Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 11 janvier 2018 [1]

Affaire C-673/16

Relu Adrian Coman,
Robert Clabourn Hamilton,
Asociația Accept
contre
Inspectoratul General pentru Imigrări,
Ministerul Afacerilor Interne,
Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării

[demande de décision préjudicielle formée par la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle, Roumanie)]

« Renvoi préjudiciel – Citoyenneté de l'Union européenne – Directive 2004/38/CE – Article 2, point 2, sous a) – Notion de "conjoint" – Droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire de l'Union – Mariage entre personnes de même sexe – Absence de reconnaissance du mariage par l'État d'accueil – Article 3 – Notion d'"autre membre de la famille" – Article 7 – Droit de séjour de plus de trois mois – Articles 7 et 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »

I. Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle porte sur l'article 2, point 2, sous a), l'article 3, paragraphes 1 et 2, sous a) et b), et l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE [2].

2. Elle donne l'occasion à la Cour de se prononcer, pour la première fois, sur la notion de « conjoint » au sens de la directive 2004/38 dans le contexte d'un mariage conclu entre deux hommes. L'exercice est délicat car, s'il est question pour le mariage d'une institution *juridique*, et ce dans le cadre spécifique et limité de la libre circulation des citoyens de l'Union européenne, la définition qui sera retenue de la notion de « conjoint » touchera, nécessairement, l'identité même des hommes et des femmes concernés – et donc leur dignité –, mais également la conception personnelle et sociale que les citoyens de l'Union ont du mariage, laquelle peut varier d'une personne à l'autre, d'un État membre à l'autre.

1 Langue originale : le français.

2 JO 2004, L 158, p. 77, ainsi que rectificatifs JO 2004, L 229, p. 35, et JO 2005, L 197, p. 34.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La Charte

3. L'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), intitulé « Respect de la vie privée et familiale », dispose :

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. »

4. Aux termes de l'article 9 de la Charte, « [l]e droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

5. L'article 21, paragraphe 1, de la Charte interdit quant à lui « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

2. Le traité FUE

6. Selon l'article 21 TFUE, « [t]out citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ».

3. La directive 2004/38

7. Les considérants 2, 5, 6 et 31 de la directive 2004/38 énoncent :

« (2) La libre circulation des personnes constitue une des libertés fondamentales du marché intérieur, qui comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel cette liberté est assurée selon les dispositions du traité.

[…]

(5) Le droit de tous les citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres devrait, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, être également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité. Aux fins de la présente directive, la définition de "membre de la famille" devrait aussi comprendre les partenaires enregistrés si la législation de l'État membre d'accueil considère le partenariat enregistré comme équivalent à un mariage.

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

[…]

(31) La présente directive respecte les droits et libertés fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la [Charte] ; en vertu du principe de l'interdiction des discriminations qui y figure, les États membres devraient mettre en œuvre la présente directive sans faire, entre les bénéficiaires de cette dernière, de discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou autres, l'appartenance à une minorité ethnique, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

8. L'article 2 de la directive 2004/38, intitulé « Définitions », prévoit :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

[…]

2) "membre de la famille" :

a) le conjoint ;

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

c) les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b) ;

d) les ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b) ;

[…] »

9. L'article 3 de la directive 2004/38, intitulé « Bénéficiaires », est libellé comme suit :

« 1. La présente directive s'applique à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille, tels que définis à l'article 2, point 2), qui l'accompagnent ou le rejoignent.

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

a) tout autre membre de la famille, quelle que soit sa nationalité, qui n'est pas couvert par la définition figurant à l'article 2, point 2), si, dans le pays de provenance, il est à charge ou fait partie du ménage du citoyen de l'Union bénéficiaire du droit de séjour à titre principal, ou lorsque, pour des raisons de santé graves, le citoyen de l'Union doit impérativement et personnellement s'occuper du membre de la famille concerné ;

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

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

10. L'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/38, intitulé « Droit de séjour de plus de trois mois », énonce :

« 1. Tout citoyen de l'Union a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une durée de plus de trois mois :

a) s'il est un travailleur salarié ou non salarié dans l'État membre d'accueil ; ou

b) s'il dispose, pour lui et pour les membres de sa famille, de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour, et d'une assurance maladie complète dans l'État membre d'accueil ; ou,

c) s'il est inscrit dans un établissement privé ou public, agréé ou financé par l'État membre d'accueil sur la base de sa législation ou de sa pratique administrative, pour y suivre à titre principal des études, y compris une formation professionnelle et

   s'il dispose d'une assurance-maladie complète dans l'État membre d'accueil et garantit à l'autorité nationale compétente, par le biais d'une déclaration ou par tout autre moyen équivalent de son choix, qu'il dispose de ressources suffisantes pour lui-même et pour les membres de sa famille afin d'éviter de devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de leur période de séjour ; ou

d) si c'est un membre de la famille accompagnant ou rejoignant un citoyen de l'Union qui lui-même satisfait aux conditions énoncées aux points a), b) ou c).

2. Le droit de séjour prévu au paragraphe 1er s'étend aux membres de la famille n'ayant pas la nationalité d'un État membre lorsqu'ils accompagnent ou rejoignent dans l'État membre d'accueil le citoyen de l'Union, pour autant que ce dernier satisfasse aux conditions énoncées au paragraphe 1, points a), b) ou c). »

B. Le droit roumain

11. Selon l'article 259, paragraphes 1 et 2, du code civil :

« 1. Le mariage est l'union librement consentie d'un homme et d'une femme, conclue dans les conditions prévues par la loi.

2. L'homme et la femme ont le droit de se marier en vue de fonder une famille. »

12. Aux termes de l'article 277, paragraphes 1, 2 et 4, du code civil :

« 1. Le mariage entre personnes de même sexe est interdit.

2. Les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger par des citoyens roumains ou par des étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie. […]

4. Les dispositions légales relatives à la libre circulation sur le territoire roumain des citoyens des États membres de l'[Union] et de l'Espace économique européen sont d'application. »

III. Les faits du litige au principal

13. M. Relu Adrian Coman est un citoyen roumain qui possède également la nationalité américaine. Il a rencontré M. Robert Clabourn Hamilton, citoyen américain, à New York (États-Unis) au mois de juin 2002. Ils y ont cohabité du mois de mai 2005 au mois de mai 2009. À cette date, M. Coman s'est établi à Bruxelles pour travailler au Parlement européen en tant qu'assistant parlementaire, tandis que M. Hamilton est resté à New York. Ils se sont mariés à Bruxelles le 5 novembre 2010.

14. Au mois de mars 2012, M. Coman a cessé de travailler au Parlement et est resté à Bruxelles. Au mois de décembre 2012, M. Coman et son époux ont entamé les démarches administratives auprès de l'administration roumaine en vue d'obtenir les documents nécessaires pour que M. Coman puisse, avec son conjoint non ressortissant de l'Union, travailler et séjourner légalement en Roumanie pour une durée de plus de trois mois.

15. Par courrier du 11 janvier 2013, l'Inspectoratul General pentru Imigrări (inspection générale chargée de l'immigration, Roumanie) a réservé une suite défavorable à leur demande. Selon celle-ci, la prolongation du droit de séjour temporaire d'un ressortissant américain dans les conditions prévues par la législation roumaine en matière d'immigration combinée aux autres dispositions légales pertinentes dans ce domaine ne saurait être accordée au titre du regroupement familial.

16. Le 28 octobre 2013, MM. Coman et Hamilton ont introduit, avec l'Asociația Accept, un recours contre la décision de l'Inspectoratul General pentru Imigrări (inspection générale chargée de l'immigration) devant la Judecătoria Sectorului 5 București (tribunal de première instance du secteur 5 de Bucarest, Roumanie).

17. Dans le cadre de ce litige, ils ont soulevé une exception d'inconstitutionnalité contre les dispositions de l'article 277, paragraphes 2 et 4, du code civil. Selon eux, l'absence de reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe conclus à l'étranger, aux fins de l'exercice du droit de séjour, constitue une violation des dispositions de la Constitution roumaine qui protègent le droit à la vie intime, à la vie de famille et à la vie privée ainsi que des dispositions relatives au principe d'égalité.

