

Appréciation, au regard des droits fondamentaux, portant sur la prise en compte des formes d'unions entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes de même sexe dans la proposition modifiée de directive du Parlement 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

10 avril 2003

Référence : CFR-CDF.avis1-2003



Le Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été créé par la Commission européenne à la demande du Parlement européen. Il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les États membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Le Réseau présente des rapports sur la situation des droits fondamentaux dans les États membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des questions ponctuelles liées à la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Le contenu de l'avis n'engage en aucune manière la Commission européenne. La Commission n'assume aucune responsabilité quant aux informations que contient le présent document.

Le **Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux** a été mis sur pied par la Commission européenne (DG Justice et affaires intérieures), à la demande du Parlement européen. Depuis 2002, il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le Réseau UE d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux se compose de Elvira Baltutyte (Lituanie), Florence Benoît-Rohmer (France), Martin Buzinger (Rép. slovaque), Achilleas Demetriades (Chypre), Olivier De Schutter (Belgique), Maja Eriksson (Suède), Teresa Freixes (Espagne), Gabor Halmai (Hongrie), Wolfgang Heyde (Allemagne), Morten Kjaerum (Danemark), Henri Labayle (France), M. Rick Lawson (Pays-Bas), Lauri Malksoo (Estonie), Arne Mavcic (Slovénie), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (Royaume-Uni), Bruno Nascimbene (Italie), Manfred Nowak (Autriche), Marek Antoni Nowicki (Pologne), Donncha O'Connell (Irlande), Ian Refalo (Malte), Martin Scheinin (suppléant Tuomas Ojanen) (Finlande), Linos Alexandre Sicilianos (Grèce), Dean Spielmann (Luxembourg), Pavel Sturma (Rép. tchèque), Ineta Ziemele (Lettonie). Le Réseau est coordonné par O. De Schutter.

Les documents du Réseau peuvent être consultés via :

http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm

The **EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights** has been set up by the European Commission (DG Justice and Home Affairs), upon request of the European Parliament. Since 2002, it monitors the situation of fundamental rights in the Member States and in the Union, on the basis of the Charter of Fundamental Rights.

The EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights is composed of Elvira Baltutyte (Lithuania), Florence Benoît-Rohmer (France), Martin Buzinger (Slovak Republic), Achilleas Demetriades (Cyprus), Olivier De Schutter (Belgium), Maja Eriksson (Sweden), Teresa Freixes (Spain), Gabor Halmai (Hungary), Wolfgang Heyde (Germany), Morten Kjaerum (Denmark), Henri Labayle (France), M. Rick Lawson (the Netherlands), Lauri Malksoo (Estonia), Arne Mavcic (Slovenia), Vital Moreira (Portugal), Jeremy McBride (United Kingdom), Bruno Nascimbene (Italy), Manfred Nowak (Austria), Marek Antoni Nowicki (Poland), Donncha O'Connell (Ireland), Ian Refalo (Malta), Martin Scheinin (substitute Tuomas Ojanen) (Finland), Linos Alexandre Sicilianos (Greece), Dean Spielmann (Luxemburg), Pavel Sturma (Czech Republic), Ineta Ziemele (Latvia). The Network is coordinated by Olivier De Schutter.

The documents of the Network may be consulted on :

http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm

Table des matières

<i>Table des matières</i> -----	4
<i>Introduction</i> -----	5
<i>I. Les conséquences juridiques de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe aux Pays-Bas et en Belgique</i> -----	5
<i>II. L'extension aux ressortissants communautaires des avantages reconnus aux nationaux en matière de regroupement familial</i> -----	6
<i>IV. L'interdiction de la discrimination dans la reconnaissance des partenariats ou concubinages de personnes de même sexe</i> -----	8
<i>V. Les exigences liées au respect des droits fondamentaux</i> -----	10
<i>VI. Le cas du citoyen de l'Union qui revient dans l'Etat membre dont il a la nationalité</i> --	14

Introduction

Le 10 mars 2003, le Réseau d'experts a été saisi par la Commission européenne de plusieurs questions, demandant une appréciation, au regard des droits fondamentaux, sur la prise en compte des formes d'unions entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes de même sexe dans la proposition modifiée de directive du Parlement 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 Etats membres. En réponse, il souhaite faire les observations suivantes.

I. Les conséquences juridiques de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe aux Pays-Bas et en Belgique

Les questions 1, 2, et 4 formulées par la Commission européenne concernent les conséquences juridiques de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe aux Pays-Bas et en Belgique.

