prendre en compte pour mettre en œuvre les obligations que leur impose l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 [31]. Cette marge d'appréciation suppose nécessairement que les États membres puissent définir des conditions et critères *particuliers* de mise en œuvre de cette disposition dans leur législation nationale ainsi que les facteurs à prendre en considération.

55. Il est également évident que cette marge d'appréciation implique nécessairement que ces conditions, critères et facteurs peuvent *différer* d'un État membre à l'autre puisque les États membres peuvent satisfaire à leur obligation de transposition de différentes manières [32].

56. Troisièmement, le pouvoir d'appréciation que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 confère aux États membres n'est pas absolu. Cet article prévoit des limites spécifiques qui circonscrivent la latitude qui est laissée aux États membres : les règles nationales pertinentes doivent être cohérentes avec la notion de « facilitation » et satisfaire aux exigences d'examen approfondi de la situation personnelle et de motivation en cas de rejet d'une demande.

57. La première limite découle du libellé de la disposition et de la notion de « facilitation ». En effet, le terme « favorise » indique que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 « fait peser sur les États membres une obligation d'octroyer un certain avantage, par rapport aux demandes d'entrée et de séjour d'autres ressortissants d'États tiers» [33]. Dès lors, « l'État membre d'accueil doit veiller à ce que sa législation comporte des critères qui soient conformes au sens habituel du terme "favorise"» [34]. La Cour a rappelé que l'obligation de « facilitation » a pour corollaire que les dispositions nationales adoptées ne peuvent pas priver l'article 3, paragraphe 2, de son effet utile [35].

58. Pour le dire plus simplement, dans le cadre de cette « facilitation », les États membres jouissent d'une certaine latitude en ce qui concerne tant les critères essentiels que les conditions procédurales. Les « membres de la famille élargie » doivent toutefois se trouver dans une meilleure situation que la catégorie *générale* des ressortissants de pays tiers [36].

59. La seconde limite découle de la dernière phrase de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 qui impose une double obligation aux États membres : entreprendre « un examen approfondi de la situation personnelle » et « motive[r] tout refus d'entrée ou de séjour visant ces personnes ». Les États membres doivent donc « prévoir la possibilité […] d'obtenir une décision sur leur demande qui soit fondée sur un examen approfondi de leur situation personnelle et qui, en cas de refus, soit motivée» [37]. Selon le considérant 6 de cette même directive, l'examen approfondi implique la prise en considération de divers facteurs pertinents, tels que le lien avec le citoyen de l'Union et d'autres circonstances telles que la dépendance pécuniaire ou physique envers ce citoyen [38].

31 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 24). Mise en italique par mes soins.

32 Voir, à cet égard, conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:174, point 64).

33 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 21).

34 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 24).

35 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 24).

36 Tout en reconnaissant bien évidemment que certains ressortissants de pays tiers (qui ne sont pas des membres de la famille de citoyens de l'Union) peuvent bénéficier de *droits* d'entrée et de séjour, par exemple, sur la base du droit à la vie familiale. Voir directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial (JO 2003, L 251, p. 12). Il convient donc de comprendre la référence dans l'arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 21), comme une référence à la catégorie *générale* des ressortissants de pays tiers qui *ne bénéficient pas* de ces droits d'entrée et de séjour. Voir sur cette question Guild, E., Peers, S., et Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 74, note 203.

37 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 22).

38 Voir également arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 23).

60. En conséquence, il découle du libellé de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 dans l'interprétation qu'en a donnée la Cour dans l'arrêt Rahman [arrêt du 5 septembre 2012, C-83/11, EU:C:2012:519] et qui a été soulignée dans la présente section que cette disposition ne confère pas de droit de séjour automatique. Dès lors, de la même manière, l'application par analogie de cette disposition aux situations dans lesquelles un membre de la famille élargie accompagne un citoyen de l'Union de retour dans son État membre d'origine ne peut pas conduire à un droit de séjour automatique. L'application par analogie de l'article 3, paragraphe 2, de cette directive ne peut pas aller au-delà de ce que cet article pourrait lui-même atteindre s'il était lui-même applicable. En effet, comme l'a déjà confirmé la jurisprudence de la Cour, l'« application par analogie » du droit dérivé en matière de libre circulation aux membres de la famille de citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine n'équivaut pas à une reconnaissance automatique des droits de séjour accordés dans le deuxième État membre : l'application par analogie des dispositions du droit dérivé reste soumise aux conditions que ce droit prévoit [39].

3. L'affaire au principal

61. Dans les circonstances de la présente affaire, les dispositions du droit primaire qui se trouvent à la base d'une application par analogie des dispositions pertinentes de la directive 2004/38 figurent à l'article 45 TFUE (si, comme cela semble être le cas, la juridiction de renvoi confirme que M. Rado a exercé son droit de libre circulation aux Pays-Bas en qualité de travailleur) ou, à titre subsidiaire, à l'article 21, paragraphe 1, TFUE.

62. Selon cette application par analogie, un partenaire non marié, avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable et a développé ou renforcé des liens familiaux dans un autre État membre alors qu'il exerçait ses droits de libre circulation, a droit à ce que sa demande soit examinée conformément aux exigences de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 au retour du citoyen de l'Union dans son État membre d'origine.

63. Dans la présente affaire, il semble que M[me] Banger avait obtenu une carte de séjour aux Pays-Bas sur la base de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38. Elle vivait avec M. Rado en qualité de membre de sa famille élargie alors que M. Rado exerçait son droit de séjour dans cet État membre. Il semble que cela leur a permis de développer et de renforcer leur vie de famille.

64. Dans ces circonstances, une interprétation conjointe du TFUE (article 21, paragraphe 1, ou article 45) et de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 confère à M[me] Banger le droit à ce que sa demande fasse l'objet d'un examen approfondi et à ce que tout refus d'entrée ou de séjour soit motivé sur la base du résultat de cet examen. Cet examen doit porter, en particulier, sur sa situation personnelle, y compris sa relation avec le citoyen de l'Union.