18. Le 18 décembre 2015, la Judecătoria Sectorului 5 București (tribunal de première instance du secteur 5 de Bucarest) a saisi la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle, Roumanie) afin qu'elle se prononce sur ladite exception. Cette dernière a estimé que la présente affaire portait uniquement sur la reconnaissance des effets d'un mariage légalement conclu à l'étranger entre un citoyen de l'Union et son conjoint de même sexe, ressortissant d'un pays tiers, au regard du droit à la vie de famille et du droit à la libre circulation, vus sous l'angle de l'interdiction de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Dans ce contexte, elle a éprouvé des doutes sur l'interprétation qu'il convient de donner à plusieurs notions utilisées par la directive 2004/38, lues à la lumière de la Charte et de la jurisprudence récente de la Cour et de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH ») relative au droit à une vie familiale. Elle a, dès lors, décidé de surseoir à statuer et d'interroger la Cour à titre préjudiciel.

IV. La demande de décision préjudicielle et la procédure devant la Cour

19. Par décision du 29 novembre 2016, parvenue à la Cour le 30 décembre 2016, la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) a donc décidé de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) La notion de "conjoint" au sens de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38, lu à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, s'applique-t-elle à un ressortissant d'un État non membre de l'Union, de même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est légalement marié, conformément à la loi d'un État membre autre que l'État d'accueil ?

2) En cas de réponse affirmative, les articles 3, paragraphe 1, et 7, paragraphe [2] [3], de la directive 2004/38, lus à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, exigent-ils que l'État membre d'accueil accorde le droit de séjour sur son territoire pour une durée de plus de trois mois au conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union ?

3) En cas de réponse négative à la première question, un ressortissant d'un État non membre de l'Union, de même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est légalement marié, conformément à la loi d'un État membre autre que l'État d'accueil, peut-il être qualifié d'"autre membre de la famille" au sens de l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38 ou de "partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée" au sens de l'article 3, paragraphe 2, sous b), de ladite directive, avec l'obligation qui en découle, pour l'État membre d'accueil, de favoriser l'entrée et le séjour de l'intéressé, même si cet État ne reconnaît pas les mariages entre personnes de même sexe et ne prévoit aucun mode alternatif de reconnaissance juridique, tel que le partenariat enregistré ?

4) En cas de réponse affirmative à la troisième question, les articles 3, paragraphe 2, et 7, paragraphe 2, de la directive 2004/38, lus à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, exigent-ils que l'État membre d'accueil accorde le droit de séjour sur son territoire pour une durée de plus de trois mois au conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union ? »

20. Des observations écrites ont été déposées par les requérants au principal, les gouvernements roumain, hongrois, néerlandais et polonais, ainsi que par la Commission européenne.

21. En outre, à l'exception du gouvernement des Pays-Bas, ils se sont tous exprimés lors de l'audience, qui s'est tenue le 21 novembre 2017. Le gouvernement letton et le Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, qui n'avaient pas déposé d'observations écrites, ont également pu exposer leurs arguments lors de cette audience.

V. Analyse

A. Sur l'applicabilité de la directive 2004/38

22. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38 définit les bénéficiaires de cette directive comme « tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne *dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité*, ainsi [que les] membres de sa famille, tels que définis à l'article 2, point 2), qui l'accompagnent ou le rejoignent » [4].

23. Dans le cadre du litige au principal, M. Hamilton ne peut donc pas invoquer la directive à son profit. En effet, comme la Cour l'a déjà jugé de façon particulièrement claire, « il résulte d'une interprétation littérale, systématique et téléologique des dispositions de la directive 2004/38 que celles-ci ne permettent pas de fonder un droit de séjour dérivé en faveur des ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre dont ce citoyen possède la nationalité » [5].

3 Il semble qu'il y ait une erreur de plume dans le libellé de la deuxième question. En effet, la juridiction de renvoi y vise l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2004/38. Or, puisque M. Hamilton est citoyen d'un État tiers, cette disposition n'est pas applicable à sa situation, contrairement à l'article 7, paragraphe 2, de ladite directive. C'est d'ailleurs cette dernière disposition qui est visée à la quatrième question.

4 C'est moi qui souligne.

5 Arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 37). Voir, également, arrêts du 10 mai 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354, point 53), et du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, point 33).

24. Toutefois, la Cour a reconnu qu'un droit de séjour dérivé pouvait être fondé, dans certaines circonstances, sur l'article 21, paragraphe 1, TFUE et que, dans ce cadre, la directive 2004/38 devait être appliquée par analogie [6].

25. En effet, si le ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, ne disposait pas d'un droit de séjour dans l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité, celui-ci pourrait être dissuadé de quitter cet État afin d'exercer une activité sur le territoire d'un autre État membre en raison de l'absence de certitude de pouvoir poursuivre, après son retour dans l'État membre d'origine, une vie de famille éventuellement commencée dans l'État membre d'accueil [7]. Pour pouvoir bénéficier de ce droit de séjour dérivé, le séjour du citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil doit toutefois avoir été caractérisé par une effectivité suffisante pour lui permettre de développer ou de consolider une vie de famille [8].

26. Il est donc désormais acquis que, « lorsque, à l'occasion d'un séjour effectif du citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil, en vertu et dans le respect des conditions de l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/38, une vie de famille s'est développée ou consolidée dans ce dernier État membre, l'effet utile des droits que le citoyen de l'Union concerné tire de l'article 21, paragraphe 1, TFUE exige que la vie de famille que ce citoyen a menée dans l'État membre d'accueil puisse être poursuivie lors de son retour dans l'État membre dont il possède la nationalité, par l'octroi d'un droit de séjour dérivé au membre de la famille concerné, ressortissant d'un État tiers. En effet, en l'absence d'un tel droit de séjour dérivé, ce citoyen de l'Union serait dissuadé de quitter l'État membre dont il a la nationalité afin d'exercer son droit de séjour, en vertu de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, dans un autre État membre, en raison du fait qu'il n'a pas la certitude de pouvoir poursuivre dans l'État membre dont il est originaire une vie de famille avec ses proches parents ainsi développée ou consolidée dans l'État membre d'accueil » [9].

27. En l'espèce, il semble acquis que MM. Coman et Hamilton ont bel et bien consolidé une vie de famille à l'occasion du séjour effectif en Belgique du premier, citoyen de l'Union. En effet, après avoir cohabité pendant quatre années à New York et fondé, à cette occasion, une vie de famille [10], leur relation a incontestablement été consolidée par leur mariage, à Bruxelles, le 5 novembre 2010.

6 Voir, en ce sens, arrêts du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, points 50 et 61) ; du 10 mai 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354, points 54 et 55) ; du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, points 46 et 61), ainsi que, à propos du règlement (CEE) nº 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO 1968, L 257, p. 2), arrêt du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, point 39).

7 Voir, en ce sens, arrêts du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, points 35, 36 et 45) ; du 8 novembre 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, point 70), ainsi que du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 46). Dès l'année 1992, la Cour avait jugé que les droits de circulation et d'établissement reconnus au ressortissant de l'Union par les traités « ne [pourraient] pas produire leurs pleins effets si ce ressortissant [pouvait] être détourné de les exercer par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son conjoint. C'est pourquoi le conjoint d'un ressortissant [de l'Union] ayant fait usage de ces droits doit, lorsque ce dernier revient dans son pays d'origine, disposer au moins des mêmes droits d'entrée et de séjour que ceux que lui reconnaîtrait le droit [de l'Union] si son époux ou son épouse choisissait d'entrer et de séjourner dans un autre État membre » (arrêt du 7 juillet 1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296, point 23). Pour une application de cette jurisprudence, voir, également, arrêt du 11 juillet 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, points 38 et 39).

8 Voir, en ce sens, arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 51).

9 Arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 54).

10 Selon la jurisprudence de la Cour, « les ressortissants de pays tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, tirent de la directive 2004/38 le droit de rejoindre ce citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil, que ce dernier s'y soit établi *avant ou après* avoir fondé une famille » (arrêt du 25 juillet 2008, Metock e.a., C-127/08, EU:C:2008:449, point 90 ; c'est moi qui souligne).

28. Le fait que M. Hamilton n'a pas vécu de façon ininterrompue avec M. Coman dans cette ville ne me paraît pas susceptible de retirer à leur relation son caractère effectif. En effet, dans un monde globalisé, il n'est pas rare qu'un couple dont l'un des membres travaille à l'étranger ne partage pas le même logement pendant des périodes plus ou moins longues en raison de la distance séparant les deux pays, de l'accessibilité des moyens de transport, de l'emploi de l'autre conjoint ou encore de la scolarité des enfants. Cette absence de cohabitation ne saurait, en soi, avoir d'incidence sur l'existence d'une relation stable avérée – ce qui est le cas – et, par conséquent, sur l'existence d'une vie familiale [11].