Aux Pays-Bas, la Loi du 21 décembre 2000 portant modification du Livre I du Code civil¹ a ouvert le mariage, pour la première fois, aux couples de personnes de même sexe. Pour qu'un tel mariage puisse être conclu, au moins l'un de deux partenaires du couple doit soit avoir la nationalité néerlandaise, soit être un résident aux Pays-Bas. Ceci résulte des dispositions régissant le mariage conclu entre personnes de même sexe : Article 1:43 (para. 1) *Burgerlijk Wetboek* [Code civil] et Article 2 (a) *Wet conflictenrecht huwelijk* [Loi sur les conflits de lois en matière de mariage 1989, amendée en 2001]. Cela signifie qu'un citoyen de l'Union résident aux Pays-Bas, ou tout ressortissant d'un Etat tiers à l'Union mais qui réside aux Pays-Bas, peut conclure un mariage avec une personne de même sexe, quelle que soit la nationalité ou le lieu de résidence.

Il résulte en outre des articles 3.13, 3.14, 3.17 et 3.22 de la loi néerlandaise sur les étrangers (*Vreemdelingenbesluit 2000*) que le conjoint étranger d'un Néerlandais ou d'un ressortissant étranger résidant aux Pays-Bas pourra bénéficier d'un permis de résidence aux Pays-Bas, sans condition liée au sexe. Ce droit au regroupement familial s'étend aux situations où les deux conjoints sont du même sexe.

Enfin, selon le droit néerlandais, le mariage valablement conclu à l'étranger peut être reconnu aux Pays-Bas, sans qu'aucune distinction soit faite entre les mariages entre personnes de même sexe, d'une part, les mariages entre personnes de sexe opposé, d'autre part². Aucune exception de l'ordre public international ne saurait jouer ici, s'agissant d'une institution que le droit néerlandais lui-même reconnaît.

En Belgique, la Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil³ opère cette même extension. La proposition de loi qui est à l'origine de cette législation prévoit dans son exposé des motifs qu'elle "ne porte pas atteinte aux principes de droit international privé applicables au mariage. Ainsi, le mariage n'est possible, et cela pour les personnes de même sexe également, que lorsque les deux parties satisfont aux conditions de fond prescrites par leur statut personnel pour pouvoir contracter mariage"⁴. L'article 170ter du Code

¹ *Staatsblad* 2001, nr. 9.

² Article 5 para. 1 de la *Wet conflictenrecht huwelijk* [Loi sur les conflits de lois en matière de mariage 1989, amendée en 2001].

³ M.B., 28.2.2003.

⁴ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Sénat, sess. 2001-2002, doc. 2-1173/1, ici p. 4.

civil, qui prévoit cette condition⁵, n'est pas modifié par la Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe. Cela signifie que le mariage entre personnes de même sexe n'est ouvert en Belgique qu'aux Belges et aux personnes qui, en vertu de leur statut personnel, pourraient conclure un tel mariage. A l'heure actuelle, cela ne concerne que les Néerlandais, les Pays-Bas étant à ce jour le seul autre Etat qui admet pour ses nationaux le mariage de personnes de même sexe⁶.

La notion de "conjoint" à laquelle fait appel la loi belge du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers⁷ dans ses dispositions relatives au droit au regroupement familial, doit s'entendre comme englobant l'époux de même sexe, dans la mesure où le mariage a été valablement conclu. En particulier, les droits reconnus⁸ au conjoint du ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne (appelé "étranger C.E." par la loi belge), quelle que soit la nationalité du conjoint, doivent être considérés comme s'étendant au conjoint de même sexe d'une personne de nationalité néerlandaise ou du citoyen de l'Union européenne qui a conclu le mariage en raison de sa résidence aux Pays-Bas. De même, le mariage conclu en Belgique entre un Belge et une personne de même sexe de nationalité néerlandaise, ainsi que le permet le statut personnel de celle-ci, entraînera que celle-ci devra être considérée comme le conjoint du Belge, au sens de l'article 40 § 6 de la loi du 15 décembre 1980.

Les articles 170 et 171 du Code civil régissent, en Belgique, la reconnaissance des mariages conclus à l'étranger entre Belges ou entre un Belge et un étranger (validité quant à la forme des mariages et quant au fond). Les articles 7 et 8 de la loi du 13 février 2003 ont voulu rendre ces articles neutres du point de vue du sexe des époux. Les mariages conclus à l'étranger par un Belge avec une personne de même sexe, pourvu que la statut personnel de celle-ci l'y autorise, est donc en principe valable. De même, il n'existe aucun obstacle à la reconnaissance en Belgique du mariage conclu valablement à l'étranger par deux étrangers, l'ordre public international de la Belgique ne s'y opposant pas.

II. L'extension aux ressortissants communautaires des avantages reconnus aux nationaux en matière de regroupement familial

La troisième question de la Commission européenne est une question d'interprétation du droit communautaire, en particulier, de l'arrêt *Etat néerlandais c. Ann Florence Reed* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 17 avril 1986⁹.

⁵ Aux termes de cet article, "Les mariages visés à l'article 170 [du Code civil, c'est-à-dire valablement conclus à l'étranger] seront, quant au fond, valables en Belgique si les parties contractantes ont satisfait aux conditions prescrites à peine de nullité par leur statut personnel pour pouvoir contracter mariage".