65. Les éléments mentionnés dans la décision de renvoi et les observations présentées à la Cour semblent indiquer que le seul motif du rejet de sa demande de carte de séjour était le fait que M[me] Banger n'était pas mariée avec M. Rado au moment où elle a introduit la demande. Si tel est effectivement le cas, cela n'est pas suffisant pour répondre à l'exigence de motivation fondée sur un examen approfondi de la situation personnelle des membres de la famille élargie au sens de l'article 3, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/38 qui vise les personnes qui ne sont *pas mariées* mais qui ont une relation durable avec un citoyen de l'Union.

39 Arrêt du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, point 39). Voir également conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Eind (C-291/05, EU:C:2007:407, points 38 et 39).

66. Conformément à son libellé, l'« examen approfondi de la situation personnelle » devrait raisonnablement inclure la détermination de la nature de la relation avec le citoyen de l'Union de retour dans son État membre d'origine. Il serait logique que le fait qu'une relation durable avait déjà été reconnue et dûment attestée, comme le démontre la délivrance d'une carte de séjour par un autre État membre, soit également pris en considération à des fins probatoires.

67. J'aimerais souligner qu'en soi, ce fait ne suffira pas nécessairement à justifier l'octroi d'un droit de séjour dans l'État membre d'origine du citoyen de l'Union (ou dans tout autre État membre dans lequel le couple pourrait décider de se rendre). À nouveau, comme cela a été analysé (de manière assez détaillée, précisément pour cette raison) dans la section précédente, l'obligation de *favoriser* n'est pas une obligation de *délivrer* automatiquement. Le fait que les États membres puissent, dans certaines limites, déterminer leurs propres critères en la matière n'implique logiquement ni une « obligation de reconnaissance mutuelle » des autorisations de séjour délivrées par d'autres États membres ni une obligation d'accorder un traitement au moins identique ou meilleur que dans le ou les États membres d'accueil précédents.

68. Je suis d'avis que ni la logique de dissuasion ex ante, ni celle de la pénalisation ex post ne devraient être poussées jusqu'à impliquer effectivement que chacun des États membres successifs dans lesquels un citoyen de l'Union décide de se rendre doit accorder un traitement au moins identique ou meilleur que le(s) État(s) membre(s) précédent(s). Une telle logique irait en effet bien au-delà de l'application par analogie et de la notion de « facilitation ».

4. Conclusion intermédiaire

69. En conséquence, je suggérerais à la Cour de répondre aux trois premières questions comme suit :

– L'article 21, paragraphe 1, et l'article 45 TFUE doivent être interprétés en ce sens que lorsqu'un citoyen de l'Union a développé ou renforcé sa vie de famille lors de l'exercice de son droit de séjour dans un autre État membre, le régime de « facilitation » prévu par l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 s'applique par analogie au partenaire avec lequel ce citoyen de l'Union a une relation durable lors de son retour dans son État membre d'origine. En conséquence, cet État membre doit favoriser, au sens de l'article 3, paragraphe 2, de cette directive, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour du partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée.

– Lorsqu'un citoyen de l'Union retourne dans son État membre d'origine après avoir exercé son droit de séjour dans un autre État membre dans lequel il a développé ou renforcé sa vie familiale avec un partenaire avec lequel il a une relation durable dûment attestée, l'article 21, paragraphe 1, et l'article 45 TFUE requièrent que, lorsqu'il prend une décision sur l'entrée et le séjour de ce partenaire, l'État membre d'origine du citoyen de l'Union entreprenne un examen approfondi de leur situation personnelle et qu'il motive tout refus d'entrée ou de séjour, en application de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

B. Sur la quatrième question : le droit à un recours effectif

70. Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si une règle de droit national qui ne prévoit pas de procédure de recours devant une cour ou un tribunal aux fins de contester une décision du pouvoir exécutif portant refus de délivrer une carte de séjour à une personne revendiquant le statut de membre de la famille élargie d'un citoyen de l'Union est compatible avec la directive 2004/38.

71. L'ordonnance de renvoi suggère que cette question est justifiée par la circonstance qu'une chambre de l'Upper Tribunal (tribunal supérieur) constituée différemment a jugé qu'une personne dont la demande de carte de séjour en qualité de « membre de la famille élargie » a été refusée ne dispose pas d'un droit de recours devant les juridictions compétentes en vertu de l'article 26 des règlements EEE de 2006 [40]. Cette décision découle du fait que la décision du ministre dans le cadre de sa marge d'appréciation n'est pas considérée comme une décision sur le droit d'« une personne de se voir délivrer […] une carte de séjour» [41]. La juridiction de renvoi explique que si cette position est correcte, la décision Sala impliquerait que la requérante n'avait pas le droit d'introduire le recours dans la procédure au principal. Le « contrôle juridictionnel » serait alors la seule voie de recours [42].

72. Il ressort des observations que les parties intéressées ont présentées à la Cour (l'ordonnance de renvoi est très concise sur cette question) qu'en vertu du droit d'Angleterre et du pays de Galles, la voie de recours permettant de contester les actes des autorités administratives est, par défaut, le régime du « contrôle juridictionnel » (*judicial review*). Dans des domaines ou des contextes particuliers, la loi a instauré des droits de recours de pleine juridiction (*right of appeal*) [43]. C'est également le cas pour ce qui concerne les droits des membres de la famille de citoyens de l'Union. Comme l'a précisé le gouvernement du Royaume-Uni, en vertu du droit d'Angleterre et du pays de Galles, les « membres de la famille » au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2004/38 ont le droit de porter un recours devant le First-tier Tribunal (tribunal de première instance) [et par la suite devant l'Upper Tribunal (tribunal supérieur)]. Cependant, eu égard à la décision Sala [(EFM's : Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC)], les personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, de la directive n'ont pas accès à cette voie de recours. Elles ont le droit de contester une décision refusant l'octroi d'une carte de séjour par la voie du « contrôle juridictionnel » devant la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division du Queen's Bench (chambre administrative), Royaume-Uni].