29. Les questions posées par la juridiction de renvoi restent donc pertinentes puisque l'interprétation des dispositions visées dans la demande de décision préjudicielle peut être utile au jugement de l'affaire dont la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) est saisie.

B. Sur la première question préjudicielle

30. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande si la notion de « conjoint » utilisée à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38, lu à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, s'applique à un ressortissant d'un État tiers de même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est légalement marié conformément à la loi d'un État membre autre que l'État d'accueil.

31. Les parties ayant déposé des observations proposent deux réponses totalement opposées. Selon les requérants au principal, le gouvernement des Pays-Bas et la Commission, l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 doit faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme. Au terme de celle-ci, le ressortissant d'un État tiers du même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est légalement marié conformément au droit d'un État membre serait visé par la notion de « conjoint ». En revanche, les gouvernements roumain, letton, hongrois et polonais considèrent que cette notion ne relève pas du droit de l'Union mais doit être définie au regard de la loi de l'État membre d'accueil.

32. Cette dernière thèse ne me paraît pas pouvoir être suivie. Au contraire, j'estime que l'interprétation autonome s'impose et que celle-ci conduit à appréhender la notion de « conjoint » au sens de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38, indépendamment du sexe de la personne qui est mariée à un citoyen de l'Union.

1. Une interprétation autonome de la notion de « conjoint »

33. Si l'article 2, point 2, sous b), de la directive 2004/38 relatif au partenariat enregistré renvoie aux « conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil », l'article 2, point 2, sous a), de cette directive ne comporte aucun renvoi au droit des États membres pour déterminer la qualité de « conjoint ».

34. Or, selon une jurisprudence constante de la Cour, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme [12]. Cette interprétation doit être recherchée en tenant compte non seulement des termes de la disposition, mais également de son contexte et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause [13].

11 Voir, en ce sens, Cour EDH, 7 novembre 2013, Vallianatos e.a. c. Grèce, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, point 73 ; Cour EDH, 21 juillet 2015, Oliari e.a. c. Italie, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, point 169, ainsi que Cour EDH, 23 février 2016, Pajić c. Croatie, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, point 65. La réalité de la vie de couple de MM. Coman et Hamilton antérieurement à sa « consolidation » dans un État membre de l'Union permet de distinguer leur situation de celles à l'origine de l'arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

12 Voir, parmi de nombreux exemples, arrêt du 18 octobre 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, point 28 et jurisprudence citée).

13 Voir, pour des applications récentes, arrêts du 18 mai 2017, Hummel Holding (C-617/15, EU:C:2017:390, point 22), et du 27 septembre 2017, Nintendo (C-24/16 et C-25/16, EU:C:2017:724, point 70).

35. Cette méthodologie a été expressément utilisée dans le cadre de la directive 2004/38 ; je ne vois pas de raison de s'en écarter pour l'interprétation de la notion de « conjoint » [14].

36. Certes, il est acquis que la législation sur l'état civil relève de la compétence des États membres et que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à cette compétence [15]. Toutefois, deux remarques s'imposent à cet égard.

37. D'une part, selon une jurisprudence constante et transversale, les États membres doivent exercer leurs compétences dans le respect du droit de l'Union [16]. Les matières relatives à l'état civil des personnes ne dérogent pas à cette règle, la Cour ayant expressément jugé que les dispositions relatives au principe de non-discrimination devaient être respectées dans l'exercice de ces compétences [17].

38. D'autre part, le problème juridique au centre du litige dans l'affaire au principal n'est pas celui de la légalisation du mariage entre personnes de même sexe mais celui de la libre circulation d'un citoyen de l'Union. Or, si les États membres sont libres de prévoir ou non le mariage pour des personnes de même sexe dans leur ordre juridique interne [18], la Cour a jugé qu'une situation qui est régie par des réglementations relevant a priori de la compétence des États membres peut avoir « un rapport intrinsèque avec la liberté de circulation d'un citoyen de l'Union qui s'oppose à ce que le droit d'entrée et de séjour soit refusé [aux] ressortissants [de pays tiers] dans l'État membre où réside ce citoyen, [et cela] afin de ne pas porter atteinte à cette liberté » [19].

39. L'inscription du mariage – entendu comme la seule union d'un homme et d'une femme – dans certaines constitutions nationales [20] n'est pas de nature à modifier cette approche.

40. En effet, s'il devait être considéré que la conception du mariage touche à l'identité nationale de certains États membres – ce qui n'a été soutenu expressément par aucun des États membres ayant déposé des observations écrites, mais uniquement par le gouvernement letton lors de l'audience du 21 novembre 2017 –, l'obligation de respecter cette identité, qui figure à l'article 4, paragraphe 2, TUE, ne peut se lire indépendamment de l'obligation de coopération loyale inscrite au paragraphe 3 de la même disposition. Conformément à celle-ci, les États membres sont tenus d'assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.

14 Voir, à propos des termes « ayant séjourné légalement » employés à l'article 16, paragraphe 1, première phrase, de la directive 2004/38, arrêt du 21 décembre 2011, Ziolkowski et Szeja (C-424/10 et C-425/10, EU:C:2011:866, points 31 à 34). Voir, également, conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:174, point 39), et conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Reyes (C-423/12, EU:C:2013:719, point 29).

15 Voir, en ce sens, arrêts du 10 mai 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, point 38) ; du 12 décembre 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, point 26) ; du 1er avril 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, point 59), ainsi que du 24 novembre 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, point 58).

16 Voir, en matière de citoyenneté, à propos des noms des personnes, arrêt du 2 octobre 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, point 25) ; en matière de fiscalité directe, arrêt du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, point 21), ainsi qu'en matière pénale, arrêt du 19 janvier 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, point 17).

17 Voir, en ce sens, arrêts du 1er avril 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, point 59), et du 24 novembre 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, point 58).

18 Voir, en ce sens, arrêt du 24 novembre 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, point 59).

19 Arrêt du 8 novembre 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, point 72). Il s'agissait, en l'espèce, d'une réglementation concernant le droit d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers en dehors du champ d'application de la directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (JO 2004, L 16, p. 44) ou de la directive 2004/38.

20 Il s'agit de la République de Bulgarie, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie et de la République de Pologne.

41. Or, en l'espèce, les questions posées par la juridiction de renvoi s'inscrivent exclusivement dans le cadre de l'application de la directive 2004/38. Il s'agit donc uniquement de préciser la portée d'une obligation qui résulte d'un acte de l'Union. Par conséquent, l'interprétation de la notion de « conjoint », limitée au champ d'application de la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, ne remettra pas en cause l'actuelle liberté des États membres à l'égard de la légalisation du mariage entre personnes de même sexe [21].

42. En outre, comme je l'exposerai dans l'analyse du contexte et des objectifs de la directive 2004/38, les droits fondamentaux liés à la notion de « conjoint » s'opposent également à une interprétation susceptible d'empêcher ou de rendre plus difficile pour un(e) citoyen(ne) de l'Union homosexuel(le) d'être accompagné(e) de la personne avec laquelle il (ou elle) est marié(e).

2. Sur la notion de « conjoint » au sens de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38

43. Il convient donc de rechercher l'interprétation du terme « conjoint » utilisé à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 en tenant compte des termes de la disposition, de son contexte et de l'objectif poursuivi par la directive 2004/38.

a) Sur le libellé et la structure de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38

44. La directive 2004/38 ne définit pas le terme « conjoint » qu'elle utilise à plusieurs reprises, notamment à l'article 2, point 2, sous a).

45. Néanmoins, la structure de l'article 2, point 2, de la directive 2004/38 combinée à l'article 3, paragraphe 2, sous b), de la même directive, permet d'affirmer que la notion de « conjoint » renvoie à celle de « mariage ».

46. En effet, outre les descendants directs et les ascendants directs visés à l'article 2, point 2, sous c) et d), de la directive 2004/38, les « membres de la famille » au sens de la directive 2004/38 sont le conjoint et le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré. L'article 3, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/38 ajoute aux bénéficiaires de la directive « le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée ».