⁶ Il résulte de cette situation qu'un citoyen de l'Union européenne, même s'il réside en Belgique en vertu du droit communautaire, ne pourra y contracter un mariage dans des conditions identiques à celles dont le Belge bénéficie : tandis que le mariage est possible pour le Belge y compris avec une personne de même sexe, pourvu que le statut personnel de celle-ci ne s'y oppose pas, le citoyen de l'Union qui n'a pas la nationalité belge ne se verra pas reconnaître cette possibilité. Le mariage entre personnes de même sexe n'est donc pas accessible à toute personne demeurant en Belgique, même s'il s'agit de citoyens de l'Union européenne. La question peut se poser de la compatibilité de cette situation avec l'article 7 du Règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968, JO L 257, dans l'hypothèse où des ressortissants communautaires auraient exercé en Belgique leur liberté de prendre un emploi et doivent, dès lors, bénéficier de tous les avantages sociaux dont l'extension à leur bénéfice apparaît de nature à encourager la mobilité à l'intérieur de la Communauté ; ou, à défaut que le citoyen de l'Union européenne ait la qualité de travailleur, de la compatibilité de cette restriction avec l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité (article 12 CE; voy. C.J.C.E., 12 mai 1998, *Martinez Sala*, C-85/96). Force est cependant de noter que l'article 12 CE n'interdit toute discrimination à raison de la nationalité que dans le domaine d'application du traité ; or la Cour de justice des Communautés européennes considère que les questions d'état civil en principe échappent à celui-ci (ne constitue pas une discrimination interdite par l'article 12 CE (alors article 6 du traité CE) l'application de la loi nationale des ex-époux afin de déterminer les conséquences du divorce, que commande une règle de droit international privé d'un Etat membre : arrêt du 10 juin 1999, *Johannes*, C-430/97, spéc. points 26 et 27).

⁷ M.B., 31.12.1980, modifiée à de nombreuses reprises, en dernier lieu par la Loi du 2 août 2002, M.B., 29.8.2002.

⁸ Articles 40 et 41 de la loi précitée du 15 décembre 1980.

⁹ Aff. 59/85, *Rec.*, p. 1283.

Selon la jurisprudence de la Cour, par la notion d’“avantages sociaux” qui apparaît à l’article 7 du Règlement n°1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 (JO L 57), il faut entendre tous les avantages qui, “liés ou non à un contrat d’emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison, principalement, de leur qualité objective de travailleur ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l’extension aux travailleurs ressortissants d’autres Etats membres apparaît, dès lors, de nature à faciliter leur mobilité à l’intérieur de la Communauté”¹⁰. Dans l’arrêt *Reed*, la Cour a estimé que “la possibilité pour un travailleur migrant d’obtenir que son partenaire non marié, non ressortissant de l’Etat membre d’accueil, soit autorisé à y séjourner avec lui peut contribuer à son intégration dans le milieu du pays d’accueil et donc à la réalisation de l’objectif de la libre circulation des travailleurs. Dans ces conditions, cette faculté doit être regardée également comme relevant de la notion d’avantage social visé par l’article 7, para. 2, du règlement n° 1612/68. Il faut en déduire qu’un Etat membre qui accorde un tel avantage à ses travailleurs nationaux ne saurait le refuser aux travailleurs ressortissants des autres Etats membres sans commettre une discrimination fondée sur la nationalité, prohibée par les articles 7 et 48 du traité” (points 28 et 29).

Bien que la Belgique reconnaisse au conjoint étranger de même sexe le droit de venir résider en Belgique avec son conjoint de nationalité belge, cette situation est vouée à demeurer assez marginale. Elle ne concerne en effet que deux hypothèses : les mariages conclus conformément à la loi belge entre un Belge et une personne de nationalité néerlandaise de même sexe (seules les personnes de nationalité néerlandaise pouvant, en vertu de leur statut personnel, conclure un mariage); ou les mariages conclus aux Pays-Bas soit entre un Belge qui y réside et un étranger de même sexe, soit entre un Belge et un Néerlandais de même sexe ou une personne étrangère de même sexe qui y réside. Cependant, même si la possibilité pour un ressortissant belge de se faire rejoindre en Belgique par son conjoint étranger de même sexe ne sera que rarement invoquée, elle n’en constitue pas moins, pour les travailleurs de nationalité belge, un “avantage social” dont l’extension à des travailleurs ressortissants d’un autre Etat membre, dans les conditions de non-discrimination, serait de nature à faciliter l’intégration de ceux-ci en Belgique, et donc l’exercice de la liberté de circulation.

