



Décision du Défenseur des droits MLD-2014-071

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative à la différence de situation, au regard du séjour, des conjoints de Français et des conjoints de ressortissants de l'Union européenne résidant en France (recommandations)

Domaine(s) de compétence de l'Institution : Lutte contre les discriminations

Thème : origine nationale

Synthèse :

Le Défenseur des droits a été saisi par des associations et plusieurs réclamants individuels de la situation que vivent les couples dont l'un des époux est français, l'autre de nationalité étrangère (tiers à l'Union européenne).

Le Défenseur des droits estime que la situation moins favorable, au regard du séjour, des conjoints de français par rapport aux conjoints de ressortissants de l'Union européenne résidant en France est constitutive d'une discrimination à rebours fondée sur la nationalité prohibée par le droit européen.

Il recommande au Ministre de l'Intérieur d'initier une modification de plusieurs articles du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour mettre fin à l'existence d'une telle discrimination :

- rétablir la délivrance de plein droit de la carte de résident au conjoint de Français marié depuis au moins deux ans
- supprimer, pour les conjoints de Français, l'obligation de production d'un visa long-séjour prévue pour l'obtention d'une carte de séjour temporaire "vie privée et familiale"
- prévoir le renouvellement de droit du titre de séjour pour les personnes victimes de violence, même en l'absence d'ordonnance de protection
- exonérer les conjoints de Français de toute taxe liée à la délivrance ou au renouvellement de leur titre de séjour

Le Défenseur des droits demande au Ministre de l'Intérieur de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Décision du Défenseur des droits 2014-071

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 et son Préambule ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et notamment l'article 21 ;

Vu la Convention européenne des droits de l'Homme et notamment les articles 8 et 14 ;

Vu le code de l'action sociale et des familles et notamment l'article L.251 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Saisi de réclamations relatives à la situation que vivent les couples dont l'un des époux est français, l'autre de nationalité étrangère (tiers à l'Union européenne) par la CIMADE, le Collectif « Les amoureux au ban public » ainsi que différents réclamants,

Recommande au Ministre de l'Intérieur d'initier une modification de plusieurs articles du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile tendant à mettre fin à l'existence d'une discrimination à rebours fondée sur la nationalité liée au fait que les conjoints de Français sont traités moins favorablement que les conjoints des ressortissants d'un autre Etat membre de l'Union européenne résidant en France,

Demande au Ministre de l'Intérieur de rendre compte des suites données aux recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Pour Le Défenseur des droits et par délégation
Le secrétaire général
Richard SENHOR

Recommandations

La CIMADE, le Collectif « Les amoureux au ban public » ainsi que différents réclamants souvent accompagnés de leurs conseils, ont saisi la HALDE puis le Défenseur des droits de réclamations relatives à la situation que vivent les couples dont l'un des époux est français, l'autre de nationalité étrangère (tiers à l'Union européenne).

Les réclamants allèguent que les couples concernés sont victimes d'une discrimination à rebours puisque, selon eux, ils seraient traités plus favorablement si leur conjoint n'était pas de nationalité française mais ressortissant d'un autre Etat membre de l'Union européenne résidant en France.

Plusieurs réclamations portant sur ce thème sont parvenues au Défenseur des droits et recouvrent des situations diverses nécessitant des analyses différentes. Les conjoints de Français sont traités moins favorablement que les conjoints de ressortissants de l'Union européenne résidant en France en raison de l'obligation de détenir un visa long séjour pour l'obtention d'un titre de séjour (1), de la nature de ce titre de séjour (2) ainsi que de l'obligation de poursuivre une vie commune pour le maintien de ce titre (3). Ces différences de traitement sont constitutives d'une discrimination à rebours fondée sur la nationalité (4) justifiant une réforme du dispositif légal en vigueur (5).

1. L'obligation de détenir un visa long séjour pour l'obtention d'un titre de séjour

Aux termes des articles L. 211-2-1 et L. 313-11-4° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), les étrangers mariés en France ont l'obligation de détenir un visa long séjour (VLS) pour obtenir un titre de séjour en tant que conjoint de Français.

