

juridictionnelle des particuliers et ménage l'autonomie procédurale des États membres.

L'arrêt *Montessori* participe au renforcement de la protection juridictionnelle des opérateurs économiques au sein du marché intérieur en leur octroyant « des droits juridictionnels nouveaux »⁹¹. Cela passe notamment par l'affirmation, « nouvelle [...] et de grande importance »⁹², selon laquelle les décisions de la Commission ne retenant pas la qualification d'aide d'État pour une mesure fiscale nationale et celles autorisant qu'une aide incompatible ne soit pas récupérée, sont des actes réglementaires qui affectent directement les concurrents des bénéficiaires et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. Dans un regard porté sur soixante ans de politique européenne de concurrence, le Professeur Laurence Idot constate que le développement des instruments de mise en œuvre de la politique européenne de concurrence contribue à sa réception par les entreprises « qui ne voient plus seulement ses règles comme des contraintes qui leur sont imposées, mais également comme des outils pour faire respecter les règles du jeu par leurs concurrents ou partenaires commerciaux »⁹³. Si le propos porte sur le rôle des instances nationales dans l'application des règles européennes, l'arrêt *Montessori* contribue nous semble-t-il également à ce mouvement, au niveau du juge européen.

Intégration et pluralité de normes et de valeurs : réflexions à partir de l'arrêt « SM »*

Afrodit Marketou

Résumé

This article discusses the SM decision of the European Court of Justice, concerning the right of entry and residence in the host member state of children raised by European citizens under the Algerian kafala. This case is not only about the right to respect for family life and the best interests of the child. It raises other important issues as well, such as the issue of communication and translation between different legal cultures in the field of family law, as well as the issue of the limits of the rights and freedoms attached to the status of European citizenship. In the particular context of Brexit, the case also sheds light on the on-going ideological struggle within British institutions concerning the place of Europe and European law.

Keywords: kafala – direct descendant – other family members – family life – best interests of the child – European citizenship

Introduction

Prévoyant que l'affaire SM serait l'un des derniers arrêts concernant la Charte des droits fondamentaux au Royaume-Uni, Steve Peers conclut son commentaire sur un ton nostalgique : « Si vous êtes à la recherche d'un monument de la Charte, regardez l'affaire de cette petite fille¹ ». Si la question de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant se trouve au cœur de l'affaire SM, celle-ci mêle également d'autres considérations qui sont toutes

91. J.-L. Sauron, « Interventions économiques – La compliance, mode de régulation des aides d'État en Europe – Commentaire 2332 », *La Semaine juridique – Édition administrations et collectivités territoriales*, n° 48, 3 décembre 2018.

92. D. Berlin, « Absence de récupération d'une aide illicite et recevabilité du recours des concurrents du bénéficiaire de cette aide », *La Semaine Juridique – Édition générale*, n° 46, 12 novembre 2018. Voir dans le même sens : L. Idot, « Politiques et actions de l'Union – Aides d'État – Bénéficiaires des mesures et notion d'entreprise – Commentaire 413 », *Europe*, n° 11, novembre 2016.

93. L. Idot, « Brefs regards ... », *op. cit.*

* Je tiens à remercier Valérie Michel pour m'avoir signalé l'intérêt de l'arrêt SM, ainsi que Vincent Réveillère pour sa relecture.

1. S. Peers, « Guardianship, free movement and the rights of the child: the SM judgment », *EU Law Analysis Blog*, 26 mars 2019, eulawanalysis.blogspot.com/ [consulté le 27 mars 2020].

aussi centrales dans les arguments des différents acteurs et dans le raisonnement de la Cour de justice. Elle pose les questions de la commensurabilité de statuts familiaux propres à différentes traditions juridiques et des limites des droits familiaux que les citoyens de l'Union européenne tirent de leur statut. Elle interroge également sur les contraintes qui peuvent peser sur les États membres lorsque la Cour leur reconnaît une large marge d'appréciation. Enfin, l'affaire *SM* met aussi en lumière l'affrontement entre différents rapports à l'Europe au sein des institutions britanniques, ce qui présente un intérêt certain dans un contexte où le Brexit ne signifie en rien la fin des rapports entre celles-ci et les institutions de l'Union européenne.

SM, ressortissante algérienne, est abandonnée par ses parents biologiques à sa naissance en 2010. Elle est alors prise en charge sous le régime algérien de la *kafala* par M et Mme M, tous les deux ressortissants français résidant au Royaume-Uni. Mme M reste en Algérie avec *SM*, alors que son époux rentre en octobre 2011 au Royaume-Uni, où il bénéficie d'un droit de séjour permanent pour des raisons professionnelles. En 2012, *SM* demande un permis d'entrée au Royaume-Uni en tant qu'enfant adoptif d'un ressortissant de l'Espace économique européen (EEE). Celui-ci lui est toutefois refusé parce que le placement d'un enfant sous *kafala* n'est pas reconnu comme une adoption en droit britannique. *SM* introduit alors un recours devant les juridictions nationales. Depuis lors, et jusqu'à aujourd'hui, la « petite fille », que les juristes britanniques et la présidente de la Cour suprême appellent Susana, est impliquée dans un litige complexe. Après trois décisions rendues par des juridictions de différents degrés, *SM* est autorisée à saisir la Cour Suprême, qui décide de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Tout d'abord, les juges britanniques interrogent la Cour sur les contours de la notion de « descendants directs » de citoyen de l'Union qui, en vertu de l'article 2 point 2, sous c), de la directive 2004/38, confère en principe un droit automatique d'entrée et de séjour dans l'État membre d'accueil. Cette

notion comprend-elle les enfants placés sous la tutelle légale permanente d'un citoyen de l'Union au titre de la *kafala* ? Ensuite, ils posent la question de l'applicabilité des articles 27 et 35 de la directive aux enfants placés sous *kafala*, dans le cas où il y a un risque que ceux-ci soient victimes d'exploitation, d'abus ou de traite. Enfin, la Cour suprême s'interroge sur les possibilités qu'a l'État d'accueil de contrôler la procédure de placement de l'enfant sous la tutelle ou la garde du citoyen européen. Plus précisément, elle demande si, avant d'octroyer un droit d'entrée et de séjour aux « descendants directs » des citoyens de l'Union, les autorités nationales peuvent vérifier que l'intérêt supérieur de l'enfant a été suffisamment pris en compte lors de la procédure d'établissement du lien de descendance.

Dans son arrêt *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, la Cour de justice répond seulement à la première question posée par les juges britanniques². Si la notion de « descendants directs », donnant lieu automatiquement à un droit d'entrée et de séjour dans le territoire des États membres, ne peut être interprétée comme englobant l'enfant pris en charge sous le régime de la *kafala*, celui-ci peut bénéficier d'un tel droit au titre de l'article 3 paragraphe 2, de la directive 2004/38, en tant qu'« autre membre de la famille ». Cette disposition laisse une marge d'appréciation à l'État membre d'accueil, faisant simplement peser sur les autorités nationales une obligation de « favoriser » l'entrée et le séjour des membres de la famille élargie du citoyen de l'Union. Toutefois, et c'est là que se trouve une singularité de l'arrêt *SM*, la Cour, en faisant appel au droit au respect de la vie familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant, réduit pratiquement à néant cette marge d'appréciation. Après avoir donné des indications très détaillées aux autorités compétentes quant aux éléments à prendre en compte lors de l'examen de la demande d'entrée et de séjour, elle conclut que lorsqu'il est établi que l'enfant placé sous le régime de la *kafala* algérienne et ses tuteurs

2. CJUE, arrêt du 26 mars 2019, aff. C-129/18, EU:C:2019:248.

mènent une vie familiale effective et qu'il existe un lien de dépendance entre eux, l'octroi d'un droit d'entrée et de séjour est, en principe, requis. Il n'y a pour la Cour pas lieu de répondre aux autres questions parce qu'elle estime que celles-ci supposaient que l'enfant soit reconnue comme une descendante directe du citoyen de l'Union.