Il y a lieu en outre de noter que, par l’effet d’une circulaire prise le 30 septembre 1997 par le Ministre belge de l’Intérieur¹¹, les partenaires non mariés – qu’ils soient de même sexe ou de sexe opposé –, pourvu que leur relation soit durable et leur cohabitation effective, bénéficient du droit au regroupement familial en Belgique. La circulaire du 30 septembre 1997 déclare que dorénavant un droit de résidence serait accordé à une personne vivant avec une autre dans une relation durable. La circulaire expose en particulier que “le partenaire homosexuel étranger d’un Belge ou d’un étranger établi ou autorisé au séjour en Belgique ne peut actuellement pas séjourner en Belgique sur la base de cette relation. Ces personnes utilisent parfois d’autres statuts de séjour (visa d’étudiant, séjour en tant que stagiaire, permis de travail et même des mariages de complaisance) pour pouvoir venir vivre avec leur partenaire. Cet abus des autres statuts de séjour n’est pas recommandé et ne peut pas offrir une solution pour donner un statut de séjour aux partenaires homosexuels. De plus, la discrimination à l’égard des partenaires homosexuels dans notre société est inacceptable. En conséquence, il convient d’accorder directement à ces personnes une autorisation de séjour sur la base de la cohabitation dans le cadre d’une relation durable, pourvu qu’un certain nombre de conditions strictes soient remplies, ceci afin d’éviter ou de combattre les abus”. La circulaire prévoit, afin d’éviter des abus, des engagements financiers clairs du partenaire déjà admis à séjourner plus de trois mois en Belgique (Belge, ressortissant d’un Etat membre de l’Espace économique européen, ou ressortissant d’un Etat tiers admis à s’établir en Belgique ou à y séjourner plus de trois mois), ainsi que la conclusion d’un contrat de vie commune entre les partenaires. La circulaire belge du 30 septembre 1997 est étroitement inspirée de la *Vreemdelingencirculaire* néerlandaise de 1982, dont les limites de l’invocabilité ont précisément donné lieu au contentieux ayant débouché sur l’arrêt *Reed* de la Cour de justice des Communautés européennes. La circulaire belge du 30 septembre 1997 réalise cependant immédiatement une extension, au bénéfice des ressortissants d’autres Etats membres, d’un avantage

¹⁰ C.J.C.E., 31 mai 1979, *Even*, 207/78, *Rec.* p. 2019.

¹¹ Circulaire du 30 septembre 1997 relative à l’octroi d’une autorisation de séjour sur la base de la cohabitation dans le cadre d’une relation durable, M.B., 14.11.1997.

reconnu aux Belges et aux étrangers établis en Belgique ou admis à y séjourner plus de trois mois, qui n'avait pu être réalisée, dans le cadre de la circulaire néerlandaise de 1982, qu'à la suite de la question préjudicielle adressée à la Cour de justice des Communautés européennes.

IV. L'interdiction de la discrimination dans la reconnaissance des partenariats ou concubinages de personnes de même sexe

Par sa cinquième question, la Commission européenne interroge le Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux sur la question de savoir si "les pays reconnaissant dans leur législation les partenariats enregistrés ou les concubinages entre personnes de même sexe devraient admettre aux fins du séjour les conjoints du même sexe en vertu du principe de non-discrimination".

Dans l'état actuel du droit communautaire, il se déduit de l'article 7 du règlement n°1612/68 du 15 octobre 1968, précité, lu à la lumière de la jurisprudence *Reed*, qu'un Etat membre qui admet que le partenariat ou une autre forme de cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe ouvre le droit à un regroupement familial au bénéfice de ses propres ressortissants dont le partenaire ou le cohabitant de même sexe a une nationalité étrangère, doit étendre cet avantage à tout citoyen de l'Union européenne qui entretient une relation durable avec une personne de même sexe.

La Commission s'interroge sur la question de savoir si un tel Etat pourrait néanmoins refuser à des époux de même sexe, ayant conclu un mariage selon le code civil néerlandais ou selon le code civil belge, le droit de bénéficier du regroupement familial. La Commission a à l'esprit le cas d'un Etat qui, soucieux sans doute de défendre une conception traditionnelle du mariage comme institution réservée aux couples hétérosexuels, tout en admettant que les couples *de facto* – hétérosexuels ou homosexuels – puissent bénéficier pour le partenaire du migrant communautaire du droit de séjour, refuserait que les couples homosexuels mariés puissent se voir accorder ce même avantage.

Une telle interprétation du droit dérivé communautaire doit être considérée comme interdite par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Certes, la Cour européenne des droits de l'homme admet que protection de la famille traditionnelle et du mariage peuvent constituer un objectif dont la poursuite est légitime. Dans une affaire *Shackell* où la requérante avait vécu pendant dix-sept ans en concubinage avec un homme décédé d'un accident du travail, et se voyait pourtant refuser des avantages réservés aux veuves en dépit des cotisations versées par son compagnon, la Cour a ainsi pu estimer que le concubin et l'époux se trouvent dans des situations trop différentes pour qu'une différence de traitement entre elles doive être justifiée ("The Court accepts that there may well now be an increased social acceptance of stable personal relationships outside the traditional notion of marriage. However, marriage remains an institution which is widely accepted as conferring a particular status on those who enter it. The situation of the applicant is therefore not comparable to that of a widow")¹². Elle a confirmé dans cette décision sa position classique, formulée notamment dans des affaires concernant l'égalité de statuts entre l'enfant né dans le mariage et l'enfant né hors mariage¹³, mais également dans une affaire concernant l'interdiction de remariage avant l'écoulement d'un certain délai suivant le divorce¹⁴, selon laquelle : "... that marriage remains an institution that is widely accepted as conferring a particular status on those who enter it and, indeed, it is singled out for special treatment under Article 12 of the Convention. The Court considers that the promotion of marriage, by way of limited benefits for