47. Sous peine d'être dénuées de pertinence, ces trois hypothèses concernent nécessairement des situations différentes, de la plus contraignante à la plus souple d'un point de vue juridique. Puisque la simple relation en dehors de tout lien juridique est envisagée à l'article 3 de la directive 2004/38 et que l'existence d'un partenariat enregistré est visée à l'article 2, point 2, sous b), de la directive, c'est que le terme « conjoint » appréhende la troisième et dernière hypothèse juridiquement envisageable, c'est-à-dire un rapport fondé sur le mariage [22].

21 La réflexion formulée par Silvia Pfeiff dans le cadre d'une étude approfondie sur la « portabilité du statut personnel » est transposable aux effets de la directive 2004/38. Selon cette auteure, « [l]'argument principal opposé à la reconnaissance du mariage homosexuel concerne la volonté de protéger le mariage traditionnel. La reconnaissance du mariage homosexuel étranger ne porte cependant pas directement atteinte au mariage traditionnel dans l'État du for. *Elle n'empêche pas les couples hétérosexuels de se marier. Elle ne permet pas non plus aux couples de même sexe de se marier dans l'État d'accueil. L'effet de la reconnaissance* du mariage homosexuel étranger se limite dès lors aux couples concernés et *ne porte pas atteinte à la superstructure* » (Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Coll. Europe(s), 2017, spéc. n° 636, p. 572 ; c'est moi qui souligne).

22 Pour être précis, il serait encore possible de distinguer l'union libre de la situation où un couple a conclu un contrat de droit privé pour régir leur relation (en ce sens, Francq, St., « Nouvelles formes de relation de couple, mariage entre personnes de même sexe, partenariat enregistré, pacs, etc. », in *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, 2005, p. 253 à 281, spéc. p. 255 à 256). Dans le cadre de la directive 2004/38, ces deux hypothèses nous semblent, toutefois, rentrer dans le champ d'application de l'article 3, paragraphe 2, sous b).

48. La Cour a d'ailleurs déjà, implicitement mais certainement, associé au mariage la notion de « conjoint » utilisée à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38. En effet, à l'occasion de l'arrêt du 25 juillet 2008, Metock e.a. (C-127/08, EU:C:2008:449), la Cour a jugé que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/38 devait être interprété en ce sens que « le ressortissant d'un pays tiers, *conjoint d'un citoyen de l'Union* séjournant dans un État membre dont il n'a pas la nationalité, qui accompagne ou rejoint ce citoyen de l'Union bénéficie des dispositions de ladite directive, *quels que soient le lieu et la date de leur mariage* ainsi que la manière dont ce ressortissant d'un pays tiers est entré dans l'État membre d'accueil »[23].

49. S'il est donc certain que le terme « conjoint » utilisé à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 renvoie au mariage, il est neutre du point de vue du genre et indifférent au lieu où il a été contracté.

50. L'absence d'incidence du lieu où le mariage a été conclu est confirmée, a contrario, par le choix du législateur de l'Union de renvoyer expressément au droit de l'État membre d'accueil pour l'hypothèse du partenariat enregistré. Cette différence peut aisément s'expliquer par le fait que l'institution juridique du mariage présente une certaine universalité – à tout le moins supposée – dans les droits et obligations qu'elle confère aux conjoints, alors que les législations relatives au « partenariat » sont diverses et variées dans leurs champs d'application personnel et matériel, ainsi que dans leurs conséquences juridiques[24]. D'ailleurs, le législateur de l'Union a réservé le bénéfice de l'article 2, point 2, sous b), de la directive 2004/38 aux partenariats enregistrés « équivalents au mariage »[25].

51. Les travaux préparatoires de la directive 2004/38 permettent quant à eux de confirmer le caractère délibéré de la neutralité du mot choisi. En effet, alors que le terme « conjoint » était déjà utilisé sans autre indication par la Commission dans sa proposition initiale[26], le Parlement a souhaité que l'indifférence du sexe de la personne soit mentionnée par l'ajout des termes « quel que soit son sexe, conformément à la législation nationale d'application en la matière »[27]. Toutefois, le Conseil de l'Union européenne a exprimé son hésitation à opter pour une définition du terme « conjoint » qui engloberait explicitement les conjoints de même sexe dès lors que seuls deux États membres avaient, à l'époque, adopté une législation autorisant le mariage entre personnes de même sexe et que la Cour

23 Point 99 et point 2 du dispositif de l'arrêt, c'est moi qui souligne. Voir, également, arrêt du 17 avril 1986, Reed (59/85, EU:C:1986:157). Dans cet arrêt, la Cour a jugé, à propos de l'interprétation de la notion de « conjoint » au sens du texte antérieur à la directive 2004/38 [c'est-à-dire le règlement (CEE) nº 1612/68)] que, « en utilisant le mot "conjoint", [ce] règlement vis[ait] seulement un rapport fondé sur le mariage », à l'exclusion d'une relation de « partenaire ayant une relation stable » (point 15).

24 Ces critères permettent de distinguer pas moins de cinq catégories de partenariats enregistrés au sein de l'Union. En ce sens, Goossens, E., « Different regulatory regimes for registered partnership and marriage : out-dated or indispensable ? », in *Confronting the frontiers of family and succession law : liber amicorum Walter Pintens*, vol. 1, Intersentia, Slp éd., 2012, p. 633 à 650, spéc. p. 634 à 638.

25 Toutefois, je m'interroge sur la validité, à l'heure actuelle, de ce renvoi au droit de l'État membre d'accueil, et ce d'autant plus qu'il est indiscutablement associé à la limitation du champ d'application de l'article 2, point 2, sous b), de la directive 2004/38 aux partenariats enregistrés équivalents au mariage. En effet, la Cour EDH a jugé de façon très claire que l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), imposait aux États parties à la CEDH l'obligation d'offrir aux couples homosexuels la possibilité d'obtenir une reconnaissance légale et la protection juridique de leur couple. Cela signifie, concrètement, qu'un État qui circonscrit le mariage aux couples hétérosexuels sans instaurer de partenariat enregistré ouvert aux couples homosexuels viole l'article 8 de la CEDH et, par conséquent, l'article 7 de la Charte (voir, en ce sens, Cour EDH, 21 juillet 2015, Oliari e.a. c. Italie, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611). En effet, selon l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, le sens et la portée des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH sont les mêmes que ceux que leur confère la CEDH. Or, au regard des explications relatives à la Charte – lesquelles doivent être « dûment prises en considération par les juridictions de l'Union » selon l'article 52, paragraphe 7, de la Charte – les droits garantis à l'article 7 de la Charte correspondent à ceux garantis à l'article 8 de la CEDH. Les premiers ont donc le même sens et la même portée que les seconds.

26 Voir article 2, point 2, sous a), de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres [COM(2001) 257 final, JO 2001, C 270 E, p. 150].

27 Voir rapport du Parlement européen du 23 janvier 2003 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (A5-0009/2003).

avait également pu constater que la définition du mariage généralement acceptée à l'époque par les États membres visait l'union entre deux personnes de sexe opposé [28]. En se fondant sur les préoccupations du Conseil, la Commission préféra « limiter [s]a proposition à une notion de conjoint s'entendant, en principe, comme conjoint de sexe différent, *sauf évolution future* » [29].

52. Il m'apparaît donc qu'il ne peut être tiré argument de ces travaux en faveur d'une thèse ou d'une autre. En effet, il est certain que le législateur de l'Union était parfaitement conscient de la controverse qu'il pouvait y avoir sur l'interprétation du terme « conjoint » non autrement défini. Or, il n'a pas souhaité préciser cette notion, que ce soit pour la limiter au mariage hétérosexuel ou, au contraire, viser le mariage entre personnes de même sexe – la Commission soulignant néanmoins expressément la possibilité d'une évolution à ce sujet. Cette réserve de la Commission est essentielle. Elle exclut que le sens de la notion de « conjoint » soit définitivement figé et hermétique aux développements de la société [30].

53. Il résulte donc de ce premier examen que le libellé de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 est neutre. Ce choix du législateur autorise une interprétation de la notion de « conjoint » indépendante du lieu de célébration du mariage et de la question du sexe des personnes concernées. Le contexte et l'objectif de la directive 2004/38 confirment cette interprétation.

b) Sur le contexte de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38

54. Lorsque la directive 2004/38 a été adoptée, seuls deux États membres de l'Union – le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas – connaissaient une loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Comme je l'ai indiqué précédemment, cette circonstance a joué dans le choix du Conseil de ne pas suivre la proposition d'amendement du Parlement en faveur d'une formulation de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 plus explicite.

