



**CONSEIL DE
L'UNION EUROPÉENNE**

**Bruxelles, le 7 juillet 2009
(OR. en)**

11815/09

**MI 270
JAI 459
SOC 431**

NOTE DE TRANSMISSION

Origine: Pour le Secrétaire général de la Commission européenne,
Monsieur Jordi AYET PUIGARNAU, Directeur

Date de réception: 3 juillet 2009

Destinataire: Monsieur Javier SOLANA, Secrétaire général/Haut Représentant

Objet: Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil
concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et
l'application de la directive 2004/38/CE 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

Les délégations trouveront ci-joint le document de la Commission - COM(2009) 313 final.

p.j.: COM(2009) 313 final



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 2.7.2009
COM(2009) 313 final

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION
AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL**

concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE 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

COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL

concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE 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

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

1. INTRODUCTION

Le 10 décembre 2008, la Commission a adopté son rapport¹ sur l'application de la directive 2004/38/CE², qui donnait un aperçu global de la manière dont la directive était transposée en droit national et était appliquée dans la vie quotidienne.

Il concluait que globalement, la transposition de la directive laissait plutôt à désirer, notamment en ce qui concerne le chapitre VI (*qui permet aux États membres de limiter le droit des citoyens de l'UE et des membres de leur famille pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique*) et l'article 35 (*qui autorise les États membres à adopter les mesures nécessaires pour empêcher les abus et fraudes, tels que les mariages de complaisance*).

La Commission annonçait dans ce rapport son intention d'offrir une aide aux États membres et aux citoyens de l'UE et de mettre des informations à leur disposition en publiant des lignes directrices, au cours du premier semestre de 2009, sur certains sujets dont la transposition ou l'application avait été jugée problématique. Le Conseil³ et le Parlement européen⁴ se sont félicités de cette intention. Ces lignes directrices exposent le point de vue de la Commission et sont sans préjudice de la jurisprudence de la Cour de justice («la Cour») et de son évolution.

La présente communication a pour objet de fournir des orientations aux États membres sur la manière d'appliquer correctement la directive 2004/38/CE 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, afin d'apporter des améliorations réelles à tous les citoyens européens et de faire de l'Union un espace de sécurité, de liberté et de justice.

Ce rapport mettait également en évidence les problèmes fréquents concernant le droit d'entrée et de séjour des membres de la famille qui sont ressortissants de pays tiers et l'obligation, pour les citoyens de l'UE, de présenter des documents supplémentaires non prévus dans la directive lorsqu'ils introduisent une demande de séjour. La Commission a annoncé dans ce rapport qu'elle intensifierait ses efforts pour garantir une transposition et une mise en œuvre correctes de la directive. Pour y parvenir, elle continuera d'informer les citoyens de l'Union des droits

¹ COM(2008) 840 final.

² 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.

³ Conclusions des Conseils JAI de novembre 2008 et février 2009.

⁴ Résolution du Parlement européen du 2 avril 2009 sur l'application de la directive 2004/38/CE (2008/2184(INI)).

qui leur sont conférés par la directive, notamment en diffusant un guide simplifié à leur intention et en utilisant au mieux l'internet. En outre, la Commission organisera des rencontres bilatérales avec les États membres afin d'examiner les questions liées à la mise en œuvre et à l'application de la directive et recourra pleinement aux pouvoirs qui lui sont conférés par le traité.

De nos jours, plus de huit millions de citoyens de l'Union exercent leur droit de circuler et de séjourner librement et vivent actuellement dans un autre État membre. La libre circulation des citoyens constitue l'une des libertés fondamentales du marché intérieur et se trouve au cœur du projet européen. La directive 2004/38/CE a codifié et revu les instruments communautaires existants en vue de simplifier et de renforcer le droit à la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille. À titre d'observation générale, la Commission rappelle que la directive doit être interprétée et appliquée conformément aux droits fondamentaux⁵, notamment le droit au respect de la vie privée et familiale, le principe de non-discrimination, les droits de l'enfant et le droit à un recours effectif, tels qu'ils sont garantis dans la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et repris dans la charte des droits fondamentaux de l'UE.

La libre circulation des personnes constituant l'un des fondements de l'Union, les dérogations à ce principe doivent être d'interprétation stricte⁶. Toutefois, le droit à la libre circulation dans l'Union n'est pas illimité et s'accompagne d'obligations pour ses bénéficiaires, ce qui implique de se conformer aux lois du pays d'accueil.

2. CITOYENS DE L'UNION ET MEMBRES DE LA FAMILLE RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS: ENTREE ET SEJOUR

La directive⁷ ne s'applique qu'aux citoyens de l'Union qui se rendent ou séjournent dans un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité, ainsi qu'aux membres de leur famille qui les accompagnent ou les rejoignent.

T., ressortissante de pays tiers, séjourne dans l'État membre d'accueil depuis quelque temps. Elle souhaite que son conjoint, également ressortissant de pays tiers, l'y rejoigne. Étant donné que ni l'un ni l'autre n'est un citoyen de l'Union, le couple ne peut bénéficier des droits énoncés dans la directive, et il appartient au seul État membre concerné de fixer les règles applicables aux ressortissants de pays tiers rejoignant leur conjoint de pays tiers, sans préjudice – le cas échéant – d'autres instruments du droit communautaire.

Les citoyens de l'Union résidant dans l'État membre dont ils ont la nationalité ne bénéficient pas en principe des droits conférés par la législation communautaire relative à la libre circulation des personnes, et les membres de leur famille ressortissants de pays tiers restent soumis à la réglementation nationale en matière d'immigration. Toutefois, les citoyens de l'Union qui rentrent dans leur État membre d'origine après avoir séjourné dans un autre État membre⁸ et, dans certains cas, les citoyens de l'Union qui ont exercé leur droit à la libre

⁵ Arrêts dans les affaires jointes C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos et Oliveri, points 97 et 98, et dans l'affaire C-127/08, Metock, point 79.

⁶ Arrêts dans les affaires 139/85, Kempf, point 13, et C-33/07, Jipa, point 23.

⁷ Article 3, paragraphe 1.

⁸ Arrêts dans les affaires C-370/90, Singh, et C-291/05, Eind.

circulation dans un autre État membre sans y séjourner⁹ (par exemple, en fournissant des services dans un autre État membre sans y séjourner) bénéficient également des règles en matière de libre circulation des personnes.

P. réside dans l'État membre dont elle a la nationalité. Il s'y plaît et n'a jamais séjourné dans un autre État membre. S'il souhaite faire venir sa conjointe ressortissante de pays tiers, le couple ne peut bénéficier des droits énoncés dans la directive, et il appartient au seul État membre concerné de fixer les règles en ce qui concerne le droit des conjoints de pays tiers de rejoindre ses nationaux.