La contrainte de détention d'un visa long séjour est d'autant plus lourde que les conditions de délivrance de visas ont été modifiées par la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : désormais, le conjoint de Français est soumis, dans le pays où il demande le visa, à une évaluation de son degré de connaissance de la langue française et des valeurs de la République.

Certes, ainsi que le rappelle le Ministre de l'Intérieur dans son courrier du 29 avril 2013 adressé au Défenseur des droits, la rigidité des conditions d'octroi de ce visa a été atténuée par la procédure de délivrance d'un VLS simplifiée pour les conjoints de Français, laquelle, selon le Ministre, ne nécessiterait plus de retourner dans le pays d'origine.

Toutefois, cette procédure simplifiée de délivrance « sur place » est d'une portée limitée puisqu'elle ne s'applique qu'à l'étranger qui est entré régulièrement en France et qui y séjourne depuis plus de six mois avec son conjoint (article L.211-2-1 4° du CESEDA). C'est pourquoi, contrairement à ce qu'affirme le Ministère de l'intérieur en citant l'arrêt *Diallo* du 4 décembre 2009, si le Conseil d'Etat considère que la demande de titre de séjour formulée par un conjoint de Français vaut implicitement dépôt d'une demande de visa, c'est seulement à la condition que ce dernier justifie d'une entrée régulière sur le territoire français, conformément à l'article L.211-2-1 alinéa 6 du CESEDA.

Dès lors, le conjoint de Français entré irrégulièrement sur le territoire français, et qui s'y est maintenu en situation irrégulière, devra nécessairement retourner dans son pays d'origine afin d'obtenir un visa long séjour.

Cette exigence de visa long séjour pose différents problèmes.

Premièrement, alors même que l'article L. 211-2-1 du CESEDA rappelle que l'obtention d'un tel visa est un droit pour un conjoint de Français (sauf en cas de « *fraude, d'annulation du mariage ou de menace à l'ordre public* »), plusieurs réclamations attestent des difficultés concrètes de différents ordres rencontrées par les intéressés à cette occasion.

En effet, des personnes retournées dans le pays dont elles ont la nationalité pour obtenir ce visa attendent parfois pendant de longs mois sa délivrance et ce, alors même que l'article L. 211-2-1 du CESEDA prescrit une obligation de diligence : « *les autorités sont tenues de statuer sur la demande de visa de conjoints de français dans les meilleurs délais* ».

Dans plusieurs saisines, les éléments versés aux dossiers attestent de demandes de visas déposées auprès des consulats, restées sans réponse, parfois près d'un an. D'autres réclamations font état d'obtention de visas à l'issue de procédures juridictionnelles aux termes desquelles le juge administratif enjoint à l'administration de délivrer les documents sollicités.

Or, ces délais excessifs ne sont pas justifiés : il n'y a en effet pas de nécessité de contrôler la validité des actes d'état civil puisqu'ils ont déjà été contrôlés avant la célébration du mariage en France.

En outre, il ressort de certaines réclamations soumises à l'examen du Défenseur des droits que les préfetures appliquent de manière inégale la possibilité de solliciter et d'obtenir un visa de long séjour sur place en opposant aux demandeurs d'autres conditions non prévues par les textes lors de l'enregistrement de leur demande : nécessité de produire un justificatif de résidence en France par mois, nécessité de démontrer qu'elle est entrée en France durant la période de validité du visa lorsque la personne a transité par un autre pays de l'Union européenne ou lorsqu'elle est entrée par un autre moyen de transport que l'avion, entraînant ainsi l'absence de tampon d'entrée sur le passeport du demandeur.

Deuxièmement, indépendamment de ces dysfonctionnements, l'obligation légale de détenir un visa long séjour a pour effet que des personnes se maintenant sur le territoire français sans se conformer à cette exigence sont alors susceptibles de faire l'objet de mesures d'éloignement.

A ce titre, le Défenseur des droits a été saisi du cas d'un conjoint de Français qui, pour des raisons familiales complexes, ne souhaitait pas retourner dans son pays d'origine, a fait l'objet de deux mesures d'éloignement, toutes deux annulées par la juridiction administrative. Celle-ci ne peut aujourd'hui se maintenir sur le territoire français qu'en raison de titres « vie privée et familiale » obtenus sur le fondement de l'article L.313-11-11° du code de l'entrée et du séjour des étrangers (raisons médicales), davantage précaires qu'un titre « vie privée et familiale » obtenu sur le fondement de l'article L.313-11-7° (liens avec la France) car dépendants de l'évolution de l'état de santé du titulaire.