55. Il m'apparaît toutefois qu'il convient de tenir compte de l'évolution envisagée à l'époque par la Commission dans sa proposition modifiée. En outre, la notion de « conjoint » est également étroitement liée à plusieurs droits fondamentaux ; une interprétation contextuelle ne peut y être hermétique.

1) Sur l'interprétation évolutive de la notion de « conjoint »

56. Comme plusieurs avocats généraux ont déjà eu l'occasion de le soutenir, le droit de l'Union doit être interprété « à la lumière du contexte actuel » [31], c'est-à-dire en tenant compte de la « réalité contemporaine » [32] de l'Union. En effet, le droit ne peut pas être « isolé de la réalité sociale et ne saurait se dispenser de s'adapter à cette réalité le plus rapidement possible. On risquerait, sinon, d'imposer des points de vue dépassés et d'assumer ainsi un rôle statique » [33]. C'est sans aucun doute

28 Voir position commune (CE) nº 6/2004 arrêtée par le Conseil, le 5 décembre 2003, en vue de l'adoption de la directive 2004/…/CE du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres modifiant le règlement nº 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (JO 2004, C 54 E, p. 28). Si le Conseil ne précise pas la jurisprudence à laquelle il fait allusion, la Commission renvoie, dans sa proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres [COM(2003) 199 final], à l'arrêt du 31 mai 2001, D et Suède/Conseil (C-122/99 P et C-125/99 P, EU:C:2001:304, point 34).

29 Voir proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres [COM(2003) 199 final, p. 11]. C'est moi qui souligne.

30 Ce risque et la difficulté plus générale de déterminer l'intention du législateur conduisent d'ailleurs à accorder à l'interprétation historique un rôle secondaire. Voir, en ce sens, Titshaw, Sc., « Same-sex Spouses Lost in Translation ? How to Interpret "Spouse" in the E.U. Family Migration Directives », *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, p. 45 à 112, spéc. p. 76 à 78.

31 Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire Haralambidis (C-270/13, EU:C:2014:1358, point 52).

32 Voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire McCarthy e.a. (C-202/13, EU:C:2014:345, point 63).

33 Conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire P./S. (C-13/94, EU:C:1995:444, point 9).

particulièrement le cas dans des matières qui touchent à la société. Comme l'expliquait l'avocat général Geelhoed, « [s]i la Cour ignorait ces évolutions, il y aurait un risque de faire perdre aux règles de droit concernées une partie de leur efficacité » [34]. Comme la Cour l'a elle-même indiqué, une disposition de droit de l'Union doit être interprétée à la lumière de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite [35].

57. C'est pourquoi la solution retenue par la Cour dans l'arrêt du 31 mai 2001, D et Suède/Conseil (C-122/99 P et C-125/99 P, EU:C:2001:304), selon laquelle « le terme "mariage", selon la définition *communément admise par les États membres*, désigne[rait] une union entre deux personnes de sexe différent » [36], me paraît aujourd'hui dépassée.

58. En effet, s'il n'y avait à la fin de l'année 2004 que deux États membres qui autorisaient le mariage entre personnes de même sexe, onze États membres supplémentaires ont depuis lors modifié leur législation en ce sens et le mariage homosexuel sera également possible en Autriche, au plus tard, le 1er janvier 2019 [37]. Cette reconnaissance juridique du mariage homosexuel ne fait que traduire une évolution générale de la société à l'égard de la question. Les enquêtes statistiques le confirment [38] ; l'autorisation du mariage entre personnes de même sexe par voie référendaire en Irlande en est également une illustration [39]. S'il existe encore des sensibilités différentes sur la question, y compris au sein de l'Union [40], l'évolution participe néanmoins d'un mouvement généralisé. En effet, tous les continents connaissent désormais ce type de mariage [41]. Il ne s'agit donc pas d'un fait lié à une culture ou à une histoire spécifique mais correspond, au contraire, à une reconnaissance universelle de la pluralité des familles [42].

34 Conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire Baumbast et R (C-413/99, EU:C:2001:385, point 20).

35 Voir arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335, point 20).

36 Point 34, c'est moi qui souligne.

37 En effet, par arrêt du 4 décembre 2017 (G 258-259/2017-9), la Cour constitutionnelle autrichienne a annulé les dispositions du code civil qui limitent le droit au mariage aux couples hétérosexuels et a, en outre, jugé que, sauf intervention du législateur avant cette date, le mariage entre personnes de même sexe serait possible à partir du 1er janvier 2019. Les États membres qui ont déjà modifié leur législation sont, par ordre chronologique : le Royaume des Pays-Bas, le Royaume de Belgique, le Royaume d'Espagne, le Royaume de Suède, la République portugaise, le Royaume de Danemark, la République française, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne (à l'exception de l'Irlande du Nord), le Grand-Duché de Luxembourg, l'Irlande, la République de Finlande, la République fédérale d'Allemagne et la République de Malte.

38 Alors que 44 % de la population des États membres interrogée se prononçait en faveur du mariage entre personnes de même sexe durant l'année 2006 (voir Standard Eurobarometer 66, automne 2006, p. 43), ce chiffre était monté à 61 % moins de dix ans plus tard (voir Special Eurobarometer 437, « Discrimination in the EU in 2015 », p. 12).

39 La question de savoir s'il fallait modifier la Constitution pour y inscrire que le mariage pouvait être contracté, en accord avec la loi, par deux personnes sans distinction fondée sur le sexe, a été posée aux Irlandais à l'occasion d'un référendum le 22 mai 2015. Sur 1 935 907 votants, 1 201 607 ont voté en faveur de la proposition, soit 62,07 % (voir résultats publiés à l'Iris Oifigiúil du 26 mai 2015, nº 42, p. 1067 à 1069 : www.irisoifigiuil.ie/archive/2015/may/Ir260515.PDF).

40 À l'inverse de l'Irlande, le mariage entre personnes de même sexe a, par exemple, été rejeté par voie référendaire en Croatie le 1er décembre 2013.

41 Sauf erreur de ma part, le mariage entre personnes de même sexe a été autorisé, à ce jour et à tout le moins, par voie législative au Canada (Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33) ; en Nouvelle-Zélande [Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013, 2013 Nº 20] ; en Afrique du Sud (Civil Union Act, 2006, Act Nº 17 of 2006) ; en Argentine [Ley 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario)] ; en Uruguay (Ley Nº 19.075, Matrimonio Igualitario), ou encore au Brésil (Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça) et, par voie jurisprudentielle, au Mexique (arrêt de la Cour suprême nº 155/2015, du 3 juin 2015) ; aux États-Unis [arrêt de la Cour suprême du 26 juin 2015, « Obergefell et al. *v.* Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al », 576 U.S. (2015)] ; en Colombie (arrêt de la Cour Constitutionnelle SU-214/16 du 28 avril 2016, affaire T 4167863 AC) ou encore à Taïwan [arrêt de la Cour constitutionnelle de la République de Chine (Taïwan) du 24 mai 2017, J.Y. Interpretation Nº 748, sur les demandes consolidées de Huei-Tai-12674 et Huei-Tai-12771].

42 Outre les treize États membres qui ont légalisé le mariage homosexuel, neuf autres États membres reconnaissent un partenariat enregistré ouvert aux couples de même sexe. Il s'agit de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République hellénique, de la République de Croatie, de la République italienne, de la République de Chypre, de la Hongrie, de la République d'Autriche (comme indiqué précédemment, le mariage homosexuel y sera, en outre, autorisé au plus tard le 1er janvier 2019) et de la République de Slovénie. Malgré l'obligation positive qui découle de l'article 8 de la CEDH – et donc de l'article 7 de la Charte – d'offrir aux couples homosexuels la possibilité d'obtenir une reconnaissance légale et la protection juridique de leur couple (voir Cour EDH, 21 juillet 2015, Oliari e.a. c. Italie, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, point 185), six États membres n'accordent aucune forme de reconnaissance officielle et juridique des couples de même sexe (la République de Bulgarie, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Pologne, la Roumanie et la République slovaque).

2) Sur les droits fondamentaux en lien avec la notion de « conjoint »

59. La notion de « conjoint » au sens de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 est nécessairement liée à la vie familiale et, par conséquent, à la protection que lui confère l'article 7 de la Charte. La portée de cet article doit, dès lors, être prise en compte dans une interprétation contextuelle [43]. À cet égard, l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH ne peut pas être ignorée.