73. Il y a donc lieu de comprendre la quatrième question de la juridiction de renvoi à la lumière de ce cadre juridique national particulier. Dans cette perspective, la principale interrogation de la juridiction de renvoi dans sa quatrième question ne porte pas sur le point de savoir s'il y a une absence *totale* de protection juridictionnelle pour les membres de la famille élargie, mais plutôt sur celui de savoir si le système du contrôle juridictionnel répond aux exigences du droit de l'Union ou s'il convient de permettre d'accéder au système de recours de pleine juridiction.

74. Le gouvernement du Royaume-Uni et M^me^ Banger défendent des positions opposées à cet égard.

75. M^me^ Banger soutient que le contrôle juridictionnel ne peut pas être perçu comme un recours effectif au sens de la directive 2004/38 et de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »). Ce type de recours ne constitue pas une voie de recours satisfaisante pour contrôler une décision refusant d'accorder une carte de séjour. Il ne porte pas sur la décision elle-même mais sur la procédure de prise de décision. Au cours de l'audience, M^me^ Banger a également exposé les différences qui existent entre le recours de pleine juridiction et le contrôle juridictionnel au niveau des conditions d'accès à ces voies de recours, de leur coût, de la portée du contrôle et de la nature des décisions qui peuvent être adoptées. Elle a soutenu qu'un recours formé

40 Sala (EFM's : Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC).

41 Sala (EFM's : Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC), point 84.

42 Sala (EFM's : Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC) indique explicitement, en son point 23, que « dans l'arrêt Rahman, la Cour a précisé que la directive 2004/38 ne requiert pas un recours de pleine juridiction mais seulement un contrôle juridictionnel afin de vérifier que l'autorité qui a pris la décision est "restée dans les limites de la marge d'appréciation fixée par la directive" ». Il semble toutefois que la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Cour d'appel (Angleterre et Pays de Galles), division civile, Royaume-Uni] ait exprimé une position juridique différente dans une décision récente du 9 novembre 2017, Khan c. Secretary of State for the Home Department & Anor [2017] EWCA Civ 1755. Lors de l'audience, le gouvernement du Royaume-Uni a souligné que cette décision n'a pas d'incidence sur la présente procédure dans la mesure où elle porte sur l'interprétation d'une loi nationale qui n'est plus en vigueur.

43 Voir, en général, par exemple Lewis, C., *Judicial Remedies in Public Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2015 (5^e^ éd.), ou Supperstone, M., Goudie, J., Walker, P., *Judicial Review*, LexisNexis, Londres, 2014 (5^e^ éd.).

dans le cadre du contrôle juridictionnel porte uniquement sur la légalité de la décision et que les moyens qui peuvent être invoqués sont limités. Elle considère qu'en l'espèce, un recours formé dans le cadre du contrôle juridictionnel ne peut être fondé que sur le caractère déraisonnable, de sorte que la portée de la contestation est limitée et ne couvre pas les éléments de fait.

76. Le gouvernement du Royaume-Uni soutient en revanche que le système du contrôle juridictionnel répond pleinement aux exigences du droit de l'Union. Ce dernier n'exige pas que les États membres ouvrent un droit de recours particulier prévu par la loi. Il ne leur impose pas non plus de prévoir, en ce qui concerne ces décisions, un recours de pleine juridiction dans le cadre duquel une cour ou un tribunal pourrait substituer son appréciation à celle du pouvoir décisionnaire initial. Lors de l'audience, ce gouvernement s'est rallié aux observations de la Commission qui considère que le droit de l'Union exige un examen approfondi de la décision, qui prenne également en compte les faits et le caractère proportionnel [44]. Il considère que le contrôle juridictionnel répond à ces exigences puisqu'il permet d'examiner non seulement la base légale de la décision mais également les erreurs de fait et la proportionnalité [45].

77. Si j'insiste sur la présentation du contexte de la quatrième question de la juridiction de renvoi et sur la position des parties intéressées, c'est parce que je souhaite expliquer pourquoi je ne pense pas que la Cour devrait répondre à la question telle qu'elle a été posée. Trois motifs évidents expliquent cette manière de procéder.

78. Premièrement, il n'appartient pas à la Cour d'entreprendre l'examen des caractéristiques des divers systèmes de protection juridictionnelle de droit national [46]. Cela demanderait une analyse approfondie et une appréciation de la législation nationale qui relèvent de la compétence des juridictions nationales.

79. Deuxièmement, il incombe encore moins à la Cour d'analyser une matière juridique aussi complexe et évolutive que la nature du contrôle juridictionnel en droit anglais [47], pour ensuite être appelée à arbitrer entre les divers acteurs nationaux, qui pourraient eux-mêmes ne pas s'accorder sur ce que sont les standards actuels.

80. Troisièmement, la procédure de décision préjudicielle est toujours liée à un litige spécifique dans la procédure au principal devant la juridiction nationale. Dans un tel cadre, il est possible qu'une disposition *précise* de procédure ou de fond du droit national soit examinée *de manière indirecte*. La Cour ne peut cependant pas donner d'avis abstraits sur l'(in)adéquation de pans entiers de la loi ou de systèmes de protection juridictionnelle en général [48], ce qui demanderait d'en examiner tous les aspects, de la qualité pour agir jusqu'aux coûts, aux délais, à la portée du contrôle, aux modalités de protection juridique qui peuvent être accordées ou aux modes de recours.

44 Le gouvernement du Royaume-Uni cite à ce propos les arrêts du 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission (C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461), et du 8 décembre 2011, KME Germany e.a./Commission (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

45 À cet égard, le gouvernement du Royaume-Uni fait en particulier référence à l'arrêt de la Court of Appeal (England & Wales) (Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, Royaume-Uni) dans l'affaire T-Mobile (UK) Ltd v Office of Communications [2009] 1 WLR 1565, ainsi qu'à l'arrêt du 14 juin 2017 de la Supreme Court of the United Kingdom (Cour suprême du Royaume-Uni) dans R (on the application of Kiarie) v Secretary of State for the Home Department and R (on the application of Byndloss) v Secretary of State for the Home Department [2017] UKSC 42.

46 Voir, dans le même sens, conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans les affaires jointes Shingara et Radiom (C-65/95 et C-111/95, EU:C:1996:451, point 60).

47 Comme l'a observé l'avocat général Sharpston dans ses conclusions dans l'affaire East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, point 84).