Enfin, il convient de préciser que l'étranger marié à un Français dans un autre pays que la France ne peut bénéficier de cette procédure simplifiée, même si le mariage a été retranscrit en France. Or, il a été porté à la connaissance du Défenseur des droits des situations dans lesquelles les couples ont dû rentrer en urgence en France pour des raisons personnelles ou géopolitiques sans avoir le temps de faire de demande de visa long séjour et se retrouvent ainsi dans l'impossibilité de régulariser leur situation.

Or, au regard de la liberté fondamentale que constitue la libre circulation des citoyens de l'Union européenne, consacrée à l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le ressortissant européen et les membres de sa famille, quelle que soit leur nationalité, ont le droit d'aller et venir librement sur le territoire de l'Union sans qu'aucune exigence de visa ne soit posée pour le conjoint étranger. Ce droit est rappelé dans la

directive n°2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

La Cour énonce clairement que le respect de la vie familiale des ressortissants communautaires et de leur famille prime sur toute autre considération, notamment la régularité ou non de leur entrée sur le territoire d'un Etat membre. Ainsi, dans l'arrêt METOCK du 25 juillet 2008, la Cour estime que *« l'article 3 paragraphe 1, de la directive 2004/38 doit être interprété en ce sens que le ressortissant d'un pays tiers conjoint d'un citoyen de l'Union séjournant dans un Etat membre dont il n'a pas la nationalité, qui accompagne ou rejoint ce citoyen de l'Union bénéficie 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'Etat membre d'accueil »* (§99).

Ces dispositions ont été transposées en droit interne (L.121-3 et R.121-1 du CESEDA).

Dès lors, contrairement au citoyen français, le ressortissant d'un autre Etat de l'Union peut mener une vie familiale normale en France avec son conjoint étranger, sans que ce dernier soit obligé de détenir un visa long séjour.

Par ailleurs, si le droit au séjour est reconnu de plein droit au conjoint étranger du ressortissant de l'Union européenne résidant en France, indépendamment des conditions de son entrée sur le territoire français, les hypothèses d'une mesure d'éloignement sont *a fortiori*, insusceptibles d'être prises à son encontre, tant que le ressortissant européen bénéficie d'un droit au séjour.

A ce titre, il peut être rappelé que la Cour de Justice a posé le principe selon lequel un refus de séjour et une mesure d'éloignement ne peuvent être opposés au membre de la famille d'un ressortissant de l'Union, lorsqu'il est ressortissant d'un Etat tiers, au seul motif que son visa a expiré avant qu'il ne sollicite un droit au séjour (aff. C-459/99, MRAX, 25 juillet 2002). Cela est en revanche possible, aux termes du CESEDA, pour un étranger conjoint de Français.

Sur ce point aussi, la différence de traitement avec les conjoints de ressortissants de l'Union européenne semble établie.

2. La nature du titre de séjour délivré et la taxe due

Les couples mariés en France dont le conjoint étranger parvient à bénéficier d'une carte de séjour portant la mention « vie privée et familiale » sur le fondement de l'article L.313-11-7° du CESEDA rencontrent d'autres types de difficultés, liées à la nature même de ce titre de séjour d'une validité d'une année.

En effet, la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration a supprimé la délivrance de plein droit des cartes de résident au bénéfice des conjoints de Français, lesquels ont simplement la possibilité de demander une telle carte lorsqu'ils justifient de trois ans de mariage et d'une intégration républicaine (article L.314-9-3° du CESEDA).

Or, à cet égard, contrairement à ce que développe le Ministre de l'Intérieur dans son courrier du 29 avril 2013 aux termes duquel la carte de résident ne conférerait pas plus de droits à son titulaire qu'un titre de séjour temporaire d'un an, le Défenseur des droits constate que la possession d'une carte de séjour temporaire implique pour le bénéficiaire des difficultés d'ordre pratique et juridique dans de nombreux domaines et, de fait, un traitement défavorable par rapport à une personne placée dans une situation comparable qui détiendrait une carte de résident.