60. En effet, selon l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, le sens et la portée des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. Or, selon les explications relatives à la Charte – lesquelles doivent être « dûment prises en considération par les juridictions de l'Union » [44] –, les droits garantis à l'article 7 de la Charte correspondent à ceux garantis par l'article 8 de la CEDH. Les premiers ont donc le même sens et la même portée que les seconds [45].

61. Or, l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 8 de la CEDH est significative.

62. En effet, si la Cour EDH confirme de façon constante la liberté des États d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe [46], elle a estimé, au début des années 2010, qu'il était « artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une "vie familiale" aux fins de l'article 8 [de la CEDH] » [47]. Depuis lors, cette interprétation a été confirmée à plusieurs reprises [48]. La Cour EDH a également confirmé que l'article 8 de la CEDH imposait aux États l'obligation d'offrir aux couples homosexuels la possibilité d'obtenir une reconnaissance légale et la protection juridique de leur couple [49].

63. L'incidence de cette évolution dans l'appréhension de la vie familiale sur le droit de séjour des ressortissants de pays tiers est certaine. En effet, si l'article 8 de la CEDH ne comporte pas une obligation générale d'accepter l'installation de conjoints non nationaux ou d'autoriser le regroupement familial sur le territoire d'un État contractant, les décisions prises par les États en matière

43 Le considérant 31 de la directive 2004/38 rappelle expressément que la directive respecte les droits et libertés fondamentaux reconnus par la Charte. La juridiction de renvoi invoque également les articles 9 (Droit de se marier et de fonder une famille), 21 (Non-discrimination) et 45 (Liberté de circulation et de séjour) de la Charte. L'article 9 de la Charte ne me paraît pas pertinent. En effet, d'une part, les développements des explications relatives la Charte des droits fondamentaux (JO 2007, C 303, p. 17) consacrés à cet article précisent que, si sa rédaction « a été modernisée [, par rapport à l'article 12 de la CEDH,] afin de couvrir les cas dans lesquels les législations nationales reconnaissent d'autres voies que le mariage pour fonder une famille[, c]et article *n'interdit ni n'impose* l'octroi du statut de mariage à des unions entre personnes du même sexe » (c'est moi qui souligne). La liberté des États membres est, à cet égard, confirmée par la jurisprudence de la Cour (voir, en ce sens, arrêt du 24 novembre 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, point 59) et de la Cour EDH (voir, notamment, Cour EDH, 9 juin 2016, Chapin et Charpentier c. France, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, points 38 et 39). D'autre part, MM. Coman et Hamilton ont, en l'espèce, pu exercer ce droit en Belgique. La liberté de circulation consacrée à l'article 45 de la Charte est, quant à elle, précisée dans la directive 2004/38. J'examinerai l'incidence de ce droit sur l'interprétation de la notion de « conjoint » lors de l'examen de l'objectif poursuivi par la directive 2004/38.

44 Article 52, paragraphe 7, de la Charte.

45 Voir, en ce sens, Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, « Explication ad article 7 – Respect de la vie privée et familiale » (JO 2007, C 303, p. 20).

46 Voir, en ce sens, pour une confirmation récente et le rappel de la jurisprudence antérieure, Cour EDH, 9 juin 2016, Chapin et Charpentier c. France, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, points 38 et 39 (pour ce qui est de l'article 12 de la CEDH) et point 48 (pour ce qui est de l'article 8 combiné à l'article 14 de la CEDH, lequel interdit les discriminations).

47 Cour EDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c. Autriche, CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, point 94.

48 Voir, en ce sens, Cour EDH, 7 novembre 2013, Vallianatos e.a. c. Grèce, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, point 73 ; Cour EDH, 23 février 2016, Pajić c. Croatie, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, point 64 ; Cour EDH, 14 juin 2016, Aldeguer Tomás c. Espagne, CE:ECHR:2016:0614JUD003521409, point 75, ainsi que Cour EDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, point 58.

49 Voir Cour EDH, 21 juillet 2015, Oliari e.a. c. Italie, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, point 185.

d'immigration peuvent, dans certains cas, constituer une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale protégé à l'article 8 de la CEDH [50]. C'est notamment le cas lorsque les intéressés ont, dans l'État d'accueil, des liens personnels ou familiaux suffisamment forts qui risquent d'être gravement compromis en cas d'application de la mesure en question [51].

64. Or, selon la Cour EDH, si « la protection de la famille traditionnelle p[eut], dans certaines circonstances, constituer un but légitime [...], [elle] considère que, dans le domaine concerné, à savoir l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale à un partenaire étranger homosexuel, elle ne saurait constituer une raison "particulièrement solide et convaincante" de nature à justifier, dans les circonstances de l'espèce, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle » [52].

65. Il semble même que la Cour EDH soit encline à considérer qu'une différence de traitement qui est basée uniquement – *ou de façon décisive* – sur des considérations relatives à l'orientation sexuelle du requérant est tout simplement inacceptable au regard de la CEDH [53]. Dans un autre contexte, l'avocat général Jääskinen avait exprimé un point de vue similaire. En effet, il lui paraissait « aller de soi que l'objectif tenant à la sauvegarde du mariage ou de la famille ne saurait légitimer une discrimination en raison de l'orientation sexuelle [, car i]l est difficile de concevoir quel rapport causal pourrait unir ce type de discrimination, en tant que moyen, et la protection du mariage, en tant qu'effet positif pouvant en résulter » [54].

66. Cette évolution du droit au respect de la vie familiale me semble, dès lors, conduire à une interprétation de la notion de « conjoint » nécessairement indépendante du sexe des personnes concernées lorsqu'elle est circonscrite au champ d'application de la directive 2004/38.

67. En effet, cette interprétation assure de façon optimale le respect de la vie familiale garanti à l'article 7 de la Charte tout en laissant aux États membres la liberté d'autoriser ou non le mariage entre personnes de même sexe. En revanche, une interprétation contraire serait constitutive d'une différence de traitement entre les couples mariés selon qu'ils sont homosexuels ou de sexes différents puisque aucun État membre n'interdit le mariage hétérosexuel. Fondée sur l'orientation sexuelle, une telle différence de traitement serait inacceptable au regard de la directive 2004/38, ainsi que de la Charte, telle qu'elle doit être interprétée à la lumière de la CEDH.

c) Sur l'objectif poursuivi par la directive 2004/38

68. L'objectif poursuivi par la directive 2004/38 conforte également une interprétation du terme « conjoint » indépendante de l'orientation sexuelle.

69. En effet, il ressort d'une jurisprudence constante que la directive 2004/38 vise à faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, qui est conféré directement aux citoyens de l'Union par l'article 21, paragraphe 1, TFUE et à renforcer ce droit [55].

50 Voir, en ce sens, Cour EDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, point 56.

51 Voir, en ce sens, Cour EDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, point 56.

52 Cour EDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, point 93. Sur l'absence de « raison solide et convaincante », en ce compris la protection de la famille « au sens traditionnel du terme », pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, voir, également, Cour EDH, 7 novembre 2013, Vallianatos e.a. c. Grèce, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109. Dans ce dernier cas, il s'agissait de l'exclusion des couples de même sexe de la loi relative au partenariat enregistré, et ce alors que la République hellénique n'offrait à ces couples aucune autre reconnaissance officielle et juridique, contrairement aux couples hétérosexuels.

53 Voir, en ce sens, Cour EDH, 23 février 2016, Pajić c. Croatie, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, points 59 et 84, et Cour EDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, point 89.

54 Conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire Römer (C-147/08, EU:C:2010:425, point 175).

55 Voir, en ce sens, arrêts du 25 juillet 2008, Metock e.a. (C-127/08, EU:C:2008:449, point 82) ; du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 35) ; du 18 décembre 2014, McCarthy e.a. (C-202/13, EU:C:2014:2450, point 31), ainsi que du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, point 31).

70. Cet objectif est rappelé dès le considérant 1 de la directive 2004/38. Le considérant 2 ajoute que la libre circulation des personnes constitue une des libertés fondamentales du marché intérieur, celle-ci étant du reste consacrée à l'article 45 de la Charte.

71. Le considérant 5 de la directive 2004/38 insiste par ailleurs sur le fait que le droit de tous les citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres devrait, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, être également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité [56]. En effet, comme la Cour l'a constaté à plusieurs reprises, l'exercice des libertés qui sont garanties aux citoyens de l'Union par le traité serait sérieusement entravé s'ils n'étaient pas autorisés à mener une vie de famille normale dans l'État membre d'accueil [57].