Les travailleurs frontaliers sont couverts par le droit communautaire dans les deux pays (*en tant que travailleurs migrants dans l'État membre d'emploi et en tant que personnes subvenant à leurs besoins dans l'État membre de résidence*).

2.1. Membres de la famille et autres bénéficiaires

2.1.1. Conjoints et partenaires

Les mariages valablement contractés dans un pays doivent en principe être reconnus aux fins de l'application de la directive. Les **mariages forcés**, dans lesquels l'une des parties ou les deux sont mariées sans leur consentement ou contre leur volonté, ne sont protégés ni par le droit international¹⁰ ni par le droit communautaire. Il convient d'établir une distinction, d'une part, entre mariages forcés et **mariages arrangés**, contractés par les deux parties de leur libre et plein consentement, bien qu'un tiers ait déterminé le choix du partenaire et, d'autre part, entre mariages forcés et mariages de complaisance, définis à la section 4.2 ci-dessous.

Les États membres ne sont pas tenus de reconnaître les **mariages polygames**, contractés légalement dans un pays tiers, qui peuvent être contraires à leur ordre juridique interne¹¹, et ce sans préjudice de l'obligation de tenir dûment compte de l'intérêt supérieur des enfants issus de ces mariages.

La directive doit être appliquée dans le respect du principe de non-discrimination inscrit notamment à l'article 21 de la charte de l'UE.

Le partenaire avec lequel un citoyen de l'Union a une relation de fait durable, dûment attestée, est couvert par l'article 3, paragraphe 2, point b). Les personnes dont les droits en vertu de la directive découlent de leur qualité de **partenaire durable** peuvent être tenues de produire des justificatifs de leur relation avec un citoyen de l'Union et du caractère durable de celle-ci. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié.

Cette condition de durabilité de la relation doit être appréciée à la lumière de l'objectif de la directive de maintenir l'unité de la famille au sens large du terme¹². Si les règles nationales sur le caractère durable du partenariat peuvent indiquer une durée minimale à titre de critère pour

⁹ Arrêt dans l'affaire C-60/00, Carpenter.

¹⁰ Entre autres, article 16, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou article 16, paragraphe 1, point b), de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

¹¹ Arrêt de la CEDH dans l'affaire Alilouch El Abasse c. Pays-Bas (6 janvier 1992).

¹² Considérant 6.

déterminer si un partenariat peut être considéré comme durable ou non, elles doivent dans ce cas prévoir la prise en considération des autres éléments pertinents (*tels que, par exemple, un emprunt immobilier commun*). Tout refus d'entrée ou de séjour doit être dûment motivé par écrit et doit pouvoir faire l'objet d'un recours.

2.1.2. Membres de la famille directs

Sans préjudice des questions liées à la reconnaissance des décisions des autorités nationales, la notion de **descendants et ascendants directs** s'étend aux enfants et parents adoptifs¹³ ainsi qu'aux mineurs accompagnés d'un tuteur légal permanent. En cas de garde temporaire, les enfants et parents adoptifs peuvent avoir des droits en vertu de la directive, en fonction de la force du lien qui les unit dans le cas d'espèce. Il n'existe aucune restriction quant au degré de parenté. Les autorités nationales peuvent demander aux intéressés d'apporter la preuve du lien de parenté allégué.

Dans la mise en œuvre de la directive, les États membres doivent toujours agir dans le respect de **l'intérêt supérieur de l'enfant**, ainsi que le prévoit la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

2.1.3. Autres membres de la famille

L'article 3, paragraphe 2, point a), ne prévoit aucune restriction quant au lien de parenté dans le cas des **«autres membres de la famille»**.

2.1.4. Membres de la famille à charge

Selon la jurisprudence¹⁴ de la Cour, la qualité de membre de la famille **«à charge»** résulte d'une situation de fait caractérisée par le fait que le **soutien matériel**¹⁵ de ce membre de la famille est assuré par le citoyen de l'Union ou par son conjoint/partenaire. La qualité de membre de la famille à charge ne présuppose pas un droit à des aliments. Il n'est pas nécessaire de se demander si les membres de la famille concernés seraient, théoriquement, en mesure de subvenir à leurs besoins, par exemple par l'exercice d'une activité rémunérée.

Pour déterminer si des membres de la famille sont à charge, il convient d'apprécier au cas par cas si, compte tenu de leur situation financière et sociale, ils ont besoin d'un soutien matériel pour subvenir à leurs besoins essentiels dans leur pays d'origine ou le pays d'où ils venaient lorsqu'ils ont demandé à rejoindre le citoyen de l'Union (*et non dans l'Etat membre d'accueil où séjourne ce dernier*). Dans ses arrêts sur la notion de dépendance, la Cour ne s'est référée à aucun niveau de vie pour déterminer le besoin de soutien financier devant être apporté par le citoyen de l'Union¹⁶.

¹³ Les enfants adoptifs sont pleinement protégés par l'article 8 de la CEDH [arrêts de la CEDH dans les affaires X c. Belgique et Pays-Bas (10 juillet 1975), X c. France (5 octobre 1982), et X, Y et Z c. Royaume-Uni (22 avril 1997)].

¹⁴ Arrêts dans les affaires 316/85, Lebon, point 22, et C-1/05, Jia, points 36 et 37.

¹⁵ La dépendance affective n'est pas prise en compte, voir les conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire C-200/02, Zhu et Chen, point 84.

¹⁶ Le critère de dépendance le plus approprié consiste à se demander d'abord si, à la lumière de ces circonstances particulières, les moyens financiers de la personne à charge lui permettent de parvenir à un niveau de vie seulement décent dans le pays où elle réside habituellement (conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire C-1/05, Jia, point 96).

La directive ne fixe aucune condition quant à la durée minimale de dépendance ni quant au montant du soutien matériel apporté, tant que la dépendance est réelle et de nature structurelle.

Les membres de la famille à charge sont tenus d'apporter la preuve écrite de leur qualité de personne à charge. Une telle preuve peut être faite par tout moyen approprié, ainsi que l'a confirmé la Cour¹⁷. Lorsque les membres de la famille concernés sont en mesure d'apporter la preuve de leur dépendance par d'autres moyens qu'une attestation délivrée par l'autorité compétente du pays d'origine ou du pays de provenance, l'État membre d'accueil est tenu de reconnaître leurs droits. Toutefois, le simple engagement du citoyen de l'Union de prendre en charge le membre de la famille concerné ne suffit pas en soi à établir l'existence d'une dépendance.

Conformément à l'**article 3, paragraphe 2**, les États membres disposent d'une certaine marge d'appréciation pour fixer les critères d'octroi aux «**autres membres de la famille à charge**» des droits conférés par la directive. Ils ne jouissent toutefois pas d'une liberté illimitée pour ce faire. Afin de maintenir l'unité de la famille au sens large du terme, la législation nationale doit prévoir un examen minutieux de la situation personnelle des demandeurs concernés, 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, ainsi que l'indique le considérant 6.

