



La détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice : les implications des arrêts *Zambrano* et *McCarthy*

VÉRONIQUE BOILLET

Dans le cadre de ses arrêts *Zambrano* et *McCarthy* rendus au printemps 2011, la Cour européenne de justice est revenue sur les conditions d'application du Traité sur le fonctionnement de l'Union. Si elle a certes confirmé la nécessité d'un élément d'extranéité, elle a néanmoins précisé qu'un tel élément se déduit de toute atteinte à l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen européen.

La présente contribution propose, en premier lieu, une analyse de ces différents développements, et examine, en second lieu, dans quelle mesure ils sont susceptibles de jouer un rôle dans le cadre de l'interprétation de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 16 al. 2 ALCP.

Zusammenfassung

Plan

- I. Introduction
- II. Arrêt *Zambrano*
- III. Arrêt *McCarthy*
- IV. Conséquences des arrêts *Zambrano* et *McCarthy* sur la détermination du champ d'application du Traité FUE
 1. Nécessité d'un élément d'extranéité
 2. Notion de *jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union*
 3. Double nationalité
- V. Conséquences des arrêts *Zambrano* et *McCarthy* sur la détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes
- VI. Conclusion

I. Introduction

Au printemps 2011, la Cour européenne de justice a rendu coup sur coup deux arrêts particulièrement importants – les arrêts *Zambrano* (II.) et *McCarthy* (III.) – concernant le droit de séjour de membres de la famille, ressortissants d'un Etat tiers, de citoyens de l'Union européenne.

Dans le cadre de ces deux arrêts, la Cour a formulé différents développements relatifs au champ d'application du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE)¹, notamment sur la condition de l'élément d'extranéité et les implications sur sa définition de la possession, par un citoyen de l'Union, d'une double nationalité.

La présente analyse a pour but de mettre en lumière ces différents développements (IV.) – que la Cour a encore eu l'occasion de préciser dans son arrêt *Dereci*² rendu le 15 novembre dernier – et d'examiner dans quelle mesure ils sont susceptibles de s'appliquer dans le cadre de la détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)³ (V.).

II. Arrêt *Zambrano*

L'arrêt *Zambrano*⁴ traitait du cas de deux enfants belges en bas âge n'ayant jamais quitté le territoire de la Belgique et dont les parents, de nationalité colombienne, risquaient l'expulsion.

Dans le cadre de cet arrêt argumenté en moins de dix points, la Cour est arrivée à la conclusion que les parents, ressortissants d'un Etat tiers, assumant la charge de leurs enfants en bas âge citoyens de l'Union, pouvaient bénéficier d'une autorisation de séjour et d'un permis de travail⁵,

¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée, JO n° C 8, 2010, p. 47).

² CJUE, arrêt du 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Dereci*, non encore publié au recueil.

³ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681).

⁴ CJUE, arrêt du 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Zambrano*, non encore publié au recueil.

⁵ Ibid, § 45.

alors même que leurs enfants n'avaient pas fait usage de leur droit à la libre circulation.

Après avoir exclu l'application de la directive n° 2004/38⁶ qui suppose l'exercice effectif du droit à la libre circulation⁷, la Cour s'est fondée sur l'art. 20 TFUE⁸ pour rappeler que le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres et, qu'à ce titre, il s'oppose à toute mesure nationale susceptible de priver les ressortissants de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel de leurs droits⁹.

Sur la base de ce constat, la Cour a conclu que le refus d'un permis de séjour et d'une autorisation de travail à des parents ressortissants d'un Etat tiers d'enfants en bas âge citoyens européens aurait fatalement pour conséquence que ces derniers se verraient contraints de quitter le territoire de l'Union et seraient ainsi privés de la possibilité d'exercer les droits qu'ils tirent de leur statut de citoyen européen¹⁰.

III. Arrêt *McCarthy*

Dans son arrêt *McCarthy*¹¹, la Cour s'est penchée sur la situation d'une ressortissante du Royaume-Uni possédant également la nationalité irlandaise, née et ayant toujours séjourné au Royaume-Uni. Il s'agissait d'examiner ici dans quelle mesure le conjoint de Mme McCarthy, ressortissant jamaïcain, pouvait bénéficier d'une autorisation de séjour.