72. C'est ainsi que, comme je l'ai rappelé lors de l'examen de l'applicabilité de la directive 2004/38 au cas d'espèce, les citoyens de l'Union pourraient être dissuadés de quitter l'État membre dont ils ont la nationalité et de s'établir sur le territoire d'un autre État membre s'ils n'avaient pas la certitude de pouvoir poursuivre, après leur retour dans leur État membre d'origine, une vie de famille éventuellement commencée, par l'effet du mariage ou du regroupement familial, dans l'État membre d'accueil [58].

73. En raison de ces objectifs, la Cour estime de façon constante que les dispositions de la directive 2004/38 ne sauraient être interprétées de façon restrictive et ne doivent pas, en tout état de cause, être privées de leur effet utile [59]. La Cour a même reconnu qu'il s'agissait là d'un principe en vertu duquel « les dispositions qui, telle la directive 2004/38, consacrent la libre circulation des citoyens de l'Union, partie des fondements de l'Union, doivent être interprétées largement » [60].

74. Par conséquent, entre une interprétation du terme « conjoint » qui limite le champ d'application de la directive 2004/38 et une autre qui, dans le respect du libellé de la disposition interprétée et de son contexte, favorise la libre circulation d'un plus grand nombre de citoyens, il y a lieu de retenir la seconde interprétation.

75. Ce choix interprétatif est d'autant plus justifié qu'il est en adéquation avec un autre objectif de la directive 2004/38, énoncé à son considérant 31, qui veut que les États membres mettent en œuvre la directive 2004/38 « sans faire, entre les bénéficiaires de cette dernière, de discrimination fondée notamment sur [...] l'orientation sexuelle ». Or, une définition du terme « conjoint » qui serait limitée au mariage hétérosexuel déboucherait inévitablement sur des situations de discrimination fondées sur l'orientation sexuelle [61].

56 Voir, en ce sens, arrêts du 18 décembre 2014, McCarthy e.a. (C-202/13, EU:C:2014:2450, point 33), et du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, point 31).

57 Voir, en ce sens, arrêt du 25 juillet 2008, Metock e.a. (C-127/08, EU:C:2008:449, point 62), et, antérieurement à la directive 2004/38, arrêt du 11 juillet 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, points 38 et 39).

58 Voir, en ce sens, arrêts du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, points 19, 20 et 23) ; du 11 juillet 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, point 38) ; du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, points 35 et 36) ; du 25 juillet 2008, Metock e.a. (C-127/08, EU:C:2008:449, point 64) ; du 8 novembre 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, point 70), ainsi que du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 46).

59 Voir arrêts du 25 juillet 2008, Metock e.a. (C-127/08, EU:C:2008:449, point 84), et du 18 décembre 2014, McCarthy e.a. (C-202/13, EU:C:2014:2450, point 32).

60 Arrêt du 16 janvier 2014, Reyes (C-423/12, EU:C:2014:16, point 23). Pour des applications de ce principe à des textes antérieurs à la directive 2004/38, voir arrêts du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99, EU:C:2002:493, point 74), et du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, point 43).

61 Voir, en ce sens, Titshaw, Sc., « Same-sex Spouses Lost in Translation ? How to Interpret "Spouse" in the E.U. Family Migration Directives », *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, p. 45 à 112, spéc. p. 106.

76. Enfin, l'interprétation de la notion de « conjoint » indépendante de la question du sexe des personnes concernées est également de nature à garantir un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence puisque le citoyen de l'Union qui est légalement marié sait que son époux, quel que soit son sexe, sera considéré comme son conjoint au sens de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 dans les 27 autres États membres de l'Union [62].

3. Conclusion intermédiaire

77. Les interprétations textuelle, contextuelle et téléologique de la notion de « conjoint » utilisée à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 conduisent à lui donner une définition autonome indépendante de l'orientation sexuelle [63].

78. Tout d'abord, l'application uniforme du droit de l'Union et le principe d'égalité imposent que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui n'est pas définie et qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée trouvent, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme.

79. Ensuite, si la structure de l'article 2, point 2, de la directive 2004/38, en lien avec l'article 3, paragraphe 2, sous b), de celle-ci impose d'associer la notion de « conjoint » au mariage, le législateur a, pour le surplus, volontairement fait le choix d'utiliser un terme neutre, non autrement précisé.

80. Enfin, tant l'évolution de la société européenne – dont le nombre de législations autorisant le mariage entre personnes de même sexe et la définition actuelle de la vie familiale au sens de l'article 7 de la Charte sont le reflet – que les objectifs de la directive 2004/38 – favoriser la libre circulation des citoyens de l'Union dans le respect de leur orientation sexuelle – conduisent à interpréter la notion de « conjoint » indépendamment de l'orientation sexuelle [64].

C. Sur la deuxième question préjudicielle

81. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande si l'article 3, paragraphe 1, et l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2004/38, lus à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, exigent que l'État membre d'accueil accorde le droit de séjour sur son territoire pour une durée de plus de trois mois au conjoint d'un citoyen de l'Union de même sexe.

82. L'article 7, paragraphe 2, de la directive 2004/38 est clair : le droit d'un citoyen de l'Union de séjourner plus de trois mois sur le territoire d'un autre État membre s'étend à son conjoint, ressortissant d'un État tiers, qui l'accompagne ou le rejoint dans l'État membre d'accueil, pour autant que le premier satisfasse aux conditions de l'article 7, paragraphe 1, sous a), b) ou c), de la directive 2004/38.

62 Pour une illustration de la prise en compte de la sécurité juridique et de la transparence dans l'interprétation d'une disposition de la directive 2004/38, voir arrêts du 15 septembre 2015, Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597, point 61), et du 25 février 2016, García-Nieto e.a. (C-299/14, EU:C:2016:114, point 49).

63 Voir, en ce sens, Titshaw, Sc., « Same-sex Spouses Lost in Translation ? How to Interpret "Spouse" in the E.U. Family Migration Directives », *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, p. 45 à 112, spéc. p. 83 et 111.

64 L'incidence de la libre circulation, du droit au respect de la vie familiale et de l'interdiction des discriminations sur la notion de « conjoint » au sens de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 est généralement déterminante dans l'analyse de la doctrine. La conclusion à laquelle les auteurs consultés aboutissent est semblable à la mienne. Voir, notamment, Tryfonidou, A., « EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships : the Case for Mutual Recognition », *Columbia Journal of European Law*, 2015, vol. 21, p. 195 à 248 ; Bell, Chl. et Bačić Selanec, N., « Who is a "spouse" under the Citizens' Rights Directive ? The prospect of mutual recognition of same-sex marriages in the EU », *European Law Review*, 2016, vol. 41, nº 5, p. 655 à 686; Borg-Barthet, J., « The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU », *Journal of Private International Law*, 2012, vol. 8, nº 2, p. 359 à 388, ainsi que Bonini Baraldi, M., « EU Family Policies Between Domestic "Good Old Values" and Fundamental Rights : The Case of Same-Sex Families », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, vol. 15, nº 4, p. 517 à 551.

83. Il s'agit alors d'un droit automatique. L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 le confirme.

84. En effet, comme la Cour l'a constaté, « il découle tant du libellé de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 que du système général de celle-ci que le législateur de l'Union a établi une distinction entre les membres de la famille du citoyen de l'Union définis à l'article 2, point 2, de la directive 2004/38, qui bénéficient, dans les conditions énoncées dans cette directive, d'un droit d'entrée et de séjour dans l'État membre d'accueil dudit citoyen, et les autres membres de la famille visés à l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous a), de [cette] directive, dont l'entrée et le séjour doivent uniquement être favorisés par cet État membre »[65].

85. Toutefois, nous avons vu que, dans le cadre du litige au principal, M. Hamilton ne pouvait pas invoquer la directive à son profit puisque les dispositions de la directive 2004/38 ne permettent pas de fonder un droit de séjour dérivé en faveur des ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre dont ce citoyen possède la nationalité[66].

86. Néanmoins, M. Hamilton devrait, en principe, pouvoir bénéficier d'un droit de séjour dérivé fondé sur l'article 21, paragraphe 1, TFUE et se voir appliquer la directive 2004/38 par analogie[67].