48 Pour une situation similaire récente, portant sur le point de savoir si le fait d'attribuer aux juridictions civiles plutôt qu'aux juridictions administratives la compétence pour traiter du recouvrement d'une créance de l'Union répond au principe d'effectivité, voir mes conclusions dans l'affaire Dimos Zagoriou (C-217/16, EU:C:2017:385, points 28 et 60 à 63).

81. Toutefois, afin d'aider la juridiction nationale à résoudre les problèmes soulevés par la quatrième question préjudicielle, la Cour pourrait et, dans un esprit de coopération, devrait sans doute clarifier les obligations et les exigences imposées par le droit de l'Union en ce qui concerne le recours effectif dans le contexte d'une application par analogie de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 [49].

82. En ayant cet objectif à l'esprit, j'examinerai tout d'abord les garanties procédurales inscrites dans la directive 2004/38 (1) avant de me pencher sur les exigences générales découlant de l'article 47 de la Charte (et des principes d'effectivité et d'équivalence) (2). J'aborderai enfin les incidences du droit fondamental à un recours effectif dans le cadre particulier de l'article 3, paragraphe 2, de la directive précitée (3).

1. La protection juridictionnelle au titre des articles 15 et 31 de la directive 2004/38

83. La directive 2004/38 comporte des dispositions spécifiques relatives à la protection juridictionnelle des droits de libre circulation. Les dispositions pertinentes pour la présente affaire figurent aux articles 15 et 31 de cette directive. Les antécédents historiques de ces dernières dispositions sont les garanties procédurales de la directive 64/221/CEE, qui permettaient expressément de limiter la protection juridictionnelle, notamment de la limiter aux recours portant sur la légalité des décisions [50]. Ces limitations très controversées [51] ont été remplacées par la directive 2004/38. Cette dernière reconnaît explicitement un droit d'accéder aux voies de recours juridictionnel pour des questions de droit ou de fait à l'encontre de décisions prises pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et pour toute autre restriction aux droits de libre circulation et de séjour.

84. Aux points 23 à 47 des présentes conclusions, j'ai suggéré que le régime de « facilitation » de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doit être appliqué par analogie aux membres de la famille élargie de citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine. J'ai également suggéré que cette application par analogie consiste précisément à appliquer le contenu de la directive, et non à créer de nouveaux droits.

85. Le problème particulier que pose un tel « renvoi » à la directive dans la présente affaire résulte de ce que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 ne prévoit pas lui-même les garanties procédurales spécifiques qui doivent accompagner sa mise en œuvre. Il n'apparaît donc pas clairement quelles seraient ces garanties procédurales si l'article 3, paragraphe 2, était, en soi, applicable à un membre de la famille élargie dans un État membre d'accueil.

86. La question essentielle concerne donc le champ d'application personnel de l'article 15 de la directive 2004/38. Selon la Commission et le gouvernement du Royaume-Uni, de manière générale, l'article 15 de cette directive n'est pas applicable aux situations relevant de l'article 3, paragraphe 2, de cette directive, parce que cet article 15 fait référence uniquement aux citoyens de l'Union et aux « membres de leur famille ». Cette dernière notion, légalement définie à l'article 2, paragraphe 2, de la même directive, n'inclut pas les membres de la famille élargie.

49 Comme l'a indiqué l'avocat général Sharpston dans ses conclusions dans l'affaire East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, point 84).

50 Directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JO 1964, 56, p. 850), en particulier son article 9.

51 Il a été invoqué que ces limitations n'étaient pas conformes au principe de protection juridictionnelle effective. Voir conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans les affaires jointes Shingara et Radiom (C-65/95 et C-111/95, EU:C:1996:451, points 70 et suivants). Sur l'interprétation des dispositions pertinentes, voir arrêts du 25 juillet 2002, MRAX (C-459/99, EU:C:2002:461), et du 2 juin 2005, Dörr et Ünal (C-136/03, EU:C:2005:340).

87. J'admets la valeur de cet argument textuel. La conclusion naturelle qui devrait normalement découler de cette affirmation est néanmoins nuancée lorsqu'on tient compte du fait que la notion de « membres de la famille » ne semble pas être utilisée de manière cohérente dans d'autres dispositions de la directive 2004/38 [52].

88. Un argument assez fort plaide toutefois en faveur d'une application plus étendue de l'article 15 de la directive 2004/38. Cet article indique que les garanties procédurales s'appliquent « à toute décision limitant la libre circulation d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille ». Dès lors, même si l'on peut considérer que dans cette disposition, la notion de membres de la famille n'inclut pas les membres de la famille élargie, le refus d'accorder une carte de séjour à ces derniers pourrait assez facilement être perçu comme une « limitation » des droits de libre circulation du *citoyen de l'Union* lui-même, qui est clairement visé.

89. Ce n'est peut-être pas le meilleur candidat pour la « médaille de la jurisprudence humaniste », mais la Cour a reconnu depuis longtemps que le droit de séjour dérivé des membres de la famille de citoyens de l'Union est *essentiel* pour garantir les droits de libre circulation de ces citoyens de l'Union [53]. Comme il a été démontré aux points 36 à 38 des présentes conclusions, le régime de « facilitation » visé à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 répond à la même dynamique de renforcement des droits de libre circulation des citoyens de l'Union. Dans cette logique de limitation et d'obstacle indirects, considérer que le refus de permettre à un membre de la famille élargie d'accompagner le citoyen de l'Union de retour dans son État membre d'origine est effectivement une décision « limitant la libre circulation d'un citoyen de l'Union » me semble un très petit acte de foi.

90. Quoi qu'il en soit, les conséquences pratiques de l'application de l'article 15 de la directive 2004/38 sont quelque peu limitées dans les circonstances de la présente affaire. Comme je le démontrerai dans la section suivante des présentes conclusions, les personnes qui forment des demandes en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de ladite directive ont, de toute façon, droit aux garanties procédurales découlant de l'article 47 de la Charte qui reflète le principe général de protection juridictionnelle effective du droit de l'Union.