Après avoir à nouveau exclu l'application de la directive n° 2004/38, faute d'exercice du droit à la libre circulation¹², la Cour a examiné dans quelle mesure l'art. 21 TFUE¹³ était susceptible de s'appliquer à une citoyenne de l'Union n'ayant jamais fait usage de son droit de libre circulation, ayant toujours séjourné dans un Etat membre

dont elle possède la nationalité et bénéficiant, par ailleurs, de la nationalité d'un autre Etat membre¹⁴.

La Cour a commencé par rappeler que les règles du Traité en matière de libre circulation ne visent pas les situations dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre. Elle a néanmoins souligné que le fait de ne pas avoir fait usage de son droit de libre circulation n'implique pas nécessairement que l'on se trouve face à une situation purement interne¹⁵.

En se référant à l'arrêt *Zambrano*, la Cour a en effet souligné qu'en tant qu'il consacre le statut fondamental de citoyen européen, l'art. 20 TFUE s'oppose à toute mesure nationale susceptible de nuire à la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut. Elle a par ailleurs précisé cette fois que fait notamment partie de l'essentiel de ces droits, celui de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres au sens de l'art. 21 TFUE¹⁶.

Sur la base de ces considérations – mais contrairement au résultat auquel elle est parvenue dans l'affaire *Zambrano* –, la Cour a jugé que Mme McCarthy n'était, en l'espèce, pas privée de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union, en ce sens qu'elle pouvait librement circuler et séjourner sur le territoire des Etats membres, conformément à l'article 21 TFUE. Selon la Cour, le refus d'accorder un droit de séjour à son conjoint ne risquait en effet ni de contraindre Mme McCarthy de quitter le territoire de l'Union, ni de la priver de son droit de circuler librement sur le territoire de l'Union, celle-ci bénéficiant, de par sa nationalité, d'un droit de séjour inconditionnel au Royaume-Uni¹⁷.

Dans le cadre de cette affaire, la Cour a encore souligné que, bien que Mme McCarthy bénéficie de la nationalité de deux Etats membres, sa situation se distinguait de celles traitées dans les arrêts *Garcia Avello*¹⁸ et *Grunkin et Paul*¹⁹, dans le cadre desquels la double nationalité des requérants avait entraîné l'application de mesures nationales ayant pour conséquence de priver ceux-ci de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union ou d'entraver l'exercice de leur droit de circuler et de séjourner librement sur le

⁶ Directive n° 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 Etats membres (JO n° L 158, 2004, p. 77).

⁷ CJUE, aff. C-34/09, *Zambrano* (n. 4), § 39.

⁸ Ancien article 17 du Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957 (version consolidée, JO n° C 325, 2002, p. 33, TCE).

⁹ CJUE, aff. C-34/09, *Zambrano* (n. 4), § 40 ss.

¹⁰ Ibid, § 44.

¹¹ CJUE, arrêt du 5 mai 2011, aff. C-434/09, *McCarthy*, non encore publié au recueil.

¹² Ibid, § 30 ss.

¹³ Ancien article 18 TCE.

¹⁴ CJUE, aff. C-434/09, *McCarthy* (n. 11), § 44.

¹⁵ Ibid, § 45.

¹⁶ Ibid, § 47 et 48.

¹⁷ Ibid, § 49 ss.

¹⁸ CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003 p. I-11613.

¹⁹ CJCE, arrêt du 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, Rec. 2008 p. I-7639.

territoire des Etats membres. La Cour a en effet jugé que, contrairement aux enfants Avello et Grunkin-Paul, le fait que Mme McCarthy possède également la nationalité irlandaise n'avait pas pour effet de la priver de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire de l'Union²⁰.

En définitive, la Cour est donc arrivée à la conclusion que la situation de Mme McCarthy ne présentait aucun élément d'extranéité susceptible de justifier l'application de l'art. 21 TFUE, les mesures nationales en cause ne limitant pas la jouissance des droits conférés par son statut de citoyenne européenne²¹.

IV. Conséquences des arrêts *Zambrano* et *McCarthy* sur la détermination du champ d'application du Traité FUE

Comme l'a rappelé l'avocate générale dans ses conclusions relatives à l'affaire *Zambrano*²², la Cour avait jusque-là interprété déjà très largement la condition d'extranéité normalement requise pour admettre l'application du droit de l'Union en considérant notamment qu'un national qui a fait usage de son droit à la libre circulation est en mesure de faire valoir les droits découlant du Traité une fois de retour dans son Etat d'origine²³ ou en jugeant suffisant le fait pour un prestataire de services d'avoir quelques clients à l'étranger et de les visiter²⁴.