L'arrêt *SM* prolonge de manière importante la lignée des arrêts *Rahman*, *Coman* et *Banger*, en étendant encore l'obligation des États membres de reconnaître l'existence de liens familiaux au titre de la citoyenneté européenne et de la Charte des droits fondamentaux³. Au-delà de ces considérations matérielles, l'affaire présente un double intérêt. Tout d'abord, elle pose la question de l'appréhension de la *kafala* dans les termes du droit de l'Union européenne. La *kafala* ne semble pas pouvoir se réduire aux catégories connus par la plupart des droits européens, catégories que l'on retrouve dans la directive 2004/38 pour délimiter les membres de la famille du citoyen européen en deux cercles concentriques⁴. Ensuite, d'un point de vue institutionnel, il faut souligner l'importance que revêt le renvoi de la Cour suprême dans le contexte britannique. Ce renvoi intervient dans une période de renégociation des pouvoirs constitutionnels au Royaume-Uni, après de longues controverses sur la place des droits fondamentaux et du droit européen, et sur fond de Brexit. En renvoyant une question préjudicielle à la Cour de justice, la Cour suprême montre son hostilité envers un exécutif volontiers xénophobe et isolationniste, tout en prenant ses distances avec la jurisprudence conservatrice de la Cour d'appel.

Ces enjeux majeurs se trouvent entremêlés dans les différentes stratégies et techniques de raisonnement des acteurs intervenant dans l'affaire *SM*.

3. CJUE, arrêt du 5 septembre 2012, *Rahman e.a.*, aff. C-83/11, EU:C:2012:519 ; arrêt du 12 juillet 2018, *Banger*, aff. C-89/17, EU:C:2018:570 ; arrêt du 5 juin 2018, *Coman e.a.*, aff. C-673/16, EU:C:2018:385.

4. E. Dubout, « Article 3 – Bénéficiaires », in A. Iliopoulos-Penot (dir.), *Commentaire de la directive 2004/38*, Bruxelles, Bruylant Larcier, 2020, à paraître.

En optant pour une interprétation autonome de la directive, la Cour déplace l'attention, de la qualification juridique de la *kafala* à l'établissement de la réalité factuelle du lien qu'elle crée (I). Elle affirme ainsi clairement aux juridictions britanniques que l'intégration du citoyen de l'Union européenne dans l'État membre d'accueil reste le *telos* qui guide l'interprétation du droit de l'Union européenne et de la directive 2004/38 (II).

I. L'interprétation autonome de la directive 2004/38

Comment peut-on appréhender une notion provenant d'une culture juridique si différente de la nôtre dans les termes de notre propre droit ? Toute traduction ne trahit-elle pas nécessairement le sens local de la *kafala* et ne cache-t-elle pas un eurocentrisme réducteur ? Le problème n'est pas nouveau. Connue depuis longtemps en droit international privé, le « labyrinthe juridique » de la *kafala* occupe également la littérature du droit comparé⁵. Dans l'affaire *SM*, la Cour a opté pour une solution de compromis, respectueuse des régimes juridiques pertinents en matière d'adoption et de protection de la vie familiale. Si elle se veut autonome, l'interprétation de la Cour prend en effet en compte la notion de famille communément partagée par les États membres, sans méconnaître, ni les caractéristiques particulières de la *kafala*, ni son traitement en droit international (1). Ainsi, l'autonomie de l'interprétation de la Cour ne se manifeste pas tant par un esprit de clocher vis-à-vis des systèmes concernés, que par la reconnaissance d'une valeur normative au seul droit de l'Union dans le raisonnement juridictionnel (2).

1. La pluralité de normes et de valeurs

En droit islamique, la *kafala* est un régime de tutelle ayant pour fonction de pallier la prohibition de

5. N. Saadi, « L'institution de la *kafala* en Algérie et sa perception par le système juridique français », *RIDC*, vol. 66, n°1, 2014, p. 99, not. p. 102. Voir aussi, parmi d'autres, S. Sanna-Chaille Denere, « La *kafala* et le droit international privé : besoin de qualification », *Dr. fam.* 2009, dossier *Kafala*, étude 7, p. 34.

l'adoption par la loi coranique. Dans sa version algérienne, elle implique la prise en charge bénévole de l'entretien, de l'éducation et de la protection d'un enfant (le *makfoul*), au même titre que le ferait un parent biologique, ainsi que l'exercice de la tutelle légale sur lui. À la différence de l'adoption, le placement d'un enfant sous *kafala* ne confère pas au *makfoul* le statut d'héritier de ses tuteurs. Par ailleurs, la *kafala* est une institution de nature contractuelle, dont les effets sont limités dans le temps : elle cesse à la majorité de l'enfant et elle est révocable à la demande des parents biologiques ou du tuteur. Si l'importance que le droit algérien accorde à la préservation des liens biologiques exclut la création d'un lien de filiation entre le *makfoul* et ses tuteurs, avec le temps, le souci d'adapter le droit à la réalité sociale et de promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant a atténué la différence entre *kafala* et adoption. Ainsi, depuis les années quatre-vingt-dix, l'enfant peut prendre le nom de famille de ses tuteurs et, quand il est de parents inconnus, il est réputé faire partie de la famille de ceux-ci⁶. C'est le cas dans l'affaire *SM*, où l'enfant a pris le nom de famille des époux M selon le droit algérien. Cela étant, le régime de la *kafala* continue à refléter les particularités du système dans lequel il s'inscrit, rendant difficile sa qualification dans le cadre des catégories juridiques occidentales.

C'est cette opération de qualification qui est en cause dans l'affaire *SM*, rendu nécessaire parce que la directive 2004/38 distingue le régime d'entrée et de séjour des membres de la famille du citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil, selon que ceux-ci sont « descendants directs » ou « autres membres de la famille⁷ ». Comme toute opération de qualification, celle de la *kafala* se fonde sur une certaine compréhension des notions applicables⁸.

6. Voir plus généralement, N. Saadi, « L'institution de la *kafala* en Algérie et sa perception par le système juridique français », *op. cit.*

7. Sur ces différents régimes, voir E. Dubout, « Article 3 – Bénéficiaires », *op. cit.*

8. Sur la question de la qualification en droit international privé, voir R. Boukhari, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de Droit*, vol. 51, n° 1, mars 2010, p. 159.

La directive ne comportant pas de renvoi au droit national, la Cour opte pour une interprétation autonome de la notion de « descendant direct » au profit de l'uniformité de l'application du droit de l'Union et du principe d'égalité, suivant sur ce point les conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona⁹. Cette solution ne doit pas surprendre : dans l'affaire *Ziolkowski et Szeja*, la Cour avait déjà opté pour une interprétation autonome de la directive 2004/38¹⁰. Toutefois, l'arrêt *SM* va plus loin en ce qu'il réserve au droit européen la détermination des catégories mêmes de personnes entrant dans la famille du citoyen de l'Union aux fins de cette directive. Cela contraste avec la compétence traditionnellement exclusive des États membres en matière de définition de la famille¹¹. Par ailleurs, cette solution se détache aussi de façon très claire des règles de conflit de lois traditionnellement appliquées en droit international privé¹². Il en résulte que la définition des liens familiaux selon la directive 2004/38 peut-être à la fois plus large que la définition qu'en donne l'État membre d'accueil et plus étroite que la définition qu'en donne l'État d'origine de l'enfant.

À défaut de définition de la notion de « descendant direct » dans la directive, son interprétation se fait en prenant en compte les termes de la disposition pertinente, son contexte et les objectifs poursuivis par le législateur de l'Union¹³. La directive ayant comme but de faciliter l'exercice de la liberté de circulation des citoyens européens sur le territoire des États membres et comme objet de renforcer cette liberté, il convient de donner une interprétation

9. CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 50. Voir aussi les conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona, présentées le 26 février 2019, points 58 et s.

10. Arrêt du 21 décembre 2011, aff. C-424/10 et C-425/10, EU:C:2011:866, point 32.

11. P. Hammje, « Reconnaissance d'une *kafala* au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *RCDIP*, 2019, p. 768, paragraphe 6.

12. Sur les différentes règles de conflit de lois envisageables, voir J.-P. Marguénaud, « La réception européenne de la *kafala* », *RTD Civ.*, 2012, p. 705.

13. CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 51.

large à la notion de « descendant direct » qui ouvre automatiquement un droit d'entrée et de séjour aux membres de la famille du citoyen¹⁴. Ainsi, l'arrêt *SM* se situe expressément dans une lignée d'arrêts marqués par un libéralisme jurisprudentiel croissant en ce qui concerne le droit d'entrée et de séjour dérivé¹⁵. La Cour précise que, si la notion de « descendant direct » renvoie à l'existence d'un lien de filiation, ce lien n'est pas nécessairement biologique mais peut aussi être juridique, incluant ainsi les enfants adoptifs dans le champ de cette disposition¹⁶. Cela étant, les juges ne vont pas jusqu'à qualifier l'enfant placé sous *kafala* de descendant direct, puisque le régime de la *kafala* exclut précisément la création de tout lien de filiation¹⁷. Ainsi, l'existence d'un lien de filiation constitue une limite sémantique incontournable qui empêche pour la Cour l'application de l'article 2 paragraphe 2, sous c), au *makfoul* d'un citoyen de l'Union.

Jusqu'ici, la solution de la Cour va dans le sens de la jurisprudence française en matière de droit international de l'adoption. Appliquant la loi nationale du *makfoul*, la Cour de cassation refuse de manière constante l'assimilation de la *kafala* à l'adoption et, plus généralement, la possibilité du tuteur français d'adopter le *makfoul*¹⁸. De façon similaire, tant la Cour de justice que son avocat général ont rejeté une assimilation de la *kafala* à l'adoption, avancée par la Commission, par la juridiction de renvoi et par SM elle-même, assimilation qui ferait fi de la prohibition de l'adoption en droit algérien¹⁹. Toutefois, plus qu'une révérence envers la loi coranique, le refus de reconnaître la *kafala* comme équivalente à l'adoption doit être compris

comme la prise en compte de la conception de la famille communément partagée au sein des États membres²⁰. Les plus suspicieux pourraient même y voir une solution de compromis avec les gouvernements ayant déposé des observations dans cette affaire, tous sans exception s'étant prononcés contre l'inclusion de la *kafala* dans les liens de descendance directe. Ainsi, tout en reflétant les particularités de la *kafala* en droit algérien, la solution adoptée par les juges européens reflète également un « modèle familial européen²¹ » qui, bien que « pluraliste et détaché des seuls liens du sang²² », reste ancré aux liens de parenté et d'alliance légalement établis²³. Cela mène à une interrogation sur le sens de « l'autonomie conceptuelle » des notions de la directive, préconisée par l'avocat général et par la Cour²⁴. La question se pose d'autant plus que d'autres régimes pertinents jouent un rôle important dans la définition de la notion de « descendants directs ». Par exemple, dans ses conclusions, l'avocat général se réfère à plusieurs reprises à la manière dont la *kafala* est traitée dans les conventions internationales en matière d'adoption et de protection des enfants. Il observe que, si le droit international classe la *kafala* parmi les mesures de protection des enfants, il ne l'assimile pas à l'adoption, qui seule fait l'objet d'un instrument international dans la Convention de La Haye de 1993²⁵. Selon lui, une telle assimilation conduirait à faciliter le contournement des procédures de contrôle strictes s'imposant en

14. *SM*, point 53.

15. CJUE, arrêt du 12 mars 2014, *O. et B.*, aff. C-456/12, EU:C:2014:135 ; voir aussi *Coman e.a.*, aff. C-673/16, préc.

16. CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 54.

17. *SM*, point 56.

18. Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2010, n° 09-10.439 et le commentaire par M. Farge, « Adoption internationale - Encore le refus de métamorphoser une *kafala* en adoption », *Droit de la famille*, n° 4, avril 2011, comm. 62.

19. CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 55 ; concl., points 75 et s.

20. *SM*, point 52. La Cour précise que « la notion de «descendant direct» renvoie communément à l'existence d'un lien de filiation » (c'est nous qui soulignons).

21. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, pp. 147-185 ; J. Houssier, « L'enfant de la *kafala* : cet «autre membre de la famille» », *AJ Famille*, 2019, p. 283.

22. J. Houssier, « L'enfant de la *kafala* : cet «autre membre de la famille» », *op. cit.*

23. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. II, PUF, coll. « Thémis », 4^e éd., 2017, n° 749 ; P. Hammje, « Reconnaissance d'une *kafala* au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *op. cit.*, paragraphe 7.

24. Concl., point 61.

25. Concl., points 83 et s.

matière d'adoption internationale, procédures dont la fonction est de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant. L'avocat général relève également le problème de la discrimination à rebours que poserait une telle assimilation par le droit de l'Union européenne dans le cadre des conventions de La Haye, l'Algérie n'ayant pas ratifié ces conventions²⁶. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour EDH en la matière a aussi joué un rôle important dans le choix de rejeter une assimilation de la *kafala* à l'adoption. Dans deux affaires récentes, la Cour de Strasbourg a en effet jugé que le droit au respect de la vie familiale ne garantit pas un droit d'adopter ou d'être adopté²⁷.

En quoi consiste donc l'autonomie de l'interprétation de la directive ? Comment la Cour, tout en montrant son respect vis-à-vis des autres systèmes juridiques pertinents en matière d'adoption et de protection de l'enfant, arrive-t-elle à garantir l'effet utile et à promouvoir les buts spécifiques du droit de l'Union ? La lecture attentive du raisonnement qui suit montre le rôle central de la distinction entre faits et droit dessinée par la Cour ; alors que la situation en cause est « factualisée », la normativité est accaparée par le droit de l'Union.

2. La valeur normative du seul droit de l'Union

Si le droit au respect de la vie familiale n'implique pas la reconnaissance d'un droit d'adopter ou d'être adopté, il impose que, « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille²⁸ ». Or, le respect de cette exigence est possible dans le cadre de l'article 3 paragraphe 2, sous a), dont les termes sont « de nature à couvrir » l'enfant placé sous le régime de la *kafala* algérienne²⁹. Cette disposition prévoit une obligation des États membres

de favoriser l'entrée et le séjour de « tout autre membre de la famille » du citoyen de l'Union. La catégorie des autres membres de la famille comprend les personnes à charge ou appartenant au ménage du citoyen de l'Union bénéficiaire du droit de séjour à titre principal, ainsi que celles ayant besoin de soins de sa part pour des raisons de santé graves. La catégorie de « tout autre membre de la famille » est donc plus large que celle de « membre de la famille élargie », prévue dans le règlement de transposition britannique, qui réserve le bénéfice de ce régime plus favorable aux personnes ayant un lien de sang avec le citoyen de l'Union concerné³⁰.

En l'espèce, la Cour qualifie l'enfant placé sous la tutelle des citoyens de l'Union au titre de la *kafala* algérienne en tant qu'« autre membre de la famille ». Elle poursuit ainsi l'interprétation large de l'article 3 paragraphe 2, qu'elle avait déjà amorcée dans les affaires *Rahman* et *Banger*³¹. Il est intéressant que, pour ce faire, les juges procèdent à une appréciation globale de la situation du *makfoul*, dont les citoyens de l'Union « assument l'entretien, l'éducation et la protection, en vertu d'un engagement pris sur le fondement du droit du pays d'origine de l'enfant³² ». La référence au droit algérien n'implique toutefois pas une reconnaissance de la nature juridique du lien créé par la *kafala*³³. Les juges ayant rejeté l'assimilation de la *kafala* à une adoption, celle-ci est envisagée comme une situation de fait, elle est en quelque sorte « factualisée ». La Cour, suivant sa jurisprudence antérieure en la matière, exige l'existence de « liens familiaux étroits et stables en raison de circonstances factuelles spécifiques, telles qu'une dépendance économique, une appartenance

26. Concl., point 85.

27. Cour EDH, arrêt du 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, req. no 43631/09, CE:ECHR:2012:1004JUD004363109 ; arrêt du 16 décembre 2014, *Chbibi e.a. c. Belgique*, req. no 52265/10, CE:ECHR:2014:1216JUD005226510. Voir concl., point 90.

28. *Chbibi e.a.*, paragraphe 89.

29. CJUE, SM, aff. C-129/18, préc., points 56-59.

30. Regulation 7 des Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 (SI 2006/1003). Voir la décision de renvoi, *SM (Algérie) (Appellant) v Entry Clearance Officer, UK Visa Section (Respondent)* [2018] UKSC 9, paragraphe 5.