Outre la lourdeur des démarches administratives liées au renouvellement annuel des titres de séjour, il peut être mentionné en premier lieu, à titre d'exemple, les difficultés d'accès à l'emploi : des employeurs, au vu de la précarité du titre de séjour, refusent d'embaucher les titulaires d'une carte de séjour temporaire.

En second lieu, le Défenseur des droits et auparavant la HALDE ont été saisis à plusieurs reprises de réclamations relatives au refus d'accès à des biens et services tels un logement ou un prêt au motif de l'instabilité du séjour matérialisé par le titre temporaire d'un an.

Plus généralement, l'article 11 de la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, offre aux résidents de longue durée une égalité de traitement avec les nationaux dans des domaines aussi variés que les conditions d'accès à l'emploi salarié, l'éducation, la sécurité sociale, l'accès aux biens et services, la protection juridique.

Pour le Défenseur des droits, il résulte de l'ensemble de ces obstacles que le refus de délivrer une telle carte est susceptible de porter atteinte au droit fondamental de mener une vie privée et familiale normale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Or, au regard de l'article R.121-13 du CESEDA, l'époux étranger d'un ressortissant européen résidant en France bénéficie de plein droit d'un titre de séjour d'une durée identique à celle de son conjoint et ce, quelles que soient les modalités de son entrée sur le territoire français. Dans la mesure où les titres de séjour délivrés aux ressortissants de l'Union sont, pour la grande majorité d'entre eux, d'une durée égale à 5 ans (articles R.121-10 à R.121-13), ils se trouvent dans une situation plus favorable que les conjoints de Français, titulaires d'un titre « vie privée et familiale » d'une durée d'un an.

Enfin, il reste à noter que les cartes de séjour « membre de la famille d'un citoyen de l'Union » sont délivrées et renouvelées gratuitement, le renouvellement des cartes de séjour temporaires « vie privée et familiale » impliquent le paiement d'une taxe de 87 euros, conformément à l'article D311-18-1 du CESEDA.

Par ailleurs, lorsque la demande est faite sur place, le ressortissant étranger qui sollicite un visa de régularisation doit s'acquitter d'une taxe de 340 euros dont 110 euros non remboursables, perçus lors de la demande de titre.

Tant sur la nature du titre délivré que sur le montant de la taxe qui en découle, le conjoint de ressortissant européen sera ainsi, de nouveau, traité plus favorablement qu'un conjoint de Français.

3. L'obligation de poursuite de la vie commune pour le renouvellement du titre de séjour

Si le Défenseur des droits relève avec satisfaction que la loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a modifié l'article L.313-12 du CESEDA afin que les titres de séjour puissent être renouvelés en cas de rupture de la vie commune lorsque cette rupture est due au **décès** du conjoint, il n'en demeure pas moins que cette obligation de poursuite de la vie commune pour le renouvellement du titre de séjour semble porter, dans certaines autres hypothèses, une atteinte excessive au droit de mener une vie privée normale, notamment en cas de divorce, *a fortiori* à la suite de violences conjugales.

Des situations délicates ont été rapportées au Défenseur des droits, parmi lesquelles celle d'une réclamante en cours de procédure de divorce ayant porté plainte contre son mari pour violences conjugales. Lorsque l'intéressée a communiqué le jugement du tribunal correctionnel condamnant le conjoint à 18 mois d'emprisonnement, la Préfecture lui a notifié un refus de renouvellement de titre de séjour et une obligation à quitter le territoire.

Ainsi, pour les étrangers conjoints de Français, à défaut de vie commune, et même si ce défaut résulte d'un **divorce lié à des violences** subies par le conjoint étranger, le titre de séjour n'a pas à être renouvelé de plein droit. Il l'est seulement lorsque la victime de ces violences bénéficie d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil.

Or, parmi les femmes victimes de violence, peu de femmes – particulièrement quand elles sont étrangères car les démarches juridictionnelles sont encore moins souvent entamées – bénéficient d'une telle ordonnance¹.

Alors que cet article reconnaît un *pouvoir discrétionnaire* à l'administration lorsqu'elle examine une demande de renouvellement de séjour de l'étranger conjoint de Français victime de violences conjugales, le droit européen, quant à lui, *impose* ce maintien (articles R.121-7 et R. 121-8 du CESEDA).