Dans le cadre des arrêts *Zambrano* et *McCarthy* – et encore plus récemment dans le cadre de l'arrêt *Dereci*²⁵ –, la Cour a cependant apporté des précisions s'agissant du champ d'application du Traité qui peuvent, à tout le moins de prime abord, paraître contradictoires.

1. Nécessité d'un élément d'extranéité

S'il pouvait en effet sembler possible de déduire de l'arrêt *Zambrano* la volonté de la Cour de renoncer à la condition d'un élément transfrontalier pour admettre l'application

du droit de l'Union – comme mentionné précédemment, il s'agissait de deux enfants belges nés en Belgique, ayant toujours séjourné dans cet Etat et ne possédant pas la nationalité d'un autre Etat membre –, l'arrêt *McCarthy* a permis de préciser que tel n'était en réalité pas le cas : la Cour a en effet rappelé dans ce second arrêt « *qu'il est de jurisprudence constante que les règles du traité en matière de libre circulation des personnes et les actes pris en exécution de celles-ci ne peuvent être appliqués à des situations qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union et dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre* »²⁶.

Ainsi, contrairement à ce que l'arrêt *Zambrano* aurait pu laisser supposer, l'arrêt *McCarthy* a confirmé la nécessité de la présence d'un élément d'extranéité pour permettre l'application des droits garantis par le Traité et ses annexes. La Cour a néanmoins précisé à cet égard qu'il n'y a pas lieu d'assimiler la situation d'un citoyen de l'Union qui n'a pas fait usage du droit de libre circulation à une situation purement interne. L'élément d'extranéité peut en effet, selon elle, également se déduire de l'application de mesures nationales susceptibles de priver des citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits qui leur sont conférés par leur statut.

En définitive, alors même qu'elle semblait jusque-là attachée²⁷ au principe selon lequel « *la citoyenneté de l'Union (...) n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire* »²⁸ et se contentait, dans de tels cas, de relever l'absence d'élément d'extranéité et renvoyer²⁹ à l'art. 8 CEDH³⁰, « *tous les Etats membres [étant] parties à la convention* »³¹, la Cour s'est fondée sur le statut de citoyen européen pour considérer que la condition de l'élément d'extranéité ne se déduit plus uniquement du pur déplacement physique sur le territoire de l'Union, mais également

²⁰ CJUE, aff. C-434/09, *McCarthy* (n. 11), § 51 ss.

²¹ Ibid., § 56.

²² Conclusions de l'avocate générale Sharpston présentées le 30 septembre 2010 dans l'affaire C-34/09, *Zambrano*, § 69 ss.

²³ CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop*, Rec. 2002 p. I-6191.

²⁴ CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*; Rec. 2002 p. I-6279. Sur ce point, voir notamment ASTRID EPINEY, Zum « Anwendungsbereich des Vertrages » in Art. 12 EGV, in: Epiney/Haag/Heinemann (édit.), *Le défi des frontières – Mélanges en l'honneur de Roland Bieber*, Baden-Baden 2007, 672 ss.

²⁵ CJUE, aff. C-256/11, *Dereci* (n. 2).

²⁶ CJUE, aff. C-434/09, *McCarthy* (n. 11), § 45.

²⁷ KAY HAILBRONNER/DANIEL THYM, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, in: NJW 2011, 2009–2010.

²⁸ Voir notamment CJCE, arrêt du 5 juin 1997, aff. C-64/96 et C-65/96, *Uecker et Jacquet*, Rec. 1997 p. I-3171, § 23 ; CJCE, aff. C-148/02, *Garcia Avello* (n. 18), § 26 ; CJCE, arrêt du 12 juillet 2005, aff. C-403/03, *Schempp*, Rec. 2005 p. I-6421, § 20 ; CJCE, arrêt du 22 mai 2008, aff. C-499/06, *Nerkowska*, Rec. 2008 p. I-3993, § 25.

²⁹ HAILBRONNER/THYM (n. 27), 2010.

³⁰ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

³¹ CJCE, arrêt du 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Metock*, Rec. 2008 p. I-6241, § 79.

de toute atteinte à la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut³². La Cour renonce ainsi au principe selon lequel « *un ressortissant national ne peut devenir citoyen européen qu'à l'étranger* »³³ et, partant, limite les cas de discrimination à rebours³⁴ – le droit de l'Union devant protéger le citoyen européen contre toute mesure susceptible de porter atteinte à l'essentiel de ses droits, avant même qu'il ait fait usage de son droit de libre circulation³⁵.