31. CJUE, *Rahman e.a.*, aff. C-83/11, préc. ; *Banger*, aff. C-89/17, préc.

32. CJUE, SM, aff. C-129/18, préc., point 59.

33. E. Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'UE - Quand la Cour s'empare de l'effectivité - Effectivité de la famille », *RTD Eur.*, 2019, p. 717.

au ménage ou des raisons de santé graves³⁴. » À l'instar de la Cour EDH, elle se penche sur « les relations effectives » entre le *makfoul* et son tuteur, « eu égard au temps vécu ensemble, à la qualité des relations ainsi qu'au rôle assumé par l'adulte envers l'enfant³⁵ ». Le fait que le placement sous le régime de la *kafala* soit prévu par la loi algérienne et qu'il présuppose l'intervention des tribunaux de ce pays importe peu dans le raisonnement du juge européen : la nature juridique de la *kafala* est diluée dans les circonstances factuelles de l'espèce.

La référence explicite à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne doit pas tromper : plus que d'un raisonnement sur la base des droits fondamentaux, la « factualisation » de l'institution de la *kafala* est le résultat d'une technique de raisonnement propre au droit de l'Union et à la Cour de justice³⁶. Cela ressort clairement si l'on compare le raisonnement dans l'affaire *SM* à celui de la Cour EDH dans l'affaire *Chbihi*, citée à plusieurs reprises par la Cour et par son avocat général. Dans cet arrêt, les juges de Strasbourg avaient admis que le placement d'un enfant sous *kafala* dans un pays tiers avait créé « un lien juridique » entre lui et ses tuteurs³⁷. Bien que, pour déclencher l'application de la Convention et de l'article 8, les juges aient pris en compte les circonstances factuelles de l'espèce, et notamment l'existence de « liens familiaux *de facto* » et « la réalité concrète de la relation entre les intéressés³⁸ », la reconnaissance de la nature juridique du lien de la *kafala* a permis le contrôle de l'établissement de ce lien de la part des autorités internes. Ce contrôle a porté, entre autres choses, sur « des considérations procédurales » : selon les juges belges, la procédure

de la *kafala* adoulaire homologuée, qui avait été suivie en l'espèce, ne permettait pas de considérer « que l'enfant avait été confié aux adoptants par l'»autorité» compétente de l'État d'origine de l'enfant³⁹ ». Cette appréciation n'a pas été remise en cause par la Cour européenne.

Rien de tel dans le cas de *SM*. La reconnaissance de la nature juridique de la *kafala* exigerait l'application de mécanismes de contrôle de la part de l'État d'accueil. Ainsi, dans ses conclusions, l'avocat général Campos Sánchez-Bordona relève que la convention de La Haye de 1996 instaure un mécanisme de consultation et de contrôle préalable à la prise des mesures de protection de l'enfant, parmi lesquelles se trouve la *kafala*, de la part des autorités de l'État dans lequel ces mesures auront lieu. Un mécanisme similaire est prévu dans le règlement n° 2201/2003 du Conseil, qui harmonise les règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière matrimoniale, dans le cas où un placement effectué dans un État membre doit produire des effets dans un autre État membre⁴⁰. L'avocat général souligne par ailleurs que ces mécanismes de contrôle préalable ont pour but de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant⁴¹. La Cour ne suit pas cette argumentation. L'octroi automatique d'un droit d'entrée et de séjour au titre de l'article 2 paragraphe 2, n'étant pas en cause, elle considère qu'il n'y a pas lieu de répondre à la troisième question de la juridiction de renvoi concernant le contrôle préalable de l'État membre d'accueil en ce qui concerne la procédure de placement d'un enfant sous *kafala*. C'est au cas par cas, à l'occasion de l'appréciation « de l'ensemble des circonstances actuelles et pertinentes de l'espèce » que l'intérêt supérieur de l'enfant concerné

34. CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 60 ; *Rahman*, aff. C-83/11, préc., point 32.

35. SM, point 66 ; Cour EDH, *Chbihi e.a.*, préc., paragraphe 78.

36. Voir en ce qui concerne les buts poursuivis par les autorités étatiques, A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, 2014, coll. « Thèses », paragraphes 106 et s.

37. Cour EDH, *Chbihi e.a.*, préc., paragraphe 91.

38. *Chbihi e.a.*, paragraphe 78.

39. *Chbihi e.a.*, paragraphe 96. Contrairement à la *kafala* judiciaire, qui exige l'intervention d'un acte juridictionnel, la *kafala* adoulaire peut être établie devant un notaire et a des effets plus limités.

40. Concl., point 103-4.

41. Concl., point 105.

doit être pris en compte, parmi « l'ensemble des intérêts en jeu⁴² ».

Ainsi, la « factualisation » de la *kafala* neutralise les mécanismes de contrôle et de reconnaissance mutuelle du droit international. Si l'autonomie de l'interprétation de la directive ne se manifeste pas dans un esprit de clocher vis-à-vis des systèmes normatifs pertinents en matière d'adoption et de protection de l'enfant, elle repose sur l'effacement de la valeur juridique de ceux-ci dans le raisonnement de la Cour. Le « fait que la procédure prévue dans la convention de La Haye de 1996 n'a pas été appliquée » est une « circonstance » parmi celles qui doivent « être mises en balance avec les autres éléments de fait pertinents⁴³ ». Cela vaut aussi pour les systèmes juridiques nationaux et les conditions qu'ils prévoient pour la reconnaissance de la validité des liens familiaux étrangers. Les écarts entre la procédure de placement sous le régime de la *kafala* algérienne et des procédures similaires dans l'État membre d'accueil ne sont rien que des faits, mis sur la balance des circonstances pertinentes⁴⁴. La Cour considère qu'il n'y a pas lieu de répondre à la question de l'applicabilité des articles 27 et 35 de la directive. Dans le cadre de l'application de l'article 3 paragraphe 2, les réserves prévues dans ces articles sont diluées dans l'examen approfondi des circonstances de l'espèce. Ainsi, les risques d'abus, d'exploitation ou de traite de l'enfant concerné par ses tuteurs doivent être « concrets et individualisés⁴⁵ ». Les spécialistes du droit international privé observent que cette jurisprudence laisse peu de

place à l'invocation de l'ordre public de l'État d'accueil, ou même d'une « exception européenne d'ordre public⁴⁶ ». La seule limite – *de facto* – au droit de séjour dérivé du *makfoul* d'un citoyen de l'Union sont les conditions définies par l'État d'origine pour le placement d'un enfant sous le régime de la *kafala*⁴⁷. Il semble que, pour l'instant, la jurisprudence européenne favorise l'application du droit des États les plus libéraux en matière de reconnaissance des liens familiaux. La solution pourrait toutefois être différente en ce qui concerne la gestation pour autrui ou la polygamie⁴⁸. Le raisonnement de la Cour laisse par ailleurs peu de possibilités pour les États membres d'invoquer un abus de droit dans le sens du *forum shopping*. Les liens des époux M au pays d'origine de SM ne semblent jouer aucun rôle dans le raisonnement de la Cour de la Justice. L'arrêt SM étend donc la solution adoptée dans l'affaire *Coman* en ce qui concerne le mariage des personnes du même sexe, aux liens familiaux établis hors du territoire de l'Union européenne et sans lien direct avec l'exercice par les citoyens européens de leur liberté de circulation⁴⁹. Les conséquences de cette jurisprudence pourraient être importantes,

42. CJUE, SM, aff. C-129/18, préc., point 68. La Cour renvoie « par analogie » aux arrêts du 6 décembre 2012, *O e.a.*, aff. C356/11 et C357/11, EU:C:2012:776, point 81 ; du 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, aff. C165/14, EU:C:2016:675, point 85 ; ainsi que du 13 septembre 2016, CS, aff. C304/14, EU:C:2016:674, point 41.

43. CJUE, SM, aff. C-129/18, préc., point 70.

44. *Ibidem*.

45. *Ibidem*.

46. P. Hammje, « Reconnaissance d'une *kafala* au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *op. cit.*, paragraphe 25. L'auteure fait référence à S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 2017.