87. Dans ces circonstances, conformément à la jurisprudence de la Cour, les conditions d'octroi d'un droit de séjour dérivé applicables dans l'État membre d'origine de son conjoint ne devraient pas, en principe, être plus strictes que celles prévues par ladite directive s'il était dans une situation où son conjoint exerçait son droit de libre circulation en s'établissant dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité[68].

88. Concrètement, dans une application par analogie de la directive 2004/38, les conditions d'octroi d'un droit de séjour pour une durée de plus de trois mois au ressortissant d'un État tiers, conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union, ne devraient pas, en principe, être plus strictes que celles prévues à l'article 7, paragraphe 2, de cette même directive.

D. Sur les troisième et quatrième questions préjudicielles

89. Les troisième et quatrième questions posées par la juridiction de renvoi ne se posent que dans l'hypothèse où la notion de « conjoint » au sens de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 devait être interprétée comme ne visant que les couples hétérosexuels unis par les liens du mariage.

90. Cette conclusion étant, à mon sens, contraire au libellé et au contexte de la disposition en cause ainsi qu'aux objectifs poursuivis par la directive 2004/38, il ne devrait pas être nécessaire d'y répondre. Toutefois, par souci d'exhaustivité, je les examinerai brièvement. Elles peuvent, par ailleurs, l'être conjointement.

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

66 Voir, en ce sens, arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 37). Voir, également, arrêts du 10 mai 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354, point 53), et du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, point 33).

67 Voir, en ce sens, arrêts du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, points 50 et 61) ; du 10 mai 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354, points 54 et 55), ainsi que du 14 novembre 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, points 46 et 61). Voir, également, développements au titre V, sous A. Sur l'applicabilité de la directive 2004/38 des présentes conclusions.

68 Voir, en ce sens, arrêt du 12 mars 2014, O. et B. (C-456/12, EU:C:2014:135, point 61).

91. En effet, par ses troisième et quatrième questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, si le ressortissant d'un État tiers, de même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est marié conformément à la loi d'un État membre autre que l'État d'accueil, peut, s'il n'est pas considéré comme « conjoint » au sens de la directive 2004/38, être qualifié d'« autre membre de la famille » ou de « partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée » au sens de l'article 3, paragraphe 2, sous a) ou b), de ladite directive et quelles sont les conséquences de cette éventuelle qualification.

92. Comme je l'ai expliqué précédemment, il est aujourd'hui artificiel de considérer qu'un couple homosexuel ne saurait connaître de vie familiale au sens de l'article 7 de la Charte [69].

93. Par conséquent, il est certain qu'un ressortissant d'un État tiers, de même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est marié conformément à la loi d'un État membre, est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38, en tant qu'« autre membre de la famille » ou comme partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée.

94. Toutefois, il ressort de l'arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519), que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 n'oblige pas les États membres à reconnaître un droit d'entrée et de séjour en faveur des personnes qui relèvent du champ d'application de cette disposition. Elle ne fait que leur imposer une obligation d'octroyer un certain avantage, par rapport aux demandes d'entrée et de séjour d'autres ressortissants d'États tiers, aux demandes introduites par des personnes qui relèvent de son champ d'application [70].

95. La Cour a précisé que les États membres devaient, afin de remplir cette obligation, « conformément à l'article 3, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2004/38, prévoir la possibilité pour les personnes visées au paragraphe 2, premier alinéa, du même article d'obtenir une décision sur leur demande qui soit fondée sur un examen approfondi de leur situation personnelle et qui, en cas de refus, soit motivée » [71].

96. La Cour a également dû constater que les États membres disposaient d'une « large marge d'appréciation quant au choix des facteurs à prendre en compte [étant entendu que] l'État membre d'accueil doit veiller à ce que sa législation comporte des critères qui soient conformes au sens habituel du terme "favorise" [...] et qui ne privent pas cette disposition de son effet utile » [72].

97. Cette marge d'appréciation me semble toutefois devoir être réduite dans l'hypothèse décrite par la juridiction de renvoi.

98. D'une part, le refus de faire droit à la demande d'entrée et de séjour d'un ressortissant d'un État tiers, de même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est marié conformément à la loi d'un État membre, ne pourrait être fondé exclusivement ou de façon décisive sur son orientation sexuelle sous peine de violer les articles 7 et 21 de la Charte [73]. À cet égard, « [b]ien que la protection de la famille traditionnelle puisse, dans certaines circonstances, constituer un but légitime au regard de l'article 14 [de la CEDH qui interdit les discriminations], la Cour [européenne des droits de l'homme] considère

69 Voir développements au titre V, sous B, point 2, sous b), Sur les droits fondamentaux en lien avec la notion de « conjoint » des présentes conclusions.

70 Voir, en ce sens, arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, point 21).

71 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, points 22 et 26).

72 Arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, points 24 et 26).

73 Voir, en ce sens, Cour EDH, 23 février 2016, Pajić c. Croatie, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, points 59 et 84, ainsi que Cour EDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, point 89.

que, dans le domaine concerné, *à savoir l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale à un partenaire étranger homosexuel*, elle ne saurait constituer une raison "particulièrement solide et convaincante" de nature à justifier, dans les circonstances de l'espèce, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle »[74].

99. D'autre part, l'obligation de favoriser l'entrée et le séjour du ressortissant d'un État tiers de même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est marié est d'autant plus contraignante et la marge d'appréciation réduite lorsque l'État membre n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe et n'offre pas non plus la possibilité aux couples homosexuels de conclure un partenariat enregistré. En effet, il découle de l'article 8 de la CEDH – et donc de l'article 7 de la Charte – une obligation positive d'offrir à ces personnes, comme aux hétérosexuels, la possibilité d'obtenir une reconnaissance légale et la protection juridique de leur couple[75]. Or, l'octroi d'un titre de séjour au conjoint d'un citoyen de l'Union constitue la reconnaissance et la garantie minimale qui peut leur être donnée.

VI. Conclusion

100. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle, Roumanie) de la manière suivante :

« 1) L'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) nº 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE doit être interprété en ce sens que la notion de "conjoint" s'applique à un ressortissant d'un État tiers de même sexe que le citoyen de l'Union européenne avec lequel il est marié.

2) L'article 3, paragraphe 1, et l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doivent être interprétés en ce sens que le conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union qui accompagne ledit citoyen sur le territoire d'un autre État membre y bénéficie d'un droit de séjour de plus de trois mois, pour autant que ce dernier satisfasse aux conditions de l'article 7, paragraphe 1, sous a), b) ou c), de cette directive.

   L'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que, dans une situation dans laquelle un citoyen de l'Union a développé ou consolidé une vie de famille avec un ressortissant d'un État tiers à l'occasion d'un séjour effectif dans un État membre autre que celui dont il possède la nationalité, les dispositions de la directive 2004/38 s'appliquent par analogie lorsque ledit citoyen de l'Union retourne, avec le membre de sa famille concerné, dans son État membre d'origine. Dans cette hypothèse, les conditions d'octroi d'un droit de séjour pour une durée de plus de trois mois au ressortissant d'un État tiers, conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union, ne devraient pas, en principe, être plus strictes que celles prévues à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2004/38.

3) L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens qu'il est susceptible de s'appliquer à la situation d'un ressortissant d'un État tiers, de même sexe que le citoyen de l'Union avec lequel il est marié conformément à la loi d'un État membre, que ce soit en tant qu'"autre membre de la famille" ou comme "partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée".

74 Cour EDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, point 93 ; c'est moi qui souligne.
75 Voir, en ce sens, Cour EDH, 21 juillet 2015, Oliari e.a. c. Italie, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, point 185.

4) L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens :

– qu'il n'impose pas aux États membres d'accorder un droit de séjour sur leur territoire pour une durée de plus de trois mois au ressortissant d'un État tiers légalement marié à un citoyen de l'Union de même sexe ;

– qu'il incombe toutefois aux États membres de veiller à ce que leur législation comporte des critères qui permettent audit ressortissant d'obtenir une décision sur leur demande d'entrée et de séjour qui soit fondée sur un examen approfondi de sa situation personnelle et qui, en cas de refus, soit motivée ;

– que, si les États membres ont une large marge d'appréciation dans le choix desdits critères, ces derniers doivent cependant être conformes au sens habituel du terme "favorise" et ne pas priver cette disposition de son effet utile, et

– que le refus opposé à la demande d'entrée et de séjour ne peut, en tout état de cause, pas être fondé sur l'orientation sexuelle de la personne concernée ».