Il reste néanmoins à préciser ce que la Cour entend par « *jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union* ».

2. Notion de jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union

Bien que la Cour n'ait pas apporté de plus amples indications concernant la notion de jouissance effective des droits conférés par le statut de citoyen dans son arrêt *Zambrano*, il semble possible de déduire de son raisonnement³⁶ que le droit de séjour dans un Etat membre, et plus généralement sur le territoire de l'Union, peut être qualifié de droit essentiel conféré par le statut de citoyen³⁷.

Il en va de même des considérations développées par la Cour dans son arrêt *McCarthy* : alors même qu'elle semble faire une distinction, dans un premier temps, entre les mesures susceptibles de priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union et celles susceptibles d'entraver l'exercice du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres conformément à l'article 21 TFUE, la Cour conclut son raisonnement en admettant que la mesure en cause « *n'affecte aucunement [...] son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, ni d'ailleurs dans aucun autre droit qui lui est conféré par son statut de citoyenne de l'Union* »³⁸. La Cour confirme donc ici que les droits

consacrés par l'art. 21 TFUE sont essentiels au statut de citoyen européen et que leur jouissance effective doit être garantie.

Si l'arrêt *McCarthy* permet ainsi de préciser les considérations théoriques développées dans le cadre de l'arrêt *Zambrano*, il n'en demeure pas moins que les résultats auxquels la Cour aboutit dans ces deux arrêts semblent, de prime abord, contradictoires.

En effet, malgré la similitude des états de fait – les deux affaires concernaient un citoyen de l'Union n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation mais désirant faire bénéficier un membre de sa famille, ressortissant d'un Etat tiers, d'un droit de séjour dans son Etat d'origine –, la Cour n'a pas abouti au même résultat : elle a en effet jugé que, contrairement aux enfants *Zambrano*, Mme McCarthy n'allait pas être privée de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union du fait du refus de l'octroi d'une autorisation de séjour à son conjoint³⁹. Selon le statut du citoyen européen concerné – enfant ou conjoint d'un ressortissant d'Etat tiers –, la Cour est donc arrivée à un résultat différent⁴⁰ : elle a considéré que si l'expulsion d'un parent ressortissant d'un Etat tiers risquait d'entraîner une restriction de la jouissance des droits déduits de la citoyenneté, tel n'était en revanche pas le cas de l'expulsion d'un conjoint⁴¹.

Si l'on tente de déterminer les raisons qui ont poussé la Cour à procéder à une telle distinction, seul le critère de la dépendance semble pouvoir entrer en considération⁴². Ainsi, ce ne serait que si un enfant citoyen européen est dépendant – ou pour reprendre les termes de la Cour à « *charge* » – de ses parents ressortissants d'un Etat tiers que ceux-ci peuvent bénéficier d'un droit de séjour⁴³. Les parents perdent en revanche ce droit une fois la nécessité de soutien disparue – à moins d'avoir acquis dans l'inter valle un droit individuel originaire⁴⁴.

Une telle interprétation – qui permet de justifier le raisonnement différencié de la Cour – a été confirmée par l'arrêt *Dereci* rendu le 15 novembre 2011⁴⁵. Dans le cadre de cette affaire, la Cour s'est en effet référée à l'absence

³² JOËL CAVALLINI, Portée de la citoyenneté européenne, in : La Semaine Juridique – Social n° 16, avril 2011, 1195 ss.

³³ Ibid.

³⁴ HAILBRONNER/THYM (n. 27), 2009.

³⁵ CAVALLINI (n. 32), p. 1195 ss.

³⁶ Selon lequel le refus d'une autorisation de séjour et d'un permis de travail à un ressortissant d'un Etat tiers qui assume la charge de ses enfants en bas âge citoyens de l'Union contraindrait ces derniers à quitter le territoire de l'Union et, partant, les priverait de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à leur statut de citoyens de l'Union, CJUE, aff. C-34/09, *Zambrano* (n. 4), § 44 et 45.

³⁷ HAILBRONNER/THYM (n. 27), 2009.

³⁸ CJUE, aff. C-434/09, *McCarthy* (n. 11), § 49.