¹² Cour eur. D.H., décision *Shackell c. Royaume-Uni* (req. n°45851/99) du 27 avril 2000. La Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête présentée par Mme J. Shackell.

¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Mazurek c. France* (req. n° 34406/97) du 1^{er} février 2000, § 50 ("il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime").

¹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, Série A n°, § 36 ("la stabilité du mariage représente un but légitime et conforme à l'intérêt public").

surviving spouses, cannot be said to exceed the margin of appreciation afforded to the respondent Government”¹⁵. Mais, dans cette affaire, il s’agissait uniquement de justifier le refus d’étendre à des concubins hétérosexuels – qui auraient eu la possibilité de se marier mais ont délibérément choisi de ne pas le faire – les avantages réservés à des époux; il ne s’agissait pas de justifier une différence de traitement fondée exclusivement sur l’orientation sexuelle des intéressés.

Certes encore, l’on connaît des décisions par lesquelles la Commission européenne des droits de l’homme a estimé qu’il pouvait être justifié, au regard de la règle de non-discrimination, d’écarter le partenaire homosexuel d’un avantage auquel il aurait pu prétendre à la suite du décès de son concubin de même sexe, alors que le même avantage lui aurait été par contre reconnu s’il s’était agi d’une relation hétérosexuelle – si, par conséquent, le partenaire avait été d’un sexe différent. Ainsi dans une affaire *Röösli c. Allemagne*, où un homme se plaignait d’avoir été expulsé du domicile qu’il occupait avec son concubin décédé, au nom de qui le contrat de bail était établi, alors qu’il aurait pu demeurer dans le domicile du couple si celui-ci avait réuni des personnes de sexe différent, la Commission ne se borne pas à réitérer sa jurisprudence classique selon laquelle “en dépit de l’évolution récente des attitudes envers l’homosexualité”, une relation homosexuelle stable entre deux hommes ne constitue pas une “vie familiale” au sens de l’article 8 de la Convention. Comme le droit au respect du domicile était en outre invoqué, en combinaison avec la règle de non-discrimination figurant à l’article 14 de la Convention, elle rappela en outre que, compte tenu de ce que la protection de la famille constitue un but légitime et de ce que la cohabitation hétérosexuelle pouvait être assimilée à celle-ci, la différence de traitement désavantageant le partenaire homosexuel par rapport au partenaire hétérosexuel placé dans une même situation face au décès du concubin n’était ni arbitraire ni disproportionnée¹⁶.

Cette jurisprudence n’est pas conforme à la condamnation absolue dont fait l’objet aujourd’hui la différence de traitement fondée sur l’orientation sexuelle par la Cour européenne des droits de l’homme¹⁷. Elle paraît sur le point d’être abandonnée par la Cour européenne des droits de l’homme. Dans une affaire *Karner c. Autriche*, la Cour a jugé partiellement recevable une requête alléguant une atteinte aux articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne des droits de l’homme¹⁸, alors que les faits sont très semblables à ceux ayant caractérisé l’affaire *Röösli*. La Cour doit encore prononcer un arrêt dans cette affaire, mais la décision de recevabilité montre déjà qu’elle estime devoir revoir la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l’homme sur ce point.

En refusant de reconnaître aux fins du droit de séjour le mariage conclu entre personnes de même sexe, tout en acceptant que certaines formes de partenariat, de cohabitation de facto ou des relations stables puissent produire cet effet qu’elles existent entre personnes de même sexe ou de sexe opposé,

¹⁵ Cour eur. D.H., décision *Shackell c. Royaume-Uni* (req. n°45851/99) du 27 avril 2000.

¹⁶ Voy. Commiss. eur. D.H., req. n°28318/95, *M. Röösli c. Allemagne*, déc. du 15 mai 1996, *D.R.*, p. 149 : “...the family, to which the relationship of heterosexual unmarried couples living together as husband and wife can be assimilated, merits special protection in society and that there is no reason why a High Contracting Party should not afford particular assistance to families. The Commission therefore accepted that the difference in treatment between the surviving partner of a homosexual or lesbian couple and somebody in the same position whose partner had been of the opposite sex can be objectively and reasonably justified”. Pour une affaire très semblable ayant conduit à la même conclusion: Commiss. eur. D.H., req. n°11716/85, *S. c. Royaume-Uni*, déc. du 14 mai 1986, *D.R.*, 47, p. 274.