47. Voir article 118 du Code de la famille algérien, cité par l'avocat général dans ses conclusions, point 18 : « Le titulaire du droit de recueil légal (*kafil*) doit être musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli (*makfoul*) et capable de le protéger. ».

48. E. Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'UE - Quand la Cour s'empare de l'effectivité - Effectivité de la famille », *op. cit.*, après nb 5.

49. Voir en ce sens, P. Hammje, « Reconnaissance d'une *kafala* au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *op. cit.*, paragraphe 21. Voir aussi A. Tryfonidou, « Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's *Coman* judgment », *European Law Blog*, 19 juin 2018, europeanlawblog.eu/ [consulté le 28 mars 2020].

notamment en matière d'immigration dans le cadre de l'application de la directive 2003/86⁵⁰.

Cette observation doit toutefois être nuancée. En réalité, dans l'affaire *SM*, les citoyens de l'Union qui font valoir leur lien familial avec l'enfant placé sous *kafala* sont tous les deux d'origine algérienne et se sont rendus en Algérie avant la naissance de *SM*, afin que leur capacité de devenir tuteurs soit évaluée selon la procédure applicable en droit algérien⁵¹. Cela présuppose une certaine intégration des citoyens en cause dans le pays de provenance de l'enfant. Par ailleurs, l'exigence d'un lien familial effectif pour l'application de l'article 3 paragraphe 2, sous a), implique que ce lien soit préalable à la demande d'entrée et de séjour du membre de la famille du citoyen de l'Union. Si, dans l'affaire *SM*, ce lien a été créé lors du séjour des époux *M* en Algérie, où *Mme M* continue par ailleurs de séjournier pour assurer la garde de *SM*, dans l'affaire *Rahman*, la Cour a ouvert la possibilité à l'application de cette jurisprudence même en l'absence de séjour préalable du citoyen et du membre de sa famille dans le même État⁵². Il serait intéressant de voir l'évolution de cette jurisprudence dans les cas à venir, ainsi que son articulation avec la jurisprudence concernant les membres de la famille principaux.

II. L'intégration, telos de la directive 2004/38

La « factualisation » de la *kafala* et des systèmes pertinents est une technique de raisonnement typique de la Cour de justice. Sa fonction est de

voiler les conflits normatifs derrière des appréciations de fait qui se veulent techniques. Mais de tels conflits subsistent et affectent l'argumentation des parties et de la Cour. Comme c'est souvent le cas dans les ordres juridiques supranationaux, l'enjeu majeur est institutionnel : à qui appartient-il de prendre la décision sur l'affaire portée devant le juge ? La question se pose de manière encore plus pressante dans le contexte actuel de désintégration de l'Union européenne. L'affaire *SM*, décidée dans le cadre particulier du Brexit, en est un exemple saisissant. Dans cette perspective, le raisonnement des différents acteurs de cette affaire paraît en effet comme la reproduction d'une opposition classique en droit de l'Union européenne, celle entre compétence étatique et intégration européenne. En atténuant la différence entre « descendants directs » et « tout autre membre de la famille », la Cour de justice laisse peu de place à l'autonomie étatique au profit du droit d'entrée et de séjour dérivé des membres de la famille du citoyen de l'Union européen (1). Il semble alors que ce qui justifie cette solution est avant tout le recours au statut du citoyen européen et à l'intégration de ce dernier dans l'État membre d'accueil (2).

1. Compétence étatique et intégration européenne

L'opposition entre compétence étatique et intégration européenne s'exprime tout d'abord au niveau du choix de la méthode d'interprétation des normes applicables. L'*Entry Clearance Officer*, l'autorité d'immigration britannique, ainsi que le *First-tier Tribunal* et la *Court of Appeal*, les juridictions de première et de troisième degré, préconisent une définition de la notion de famille par référence au droit national, ce qui laisserait aux États membres la compétence de définir les contours de la catégorie de personnes bénéficiant d'un droit d'entrée et de séjour dérivé⁵³. Cela exclurait l'enfant placé sous *kafala* de cette catégorie. En effet, le droit britannique ne reconnaissant pas la *kafala* comme

50. Voir déjà les conclusions de l'avocat général Pitruzzella sur l'affaire C-519/18, *TB c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, présentées le 5 septembre 2019, EU:C:2019:681. L'avocat général se réfère à l'arrêt *SM* pour proposer l'exigence d'un examen individualisé des demandes de regroupement familial et d'une « appréciation équilibrée et raisonnable de l'ensemble des circonstances actuelles et pertinentes de l'espèce, en tenant compte de tous les intérêts en jeu » (point 76). La Cour adopte cette solution sans toutefois se référer à l'arrêt *SM* (voir l'arrêt du 12 décembre 2019, EU:C:2019:1070, point 75).

51. CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 23.

52. CJUE, *Rahman*, aff. C-83/11, préc., point 33. Voir E. Dubout, « Article 3 – Bénéficiaires », *op. cit.*, section II.B.1.1.

53. Concl., points 20 et s. Voir la décision de la Cour d'appel britannique, *Entry Clearance Officer v SM (Algeria)* [2015] EWCA Civ 1109.

équivalente de l'adoption, SM ne pourrait pas être considérée comme une « descendante directe » du citoyen de l'Union ayant un droit d'entrée et de séjour au Royaume-Uni. Elle ne pourrait pas non plus bénéficier d'un tel droit en tant qu'« autre membre de la famille », puisqu'elle ne serait pas considérée comme un parent du citoyen de l'Union, dans le sens du règlement de transposition de la directive en droit interne. La seule option pour les époux M et SM serait dans cette perspective celle de l'adoption internationale. Au contraire, SM, les ONG pour la protection des droits de l'enfant intervenant dans l'affaire, la Cour suprême britannique et la Commission préconisent une interprétation autonome de la directive au profit de l'uniformité de l'application du droit de l'Union⁵⁴. Ils cherchent ainsi l'application de l'article 2 paragraphe 2, sous c), ce qui ne laisserait aucune marge d'appréciation aux autorités d'immigration compétentes de refuser l'entrée et le séjour de SM au Royaume-Uni. La Cour, nous l'avons vu, choisit une position plus nuancée. Elle opte pour une interprétation autonome de la directive, mais elle exclut l'enfant placé sous *kafala* de la catégorie de « descendants directs » ouvrant automatiquement un droit d'entrée et de séjour⁵⁵. Selon les juges européens, SM peut bénéficier d'un tel droit en tant qu'« autre membre de la famille » du citoyen de l'Union, au titre de l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive. Cette disposition laisse *a priori* une ample marge d'appréciation à l'État membre, imposant seulement une obligation de favoriser, « conformément à sa législation nationale », l'entrée et le séjour des personnes concernées. Il s'agirait là d'une obligation de moyen et non de résultat en ce qui concerne la demande de permis d'entrée et de séjour⁵⁶. Ainsi, l'opposition entre compétence étatique et intégration

54. CJUE, SM, aff. C-129/18, préc., point 47.

55. Cette solution a été suggérée par la Cour suprême dans sa décision de renvoi et par l'Upper Tribunal, la juridiction britannique de deuxième degré. Voir la décision de renvoi, préc., paragraphes 25 et s.

56. E. Dubout, « Article 3 – Bénéficiaires », *op. cit.*, section II.B.2.

européenne, prétendument résolue au niveau des méthodes d'interprétation, se reproduit lors de l'application des dispositions concernées, dans la détermination des contours de la marge d'appréciation des autorités nationales. Comme l'observe Antonio Marzal Yetano dans un autre contexte, la solution donnée dans un premier temps par la Cour à une contradiction (interprétation autonome contre interprétation par référence au droit national) ne détermine pas la solution ultime de l'opposition initiale (compétence étatique contre intégration européenne). Cette opposition est « emboîtée [nested] » dans la réponse donnée à la première contradiction et se retrouve dans les niveaux inférieurs du raisonnement⁵⁷.