³⁹ Ibid, § 50.

⁴⁰ SYLVIE HENNION, L'effectivité des droits conférés par la citoyenneté européenne, in : La Semaine juridique – Générale n° 27, juillet 2011, 800.

⁴¹ ROBERT MOSTERS, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-434/09, *McCarthy*, Urteil vom 5. Mai 2011, in : Asyl/11, 33.

⁴² HAILBRONNER/THYM (n. 27), 2012 et 2013. MOSTERS se réfère quant à lui au critère de l'âge, MOSTERS (n. 41), 33.

⁴³ CJUE, aff. C-34/09, *Zambrano* (n. 4), § 45.

⁴⁴ HAILBRONNER/THYM (n. 27), 2013.

⁴⁵ CJUE, aff. C-256/11, *Dereci* (n. 2).

de dépendance du requérant « pour sa subsistance »⁴⁶. Elle a par ailleurs expressément exclu l'application de considérations liées au principe de l'unité familiale. Selon elle, « le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d'un Etat membre, [...] afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union, que des membres de sa famille, qui ne disposent pas de la nationalité d'un Etat membre, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi pour considérer que le citoyen de l'Union serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'est pas accordé »⁴⁷. La Cour a néanmoins souligné qu'une telle interprétation ne préjuge pas de l'éventuelle application de l'art. 8 CEDH⁴⁸.

Au vu de ces considérations, si ces deux arrêts pouvaient paraître, à première vue, contradictoires dans leur résultat, il semble en réalité qu'ils se concilient et précisent tous deux que ce n'est pas au titre du principe de l'unité familiale, mais en vertu du principe d'effectivité de l'exercice des droits attachés au statut de citoyen européen⁴⁹ que le droit de l'Union peut s'opposer à l'expulsion d'un membre de la famille d'un ressortissant de l'Union – peu importe que ce dernier ait ou non fait usage de son droit à la libre circulation.

3. Double nationalité

L'arrêt *McCarthy* apporte encore une précision importante s'agissant des conditions d'application du droit de l'Union.

Alors que le fait de posséder simultanément la nationalité de deux Etats membres semblait, au regard de la jurisprudence de la Cour⁵⁰, permettre de remplir la condition de l'élément d'extranéité nécessaire à l'application du droit de l'Union, la Cour a précisé que tel n'était en réalité pas le cas⁵¹.

Dans son arrêt *McCarthy*, la Cour a en effet souligné que cet élément ne constitue pas en soi un facteur de rattachement au droit de l'Union, mais doit également être examiné au regard du principe de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen. Ainsi, ce n'est que lorsque le fait de posséder une double nationalité entraîne l'application de mesures nationales limitant la jouissance effective des droits conférés par le

statut de citoyen de l'Union – comme dans les arrêts *Avello* ou *Grunkin et Paul*, dans le cadre desquels la Cour avait considéré que l'application des législations nationales relatives au nom de famille était susceptible d'engendrer pour les requérants, en raison de leur double nationalité, des difficultés d'ordre tant professionnel que privé constituant une entrave à libre circulation⁵² – que cet élément constitue un facteur de rattachement au droit de l'Union.

V. Conséquences des arrêts *Zambrano* et *McCarthy* sur la détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes

Une fois la portée des arrêts *Zambrano* et *McCarthy* appréhendée, il reste enfin à déterminer dans quelle mesure ces arrêts sont susceptibles d'être pris en considération par les autorités suisses dans le cadre de l'application de l'art. 16 al. 2 ALCP.

Au préalable, il y a tout d'abord lieu de souligner que dans son arrêt du 17 octobre 2011, le Tribunal fédéral a déjà fait référence à l'arrêt *McCarthy*. Il n'a cependant pas été contraint de déterminer si la nouvelle jurisprudence de la Cour devait s'appliquer dans l'affaire en cause⁵³. Une telle référence confirme néanmoins la tendance selon laquelle le fait qu'un arrêt de la Cour européenne de justice ait été rendu postérieurement à la date de signature de l'ALCP ne constitue pas en soi un motif permettant d'exclure sa prise en compte dans le cadre de l'application de l'art. 16 al. 2 ALCP⁵⁴. Il ressort en effet de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral qu'il y a lieu de s'inspirer des arrêts postérieurs dans le but d'assurer une situation juridique parallèle entre les Etats membres de l'Union, d'une part, et entre ceux-ci et la Suisse, d'autre

⁴⁶ Ibid, § 37.