4. Une différence de traitement constitutive d'une discrimination à rebours fondée sur la nationalité

Une discrimination à rebours désigne une situation moins avantageuse pour un national (ou un membre de sa famille) que pour un ressortissant de l'Union européenne dans l'application par son Etat membre du droit européen². L'existence de telles discriminations découle du fait que, pendant longtemps, pour la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), les dispositions européennes pouvaient être invoquées par un ressortissant seulement si sa situation relevait de la libre circulation. En d'autres termes, il n'existait aucun rattachement possible au droit de l'Union européenne si l'intéressé était resté sédentaire et résident du pays dont il a la nationalité. La situation était en effet considérée comme « purement interne » et relevait, de ce fait, du droit national qui pouvait, le cas échéant, être moins favorable.

Ainsi que l'a rappelé l'Avocat général de la CJUE dans ses conclusions présentées dans le cadre de l'affaire *Zambrano*³, le traité de Maastricht, en introduisant la citoyenneté européenne pour les ressortissants des États membres, a accordé à tout citoyen le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (article 21 nouveau) et lui a reconnu des droits et des obligations qui, ensemble, constituent un nouveau statut – dont la Cour a déclaré en 2001 qu'il avait « *vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres* »⁴.

Dans ce contexte, une question nouvelle a émergé, celle la possibilité d'invoquer ou non des droits dérivés de la citoyenneté de l'Union européenne du simple fait que l'on séjourne dans l'État membre dont on possède la nationalité et sans avoir exercé sa liberté de circulation (citoyens de l'Union européenne dits « sédentaires »).

¹ Rapport d'information n°4169 de la Commission des lois de l'Assemblée nationale du 17 janvier 2012 ; Rapport de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances remis à l'Assemblée nationale le 24 avril 2013

² M. HOUSER, *Les discriminations à rebours*, in P. ICARD, *Agir contre les discriminations* : EUD, 2012, p.115-148

³ CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano*, C-34/09

⁴ CJUE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99

En droit interne, il est à noter que le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques* du 6 octobre 2008, avait apporté des éléments de réponse à la question de l'applicabilité du droit communautaire dans de telles circonstances.

Il avait considéré que les architectes français sédentaires, c'est-à-dire n'ayant pas usé de leur liberté de circulation, pouvaient être victimes d'une discrimination à rebours fondée sur la nationalité au regard du traitement plus favorable qui était réservé aux architectes, placés dans une situation comparable, mais de la nationalité d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

En ce qui concerne le regroupement familial des membres de famille des ressortissants européens, la réponse donnée à cette question par la jurisprudence de la CJUE a évolué et permis, dans une certaine mesure, de rendre applicables les règles plus favorables issues du droit de l'Union européenne à des ressortissants européens sédentaires mais aussi aux membres de leur famille de nationalité non européenne.

Dans l'arrêt *Zambrano* précité, la Cour rappelle que tout ressortissant d'un Etat membre bénéficie du statut de citoyen de l'Union pour en déduire que l'article 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) instaurant une citoyenneté de l'Union « s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union dans la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen ». Dans la lignée de l'arrêt *Rottmann*⁵, la Cour se satisfait donc de l'existence de la nationalité d'un Etat membre et de la possibilité d'une atteinte au cœur des droits du citoyen concerné pour rendre applicable le droit communautaire au ressortissant européen sédentaire.

Il est vrai que les faits étaient spécifiques, le droit au séjour ayant été reconnu aux parents étrangers d'enfants belges, vivant en Belgique. Le refus d'accorder un droit au séjour aux parents aurait eu pour conséquence d'obliger les ressortissants européens – mineurs et donc dépendants de leurs parents – à quitter le pays dont ils ont la nationalité.

Il est vrai aussi que dans les arrêts postérieurs *Mc Carthy*⁶ et *Dereci*⁷, la Cour a considérablement resserré l'appréciation de « l'atteinte essentielle des droits du citoyen » qu'elle avait fait dans l'arrêt *Zambrano*. Elle semble en effet limiter l'application du droit européen aux citoyens européens sédentaires à un critère très restrictif, celui des situations dans lesquelles le citoyen serait contraint de quitter le territoire de l'Union européenne si un droit au séjour n'était pas accordé aux membres de sa famille.