Cependant, la suite de l'arrêt donne l'impression au lecteur que la Cour « prend d'une main ce qu'elle donne avec l'autre⁵⁸. » Dans les arrêts *Rahman* et *Banger*, le juge européen avait déjà phagocyté la marge d'appréciation laissée aux États membres, au profit d'une interprétation de plus en plus étendue du droit d'entrée et de séjour dérivé. En faisant appel à l'objectif de l'article 3 paragraphe 2, sous a), la Cour avait précisé qu'il faisait peser sur les États membres « une obligation d'octroyer un certain avantage aux demandes introduites par des ressortissants d'États tiers visés à cet article par rapport aux demandes d'entrée et de séjour d'autres ressortissants d'États tiers⁵⁹ ». Partant, elle avait exigé certaines garanties procédurales pour de telles

57. A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, paragraphe 1051. Suivant des travaux en sémiotique juridique, l'auteur analyse les arguments juridiques en tant qu'expressions d'« oppositions emboîtées ». Voir notamment J. Balkin, « Nested oppositions », *Yale Law Faculty Scholarship Series*, 1990, p. 281 et D. Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, vol. III-2, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 309.

58. A. Marzal Yetano, La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne, *op. cit.*, paragraphe 1051.

59. CJUE, *Rahman*, aff. C-83/11, préc., point 21 ; *Banger*, aff. C-89/17, préc., point 31. Voir aussi *SM*, aff. C-129/18, préc., points 60 et s.

demandes, consistant notamment en l'obligation d'un « examen approfondi » de la situation personnelle des personnes concernées, tenant compte des différents facteurs pertinents, ainsi qu'en l'obligation de motivation des refus d'octroyer un permis d'entrée et de séjour⁶⁰. En ce qui concerne le fond de la décision des autorités d'immigration, la Cour avait conclu que la large marge d'appréciation dont disposent les États membres quant au choix de facteurs pertinents trouvait ses limites dans l'exigence de critères qui « soient conformes au sens habituel du terme «favorise», et qui ne privent pas cette disposition de son effet utile⁶¹ ».

Dans l'affaire *SM*, la Cour va encore plus loin. Faisant appel à la Charte et à l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, elle impose aux autorités nationales une « appréciation équilibrée et raisonnable de l'ensemble des circonstances actuelles et pertinentes de l'espèce, en tenant compte de l'ensemble des intérêts en jeu et, en particulier, de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné⁶² ». De cette manière, la marge d'appréciation des autorités compétentes se trouve particulièrement restreinte. La Cour demande ni plus ni moins aux juridictions internes, en tant que juges européens de droit commun, d'exercer un contrôle plénier de proportionnalité sur les décisions des autorités d'immigration compétentes, en prenant en compte le droit de l'Union et notamment la Charte. Qui plus est, les juges européens donnent des indications très précises aux juges nationaux quant aux circonstances à prendre en compte lors de leur contrôle. Selon les termes utilisés par eux : « Cette appréciation doit prendre en considération, notamment, l'âge auquel l'enfant a été placé sous le régime de la *kafala* algérienne, l'existence d'une vie commune que l'enfant mène avec ses tuteurs depuis son placement sous ce régime, le degré des relations affectives qui se sont nouées entre l'enfant

et ses tuteurs ainsi que le niveau de dépendance de l'enfant à l'égard de ses tuteurs, en ce que ceux-ci assument l'autorité parentale et la charge légale et financière de l'enfant⁶³ ».

La Cour suit ici une structure de raisonnement mise en évidence par Loïc Azoulaï dans le cadre de la formule des compétences retenues : tout en reconnaissant les capacités essentielles propres aux États membres au sein de l'espace européen intégré, elle soumet l'exercice de leur compétence à la prise en compte d'intérêts et de situations qui sont souvent insuffisamment pris en compte ou protégés dans les processus d'action et de décision nationaux⁶⁴. Sans priver les autorités nationales d'immigration de leur compétence, au sens procédural du terme, elle les prive quasiment de toute marge de manœuvre en soumettant l'exercice de cette compétence à un contrôle très strict. De cette manière, la Cour prend en main l'effectivité du droit de l'Union, en éliminant tout ce qui pourrait lui faire obstacle⁶⁵. Elle va jusqu'à donner une solution de principe dans des affaires similaires à celle de *SM*. Elle déclare : « Dans l'hypothèse où il est établi [...] que l'enfant placé sous le régime de la *kafala* algérienne et ses tuteurs, citoyens de l'Union, sont appelés à mener une vie familiale effective et que cet enfant dépend de ses tuteurs, les exigences liées au droit fondamental au respect de la vie familiale, combinées à l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, requièrent, en principe, l'octroi d'un droit d'entrée et de séjour audit enfant en tant qu'autre membre de la famille de citoyens de l'Union [...] afin de permettre à l'enfant de vivre avec ses tuteurs dans l'État membre d'accueil de ces derniers ».

L'intégration européenne semble l'emporter. À un niveau encore inférieur, toutefois, l'autonomie

63. *SM*, point 69.

64. L. Azoulaï, « The “Retained Powers” Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law? », *European Journal of Legal Studies*, vol. 4, n° 2, 2011, p. 178.

65. En ce sens, E. Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'UE - Quand la Cour s'empare de l'effectivité - Effectivité de la famille », *op. cit.*

60. *Rahman*, points 22 et 23 ; *Banger*, points 38 et 39. Voir aussi *SM*, point 62.

61. *Rahman*, point 24 ; *Banger*, point 40. Cités dans *SM*, point 63.

62. *SM*, point 68. Voir aussi points 63-67.

étatique pourrait ressurgir dans l'existence d'exceptions aux principes énoncés par la Cour. En effet, les défenseurs de la compétence étatique pourraient invoquer les réserves des articles 27 et 35, comme ils l'ont fait dans d'autres affaires⁶⁶. En faisant appel à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou l'abus, les autorités nationales préserveraient ainsi leur possibilité de refuser systématiquement l'entrée et le séjour à certains membres de la famille du citoyen et de compromettre l'effet utile du droit de l'Union. En l'espèce, par exemple, certaines autorités britanniques semblent présumer que la reconnaissance du lien familial créé par la *kafala* serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et pourrait conduire à des abus, en raison du contrôle « limité » de l'aptitude des tuteurs lors de la procédure de placement sous *kafala*⁶⁷. L'opposition entre compétence étatique et intégration européenne se reproduirait donc dans la tension entre raisonnement dogmatique et raisonnement par cas. Toutefois, la Cour exclut d'emblée cette possibilité. En exigeant une décision fondée sur la mise en balance au cas par cas, elle élimine tout type de raisonnement dogmatique et même tout type de nuance que les juridictions nationales auraient pu figer tout au long de leur jurisprudence⁶⁸. Elle prend notamment le soin de préciser que les risques éventuels d'abus, d'exploitation ou de traite de l'enfant « ne sauraient être présumés » du fait que l'évaluation de l'aptitude de l'adulte et de l'intérêt de l'enfant est moins approfondie que celle prévue dans l'État membre d'accueil⁶⁹. Elle entend ainsi, en ce qui concerne l'application des réserves des articles 27 et 35, aux « autres membres de la famille » une

solution qu'elle avait dégagée pour les membres principaux⁷⁰.

Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *SM* réduit la marge de manœuvre des États membres à néant. Cela rend l'opposition entre le paragraphe 1 et le paragraphe 2 de l'article 3 difficilement perceptible. Selon Édouard Dubout, il s'agirait plutôt d'« une forme de *continuum juridique* » qui relierait la protection de la famille au sens strict et celle des « autres » membres de la famille : plus le lien de ces derniers avec le citoyen de l'Union bénéficiaire du droit d'entrée et de séjour au principal est étroit, moins les autorités nationales ont de marge de manœuvre pour refuser le droit d'entrée et de séjour dérivé à ceux-ci⁷¹. La différence principale entre ces deux dispositions semble donc être le type de raisonnement qu'elles impliquent. D'un côté, l'application du paragraphe 1, concernant les membres de la famille principaux, implique un raisonnement dogmatique classique : la qualification de la personne concernée en tant que membre de la famille principal conduit automatiquement à l'octroi d'un titre de séjour. Les circonstances de l'affaire ne sont prises en compte qu'exceptionnellement, lors de l'application des articles 27 et 35. Paradoxalement, c'est dans ce cadre que le droit national pèse le plus sur le raisonnement de la Cour, puisque celle-ci contrôle que les liens de famille invoqués sont « légalement » établis dans un État membre⁷². De l'autre côté, l'application du paragraphe 2, concernant les autres membres de la famille, implique la mise en balance au cas par cas des éléments factuels et normatifs de l'affaire. Les réserves des articles 27 et 35 sont réputées inutiles

66. CJUE, *Rendón Marín*, aff. C-165/14, préc., et *CS*, aff. C304/14, préc., cités dans l'arrêt *SM*, aff. C-129/18, préc., point 68.