⁴⁷ Ibid, § 68.

⁴⁸ Ibid, § 69. Sur ce point, voir également MOSTERS (n. 41), 33.

⁴⁹ Ibid, § 67. Sur ce point, voir également HAILBRONNER/THYM (n. 27), 2013.

⁵⁰ CJCE, aff. C-148/02, *Garcia Avello* (n. 18); CJUE, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul* (n. 19).

⁵¹ Sur ce point, voir notamment EPINEY (n. 24), 672 ss.

⁵² CJCE, aff. C-148/02, *Garcia Avello* (n. 18), § 36; CJCE, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul* (n. 19), § 23 et 29.

⁵³ TF, arrêt du 17 octobre 2011, 2C_195/2011, c. 1.1.

⁵⁴ FLORENCE AUBRY GIRARDIN, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in : Epiney/Metz/Mosters (édit.), L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – EU, Interprétation et application dans la pratique, Zurich/Bâle/Genève 2011, 44; ASTRID EPINEY/PATRIZIA ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG, in : Cahiers fribourgeois de droit européen n° 8 2009, 10–12; FRANCESCO MAIANI, La « saga Mettock », ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, in : RDS 2011, 37 et 47; THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, § 45, in : Jusletter, 2 février 2009.

part, à moins toutefois qu'un motif sérieux ne s'y oppose. Le principe du développement parallèle et la volonté de créer une espace unique de libre circulation doivent, selon le Tribunal fédéral, l'emporter sur une interprétation stricte du texte de l'Accord⁵⁵.

Le Tribunal fédéral précise cependant qu'une telle prise en compte « *gilt allerdings nur, soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift* »⁵⁶. Or tel n'est en particulier pas le cas de la notion de citoyenneté européenne qui ne se retrouve pas dans le texte de l'ALCP⁵⁷. Selon le Tribunal fédéral, « *les arrêts de la Cour de justice s'y référant ne doivent [...] être utilisés qu'avec circonspection par le juge suisse (cf. art. 16 al. 2 ALCP a contrario), même ceux concernant la libre circulation des personnes* »⁵⁸. Selon lui, cette liberté était certes « *déjà acquise en tant que fondement du marché intérieur de la Communauté européenne* », mais « *son contenu ne se confond toutefois pas avec celui se laissant déduire de la notion de citoyenneté européenne* » et il n'est pas exclu que, « *considérant l'assise dorénavant plus large – moins < économique > [...] – de la libre circulation des personnes, la Cour de justice lui donne à l'avenir une interprétation plus extensive* »⁵⁹. En définitive, le Tribunal fédéral considère donc que la jurisprudence de la Cour européenne se référant au statut de citoyen européen ne doit être prise en compte que lorsque le raisonnement développé se fonde également sur d'autres droits – en sus de la notion de citoyenneté – qui sont consacrés par l'ALCP et ses annexes⁶⁰

et que l'interprétation qu'elle leur donne correspond au sens et à l'esprit de l'Accord⁶¹. Sur la base des considérations qui précèdent, le Tribunal fédéral a ainsi admis de prendre en compte les jurisprudences *Zhu Chen*⁶² et *Baumbast*⁶³, dès lors que leurs motifs se fondaient – en sus de l'art. 20 TFUE consacrant le statut de citoyen européen – sur des dispositions de la Directive n° 90/364/CEE⁶⁴, respectivement du Règlement n° 1612/68⁶⁵, qui ont été expressément transposées dans l'Accord⁶⁶.

Alors même que le Tribunal fédéral fait preuve, comme nous l'avons vu, d'une ouverture croissante face aux arrêts de la Cour, il semble néanmoins que la jurisprudence développée dans le cadre de l'arrêt *Zambrano* et concrétisée ensuite dans les arrêts *McCarthy* et *Dereci* ne soit pas transposable à l'ALCP.

En effet, bien qu'il y ait lieu d'admettre que lorsque la Cour se réfère à l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union, elle vise en particulier le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (art. 21 TFUE), qui est également consacré par l'ALCP (24 Annexe I-ALCP)⁶⁷, l'interprétation qu'elle en a donné se fonde de manière déterminante⁶⁸ sur la notion de citoyenneté européenne⁶⁹ et ne correspond dès lors ni au sens ni à l'esprit de l'Accord⁷⁰. Une telle analyse semble par ailleurs confirmée par les considérations de la Cour dans l'arrêt *Dereci*. Elle a en effet expressément précisé

⁵⁵ ATF 136 II 5, c. 3.4 ; 136 II 65 c. 3.1 ; 2C_574/2010, c. 2.2.2.