Si l'on se référait à ce critère, les principes plus protecteurs du droit de l'Union s'appliquant aux conjoints de Français vivant en France ne seraient pas transposables aux situations décrites dans la présente décision. En effet, l'entrave à leur droit au séjour serait sans effet sur la possibilité, pour le Français, de continuer à résider - seul - sur le territoire dont il a la nationalité et impliquerait « seulement » que le couple ne puisse plus vivre - ensemble - en France.

Toutefois, force est de constater que les arrêts apportent une réelle nouveauté en autorisant l'application des dispositions relatives à la citoyenneté européenne même si l'intéressé n'a pas fait usage de son droit à la libre circulation au sein de l'Union. La Cour souligne en effet que l'absence d'utilisation d'une liberté communautaire ne suffit pas à qualifier la situation de « purement interne » et confirme ainsi l'intégration progressive du statut de citoyen de l'Union dans la sphère du droit interne : l'applicabilité des articles 20 et 21 du TFUE et le régime protecteur qui peut en découler au profit des ressortissants européens ainsi que des

⁵ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, C- 135/08

⁶ CJUE, 5 mai 2011, *Mc Carthy*, C-434/09

⁷ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci*, C-256/11

membres de leur famille pourront être retenus en l'absence d'exercice de liberté de circulation à la condition qu'il s'agisse d'une atteinte « essentielle » aux droits de l'Union européenne.

Bien plus, la CJUE estime qu'en l'absence d'applicabilité des articles 20 et 21 du TFUE, le droit au séjour des ressortissants européens sédentaires (et des membres de leur famille) peut néanmoins être reconnu sur un autre fondement, « *notamment en vertu d'un droit relatif à la protection de la vie familiale* »⁸ consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme.

La discrimination fondée sur la nationalité est en effet également prohibée par les articles 8 et 14 de la Convention, lesquels doivent trouver à s'appliquer lorsque l'atteinte aux droits n'est pas assez grave au regard du droit l'Union européenne – c'est-à-dire lorsqu'elle n'implique pas que le ressortissant européen doive quitter le pays dont il a la nationalité - mais suffisante pour porter atteinte au droit de mener une vie familiale normale consacré à l'article 8 de la Convention européenne.

Or, ainsi qu'il a été vu précédemment, l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale est plus importante pour les conjoints de Français résidant en France que pour les conjoints de ressortissants de l'Union européenne. Dans la mesure où aucun motif d'intérêt général n'est susceptible de justifier le traitement différencié ainsi opéré, ce dernier est constitutif d'une discrimination à rebours.

Il est à noter que, dans ce sens, la CNCDH avait eu l'occasion de rendre le 20 juin 2007 un avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et rappelait que : « *s'agissant des membres de famille communautaires, dès lors que le ressortissant communautaire qui réside en France remplit les critères pour un séjour régulier, son conjoint est autorisé de plein droit à séjourner en France, sans qu'il soit soumis à l'obligation de justifier d'un visa de long séjour, ni même d'une entrée régulière, encore moins de la maîtrise du français ou de quelque considération de même nature. Ainsi, un ressortissant d'un Etat tiers conjoint d'un ressortissant portugais résidant en France, par exemple, a un statut plus favorable qu'un ressortissant d'un Etat tiers conjoint d'un français. Au-delà de ce paradoxe, les Français dans cette situation subissent une discrimination et peuvent se prévaloir des stipulations des articles 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Ils font en effet l'objet d'un traitement différencié injustifié, quant à leur droit au respect de leur vie privée et familiale, par rapport aux ressortissant d'autres Etats membres* ».

Qu'il s'agisse du droit de l'Union européenne ou bien du droit du Conseil de l'Europe, la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité doit trouver à s'appliquer aux ressortissants européens sédentaires, ainsi qu'aux membres de leur famille. A ce titre, les avocats généraux des trois affaires soumises à l'examen de la CJUE ont pris le soin de souligner combien l'existence de discriminations à rebours créait des distinctions dont on peinait à trouver un sens et considéré qu'il n'était pas exclu que « *la Cour reconsidère sa jurisprudence et soit amenée, à l'avenir, à déduire de la citoyenneté de l'Union une interdiction de la discrimination des ressortissants nationaux* »⁹, pleine et entière.