2. La protection juridictionnelle effective au titre de l'article 47 de la Charte

91. Depuis l'arrêt Heylens [54], il est clair que le principe de protection juridictionnelle effective requiert que, même en l'absence de dispositions spécifiques de droit dérivé instituant des garanties procédurales, il existe une possibilité de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice des droits octroyés par le droit de l'Union. Cette obligation découle également de l'article 4, paragraphe 3, TUE et de l'article 19, paragraphe 1, TUE [55].

52 Les personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 sont en effet également incluses dans la notion de « membres de la famille » dans d'autres dispositions de cette même directive. Ainsi, l'article 10, paragraphe 2, qui régit la délivrance de cartes de séjour aux membres de la famille, fait référence en ses points e) et f), aux documents que l'État membre demande aux personnes visées à l'article 3, paragraphe 2. L'article 7, paragraphe 4, déroge aux exigences générales du droit de séjour des membres de la famille qui sont des ascendants pour les étudiants, en se référant à la règle de l'article 3, paragraphe 2 (sans suggérer que ces personnes cesseraient d'être considérées comme des « membres de la famille » aux fins des garanties procédurales qui leur sont applicables). L'article 8, paragraphe 5, fait référence aux documents à présenter pour la délivrance de l'attestation d'enregistrement « aux membres de la famille », en incluant sous les points e) et f) la mention des personnes visées à l'article 3, paragraphe 2. Soulignant l'utilisation variable de la notion de « membres de la famille » en liaison avec l'article 3, paragraphe 2, voir Guild, E., Peers, S., et Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 80.

53 Voir, par exemple, arrêts du 12 mars 2014, S. et G. (C-457/12, EU:C:2014:136, point 41 et jurisprudence citée), et du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, points 32, 47 et 48 et jurisprudence citée).

54 Arrêt du 15 octobre 1987, Heylens e.a. (222/86, EU:C:1987:442, point 14). Voir également, par exemple, arrêts du 3 décembre 1992, Oleificio Borelli/Commission (C-97/91, EU:C:1992:491, points 14 et 15), ou du 19 septembre 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, points 46 et 47).

55 Arrêt du 14 septembre 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, EU:C:2017:687, point 47).

92. Un tel recours juridictionnel ne doit pas seulement être possible dans le cas d'un droit d'entrée accordé par le droit de l'Union. La Cour a récemment confirmé la nécessité de garantir un recours devant une juridiction conformément à l'article 47 de la Charte et au principe d'effectivité dans l'arrêt El Hassani, une affaire concernant un refus de visa Schengen. Il s'agit d'un domaine dans lequel les autorités nationales disposent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les conditions d'application et l'évaluation des faits pertinents [56]. De plus, j'estime qu'il n'existe *pas de droit* à l'obtention d'un visa. Toutefois, le fait que la loi ne prévoit pas de droit matériel à un résultat donné ne signifie pas que le demandeur n'a pas droit à ce que sa demande soit traitée d'une manière équitable et qu'il ne dispose pas, si nécessaire, d'un droit à une protection juridictionnelle effective [57].

93. Il est dès lors incontesté qu'en l'espèce, même à considérer que l'article 15 de la directive 2004/38 ne s'applique pas aux personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, de cette même directive, l'accès à un recours *juridictionnel* émane de la mise en œuvre conjointe de l'article 3, paragraphe 2, de ladite directive et de l'article 47 de la Charte. Aucune des parties intéressées ayant présenté des observations n'a soutenu que l'accès aux juridictions ne devrait pas être la règle en cas de refus de carte de séjour aux membres de la famille élargie. La question controversée est plutôt celle de la portée et de l'intensité du contrôle juridictionnel requis.

94. La non-application de l'article 15 de la directive 2004/38 aux personnes visées à l'article 3, paragraphe 2, de la même directive signifierait qu'aucune règle spécifique ne détermine la portée du contrôle juridictionnel. En vertu d'une jurisprudence constante, en l'absence de telles exigences spécifiques, ces éléments doivent être définis par l'organisation judiciaire de chaque État membre [58]. Cette autonomie procédurale des États membres connaît toutefois deux limites : le principe d'équivalence et le principe d'effectivité [59].

95. Il est en outre également constant que la présente affaire porte sur une situation dans laquelle un État membre met en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte. Les normes de protection de l'article 47 doivent donc être respectées [60].

a) Sur l'équivalence

96. Le principe d'équivalence suppose que les règles relatives aux recours concernant des violations du droit de l'Union s'appliquent de la même manière (ou ne sont pas moins favorables) que celles relatives aux recours internes comparables [61].

97. Dans les informations présentées devant la Cour, rien n'indique que ce principe a été violé. L'affaire porte sur la distinction qui est établie dans le système de protection juridictionnelle entre une catégorie de personnes (les membres de la famille élargie) et un autre groupe de personnes qui tirent leurs droits du droit de l'Union (les membres de la famille au sens strict). Une telle comparaison ne relève pas du principe d'équivalence puisque les deux groupes de personnes relèvent du droit de l'Union [62].

56 Arrêt du 13 décembre 2017 (C-403/16, EU:C:2017:960, points 36 à 41).

57 Voir mes conclusions dans l'affaire El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:659, points 103 à 106).

58 Voir, par exemple, arrêts du 5 mars 1980, Pecastaing (98/79, EU:C:1980:69, point 11), et du 17 juin 1997, Shingara et Radiom (C-65/95 et C-111/95, EU:C:1997:300, point 24).

59 Voir, par exemple, arrêt du 6 octobre 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, point 52 et jurisprudence citée).

60 Voir arrêts du 26 février 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, point 29), et du 26 février 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, point 60).

61 Voir, à cet effet, arrêt du 17 mars 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, point 29 et jurisprudence citée).