Toute décision négative est soumise à l'ensemble des garanties matérielles et procédurales de la directive. Elle doit être dûment motivée par écrit et doit pouvoir faire l'objet d'un recours.

2.2. Entrée et séjour des membres de la famille n'ayant pas la nationalité d'un État membre

2.2.1. Visas d'entrée

Ainsi que le prévoit l'article 5, paragraphe 2, les États membres peuvent imposer l'obligation de visa d'entrée aux membres de la famille qui sont ressortissants de pays tiers et qui circulent avec un citoyen de l'Union auquel s'applique la directive ou le rejoignent. Ces membres de la famille ont non seulement le droit d'entrer sur le territoire de l'État membre, mais aussi le **droit d'obtenir un visa d'entrée**¹⁸, ce qui les différencie des autres ressortissants de pays tiers, qui n'ont pas ce droit.

Un **visa de court séjour** doit en effet leur être délivré **sans frais dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée**. Par analogie avec l'article 23 du code des visas¹⁹, la Commission considère qu'un délai de délivrance excédant quatre semaines n'est pas raisonnable. Les autorités des États membres devraient conseiller les membres de la famille quant au type de visa à demander, et ne sauraient leur faire obligation d'introduire une demande de visa de long séjour ou de regroupement familial. Les États membres doivent accorder à ces personnes toutes facilités pour obtenir les visas nécessaires. Si les États membres peuvent recourir à des numéros d'appel surtaxés ou aux services d'une entreprise extérieure pour fixer les rendez-vous, ils doivent donner aux membres de la famille qui sont ressortissants de pays tiers un accès direct au consulat.

¹⁷ Arrêts dans les affaires C-215/03, Oulane, point 53, et C-1/05, Jia, point 41.

¹⁸ Arrêt dans l'affaire C-503/03, Commission/Espagne, point 42.

¹⁹ COM(2006) 403 final/2.

Quant au droit d'obtenir un visa d'entrée découlant de l'existence d'un lien de parenté avec le citoyen de l'Union, les États membres ne peuvent exiger que la **présentation d'un passeport en cours de validité et d'une preuve de l'existence d'un tel lien**²⁰ (*et, le cas échéant, d'une preuve de dépendance, de l'existence de raisons de santé graves ou de l'existence d'une relation durable*). Aucun document supplémentaire, du type attestation d'accueil, preuve de ressources suffisantes, lettre d'invitation ou billet aller-retour, ne peut être exigé.

Les États membres peuvent favoriser l'intégration des citoyens de l'Union et des membres de leur famille qui sont ressortissants de pays tiers en leur proposant des cours de langue ou d'autres cours ciblés non obligatoires²¹. Le refus d'assister à ces cours ne saurait tirer à conséquence.

Les cartes de séjour délivrées en application de l'article 10 de la directive aux *membres de la famille d'un citoyen de l'Union séjournant dans l'État membre d'accueil*, y compris celles qui sont délivrées par d'autres États membres, exemptent leur titulaire de l'obligation de visa lorsqu'il accompagne le citoyen de l'Union ou le rejoint dans l'État membre d'accueil.

Les cartes de séjour qui ne sont pas délivrées en application de la directive peuvent exempter leur titulaire de l'obligation de visa en vertu du code frontières Schengen²².

2.2.2. Cartes de séjour

Aux termes de l'article 10, paragraphe 1, le droit de séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un État membre est constaté par la délivrance d'un document dénommé «*Carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union*». La dénomination de cette carte de séjour ne doit pas s'écarter du libellé prévu par la directive, car des dénominations différentes rendraient matériellement impossible la reconnaissance de la carte de séjour dans les autres États membres comme document exemptant son titulaire de l'obligation de visa en vertu de l'article 5, paragraphe 2.

Étant donné qu'il n'existe pas de modèle de carte de séjour, les États membres sont libres de l'établir comme ils l'entendent²³. Toutefois, la carte de séjour doit être délivrée en tant que document distinct et non sous la forme d'une vignette apposée dans le passeport, car cela pourrait limiter la validité de la carte en violation de l'article 11, paragraphe 1.

La carte de séjour doit être **délivrée dans les six mois suivant la date de la demande**. Ce délai doit être interprété à la lumière de l'article 10 du traité CE et le délai maximal de six mois ne peut se justifier que dans les cas où il y a des raisons précises de vérifier s'il existe des raisons d'ordre public²⁴.

²⁰ Article 8, paragraphe 5, et article 10, paragraphe 2.

²¹ Cf. la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Multilinguisme: un atout pour l'Europe et un engagement commun (COM(2008) 566).

²² Article 5 du règlement (CE) n° 562/2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (*code frontières Schengen*).

²³ Le règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers ne s'applique pas aux membres de la famille de citoyens de l'Union européenne exerçant leur droit à la libre circulation (*article 5*).

²⁴ COM(1999) 372 final (*point 3.2*).

La **liste des documents**²⁵ requis pour la délivrance d'une carte de séjour est exhaustive, ainsi que le confirme le considérant 14. Aucun autre document ne peut être exigé.

Les États membres peuvent demander que des documents soient **traduits, notariés ou authentifiés**, lorsque l'autorité nationale concernée ne comprend pas la langue dans laquelle ils sont rédigés ou émet des doutes quant à l'authenticité de l'autorité de délivrance.

2.3. Séjour des citoyens de l'Union pendant plus de trois mois

Les citoyens de l'Union ont le droit de séjourner dans l'État membre d'accueil s'ils y exercent une activité économique. Les étudiants et les citoyens de l'Union n'exerçant pas d'activité économique doivent disposer, pour eux et pour les membres de leur famille, de **ressources suffisantes** afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de leur séjour, et d'une **assurance maladie complète**.

La **liste des documents** requis pour la délivrance d'un titre de séjour est exhaustive. Aucun autre document ne peut être exigé.

2.3.1. Ressources suffisantes

La **notion de «ressources suffisantes»** doit être interprétée à la lumière de l'objectif de la directive, à savoir faciliter la libre circulation, tant que les bénéficiaires du droit de séjour ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil.

Pour apprécier l'existence de ressources suffisantes, il convient en premier lieu de se demander si le citoyen de l'Union (*et les membres de sa famille dont le droit de séjour dépend de lui*) remplira(en)t les critères nationaux pour obtenir l'**allocation sociale de base**.

Les citoyens de l'Union disposent de ressources suffisantes lorsque le niveau de leurs ressources est supérieur au seuil au-dessous duquel une allocation minimale de subsistance est octroyée dans l'État membre d'accueil. Lorsque ce critère ne peut s'appliquer, il convient de tenir compte de la pension minimale de sécurité sociale.