67. Cette position se rapproche de celle du First-tier Tribunal. Voir CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 32.

68. En ce qui concerne les nuances des jurisprudences française et espagnole en la matière, voir P. Hammje, « Reconnaissance d'une *kafala* au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *op. cit.*, paragraphe 20, ainsi que la jurisprudence et la littérature citée.

69. CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 70.

70. CJUE, *Rendón Marín*, aff. C-165/14, préc., et *CS*, aff. C304/14, préc., cités dans *SM*, aff. C-129/18, préc., point 68. Dans ces affaires, était en cause la présomption du droit national que le membre de la famille concerné, en raison des condamnations pénales antérieures, constituait une menace pour l'ordre public de l'État d'accueil.

71. E. Dubout, « Article 3 – Bénéficiaires », *op. cit.*, section II.B.1.2, paragraphe 2.

72. CJUE, *Coman e.a.*, aff. C-673/16, préc., point 51 ; *SM*, aff. C-129/18, préc., point 54.

puisqu'elles seraient en quelque sorte déjà prises en compte au moment de la mise en balance initiale. La solution de l'affaire *SM* est difficilement justifiable dans le cadre de la directive 2004/38⁷³. Elle contraste avec les termes des dispositions appliquées, ainsi qu'avec certaines applications de la directive, particulièrement différentes aux compétences des États membres. Cela peut toutefois s'expliquer si l'on estime que, pour arriver à sa conclusion, la Cour dépasse le cadre de la directive pour se référer au statut du citoyen de l'Union, et aux droits de circuler et de séjourner que le TFUE lui attache.

2. Marge d'appréciation et intégration du citoyen
 Rares sont les cas où la Cour, tout en reconnaissant une marge d'appréciation aux États membres, la réduit si clairement à néant. En matière de droit au séjour dérivé, la solution de l'affaire *SM* est comparable à celle des affaires *Rendón Marín* et *CS*, auxquelles la Cour se réfère explicitement. Dans ces affaires aussi, la Cour exige « une appréciation concrète, par la juridiction de renvoi, de l'ensemble des circonstances actuelles et pertinentes de l'espèce, à la lumière du principe de proportionnalité, de l'intérêt supérieur de l'enfant et des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect⁷⁴. » Elle donne des indications très précises quant aux éléments factuels et normatifs qui doivent peser lors de la mise en balance au cas par cas⁷⁵. Toutefois, ce qui est en cause dans ces affaires est le droit de séjour dérivé d'un membre de la famille au sens strict du citoyen de l'Union concerné, cas dans lequel les États membres ne disposent d'aucune marge d'appréciation⁷⁶.

Pour étendre la solution dégagée dans ces arrêts en l'espèce, la Cour renvoie « par analogie » à l'arrêt *O*

e.a., concernant le droit au regroupement familial dont jouissent les membres de la famille de la mère d'un citoyen de l'Union en bas âge, ressortissante d'un pays tiers, résidant avec son enfant dans l'État membre dont le citoyen a la nationalité⁷⁷. Le raisonnement de la Cour dans cette affaire se rapproche de celui dans l'affaire *SM* de plusieurs points de vue. Dans l'affaire *O e.a.*, comme dans l'affaire *SM*, la Cour a reconnu aux États membres une marge d'appréciation, tout en précisant que celle-ci trouvait ses limites dans les objectifs poursuivis par la directive 2003/86 et dans la garantie de son effet utile. Elle a déclaré que les autorités nationales, lors de l'exercice de cette marge d'appréciation, devaient prendre en compte la Charte, et notamment le droit au respect de la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁸. La Cour conclut : « Il incombe aux autorités nationales compétentes [...] de procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable de tous les intérêts en jeu, en tenant particulièrement compte de ceux des enfants concernés⁷⁹. » Cette même expression a été reprise dans l'arrêt *SM*. Toutefois, alors que, dans l'affaire *O e.a.*, la Cour s'était bornée à déléguer aux autorités nationales l'appréciation concrète des intérêts en jeu, dans l'affaire *SM* elle est allée jusqu'à leur édicter, en substance, la solution de l'affaire.

Pour écarter les considérations institutionnelles que la notion de marge d'appréciation exprime, la Cour fait appel à un élément matériel : les droits fondamentaux⁸⁰. Toutefois, contrairement à ce que l'on pourrait penser à première vue, le raisonnement juridictionnel dans l'affaire *SM* n'est pas principalement guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant ni par l'insertion de celui-ci dans sa famille d'accueil. À la différence des affaires *Harroudj* ou *Chbihi* de la

73. En ce sens, P. Hammje, « Reconnaissance d'une kafala au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *op. cit.*, notamment paragraphes 17 et s.

74. CJUE, *Rendón Marín*, aff. C-165/14, préc., point 85 ; *CS*, aff. C304/14, préc., point 41.

75. *Rendón Marín*, point 86 ; *CS*, point 42.

76. *Rendón Marín*, points 50-52 ; *CS*, points 31-33.

77. Arrêt du 6 décembre 2012, aff. C-356/11 et C-357/11, EU:C:2012:776. Voir *SM*, aff. C-129/18, préc., points 64 et 68.

78. *O e.a.*, aff. C-356/11 et C-357/11, préc., points 79 et 80.

79. *O e.a.*, point 81.

80. Sur la tension entre éléments institutionnels et matériels dans la jurisprudence sur la libre circulation, voir A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, paragraphes 1049 et s.

Cour EDH, dans lesquelles la question principale posée au juge supranational concernait le statut de l'enfant dans l'État membre d'accueil, dans l'affaire *SM*, tout est conçu sous le prisme du droit d'entrée et de séjour du citoyen de l'Union et des membres de sa famille⁸¹. Ce biais, qui résulte des questions même posées par la Cour suprême et de la directive 2004/38, affecte la réponse donnée par les juges européens. Cela est évident dans l'affirmation suivante de la Cour : « Une telle conclusion s'impose d'autant plus lorsque, du fait du refus d'accorder à l'enfant placé sous le régime de la *kafala* algérienne un droit d'entrer et de séjourner dans l'État membre d'accueil de ses tuteurs, citoyens de l'Union, ces tuteurs se voient empêchés, en fait, de mener une vie commune dans cet État membre, dès lors que l'un deux se trouve contraint de rester, avec l'enfant, dans l'État tiers d'origine de l'enfant pour s'en occuper⁸² ».

La résonance à la jurisprudence *Ruiz Zambrano* est évidente, même si, ni cet arrêt ni le traité ne sont explicitement cités⁸³. D'ailleurs, il est possible de lire l'affaire *SM* comme préfigurant une potentielle extension de la protection énoncée dans l'arrêt *Ruiz Zambrano* dans deux directions : tout d'abord, ce principe s'appliquerait désormais aux cas où le citoyen de l'Union qui doit quitter le territoire de l'Union afin de pouvoir mener une vie commune avec les membres de sa famille est l'adulte et non l'enfant dont il assure la garde ; ensuite, ce principe couvrirait désormais, en plus des cas où les citoyens de l'Union sont obligés de quitter le territoire d'un État membre, les cas où ils sont empêchés d'y entrer et d'y séjourner. En liant le droit au séjour dérivé tel que prévu par l'article 3 de la directive 2004/38 au statut du citoyen de l'Union, l'arrêt *SM* est en continuité avec les

arrêts *Coman et Banger*. Dans ces arrêts, la directive n'était pas directement applicable, du fait que les citoyens concernés faisaient valoir leur droit au respect de la vie familiale dans l'État membre de leur nationalité. Ce qui était décisif était le fait que le lien familial invoqué – dans le premier cas, un lien juridique, dans le deuxième, un lien factuel – avait été créé lors de l'exercice par les citoyens de leur liberté de circulation. La situation est différente dans l'affaire *SM* : si les époux M, ressortissants français habitant au Royaume-Uni, sont eux-mêmes couverts par les dispositions de la directive, la situation familiale qu'ils souhaitent faire reconnaître n'a pas été créée lors de l'exercice de leur liberté de circulation mais en dehors du territoire de l'Union.