62 Voir arrêt du 20 octobre 2016, Danqua (C-429/15, EU:C:2016:789, point 32).

98. M^me^ Banger a toutefois soutenu lors de l'audience que le fait d'exclure du droit de recours de pleine juridiction les partenaires ayant une relation durable avec des citoyens de l'Union (en tant que membres de la famille élargie) établit une différence de traitement par rapport aux partenaires ayant une relation durable avec d'autres citoyens britanniques, selon toute vraisemblance, ceux qui n'ont pas exercé leurs droits de libre circulation. Comme cet argument n'a pas été développé plus avant, la Cour ne peut pas déterminer les recours nationaux par rapport auxquels elle devrait examiner la conformité avec le principe d'équivalence. Il appartient dès lors à la juridiction de renvoi de déterminer si les recours formés contre un refus d'octroyer des cartes de séjour aux membres de la famille élargie (au regard de la directive 2004/38 comme au regard de son application par analogie aux membres de la famille étendue de citoyens de l'Union de retour dans leur État membre d'origine) ne font pas l'objet d'un traitement moins favorable que d'autres recours similaires en droit interne.

b) Sur l'effectivité

99. Après le traité de Lisbonne, l'effectivité de la protection juridictionnelle est apparue sous deux formes : l'effectivité comme l'une des deux exigences que recouvre l'autonomie procédurale des États membres, et l'effectivité en tant que droit fondamental à un recours juridictionnel effectif en vertu de l'article 47 de la Charte.

100. Le lien entre ces deux « effectivités » reste débattu [63]. En pratique, je n'aperçois toutefois pas ce que l'article 47 de la Charte ajouterait, en matière de recours *juridictionnel*, à ce qui ne relevait pas (ou plutôt n'aurait pas pu relever, si la question s'était posée) du principe d'effectivité. Tel est sans aucun doute le cas lorsque ce dernier principe est compris comme s'opposant non seulement à l'*impossibilité* de faire respecter le droit de l'Union mais aussi au fait de rendre *extrêmement difficile* de le faire respecter. Il y a lieu de rappeler que ces deux acceptions de l'effectivité ne s'appliquent naturellement que dans le cadre du droit de l'Union et uniquement en lien avec un recours fondé sur le droit de l'Union.

101. Quoi qu'il en soit, il semblerait que depuis l'entrée en vigueur de la Charte, l'article 47 se soit développé plus fortement [64]. L'examen de la jurisprudence de la Cour fait apparaître que l'article 47 de la Charte fixe actuellement des critères plus exigeants que le principe d'effectivité. Laissons à la doctrine le soin d'examiner dans quelle mesure cela découle du libellé de l'article 47 de la Charte et dans quelle mesure il s'agit de la conséquence simple et naturelle de la jurisprudence plus récente, post-Lisbonne, qui s'est développée sur la base de cet article. Les principaux éléments de la jurisprudence peuvent se résumer comme suit.

102. Dans le cadre du principe d'effectivité en tant que limite à l'autonomie procédurale des États membres, la Cour a considéré qu'il n'est pas exigé que les juridictions puissent, en toutes circonstances, *remplacer* la décision quant au fond et aux faits [65]. La jurisprudence de la Cour montre également qu'un contrôle juridictionnel qui est limité en ce qui concerne l'appréciation de certaines questions de fait ne rend pas toujours impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union [66]. Il convient que la procédure nationale de contrôle juridictionnel « permette à la juridiction saisie d'un recours en annulation d'une telle décision

63 Voir, par exemple, pour une argumentation antérieure, Prechal, S., et Widdershoven, R., « Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection », *Review of European Administrative Law*, vol. 4, n° 2, 2011, p. 46.

64 Voir, à cet égard, conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Puškár (C-73/16, EU:C:2017:253, points 49 et suivants) et conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, points 65 et suivants).

65 En particulier, et de manière similaire au contrôle des actes de l'Union par les juridictions de l'Union, lorsqu'une autorité est appelée à effectuer des évaluations complexes, jouissant pour cela d'un large pouvoir d'appréciation. Voir arrêt du 21 janvier 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, points 34 et 35).

66 Voir arrêt du 6 octobre 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, point 58), où la juridiction de renvoi avait souligné la possibilité très limitée de contrôler les conclusions de fait pertinentes auxquelles était parvenue l'autorité administrative.

d'appliquer effectivement, dans le cadre du contrôle de la légalité de celle-ci, les principes et les règles du droit de l'Union pertinents» [67]. L'étendue et l'intensité du contrôle juridictionnel exigées par le principe d'effectivité dépendent du contenu et de la nature des règles et principes pertinents du droit de l'Union mis en œuvre par la décision nationale contestée [68].

103. L'obligation d'effectuer un contrôle plus complet, qui inclut la vérification des faits et du fond de la décision, prend de l'importance en raison des exigences de l'article 47 de la Charte lorsqu'un tel examen est pertinent, compte tenu des circonstances de l'affaire en cause. En effet, en ce qui concerne le droit d'*accès à un tribunal*, la Cour a considéré que, « pour qu'un "tribunal" puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations découlant du droit de l'Union en conformité avec l'article 47 de la Charte, il faut qu'il ait compétence pour examiner *toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi*» [69]. Dans le cadre du contrôle d'une action administrative, la Cour a également considéré que l'exigence d'impartialité énoncée à l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte suppose que « la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions d'indépendance et d'impartialité subisse le contrôle ultérieur d'un organe juridictionnel qui doit, notamment, avoir compétence pour se pencher sur *toutes les questions pertinentes*» [70].

104. Le respect du droit à une protection juridictionnelle effective doit dès lors être apprécié en fonction du contexte spécifique et des circonstances propres à l'espèce, « notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée» [71]. En conséquence, en ayant à l'esprit les règles spécifiques du droit de l'Union et la nature particulière des droits et intérêts en cause, la Cour a insisté sur la nécessité d'un contrôle approfondi des décisions couvrant à la fois les faits et le droit, en particulier lorsque les instruments en cause comportent déjà certaines exigences procédurales harmonisées [72].

105. Enfin, il pourrait être envisagé de s'inspirer de manière générale [73] de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme interprétant les articles 6 et 13 de la CEDH. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 6 de la CEDH, le caractère suffisant du contrôle juridictionnel doit s'apprécier au regard des pouvoirs de l'organe judiciaire en question et de facteurs tels que : « a) l'objet de la décision attaquée et en particulier la question de savoir s'il s'agissait ou non d'une question spécialisée requérant des connaissances ou une expérience professionnelles et s'il supposait l'exercice d'un pouvoir d'appréciation administratif et, dans l'affirmative, de l'étendue de ce pouvoir ; b) la méthode suivie pour parvenir à cette décision, en particulier, les garanties procédurales disponibles dans la procédure devant l'organe compétent ; et c) la teneur du litige, y compris les moyens d'appel, tant souhaités que réels» [74].