L'article 8, paragraphe 4, interdit aux États membres de fixer, directement ou indirectement, le montant des ressources qu'ils considèrent comme «suffisantes» et au-dessous duquel le droit de séjour peut être automatiquement refusé. Les autorités nationales doivent tenir compte de la situation personnelle de l'intéressé. Les ressources provenant d'un tiers doivent être acceptées²⁶.

Les autorités nationales peuvent, au besoin, vérifier l'existence, la licéité, le montant et la disponibilité des ressources. Ces ressources ne doivent pas obligatoirement être régulières et peuvent prendre la forme d'un capital accumulé. Les moyens de preuve à cet égard ne peuvent être limités²⁷.

Afin de déterminer si une personne dont les ressources ne peuvent plus être considérées comme suffisantes et qui a perçu l'allocation minimale de subsistance est devenue **une charge**

²⁵ Article 10, paragraphe 2.

²⁶ Arrêt dans l'affaire C-408/03, Commission/Espagne (points 40 et suiv.).

²⁷ Arrêt dans l'affaire C-424/98, Commission/Italie (point 37).

déraisonnable, les autorités nationales peuvent procéder à une appréciation de la proportionnalité. Pour ce faire, les États membres peuvent définir, par exemple, un système à points qui leur servira d'indicateur. Le considérant 16 de la directive 2004/38 définit **trois séries de critères** à cette fin:

(1) La durée

- Pour quelle durée l'allocation est-elle octroyée?
- Prévisions: le citoyen de l'Union est-il susceptible de pouvoir prochainement se passer des prestations d'assistance sociale?
- Depuis combien de temps l'intéressé séjourne-t-il dans l'État membre d'accueil?

(2) La situation personnelle

- Quel est le degré d'intégration du citoyen de l'Union et des membres de sa famille dans la société de l'État membre d'accueil?
- Des considérations particulières (âge, état de santé, situation familiale et économique) doivent-elles être prises en compte?

(3) Le montant

- Quel est le montant total de l'aide accordée?
- Le citoyen de l'Union a-t-il toujours été fort dépendant de l'assistance sociale?
- Le citoyen de l'Union contribue-t-il depuis longtemps au financement de l'assistance sociale dans l'État membre d'accueil?

Les bénéficiaires du droit de séjour ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement pour ce motif, aussi longtemps qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil²⁸.

Seule la perception de prestations d'assistance sociale peut être considérée comme pertinente pour déterminer si l'intéressé représente une charge pour le système d'assistance sociale.

2.3.2. Assurance maladie

Toute assurance, privée ou publique, souscrite dans l'État membre d'accueil ou ailleurs, est en principe acceptable tant qu'elle prévoit une **couverture complète** et ne crée pas de charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil. Dans la protection de leurs finances publiques, tout en appréciant l'exhaustivité de la couverture d'assurance maladie, les États membres doivent agir dans le respect à la fois des limitations imposées par le droit communautaire et du principe de proportionnalité²⁹.

²⁸ Article 14, paragraphe 3.

²⁹ Arrêt dans l'affaire C-413/99, Baumbast, points 89 à 94.

Les titulaires de pensions ou de rentes remplissent la condition de l'assurance maladie complète s'ils ont droit aux soins médicaux au titre de la législation de l'État membre qui leur verse leur pension ou rente³⁰.

La carte européenne d'assurance maladie confère cette couverture complète lorsque le citoyen de l'Union concerné ne transfère pas sa résidence – au sens du règlement (CEE) n° 1408/71 - sur le territoire de l'État membre d'accueil et a l'intention de retourner dans l'État membre où il réside, par exemple, dans le cas d'études ou d'un détachement dans un autre État membre.

3. LIMITATIONS A L'EXERCICE DU DROIT DE CIRCULER ET DE SEJOURNER LIBREMENT POUR DES RAISONS D'ORDRE PUBLIC OU DE SECURITE PUBLIQUE

La présente section développe la communication de 1999³¹ sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Le contenu de cette communication reste généralement valable, même s'il renvoie à la directive 64/221 qui a été remplacée par la directive 2004/38. La présente section a pour objet d'actualiser le contenu de la communication de 1999 à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour et de clarifier certaines questions soulevées durant la mise en œuvre de la directive.

La **libre circulation des personnes** constitue l'un des fondements de l'Union. Les dispositions consacrant cette liberté **doivent**, à ce titre, **être interprétées largement**, alors que les dérogations à ce principe doivent être, au contraire, d'interprétation stricte³².

3.1. Ordre public et sécurité publique

Les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation des citoyens de l'Union pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique. Le chapitre VI de la directive s'applique à toute mesure prise pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique qui affecte le droit des personnes relevant du champ d'application de la directive d'entrer et de séjourner librement dans l'État membre d'accueil sous les mêmes conditions que les nationaux de cet État³³.

Si les États membres restent libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux pouvant varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre, les exigences de l'ordre public et de la sécurité publique, il n'en demeure pas moins que, dans le contexte de l'application de la directive, ces exigences doivent être entendues strictement³⁴.

Il est dès lors essentiel que les États membres définissent clairement les intérêts de la société à protéger et établissent une distinction claire entre ordre public et sécurité publique. Cette dernière ne saurait être étendue aux mesures qui doivent relever de la première.

³⁰ Articles 27, 28 et 28 bis du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. À partir du 1^{er} mars 2010, le règlement (CE) n° 883/04 le remplacera, mais ce sont les mêmes principes qui s'appliqueront.

³¹ COM(1999) 372.

³² Arrêts dans les affaires 139/85, Kempf, point 13, et C-33/07, Jipa, point 23.

³³ Arrêts dans les affaires 36/75, Rutili, points 8 à 21, et 30/77, Bouchereau, points 6 à 24.

³⁴ Arrêts dans les affaires 36/75, Rutili, point 27; 30/77, Bouchereau, point 33; et C-33/07, Jipa, point 23.

On entend généralement par «**sécurité publique**» la sécurité intérieure et extérieure³⁵ dans le sens de la préservation de l'intégrité du territoire d'un État membre et de ses institutions. On interprète généralement l'«**ordre public**» dans le sens de la prévention des troubles de l'ordre social.

Des citoyens de l'Union ne peuvent être éloignés du territoire de l'État membre d'accueil qu'en raison d'un comportement donnant lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement dans cet État, ainsi que le confirme³⁶ la jurisprudence de la Cour.

En tout état de cause, le non-respect de l'obligation d'enregistrement n'est pas de nature à constituer, en lui-même, un comportement menaçant l'ordre et la sécurité publics et ne saurait dès lors, à lui seul, justifier une mesure d'éloignement³⁷.