C'est donc le recours au statut du citoyen de l'Union qui explique le peu de marge de manœuvre laissé aux États membres. Comme le remarque Petra Hammje, « il s'agit de permettre au citoyen européen de bénéficier de tous les effets attachés à son statut, en l'occurrence celui de vivre avec l'ensemble de sa famille, quelle que soit la nature du lien qui les unit⁸⁴. » Dans l'arrêt *SM*, la Cour affirme que l'intégration du citoyen dans l'État membre d'accueil reste le *telos* qui guide l'interprétation et l'application du droit de l'Union dans le contexte de la directive 2004/38, de même qu'elle l'a fait de façon très claire dans sa jurisprudence sur l'interprétation de l'article 21 TFUE, notamment dans l'arrêt *Lounes*, aussi rendue sur un renvoi britannique⁸⁵. Certes, les juges s'abstiennent de l'utilisation de la formule selon laquelle « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres », aspiration vague qui avait, jusqu'alors, peu convaincu

81. Voir en ce sens, sur l'affaire *Coman*, M. Rhimes, « The “gay marriage” case that never was: Three thoughts on Coman », 6 juin 2018, UK Human Rights Blog, ukhumanrightsblog.com/ [consulté le 28 mars 2020].

82. *SM*, aff. C-129/18, préc., point 72.

83. CJUE, arrêt du 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi*, EU:C:2011:124.

84. P. Hammje, « Reconnaissance d'une *kafala* au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *op. cit.*, paragraphe 21.

85. CJUE, arrêt du 14 novembre 2017, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-165/16, EU:C:2017:862. Sur cette affaire, voir V. Réveillere, « Family Rights for Naturalized EU citizen: Lounes », *Common Market Law Review*, vol 55, n° 6, 2018, p. 1855.

les juges britanniques⁸⁶. Ils préfèrent faire appel au « sens habituel du terme «favorise⁸⁷» ».

« Sens habituel », mais dans quelle langue parmi les vingt-quatre langues officielles de l'Union européenne ? Cette expression, utilisée aussi dans les affaires *Rahman et Banger*, toutes les deux concernant le Royaume-Uni, ne peut se comprendre que dans le contexte particulier de « dialogue » entre la CJUE et les juges britanniques en ce qui concerne l'interprétation du droit de l'Union. Dans une affaire de 2016, l'*Upper Tribunal* a exclu les refus d'entrée et de séjour des membres de la famille élargie du citoyen de l'Union des actes susceptibles d'appel devant le juge. Ces refus relevant du pouvoir discrétionnaire des autorités d'immigration, le tribunal a considéré qu'ils échappaient au « sens naturel et habituel [*natural and ordinary meaning*] » du terme « décision en matière d'Espace Economique Européen ». Pour les membres du tribunal, puisqu'il n'est pas par avance décidé si la personne demandant l'entrée et le séjour au Royaume-Uni fait partie de la famille du citoyen de l'EEE, la décision la concernant ne peut pas être considérée comme une décision « en matière d'EEE ». Or, seules ces dernières décisions peuvent être contestées devant le juge par voie d'appel⁸⁸. Si cette solution a été renversée quelques mois plus tard par la Cour d'appel, elle a été par la suite reprise dans un acte réglementaire⁸⁹.

Dans l'affaire *Banger*, une composition différente de l'*Upper Tribunal* a renvoyé à la Cour de justice la question de la compatibilité au droit de l'Union de l'impossibilité de contester en appel les refus de séjour à l'égard des membres de la famille élargie

du citoyen de l'Union⁹⁰. La CJUE a répondu que ces refus devaient être soumis à une voie de recours permettant au juge national de « vérifier si la décision de refus repose sur une base factuelle suffisamment solide et si les garanties procédurales ont été respectées⁹¹. » Dans l'arrêt *SM*, la Cour va plus loin pour restreindre la marge d'appréciation même des autorités d'immigration nationales en ce qui concerne le fond de la décision qui leur incombe. Elle affirme que, dans une affaire comme celle de *SM*, peu importe la nature du contrôle exercé par les juges internes, la protection du statut du citoyen de l'Union requiert, en principe, l'octroi d'un permis d'entrée et de séjour aux autres membres de la famille de celui-ci. En se référant au sens habituel des termes de la directive 2004/38 donc, la Cour détourne la méthode analytique, si chère aux juges du *common law* : elle l'utilise pour restreindre l'autonomie des États membres que, dans le contexte du Brexit, cette même méthode est censée préserver.

Conclusion

Comment appréhender la *kafala* sous le prisme des catégories du droit européen ? Comme une question de fait, s'il fallait résumer en une formule la réponse de la Cour. Cela permet aux juges européens de montrer leur respect vis-à-vis des différentes conceptions de la famille et de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les systèmes juridiques pertinents en matière d'adoption et de protection de l'enfant. Cela leur permet également de poursuivre l'interprétation téléologique de la directive, afin de garantir l'effet utile des droits et des libertés du citoyen de l'Union, même dans le contexte particulier du Brexit.

Le Brexit va certainement priver les défenseurs des droits fondamentaux au Royaume-Uni d'une source d'argumentation importante, comme le soulignait Steve Peers. Il risque aussi, à long terme, de priver la Cour de justice de l'occasion de répondre à certaines

86. Court of Appeal, *G1 c. Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 867, paragraphe 39. Voir aussi Supreme Court, *Pham c. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, paragraphe 55.

87. CJUE, *SM*, aff. C-129/18, préc., point 63.

88. Upper Tribunal, *Sala* (EFMs: Right of Appeal : Albania) [2016] UKUT 411 (IAC).

89. Court of Appeal, *Khan v Secretary of State for the Home Department* [2017] EWCA Civ 1755. Voir la décision de renvoi, préc., paragraphe 38.

90. Upper Tribunal, *Secretary of State for the Home Department v Banger* [2017] UKUT 125.

91. CJUE, *Banger*, aff. C-89/17, préc.

questions fondamentales en ce qui concerne le droit de l'Union et sa fonction d'intégration. En effet, force est de constater que de nombreuses questions préjudiciales qui ont donné à la Cour l'occasion de faire évoluer sa jurisprudence, notamment en matière de citoyenneté, ont été renvoyées par les juridictions britanniques. Ainsi des affaires *Rahman, Lounes ou Banger*⁹², pour ne mentionner que des arrêts déjà cités⁹³. Cela n'est pas seulement le résultat d'une politique nationale d'immigration restrictive. C'est également la manifestation de la culture pragmatique du *common law*, dans laquelle des conflits normatifs entre droit interne et droit européen sont ouvertement formulés et discutés, alors qu'ils restent souvent latents dans les systèmes continentaux.

À court et moyen terme, les juridictions britanniques conservent toutefois le pouvoir de renvoyer à la Cour des questions préjudiciales et le gouvernement aura la possibilité de présenter des observations devant la Cour. Par ailleurs, la Commission pourra présenter des observations devant les juridictions britanniques. Le dialogue est donc loin d'être achevé et, comme le suggère les positions prises dans cette affaire, la controverse sur l'interprétation du droit de l'Union ne se réduira sans doute pas à l'opposition entre institutions nationales et supranationales ; elle se déployera probablement au cœur même des institutions britanniques, entre le gouvernement et la Cour suprême ou entre cette dernière et d'autres juridictions.

92. *Rahman*, aff. C-83/11, préc. ; *Lounes*, aff. C-165/16, préc. ; *Banger*, aff. C-89/17 ; *SM*, aff. C-129/18, préc.

93. Au-delà, parmi les arrêts emblématiques de la Cour rendus sur renvoi britannique en la matière, on peut penser à : CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, EU:C:2002:434 ; CJCE, arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, EU:C:2002:493 ; arrêt du 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, EU:C:2004:172 ; arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C200/02, EU:C:2004:639 ; arrêt du 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C209/03, EU:C:2005:169 ; CJUE, arrêt du 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, EU:C:2011:277.