¹⁷ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 (la Cour reproche à une juridiction portugaise d’avoir “opéré une distinction dictée par des considérations tenant à l’orientation sexuelle du requérant, distinction qu’on ne saurait tolérer d’après la Convention”; elle en déduit immédiatement ne pouvoir conclure à l’existence d’un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, et donc devoir conclure à l’existence d’une discrimination (§ 36)). Sans doute, dans la Cour européenne des droits de l’Homme avait estimé, dans l’affaire *Fretté c. France* du 26 février 2002, une chambre de la Cour a estimé qu’en l’absence de consensus au niveau européen, le refus de délivrer l’agrément nécessaire pour l’adoption d’un enfant par une personne homosexuelle relève de la marge d’appréciation des Etats membres et ne peut, en conséquence, être considéré comme une violation de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme en combinaison avec l’exigence de non-discrimination. Cet arrêt ne saurait cependant être interprété comme signifiant que la Cour européenne des droits de l’homme admet que ne sont pas discriminatoires les différences que les Etats parties créent entre catégories de personnes d’orientation sexuelle différente, dans la jouissance de la vie privée ou familiale. L’arrêt *Fretté* n’a été acquis que par 4 voix contre 3, et parmi les juges de la majorité, 3 ont estimé devoir conclure à l’absence de violation pour un motif purement technique, lié à l’absence d’applicabilité – selon eux – de l’article 14 de la Convention européenne des droits de l’homme.

¹⁸ Cour eur. D.H. (3^{ème} section), déc. du 11 septembre 2001, *Karner c. Autriche* (req. n° 40016/98).

un Etat ne se borne pas à manifester un souci de protection du mariage traditionnel. Un tel souci ne pourrait justifier une différence de traitement opérée à l'égard des couples homosexuels, dès lors que c'est l'hostilité à l'égard du mariage entre personnes de même sexe, plutôt que la protection de l'institution du mariage, que recherche un Etat, dès l'instant où il accepte par ailleurs de faire produire un effet aux relations stables qui sont nouées hors mariage.

V. Les exigences liées au respect des droits fondamentaux

Par sa sixième question, la Commission européenne interroge le Réseau d'experts indépendants sur la question de savoir si la non reconnaissance des mariages entre personnes du même sexe et des partenariats enregistrés sur la base de la législation de l'Etat membre d'origine serait en contradiction avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Les articles 8 et 14 de cet instrument sont mentionnés dans la demande d'avis.

La réponse à cette sixième question appelle une réponse nuancée. Elle suppose de prendre également en compte l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit de se marier.

Dans le cadre de la rédaction de la proposition modifiée de directive du Parlement 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 Etats membres, la Commission envisage – au moment où le présent avis est sollicité – de définir les “membres de la famille” comme comprenant notamment a) le “conjoint”, et b) “le partenaire, auquel le citoyen de l'Union est lié par un un partenariat enregistré ou par une relation durable dûment attestée, si la législation de l'Etat membre d'accueil reconnaît la situation des couples non mariés et dans le respect des conditions prévues par cette législation” (proposition de nouvel article 2 (Définitions), para. 2).

Dans son avis de février 2003 adopté sur rapport de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures (rapp. G. Santini), le Parlement européen avait proposé dans le cadre de cet article 2 para. 2 de la proposition de directive trois modifications. Premièrement, il proposait la modification de l'article 2 para. 2 a), afin que cette clause fasse référence au conjoint, “quel que soit son sexe, conformément à la législation nationale d'application en la matière”. Deuxièmement, il proposait l'insertion d'un article 2 para. 2, a bis), faisant figurer parmi les “membres de la famille” “le partenaire enregistré, quel que soit son sexe, conformément à la législation nationale d'application en la matière”. Troisièmement, il proposait de reformuler l'article 2 para. 2 b) de la proposition de directive afin d'évoquer “le partenaire non marié, quel que soit son sexe, avec lequel le demandeur entretient une relation durable, si la législation ou la pratique de l'Etat membre d'accueil et/ou de provenance traite la situation des couples non mariés d'une façon correspondante à celle des couples mariés et dans le respect des conditions prévues par cette législation”.

Selon la demande d'avis que la Commission a adressée au Réseau d'experts, la première proposition n'a pas été retenue dès lors que la Cour de justice des Communautés européennes “a posé dans sa jurisprudence *D et Royaume de Suède c. Conseil* que le terme mariage, selon la définition communément admise par les Etats membres, désigne une union entre personnes de sexe différent”.