3.2. Comportement personnel et menace

Des mesures restrictives ne peuvent être prises qu'au cas par cas lorsque le comportement personnel de l'intéressé constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société de l'État membre d'accueil³⁸. Des mesures restrictives ne sauraient être fondées exclusivement sur des considérations propres à la protection de l'ordre public ou de la sécurité publique invoquées par un autre État membre³⁹.

Le droit communautaire exclut l'adoption de mesures restrictives pour des **motifs de prévention générale**⁴⁰. Les mesures restrictives doivent être fondées sur une menace réelle et ne sauraient être justifiées que par un risque général⁴¹. Des mesures restrictives à la suite d'une condamnation pénale ne peuvent être automatiques, mais doivent tenir compte du comportement personnel de l'auteur de l'infraction et de la menace qu'il représente pour l'ordre public⁴². Des justifications détachées du **comportement personnel** de l'intéressé ne sauraient être retenues. Les mesures d'éloignement automatiques ne sont pas autorisées en vertu de la directive⁴³.

Les droits conférés par la directive ne peuvent être restreints que si le comportement personnel de l'intéressé constitue une **menace**, c'est-à-dire s'il est susceptible de porter gravement atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique.

Une menace qui n'est que présumée n'est pas **réelle**. Il doit s'agir d'une menace **actuelle**. Le comportement passé ne peut être pris en compte qu'en cas de risque de récidive⁴⁴. La menace doit exister au moment où la mesure restrictive est adoptée par les autorités nationales ou appréciée par les juridictions⁴⁵. Le sursis constitue un élément important aux fins de

³⁵ Arrêts dans les affaires C-423/98, Albore, points 18 et suiv., et C-285/98, Kreil, point 15.

³⁶ Arrêts dans les affaires 115/81, Adoui et Cornuaille, points 5 à 9, et C-268/99, Jany, point 61.

³⁷ Arrêt dans l'affaire 48/75, Royer, point 51.

³⁸ Tous ces critères sont cumulatifs.

³⁹ Arrêts dans les affaires C-33/07, Jipa, point 25, et C-503/03, Commission/Espagne, point 62.

⁴⁰ Arrêt dans l'affaire C-67/74, Bonsignore, points 5 à 7.

⁴¹ La prévention générale dans des circonstances spécifiques, telles que les grands événements sportifs, fait l'objet de la communication de 1999 (cf. point 3.3).

⁴² Arrêts dans les affaires C-348/96, Calfa, points 17 à 27, et 67/74, Bonsignore, points 5 à 7.

⁴³ Arrêt dans l'affaire C-408/03, Commission/Belgique, points 68 à 72.

⁴⁴ Arrêt dans l'affaire 30/77, Bouchereau, points 25 à 30.

⁴⁵ Arrêt dans les affaires jointes C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos et Oliveri, point 82.

l'appréciation de la menace, car il laisse entendre que la personne concernée ne représente plus un danger réel.

Une **affiliation** actuelle à une **organisation** peut être prise en compte lorsque l'intéressé participe aux activités de l'organisation et s'identifie à ses buts et à ses desseins⁴⁶. Les États membres ne sont pas tenus d'incriminer ou d'interdire les activités d'une organisation pour pouvoir restreindre les droits conférés par la directive, tant qu'il existe des mesures administratives pour contrecarrer ces activités. Les affiliations qui ont pris fin dans le passé⁴⁷ ne sauraient en général constituer une menace actuelle.

L'**existence d'une condamnation pénale** peut être prise en compte, mais uniquement dans la mesure où les circonstances qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public⁴⁸. Les autorités doivent fonder leur décision sur une appréciation du comportement futur de la personne concernée. La nature et le nombre des condamnations doivent constituer un élément important dans cette appréciation, et une attention particulière doit être accordée à la gravité et à la fréquence des infractions commises. S'il est essentiel de tenir compte du risque de récidive, une vague possibilité de nouvelles infractions ne suffit pas⁴⁹.

A. et I. ont purgé la peine privative de liberté de deux ans à laquelle elles avaient été condamnées pour vol. Les autorités ont examiné si le comportement personnel des deux sœurs représente une menace, c'est-à-dire s'il est susceptible de porter de nouveau gravement atteinte à l'ordre public.

Il s'agissait de la première condamnation d'A. Elle s'est bien comportée en prison. Elle a trouvé un emploi à sa sortie de prison. Les autorités ne trouvent rien dans son comportement qui constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave.

Quant à I., il s'agissait déjà de sa quatrième condamnation. La gravité des infractions commises s'est accrue au fil du temps. Son comportement en prison est loin d'avoir été exemplaire et ses deux demandes de libération conditionnelle ont été rejetées. Moins de deux semaines après sa sortie de prison, elle a été arrêtée alors qu'elle s'apprêtait à commettre un nouveau vol. Les autorités en concluent que le comportement d'I. constitue une menace pour l'ordre public.

Dans certains cas, des actes récurrents de **petite délinquance** peuvent constituer une menace pour l'ordre public, bien qu'une infraction unique, considérée individuellement, ne puisse représenter une menace suffisamment grave, telle que définie plus haut. Les autorités nationales doivent montrer que le comportement personnel de l'intéressé représente une menace pour l'ordre public⁵⁰. Lorsqu'elles cherchent à déterminer s'il existe ou non une menace pour l'ordre public dans ces cas, les autorités peuvent notamment prendre en considération les **éléments** suivants:

⁴⁶ Arrêt dans l'affaire C-41/74, van Duyn, points 17 et suiv.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Arrêts dans les affaires jointes C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos et Oliveri, points 82 et 100, et dans l'affaire C-50/06, Commission/Pays-Bas, points 42 à 45.

⁴⁹ Par exemple, le risque de récidive sera plutôt plus élevé en cas de toxicodépendance dans le cadre de laquelle un risque existe que de nouveaux délits soient commis pour en assurer le financement, conclusions de l'avocat général dans les affaires jointes C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos et Oliveri.

⁵⁰ Arrêt dans l'affaire C-349/06, Polat, point 35.

- la nature des infractions;
- leur fréquence;
- le préjudice causé.

L'existence de plusieurs condamnations n'est pas suffisante en soi.

3.3. Appréciation de la proportionnalité

Le chapitre VI de la directive doit être compris non comme une condition préalable posée à l'acquisition et au maintien du droit d'entrée et de séjour, mais uniquement comme ouvrant la possibilité d'apporter, en présence d'une justification appropriée, des restrictions à l'exercice d'un droit directement dérivé du traité⁵¹.

Une fois qu'elles ont établi que le comportement personnel de l'intéressé représente une menace suffisamment grave pour justifier l'adoption d'une mesure restrictive, les autorités doivent procéder à une **appréciation de la proportionnalité** afin de déterminer si celui-ci peut se voir refuser le droit d'entrée sur le territoire ou en être éloigné pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique.