⁵⁶ ATF 136 II 5, c. 3.4.

⁵⁷ ATF 130 II 113, c. 6.3 ; AUBRY GIRARDIN (n. 54), 40, 42 et 43 ; VÉRONIQUE BOILLET, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, thèse, 2010, 96 ; ASTRID ÉPINEY, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in : Epiney/Metz/Mosters (édit.), L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – EU, Interprétation et application dans la pratique, Zurich/Bâle/Genève 2011, 82 ; ASTRID ÉPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, in : RJB 2005, 14 ; ASTRID ÉPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG, in : Epiney/Fasnacht (édit.), Annuaire suisse de droit européen 2010/2011, Zurich/Bâle/etc. 2011, 81.

⁵⁸ ATF 130 II 113, c. 6.3 et les références citées.

⁵⁹ ATF 130 II 113, c. 6.3 et les références citées.

⁶⁰ BOILLET (n. 57), 96–97 ; ÉPINEY (n. 57), 14 ; ASTRID ÉPINEY/TAMARA CIVITELLA, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in : Achermann/Epiney/et al. (édit.), Annuaire du droit de la migration 2007/2008, Berne 2008, 245 ; ASTRID ÉPINEY/ROBERT MOSTERS, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes, in : Epiney/Rivière

(édit.), Interprétation et application des « traités d'intégration », Zurich/Bâle/Genève 2006, 69.

⁶¹ ATF 136 II 65, c. 4.2.

⁶² CJCE, arrêt du 19 octobre 2004, aff. C-200/02, *Zhu et Chen*, Rec. 2004 p. I-9925.

⁶³ CJCE, arrêt du 17 septembre 2002, aff. C-413/99, *Baumbast*, Rec. 2002 p. I-7091.

⁶⁴ Directive n° 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (JO n° L 180, 1990, p. 26).

⁶⁵ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO n° L 257, 1968, p. 2).

⁶⁶ ATF 135 II 265, c. 3.3 ; TF, arrêt du 15 novembre 2010, 2C_574/2010, c. 2.2.2 ; ATF 136 II 65, c. 3 et 4.

⁶⁷ TF, arrêt du 15 novembre 2010, 2C_574/2010, c. 2.2.2 ; BOILLET (n. 57), 97 et les références citées ; ASTRID ÉPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG, in : Epiney/Gammethaler (édit.), Annuaire suisse de droit européen 2008/2009, Zurich/Bâle/etc. 2009, 57–58 ; ÉPINEY/MOSTERS (n. 57), 84.

⁶⁸ Sur cette condition, cf. MAIANI (n. 54), 42 et les références citées.

⁶⁹ Selon KAY HAILBRONNER/DANIEL THYM, « Das Urteil bewirkt keine Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 21 AEUV ; einzig der Kernbereich der Unionsbürgerschaft wird vom Erfordernis des Grenzübertretts befreit », HAILBRONNER/THYM (n. 27), 2011.

⁷⁰ Sur cette condition, cf. supra (n. 61).

qu'une telle interprétation se fonde sur le principe de « l'effet utile de la citoyenneté de l'Union » et que « le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'Etat membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble »⁷¹. En conséquence, il semble donc que la jurisprudence *Zambrano* ne puisse pas être transposée dans le cadre de l'Accord⁷².

Il y a néanmoins lieu de souligner ici que le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence correspondante sur la base des art. 8 CEDH et 13 Cst. féd.⁷³, de l'art. 3 CED⁷⁴ ainsi que des art. 24 et 25 Cst. féd., selon laquelle le parent étranger ayant le droit de garde et l'autorité parentale sur son enfant suisse doit pouvoir bénéficier d'une autorisation de séjour en Suisse de manière à éviter de contraindre cet enfant à quitter son Etat d'origine⁷⁵. Le Tribunal fédéral a cependant précisé que cette jurisprudence n'est pas susceptible de s'appliquer telle quelle aux enfants étrangers au bénéfice d'une autorisation d'établissement ou de séjour, dès lors qu'elle se fonde sur des considérations liées à la citoyenneté suisse de l'enfant (comme la liberté d'établissement, l'interdiction de l'expulsion et le droit de retour de l'enfant une fois la majorité atteinte)⁷⁶.