Cet arrêt n'a cependant pas la portée que lui prête la demande d'avis. En cause dans l'affaire *D. et Royaume de Suède c. Conseil*¹⁹ n'était pas le mariage entre personnes de même sexe, mais le partenariat enregistré conclu conformément à la loi suédoise du 23 juin 1994. Or, si le partenariat enregistré produit bien, selon la loi suédoise, “les mêmes effets juridiques que le mariage, sous réserve des exceptions prévues (...)”, il n'en demeure pas moins une institution distincte du mariage proprement dit. La Cour n'a pas tranché la question de savoir si la notion de “fonctionnaire marié”

¹⁹ C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.*, p. I-4319.

aurait pu s'étendre au fonctionnaire marié avec une personne de même sexe, dans l'hypothèse où – comme c'est le cas aujourd'hui aux Pays-Bas et en Belgique – cette possibilité existerait en vertu de la loi du statut personnel de l'intéressé.

Il échet d'ailleurs de noter que, immédiatement après avoir affirmé que “il est constant que le terme de ‘mariage’, selon la définition communément admise par les Etats membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent” (point 34), ajoute que “depuis 1989, des Etats membres en nombre croissant ont mis en place, à côté du mariage, des régimes légaux accordant une reconnaissance juridique à diverses formes d'union entre des personnes de même sexe ou de sexe différent et donnant à ces unions certains effets identiques ou comparables à ceux du mariage, tant entre les partenaires qu'à l'égard des tiers” (point 35). La Cour ne renonce à procéder à l'assimilation de ces formes de partenariat au mariage que parce que, selon elle, “au-delà de leur grande hétérogénéité, ces régimes d'enregistrement de relations de couple qui n'étaient jusque-là pas reconnues par la loi sont, dans les Etats membres concernés, distincts du mariage” (point 36). Ainsi dans l'affaire *D. et Royaume de Suède c. Conseil*, ce qui a constitué l'argument décisif pour rejeter l'assimilation du partenariat enregistré de droit suédois au mariage, c'est que ce sont là deux situations légales qui demeurent distinctes (voy. le point 37). L'on ne saurait préjuger de l'attitude qui aurait celle de la Cour si, au contraire, elle avait été confrontée à une situation légale identique, simplement étendue aux couples de personnes de même sexe.

Il convient d'ailleurs de rappeler que, dans une lettre du 15 mai 2001, se fondant sur l'article 1^{er} bis du Statut et sur l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux, le directeur général du personnel et de l'administration estimait que le mariage d'un fonctionnaire reconnu selon le code civil néerlandais tel que modifié depuis le 1^{er} avril 2001 devrait être considéré de la même manière que tout autre mariage reconnu dans un Etat membre. Le 15 octobre 2001, donc postérieurement au prononcé de l'arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil*, la Commission a confirmé cette assimilation²⁰.

Trois motifs supplémentaires incitent à penser que l'arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil* du 31 mai 2001 ne saurait être invoqué pour rejeter une extension de la notion de “conjoint” opérée par le législateur communautaire dans le cadre d'un instrument visant à faciliter le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

Premièrement, la Cour de justice des Communautés européennes refuse dans cet arrêt d'interpréter *contra legem* les termes de l'annexe VII du statut des fonctionnaires des Communautés européennes, mais n'exclut aucunement que le législateur communautaire puisse effectuer un tel choix (les évolutions constatées par le juge communautaire “ne permettent pas [à celui-ci] d'interpréter le statut de telle sorte que soient assimilées au mariage des situations légales qui en sont distinctes. (...) Il ne peut appartenir qu'au législateur d'adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d'affecter cette situation (...)” (points 37 et 38)). En effet, de ce que le terme de “conjoint” ne saurait s'étendre par voie d'interprétation jurisprudentielle au partenaire non marié d'un couple homosexuel – ce qu'a constaté la Cour dans son arrêt du 31 mai 2001 –, ne signifie pas que la notion de conjoint ne saurait être étendue, par le législateur communautaire, au conjoint de même sexe, s'il juge nécessaire d'inscrire pareille précision dans un texte de droit dérivé communautaire²¹.

Deuxièmement, dans l'arrêt *D. et Royaume de Suède* du 31 mai 2001 comme déjà dans l'arrêt *Reed* du 17 avril 1986, la Cour de justice des Communautés européennes se montre particulièrement attentive à inscrire sa jurisprudence en harmonie avec les évolutions législatives qu'elle constate au sein des Etats membres. Dans l'arrêt *Reed*, c'est uniquement “en l'absence de toute indication d'une évolution

²⁰ Voy. la réponse de M. le Commissaire Vitorino à la question écrite E-3261/01 posée par J. Swiebel le 23 novembre 2001, JO C 28 E du 6.2.2003, p. 3; ainsi que la réponse à Mme Buitenweg, JO C 93 E du 18.4.2002, p. 131.