Les autorités nationales doivent recenser les intérêts à protéger, à la lumière desquels elles doivent analyser les caractéristiques de la menace. Les **éléments** suivants peuvent entrer en ligne de compte:

- la gravité de la menace que représente pour la société la présence de la personne concernée sur le territoire de l'État membre;
- la nature des infractions, leur fréquence, le risque cumulé et le préjudice causé;
- le temps écoulé depuis la commission des infractions et le comportement de la personne concernée (*N.B.: sa bonne conduite en prison et son éventuelle libération conditionnelle pourraient également être prises en considération*).

Il convient d'évaluer rigoureusement la situation personnelle et familiale de l'intéressé afin de déterminer si la mesure envisagée est adéquate et ne va pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour réaliser l'objectif visé et s'il existe des mesures moins restrictives pour y parvenir. Les **éléments** suivants, exposés dans la liste indicative à l'article 28, paragraphe 1, devraient être pris en compte⁵²:

- l'incidence de l'éloignement sur la situation économique, personnelle et familiale de l'intéressé (*y compris sur les autres membres de la famille qui auraient le droit de rester dans l'État membre d'accueil*);
- la gravité des difficultés auxquelles le conjoint/partenaire et le ou les enfants risquent d'être confrontés dans le pays d'origine de la personne concernée;

⁵¹ Arrêt dans l'affaire 321/87, Commission/Belgique, point 10.

⁵² S'agissant des droits fondamentaux, voir la jurisprudence de la CEDH dans les affaires Berrehab, Moustaqim, Beldjoudi, Boujlifa, El Boujaidi et Dalia.

- l'intensité des liens (*proches, visites, connaissances linguistiques*) – ou absence de liens – avec l'État membre d'origine et avec l'État membre d'accueil (*par exemple, la personne concernée est née dans l'État membre d'accueil ou y vit depuis son plus jeune âge*);
- la durée du séjour dans l'État membre d'accueil (*la situation d'un touriste diffère de celle d'une personne qui vit depuis de nombreuses années dans l'État membre d'accueil*);
- l'âge et l'état de santé de l'intéressé.

3.4. Protection renforcée contre l'éloignement

L'État membre d'accueil peut prendre une décision d'éloignement à l'encontre des citoyens de l'Union et des membres de leur famille qui ont acquis un droit de séjour permanent (*au bout de cinq ans*) uniquement pour des raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité publique. Une décision d'éloignement du territoire peut être prise à l'encontre des citoyens de l'Union qui ont séjourné dans l'État membre d'accueil pendant les dix années précédentes et les mineurs uniquement pour des motifs graves de sécurité publique (*et non d'ordre public*). Une nette distinction doit être établie entre les raisons normales, les raisons «impérieuses» et les motifs «graves» sur lesquels peut se fonder une décision d'éloignement.

En règle générale, lorsqu'aucun lien ne s'est tissé avec l'État membre d'accueil, ce dernier n'est pas obligé de tenir compte du **temps effectivement passé derrière les barreaux** pour calculer la durée du séjour au sens de l'article 28.

3.5. Urgence

L'article 30, paragraphe 3, dispose que le délai imparti pour quitter le territoire de l'État membre ne peut être inférieur à un mois, sauf en cas d'**urgence** dûment justifié. La justification d'un éloignement dans l'urgence doit être proportionnée et reposer sur des éléments réels⁵³. Lorsqu'elles évaluent la nécessité de raccourcir ce délai en cas d'urgence, les autorités doivent tenir compte de l'incidence d'un éloignement immédiat ou urgent sur la vie personnelle et familiale de la personne concernée (*p.ex. préavis de démission, résiliation du bail, déménagement, scolarité des enfants, etc.*). L'adoption d'une mesure d'éloignement pour des raisons impérieuses ou des motifs graves n'implique pas nécessairement une situation d'urgence. L'appréciation du caractère d'urgence doit être étayée clairement et séparément.

3.6. Garanties procédurales

Toute décision prise pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique doit toujours être notifiée à l'intéressé, ainsi que le prévoit l'article 30.

Les décisions doivent être dûment motivées et doivent énumérer tous les motifs factuels et juridiques spécifiques sous-jacents en vue de mettre la personne concernée en mesure d'assurer utilement sa défense⁵⁴. Par ailleurs, l'affaire peut être examinée par les juridictions nationales dans le respect du droit à un recours effectif, principe général du droit communautaire repris à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Aux fins de cette notification, des formulaires peuvent être utilisés, mais ceux-ci

⁵³ Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire dans l'affaire C-441/02 Commission/Allemagne.

⁵⁴ Arrêt dans l'affaire 36/75, Rutili, points 37 à 39.

devront toujours permettre de préciser dûment les motifs sur la base desquels la décision a été prise (*se contenter de cocher une ou plusieurs options dans une liste n'est pas une solution acceptable*).

4. ABUS ET FRAUDE

Les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires⁵⁵. L'article 35 autorise les États membres à adopter des mesures effectives et nécessaires pour lutter contre les abus et fraudes dans les domaines relevant du champ d'application *ratione materiae* du droit communautaire en matière de libre circulation des personnes, en refusant, annulant ou retirant tout droit conféré par la directive en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance, étant entendu que toute mesure de cette nature doit être proportionnée et soumise aux garanties procédurales prévues dans la directive⁵⁶.

La législation communautaire encourage la mobilité des citoyens de l'Union et protège ceux qui en ont fait usage⁵⁷. L'obtention par un citoyen de l'Union et les membres de sa famille d'un droit de séjour en vertu du droit communautaire dans un État membre autre que celui dont il possède la nationalité ne constitue pas un abus étant donné qu'il s'agit d'un avantage inhérent à l'exercice du droit de libre circulation, garanti par le traité⁵⁸, quelle que soit la raison de leur installation dans cet État⁵⁹. De même, le droit communautaire protège les citoyens de l'Union qui rentrent chez eux après avoir exercé leur droit à la libre circulation.

4.1. Les notions d'abus et de fraude

4.1.1. *Fraude*

Aux fins de la directive, la notion de **fraude** peut être définie comme un acte de tromperie délibéré ou un système inventé pour obtenir le droit de circuler et de séjourner librement en vertu de la directive. Dans le cadre de celle-ci, la fraude se limitera probablement à la falsification de documents ou à la description fallacieuse d'un fait matériel en rapport avec les conditions attachées au droit de séjour. Les personnes qui ont obtenu un titre de séjour uniquement de par leur comportement frauduleux, dont elles ont été reconnues coupables, peuvent voir les droits que leur confère la directive refusés, annulés ou retirés⁶⁰.