67 Arrêt du 6 octobre 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, point 58). Voir également arrêts du 21 janvier 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, points 30, 35 et 36), et du 9 juin 2005, HLH Warenvertrieb et Orthica (C-211/03, C-299/03 et C-316/03 à C-318/03, EU:C:2005:370, points 75 à 79).

68 Voir, à cet égard, arrêts du 11 décembre 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, points 40 à 45), et du 18 juin 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, points 59 à 64), qui considèrent qu'en matière de marchés publics, un contrôle juridictionnel limité à l'examen du caractère arbitraire est insuffisant. Voir, dans ce même domaine, à propos du contrôle juridictionnel du caractère raisonnable, conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, points 65 et suivants).

69 Arrêt du 6 novembre 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, point 49). Mise en italique par mes soins. Voir également, arrêt du 17 décembre 2015, Imtech Marine Belgium (C-300/14, EU:C:2015:825, point 38).

70 Arrêt du 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, point 55). Mise en italique par mes soins.

71 Voir, par exemple, arrêts du 18 juillet 2013, Commission e.a./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518, point 102) ; du 9 février 2017, M (C-560/14, EU:C:2017:101, point 33), ou du 26 juillet 2017, Sacko (C-348/16, EU:C:2017:591, point 41).

72 Voir, par exemple, en matière d'asile, arrêt du 28 juillet 2011, Samba Diouf (C-69/10, EU:C:2011:524, points 56, 57 et 61). Voir également par exemple Reneman, M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

73 Il ne s'agit en effet que d'une source d'inspiration, puisqu'il semblerait que l'article 47 de la Charte a une portée plus étendue que l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH (qui ne concerne que les contestations sur les droits et obligations de caractère civil ou relatives à des accusations en matière pénale) et que l'article 13 de la CEDH (qui est limité aux droits et libertés reconnus par la CEDH).

74 Cour EDH, 21 juillet 2011, Sigma Rado Television Ltd c. Chypre, CE:ECHR:2011:0721JUD003218104, § 154 et jurisprudence citée.

106. Il est sans doute intéressant d'observer qu'en prenant ces facteurs en considération, la Cour EDH a déclaré en diverses occasions que le contrôle juridictionnel prévu par le droit anglais est suffisant [75]. La Cour EDH a toutefois conclu à la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH lorsque la juridiction de contrôle ne pouvait pas se prononcer sur la *question principale du litige* ou lorsque les juridictions nationales s'étaient considérées liées par les conclusions antérieures d'organes administratifs qui avaient été déterminantes dans les affaires qui leur étaient soumises, sans examiner les questions de manière indépendante [76].

107. En guise de conclusion, il y a lieu de souligner deux éléments (étroitement liés) : premièrement, la meilleure généralisation possible en ce qui concerne la portée et la profondeur du contrôle qui ressort de la jurisprudence est plutôt laconique : cela dépend de plusieurs facteurs. Cela dépend de la nature particulière des droits tirés du droit de l'Union et des droits fixés par les règles du droit de l'Union applicables, analysés dans un contexte donné lié à l'objet du litige. Deuxièmement, plus l'harmonisation de ces critères (procéduraux) par le droit de l'Union est importante, plus le contrôle qui peut être requis au niveau national sera approfondi. À l'inverse, comme c'est le cas dans de nombreux domaines du droit de l'Union, la marge de manœuvre laissée aux États membres pour déterminer la manière dont la protection juridictionnelle est organisée est d'autant plus grande que les dispositions du droit de l'Union en la matière sont moins explicites.

3. La protection juridictionnelle effective et l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38

108. Quels sont alors les droits spécifiques qu'accordent les dispositions pertinentes du droit de l'Union dans la présente affaire ? Comme il est indiqué dans l'arrêt du 5 septembre 2012, Rahman (C-83/11, EU:C:2012:519), l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 laisse aux États membres une marge d'appréciation étendue [77]. Ce pouvoir d'appréciation n'est toutefois pas absolu. La Commission a très justement souligné que cette marge d'appréciation concerne le choix des conditions et des facteurs arrêtés par les États membres conformément à leur obligation d'adopter des dispositions nationales pour mettre en œuvre un régime de « facilitation » de l'entrée et du séjour des membres de la famille élargie. Ce pouvoir d'appréciation s'étend également à l'appréciation spécifique des faits pertinents pour déterminer si ces conditions sont remplies.

109. Toutefois, pouvoir d'appréciation ne signifie pas « boîte noire ». Selon la jurisprudence de la Cour, même lorsque les autorités compétentes disposent d'un pouvoir d'appréciation, le contrôle juridictionnel doit vérifier si la décision attaquée repose sur une base factuelle suffisamment solide et si elle respecte les garanties procédurales [78]. Lorsqu'elles vérifient si les limites du pouvoir d'appréciation fixées par la directive ont été respectées, les juridictions nationales doivent être en mesure de contrôler tous les aspects procéduraux ainsi que les éléments matériels de la décision, y compris sa base factuelle [79].

75 Voir, par exemple, Cour EDH, 22 novembre 1995, Bryan c. Royaume-Uni, (CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, § 44 à 47) ; Cour EDH, 27 octobre 2009, Crompton c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, § 78 et 79), et Cour EDH, 20 octobre 2015, Facia Ali c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2015:1020JUD004037810, § 79 et suivants). En ce qui concerne l'article 13 de la CEDH, voir Cour EDH, 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni (CE:ECHR:1989:0707JUD001403888, § 121 et 124), et Cour EDH, 30 octobre 1991 (Vilvarajah e.a. c. Royaume-Uni, CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, § 122 à 127).