Pour conclure, il se justifie encore de relever que l'arrêt *McCarthy* risque d'entraîner une limitation du champ d'application de l'Accord. En effet, alors même qu'il semblait possible de déduire de l'arrêt 2C_625/2007⁷⁷ du Tribunal fédéral que le simple fait de posséder la natio-

nalité d'un autre Etat membre, sans avoir préalablement fait usage de son droit à la libre circulation, garantissait l'application de l'Accord – en l'espèce le recourant était d'origine italienne, né en Suisse, où il avait toujours vécu au bénéfice d'une autorisation d'établissement⁷⁸ –, il semble qu'une telle interprétation ne puisse plus se justifier au regard de l'arrêt *McCarthy* qui a, comme on l'a vu, précisé qu'à défaut d'autres éléments d'extranéité, la double nationalité n'est prise en compte, que lorsqu'elle a pour effet de priver de la jouissance effective des droits tirés du statut de citoyen.

VI. Conclusion

Les arrêts *Zambrano* et *McCarthy*, et plus récemment encore l'arrêt *Dereci*, proposent une nouvelle approche concernant la définition du champ d'application du Traité FUE. La Cour considère que le droit de l'Union est susceptible de s'opposer à toute mesure nationale qui aurait pour conséquence de contraindre un citoyen européen de quitter le territoire de l'Union, alors même que ce dernier n'aurait jamais fait usage de son droit à la libre circulation.

Bien que la jurisprudence du Tribunal fédéral admette aujourd'hui largement la prise en compte des arrêts de la Cour européenne de justice rendus postérieurement à la date de signature de l'ALCP, les développements formulés par la Cour relatifs à la notion de jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen européen ne trouvent pas application dans le cadre de l'ALCP. La Cour s'étant en effet fondée de manière déterminante sur la notion de citoyenneté européenne pour interpréter le champ d'application du droit de séjourner et de circuler librement dans un sens qui ne correspond ni au but ni à l'esprit de l'ALCP, son argumentation n'est pas transposable.

Si un tel constat semble s'imposer, il n'en reste pas moins qu'il est regrettable du point de vue de l'objectif de parallélisme consacré par l'ALCP et régulièrement rappelé par le Tribunal fédéral. Au vu de cette nouvelle approche de la Cour européenne de justice, le risque existe en effet que l'écart entre la notion de libre circulation au sens du TFUE et celle consacrée par l'ALCP se creuse progressivement.

⁷¹ CJUE, aff. C-256/11, *Dereci* (n. 2), § 66 et 67.

⁷² Dans le même sens, ROBERT MOSTERS, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Urteil vom 8. März 2011, in : *Asyl* 3/11, 33.

⁷³ Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101).

⁷⁴ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

⁷⁵ Voir notamment ATF 135 I 143 p. 144, RDAF 2010 I p. 344 ; ATF 135 I 153, RDAF 2010 I p. 351 ; ATF 137 I 247, c. 4.2 ; TF, arrêt du 16 juin 2011, 2C_54/2011, c. 2 ; TF, arrêt du 11 juillet 2011, 2C_234/2010, c. 2.

⁷⁶ TF, arrêt du 23 septembre 2010, 2C_364/2010, c. 2.2 ; ATF 137 I 247, c. 4.2.3. Voir cependant TF, arrêt du 14 juillet 2009, 2C_174/2009, dans le cadre duquel le Tribunal fédéral avait admis que le parent étranger ayant le droit de garde sur son enfant étranger au bénéfice d'une autorisation d'établissement avait droit à une autorisation de séjour en Suisse sur la base de l'art. 8 CEDH. Cf. TOBIAS D. MEYER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in : Achermann/Caroni/et al. (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2009/2010*, Berne 2010, 213.

⁷⁷ Voir également ATF 135 II 369, c. 2 ; AUBRY GIRARDIN (n. 54), 31–32.

⁷⁸ BOILLET (n. 57), 142–143, note 713 ; ASTRID EPINEY, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, in : RSJ 2009, 28, et les références citées. EPINEY/CIVITELLA (n. 60), 232 ; ANASTASIA ILIOPOULOU, Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne, thèse, Bruxelles 2007, 103 ss.