4.1.2. *Abus*

Aux fins de la directive, la notion d'**abus** peut être définie comme un comportement artificiel adopté dans le **seul** but d'obtenir le droit de circuler et de séjourner librement en vertu du droit

⁵⁵ Arrêts dans les affaires 33/74, van Binsbergen, point 13, C-370/90, Singh, point 24, et C-212/97, Centros, points 24 et 25.

⁵⁶ Arrêt dans l'affaire C-127/08, Metock, points 74 et 75.

⁵⁷ Arrêts dans les affaires C-370/90 Singh, C-291/05, Eind, et C-60/00, Carpenter.

⁵⁸ Arrêts dans les affaires C-212/97, Centros, point 27, et C-147/03, Commission/Autriche, points 67 et 68.

⁵⁹ Arrêts dans les affaires C-109/01, Akrich, point 55, et C-1/05, Jia, point 31.

⁶⁰ Arrêts dans les affaires C-285/95, Kol, point 29, et C-63/99, Gloszczuk, point 75.

communautaire qui, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, n'atteint pas l'objectif poursuivi par cette réglementation⁶¹.

4.2. Mariages de complaisance

Le considérant 28 définit les **mariages de complaisance** aux fins de la directive comme des mariages contractés **uniquement** en vue de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour en vertu de la directive, dont la personne concernée n'aurait autrement pas pu bénéficier. Un mariage ne saurait être considéré comme un mariage de complaisance au seul motif qu'il facilite l'immigration, voire procure un quelconque autre avantage. La qualité de la relation n'a aucune incidence sur l'application de l'article 35.

La définition des mariages de complaisance peut être étendue par analogie aux autres formes d'unions contractées dans l'unique but de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour, telles que le partenariat (enregistré) de complaisance, l'adoption fictive ou le cas où un citoyen de l'Union reconnaît la paternité d'un enfant de pays tiers afin que celui-ci et sa mère obtiennent la nationalité et un droit de séjour, sachant qu'il n'est pas son père et qu'il n'est pas prêt à assumer les responsabilités parentales.

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

Lors de l'interprétation de la notion d'abus dans le cadre de la directive, il convient d'accorder au statut du citoyen de l'Union toute l'attention qui lui est due. Conformément au principe de la primauté du droit communautaire, l'examen de l'éventuel recours abusif à la législation communautaire doit s'effectuer dans le cadre du droit communautaire, et non par rapport à la législation nationale relative à la migration. La directive n'empêche pas les États membres **d'enquêter sur certains cas en particulier** en présence de **suspensions légitimes d'abus de droit**. Cependant, le droit communautaire interdit les contrôles systématiques⁶². Les États membres peuvent se fonder sur des analyses et faits antérieurs démontrant une relation claire entre les cas avérés d'abus et certaines caractéristiques de ces cas.

Afin d'éviter les charges et obstacles inutiles, une **série de critères indicatifs** suggérant qu'il n'y a probablement pas d'abus de droit communautaire peuvent être recensés:

- le conjoint qui n'a pas la nationalité d'un État membre ne rencontrerait aucune difficulté pour obtenir le droit de séjourner à titre personnel dans l'État membre du citoyen de l'Union ou y a déjà séjourné légalement;
- les intéressés étaient déjà en couple depuis longtemps;
- le couple vit ensemble/est en ménage depuis longtemps⁶³;

⁶¹ Arrêts dans les affaires C-110/99, Emsland-Stärke, points 52 et suivants, et C-212/97, Centros, point 25.

⁶² L'interdiction porte non seulement sur les contrôles de tous les migrants, mais également sur ceux de catégories entières de migrants (p.ex. d'une certaine origine ethnique).

⁶³ Le droit communautaire n'exige pas du conjoint originaire d'un pays tiers de vivre avec le citoyen de l'Union pour pouvoir bénéficier d'un droit de séjour - affaire 267/83, Diatta, points 15 et suivants.

- le couple a déjà pris un engagement juridique/financier important à long terme, avec partage des responsabilités (*emprunt immobilier, etc.*);
- les intéressés sont mariés depuis longtemps.

Les États membres peuvent définir ***une série de critères indicatifs*** susceptibles de révéler la possible intention d'abuser des droits conférés par la directive dans l'unique but de contrevenir à la législation nationale en matière d'immigration. Les autorités nationales peuvent notamment tenir compte des éléments suivants:

- les conjoints ne se sont jamais rencontrés avant de se marier;
- les conjoints se trompent sur leurs coordonnées respectives, sur les circonstances dans lesquelles ils se sont connus, ou sur d'autres informations importantes à caractère personnel qui les concernent;
- les conjoints ne parlent pas une langue compréhensible par les deux;
- divers éléments prouvent qu'une somme d'argent ou des cadeaux ont été offerts pour que le mariage soit conclu (*à l'exception des sommes ou cadeaux offerts au titre de dot dans les cultures où il s'agit d'une pratique normale*);
- l'historique de l'un ou des deux époux fait apparaître des indications sur des précédents mariages de complaisance, d'autres formes d'abus, ainsi que des pratiques frauduleuses pour obtenir le droit de séjour;
- développement d'une vie de famille uniquement après l'adoption de la mesure d'éloignement du territoire;
- les conjoints divorcent peu de temps après l'obtention par le ressortissant de pays tiers en question d'un droit de séjour.

Les critères précités devraient être considérés comme des éléments susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une enquête, sans qu'aucune conclusion ne puisse être tirée automatiquement des résultats ou des enquêtes ultérieures. Les États membres ne peuvent se fonder sur une seule caractéristique, mais doivent accorder une attention particulière à toutes les circonstances du cas d'espèce. L'enquête peut comporter un entretien distinct avec chacun des conjoints.

S., ressortissante de pays tiers, se voit ordonner de quitter le territoire dans un mois, son visa touristique étant périmé. Deux semaines plus tard, elle épouse O., ressortissant européen qui vient juste d'arriver dans l'État membre d'accueil. Les autorités soupçonnent que le mariage a été contracté uniquement pour contourner la mesure d'éloignement du territoire. Elles prennent contact avec les autorités de l'État membre d'O., qui leur apprennent qu'après le mariage, le magasin familial a enfin pu rembourser une dette de 5 000 EUR, en souffrance depuis deux ans.

Elles convoquent les jeunes mariés à un entretien au cours duquel elles découvrent qu'O. est, dans l'intervalle, déjà rentré dans son État membre d'origine pour des raisons professionnelles, que les conjoints ne partagent pas de langue commune leur permettant de communiquer et que leur première rencontre date d'une semaine avant le mariage. Les

soupçons selon lesquels ils se seraient mariés dans le seul but de contrevenir à la législation nationale en matière d'immigration sont lourds.