76 Voir Cour EDH, 28 mai 2002, Kingsley c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2002:0528JUD003560597, § 32 à 34), et Cour EDH, 14 novembre 2006, Tsfayo c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2006:1114JUD006086000, § 46 à 49). En ce qui concerne l'article 13 de la CEDH, voir Cour EDH, 27 septembre 1999, Smith et Grady c. Royaume-Uni (CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, § 135 à 139), et Cour EDH, 8 juillet 2003, Hatton e.a. c. Royaume-Uni (CE:ECHR:2003:0708JUD003602297, § 140 à 142).

77 Voir points 53 à 55 des présentes conclusions.

78 Voir, à cet égard, arrêt du 4 avril 2017, Fahimian (C-544/15, EU:C:2017:255, points 45 et 46).

79 Voir, à cet égard, conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Fahimian (C-544/15, EU:C:2016:908, point 78).

110. Une fois encore, l'arrêt Rahman fournit des indications très claires à cet égard : un demandeur visé à l'article 3, paragraphe 2, « a le droit de faire vérifier par une juridiction si la législation nationale et l'application de celle-ci sont restées dans les limites de la marge d'appréciation tracée par [la] directive» [80]. En effet, même si la directive laisse une marge d'appréciation considérable, les juridictions nationales doivent pouvoir vérifier la compatibilité d'une décision nationale avec les obligations prévues à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

111. Outre l'exigence de « facilitation », les éléments qui doivent être susceptibles de contrôle juridictionnel découlant de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 sont au nombre de trois : la décision contrôlée doit être le résultat d'un *examen approfondi* (i), qui doit logiquement se refléter dans la motivation *justifiant* éventuellement *tout refus d'entrée ou de séjour* (ii). Cet examen doit en outre être effectué sur la base de la *situation personnelle*, qui inclut la relation avec le citoyen de l'Union et la situation de dépendance (iii).

112. Une cour ou un tribunal doit pouvoir contrôler tous ces éléments. Une juridiction nationale doit être habilitée à procéder, si elle l'estime nécessaire, à la vérification des faits pertinents essentiels qui se trouvent à la base de la décision administrative [81]. Il doit être possible d'apprécier si les motifs invoqués par l'administration correspondent aux critères établis par la législation nationale, dans les limites imposées par la directive. Il doit également être possible de vérifier si la justification est suffisante et adéquate. Il doit en particulier être possible de vérifier si la situation personnelle spécifique correspondant aux critères pertinents a été dûment examinée.

113. À l'inverse, tant que tous ces éléments peuvent être contrôlés et que toute décision administrative qui enfreint ces exigences peut être annulée, le recours effectif de l'article 47 de la Charte n'exige pas, selon moi, que la juridiction qui contrôle dispose de la compétence d'examiner de nouveaux éléments de preuve. Il n'est pas non plus requis qu'elle puisse constater des faits qui n'ont pas été présentés à l'autorité administrative ni qu'elle ait le pouvoir de substituer son propre jugement à la décision administrative.

114. Il appartient à la juridiction de renvoi, seule compétente pour interpréter le droit national, de déterminer si, et dans quelle mesure, le régime de contrôle juridictionnel en cause au principal répond à ces exigences.

4. Conclusion intermédiaire

115. Au vu des considérations qui précèdent, j'estime qu'il convient de répondre à la quatrième question préjudicielle que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens qu'il requiert un contrôle juridictionnel effectif des décisions refusant l'entrée ou le séjour aux membres de la famille élargie, conformément à l'article 47 de la Charte. Il appartient à la juridiction nationale compétente de vérifier si le système de contrôle juridictionnel prévu par la législation nationale répond à cette exigence.

80 Arrêts du 7 septembre 2004, Waddenvereniging et Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, EU:C:2004:482, point 66) ; du 26 mai 2011, Stichting Natuur en Milieu e.a. (C-165/09 à C-167/09, EU:C:2011:348, points 100 à 103), et du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 25), qui renvoie à l'arrêt du 24 octobre 1996, Kraaijeveld e.a. (C-72/95, EU:C:1996:404, point 56).

81 J'aimerais souligner que cela signifie simplement que les éléments de fait constatés par l'autorité administrative ne peuvent pas être *entièrement* exclus du contrôle juridictionnel. La catégorie, en termes de moyens recevables dans les régimes nationaux de contentieux administratif, dont relèvent ces éléments et le niveau auquel ils sont appréciés (tel que appréciation erronée des faits, erreur manifeste d'appréciation, dénaturation des éléments de preuve) est également une question de droit national. Pour une analyse comparative de divers systèmes de contrôle nationaux, voir par exemple Schwarze, J., *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009 (2e éd.), p. 274-311.

V. Conclusion

116. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par l'Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London [tribunal supérieur de Londres (chambre de l'immigration et de l'asile), Royaume-Uni] de la manière suivante :

– L'article 21, paragraphe 1, et l'article 45 TFUE doivent être interprétés en ce sens que lorsqu'un citoyen de l'Union a développé ou renforcé sa vie de famille lors de l'exercice de son droit de séjour dans un autre État membre, le régime de « facilitation » prévu à l'article 3, paragraphe 2, 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, s'applique par analogie au partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable lors de son retour dans son État membre d'origine. En conséquence, cet État membre doit favoriser, au sens de l'article 3, paragraphe 2, de cette directive, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour du partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée.

– Lorsqu'un citoyen de l'Union retourne dans son État membre d'origine après avoir exercé son droit de séjour dans un autre État membre dans lequel il a développé ou renforcé sa vie familiale avec un partenaire avec lequel il a une relation durable dûment attestée, l'article 21, paragraphe 1, et l'article 45 TFUE requièrent que, lorsqu'il prend une décision sur l'entrée et le séjour de ce partenaire, l'État membre d'origine du citoyen de l'Union entreprenne un examen approfondi de leur situation personnelle et qu'il motive tout refus d'entrée ou de séjour, en application de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

– L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens qu'il requiert un contrôle juridictionnel effectif des décisions refusant l'entrée ou le séjour aux membres de la famille élargie, conformément à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il appartient à la juridiction nationale compétente de vérifier si le système de contrôle juridictionnel prévu par la législation nationale répond à cette exigence.