Dans le même sens et plus précisément encore, la Cour de Justice, dans un arrêt très récent du 12 mars 2014¹⁰, fournit des éléments d'appréciation qu'il appartient à la juridiction de renvoi de prendre en compte lors de l'examen de la situation. Ainsi, le rôle de la personne au sein de la famille ou l'étroitesse du lien familial peuvent constituer des éléments opportuns

⁸ *Ibid.*

⁹ Point 42 des conclusions de Mme Kokott dans l'affaire *McCarthy*

¹⁰ CJUE, 12 mars 2014, S. et G., C-457/12

pour l'appréciation dudit droit au séjour du membre de la famille d'un ressortissant européen sédentaire. On imagine mal comment la qualité d'époux pourrait ne pas permettre ce rattachement.

Là encore, la Cour limite les situations purement internes et cela permet, dans certains cas, la reconnaissance d'un droit au séjour aux ressortissants de pays tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union européenne dans son Etat de nationalité¹¹.

Il résulte de ce qui précède que l'état du droit européen commande une modification du dispositif législatif.

5. La nécessaire réforme législative

Dans les situations d'espèce, si l'objectif de lutte contre les mariages frauduleux est sans nul doute légitime, pour autant, traiter différemment des ressortissants de l'Union européenne selon leur nationalité, alors même qu'ils concluent un mariage sur le territoire national, ne repose pas sur un motif tiré de l'intérêt général.

C'est pourquoi, le Défenseur des droits réitère les recommandations qu'il a eu l'occasion de formuler dans le cadre de son audition auprès du parlementaire en mission, Mathias FEKL, le 9 avril 2013 :

a. Demande de modification des articles L.314-11 et L.314-9-3° du CESEDA

L'alinéa 1^{er} de l'article L.314-11 du CESEDA devrait être réintégré tel qu'il existait avant la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 afin de permettre aux ressortissants étrangers conjoints de Français de bénéficier d'une délivrance de plein droit de la carte de résident à la condition d'être mariés depuis au moins deux ans et de ne pas avoir rompu la communauté de vie.

Par voie de conséquence, l'article L.314-9-3° du CESEDA serait modifié pour supprimer la disposition relative à la possibilité pour le préfet de délivrer une carte de séjour temporaire au ressortissant étranger marié à un Français depuis au moins trois ans.

b. Demande de modification de l'article L.313-11-4° du CESEDA

Que la première proposition de réforme soit suivie d'effet ou non, il conviendrait, en tout état de cause, de compléter cet article en précisant que la condition prévue à l'article L.311-7 (production d'un visa long séjour) ne doit pas être exigée pour le bénéfice d'un titre de séjour délivré sur le fondement de l'article L.313-11-4° du CESEDA. Une telle exemption existe pour d'autres titres de séjour temporaires portant la mention « vie privée familiale ».

c. Demande de modification de l'article L.313-12 2ème alinéa du CESEDA

Dans le cadre du renouvellement du titre de séjour d'une personne victime de violence (et qui n'a pas de droit propre au séjour), le préfet détient un pouvoir discrétionnaire d'octroyer ou non le renouvellement du titre de séjour. Ce renouvellement devrait être de droit, même en l'absence d'ordonnance de protection, pour éviter que des personnes victimes de violence hésitent à se séparer, de peur de perdre leur droit au séjour.

d. Demande de modification de l'article L.311-13 du CESEDA

¹¹ Maria GKEGKA et Vincent REVEILLERE, « Précisions juridictionnelles sur l'octroi d'un droit au séjour aux ressortissants de pays tiers dans l'Etat membre d'origine du citoyen européen avec lequel ils nouent un lien familial », *La Revue des droits de l'homme*, 1er avril 2014

Pour éviter l'existence d'une discrimination à rebours, les conjoints de ressortissants européens sédentaires devraient être exonérés de toute taxe liée à la délivrance et au renouvellement de leur titre de séjour, comme les ressortissants européens ayant exercé leur droit à la liberté de circulation.