La **charge de la preuve** revient aux autorités des États membres cherchant à restreindre les droits conférés par la directive. Les autorités doivent pouvoir constituer un dossier convaincant dans le respect de toutes les garanties matérielles décrites à la section précédente. En cas de recours, c'est aux juridictions nationales qu'il incombe de vérifier l'existence d'un abus de droit dans différents cas, dont la preuve doit être rapportée conformément aux règles du droit national, pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'efficacité du droit communautaire⁶⁴.

Les enquêtes doivent être menées dans le respect des **droits fondamentaux**, en particulier des articles 8 (*droit au respect de la vie privée et familiale*) et 12 (*droit au mariage*) de la CEDH (*articles 7 et 9 de la charte de l'UE*).

Une enquête en cours au sujet d'unions suspectées d'être des mariages de complaisance ne peut justifier une dérogation aux droits des membres de la famille ressortissants de pays tiers prévus par la directive, telle que l'interdiction de travailler, la confiscation du passeport ou la délivrance tardive d'une carte de séjour, au-delà des six mois qui suivent la date de la demande. Les enquêtes ultérieures peuvent donner lieu au retrait de ces droits à tout moment.

4.3. Autres formes d'abus

Des abus sont également susceptibles de se produire lorsqu'un citoyen de l'Union que ne peut rejoindre sa famille originaire d'un pays tiers dans son État membre d'origine, en raison de l'application des règles nationales en matière d'immigration qui interdisent un tel regroupement se rend dans un autre État membre dans l'unique but de contourner, à son retour dans son État membre d'origine, la législation nationale qui a entravé ses tentatives de regroupement familial, invoquant les droits que lui confère la législation communautaire.

Les éléments permettant de distinguer un usage réel d'un usage abusif de la législation communautaire devraient se baser sur l'examen de la question de savoir si l'exercice des droits communautaires dans un État membre dont reviennent les citoyens de l'Union et les membres de leur famille peut être qualifié de **réel et effectif**. Dans ce genre de situation, les citoyens de l'Union et leur famille sont protégés par la législation communautaire relative à la libre circulation des personnes. Cet examen peut uniquement être effectué au cas par cas. Si, dans un cas concret de retour, l'exercice des droits communautaires était réel et effectif, l'État membre d'origine ne devrait pas s'enquérir des motifs personnels à la base du déplacement précédent.

Si nécessaire, les États membres peuvent définir une série de critères indicatifs afin d'apprécier si le **séjour** dans l'État membre d'accueil était **réel et effectif**. Les autorités nationales peuvent notamment tenir compte des éléments suivants:

- les circonstances dans lesquelles le citoyen de l'Union concerné s'est rendu dans l'État membre d'accueil (*déjà plusieurs tentatives infructueuses d'obtenir le droit de séjour pour un conjoint ressortissant d'un pays tiers en vertu de la législation nationale, une offre*

⁶⁴ Arrêts dans les affaires C-110/99, Emsland-Stärke, points 54 et suivants, et C-251/03, Oulane, point 56.

d'emploi dans l'État membre d'accueil, la qualité dans laquelle le citoyen de l'Union séjourne dans l'État membre d'accueil);

- *le caractère effectif et réel du séjour dans l'État membre d'accueil (séjour prévu et réel dans l'État membre d'accueil, efforts fournis pour s'établir dans l'État membre d'accueil, y compris formalités relatives à l'inscription au registre national et obtention d'un logement, inscription des enfants dans un établissement scolaire);*
- *circonstances dans lesquelles le citoyen de l'Union concerné est rentré dans son État membre d'origine (retour immédiatement après s'être marié avec un ressortissant de pays tiers dans un autre État membre).*

Les critères précités devraient être considérés comme des éléments susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une enquête, sans qu'aucune conclusion ne puisse être tirée automatiquement des résultats ou des enquêtes ultérieures. Lorsqu'elles évaluent si l'exercice du droit de circuler et de séjourner librement dans un autre État membre de l'Union européenne peut être qualifié de réel et effectif, les autorités nationales ne peuvent pas se fonder sur une seule caractéristique, mais doivent attacher de l'importance à toutes les circonstances du cas d'espèce. Elles doivent examiner le comportement des personnes concernées à la lumière des objectifs poursuivis par le droit communautaire et se fonder sur des éléments objectifs⁶⁵.

Après un séjour dans un autre État membre, J. rentre dans son État membre d'origine accompagné de S., son épouse originaire d'un pays tiers. S. a tenté en vain à deux reprises d'obtenir le droit de séjour dans l'État membre de J. Ce dernier a continué à travailler chez lui pendant son prétendu séjour dans un autre État membre.

Les autorités contactent leurs homologues de l'État membre d'accueil et apprennent que J. est rentré chez lui après seulement trois semaines. Le couple a séjourné dans un hôtel de tourisme, auquel il avait réglé les trois semaines à l'avance. Compte tenu de tous ces éléments, J. et S. ne bénéficient pas des dispositions de la directive.

Le seul maintien, de la part d'un citoyen de l'Union, de liens avec l'État membre d'origine, a fortiori si son statut dans le pays d'accueil est précaire (*p.ex. un contrat de travail à durée déterminée*), ne permet pas de conclure que le séjour dans l'État membre d'accueil n'est pas réel et effectif. Le simple fait qu'une personne crée délibérément les conditions lui conférant un droit ne constitue pas en soi une base suffisante pour conclure à un abus⁶⁶.

Toutes les considérations pertinentes exposées ci-dessus au sujet des enquêtes, des garanties matérielles et procédurales, et de la coopération entre les États membres concernant les mariages de complaisance s'appliquent mutatis mutandis.

4.4. Mesures et sanctions contre les abus et fraudes

L'article 35 permet aux États membres d'adopter les **mesures nécessaires** en cas d'abus de droit ou de fraude. Ces mesures **peuvent être prises à tout moment** et consister à:

⁶⁵ Arrêt dans l'affaire C-206/94, Brennet/Paletta, point 25.

⁶⁶ Arrêt dans l'affaire C-212/97, Centros, point 27.

- refuser d'accorder les droits prévus par la législation communautaire relative à la libre circulation des personnes (*p.ex. délivrance d'un visa d'entrée ou d'une carte de séjour*);
- annuler ou retirer les droits conférés par la législation communautaire relative à la libre circulation des personnes (*p.ex. décision d'annuler la validité d'une carte de séjour et d'éloigner du territoire la personne concernée qui a acquis les droits par abus de droit ou fraude*).

Le droit communautaire ne prévoit pas actuellement de sanctions spécifiques que les États membres pourraient prendre dans le cadre de la lutte contre les abus de droit et fraudes. Ils ont la possibilité d'infliger des sanctions en vertu du droit civil (*p.ex. annulation des effets d'un mariage de complaisance avéré sur le droit de séjour*), administratif ou pénal (*amende ou peine privative de liberté*), pour autant que ces sanctions soient effectives, non discriminatoires et proportionnées.