²¹ Pour les motifs indiqués précédemment, cette précision pourrait s'avérer superflue. L'arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil* ne permet pas d'exclure que la notion de “fonctionnaire marié” ou celle de “conjoint” soient considérées, à l'avenir, comme pouvant s'étendre aux conjoints de même sexe, dans la mesure où les législations néerlandaise et belge ont ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe.

sociale d'ordre général qui justifierait une interprétation extensive" de la notion de "conjoint" figurant à l'article 10 du règlement n° 1612/68, que la Cour estime que cette notion désigne uniquement un rapport fondé sur le mariage (point 15). Dans l'arrêt *D. et Royaume de Suède* du 31 mai 2001, la Cour n'a exclu que le partenariat enregistré de droit suédois puisse être assimilé au mariage qu'après avoir noté que "la situation qui existe dans les Etats membres (...) quant à la reconnaissance des partenariats entre personnes de même sexe ou de sexe différent est marquée (...) par une grande hétérogénéité des législations et par une absence générale d'assimilation entre le mariage, d'une part, et les autres formes d'union légale, d'autre part" (point 50). L'ouverture du mariage aux couples formés de personnes de même sexe en droit néerlandais et en droit belge pourrait amener la Cour, à l'avenir, à modifier son point de vue.

Troisièmement, tandis qu'était en cause, dans l'affaire *D. et Royaume de Suède*, la demande d'allocation de foyer introduite par un fonctionnaire du Conseil, dans la proposition de directive du Parlement 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 Etats membres, est en cause l'effectivité de la liberté de circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, effectivité que serait de nature à renforcer l'extension de la notion de "conjoint" au conjoint de même sexe, là où un mariage entre personnes de même sexe a été valablement conclu. Il est évident que n'est pas de nature à contribuer à l'effectivité de la liberté de circulation et de séjour du citoyen de l'Union l'impossibilité pour lui d'être rejoint, dans l'Etat membre dans lequel il choisit de s'installer, par son conjoint, pour l'unique motif que celui-ci est de même sexe. Il convient d'ailleurs de noter que, dans l'affaire *D. et Royaume de Suède*, la Cour de justice des Communautés européennes a dû constater que le moyen pris par le requérant, dans le cadre de son pourvoi, de l'entrave à l'exercice de la libre circulation des travailleurs que constituerait le refus de reconnaître comme équivalent au mariage le partenariat enregistré conclu sous la loi suédoise, a dû être jugé irrecevable, le moyen étant invoqué pour la première fois dans le cadre du pourvoi. La Cour de justice des Communautés européennes ne s'est donc pas prononcée sur la valeur de ce moyen.

De manière plus générale, force est de constater que, dans le cadre de l'élaboration d'un nouvel instrument communautaire regroupant les instruments existants relatifs au droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, le législateur communautaire a le choix entre deux attitudes. Ou bien, prenant appui sur l'exigence de non-discrimination à raison de la nationalité (article 12 CE), il prévoit que le regroupement familial bénéficiera aux partenaires – mariés ou non mariés – de même sexe ou de sexe opposé, là où l'Etat membre d'accueil reconnaît des formes de cohabitation hors mariage. Ou bien, prenant appui plutôt sur la notion de reconnaissance mutuelle, il prévoit que le regroupement familial bénéficiera aux partenaires – mariés ou non mariés – de même sexe ou de sexe opposé, dès lors que le lien entre les partenaires bénéficie d'une reconnaissance au sein de l'Etat membre d'origine. Le choix de la première option conduit à des solutions paradoxales : la Suédoise, unie sous un partenariat enregistré avec une Suédoise selon la loi de 1994, ne pourra invoquer ce partenariat pour se faire rejoindre par sa partenaire en Italie, à défaut que cet Etat reconnaisse la situation des couples non mariés ; à l'inverse pourtant, deux Italiens de même sexe, cohabitants dans une relation durable, pourront prendre appui sur le fait que la Suède reconnaît les couples non mariés à travers l'institution du partenariat enregistré pour bénéficier, en Suède, du droit au regroupement des membres de la famille. En outre, la seconde solution est plus favorable à l'effectivité de la liberté de circulation et de séjour : on ne saurait nier l'importance de l'entrave à l'exercice de ces libertés que représente l'impossibilité pour un citoyen de l'Union de poursuivre, dans l'Etat membre d'accueil où il a choisi de se rendre, une relation qu'il a nouée dans son Etat membre d'origine avec une personne qui n'est pas son conjoint, qu'il s'agisse d'un ressortissant d'un Etat membre ou qu'il s'agisse du ressortissant d'un Etat tiers.

Force est également de noter que la solution consistant à subordonner la reconnaissance du droit pour le citoyen de l'Union de se faire rejoindre dans un autre Etat membre par un membre de sa famille qui n'est pas son "conjoint", à la reconnaissance au sein de l'Etat membre d'accueil de la situation des

couples de fait ou de droit, peut à terme poser des difficultés de compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux.

Dans la mise en oeuvre de l'article 18 CE, le législateur communautaire est tenu au respect des droits fondamentaux, notamment ceux énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Parmi ces droits figurent le droit au respect de la vie privée (article 7), le droit de ne pas subir de discriminations, notamment liées à l'orientation sexuelle (article 21 § 1), et le droit de se marier (article 9).

La Commission européenne des droits de l'homme a admis que l'éloignement d'un étranger du territoire d'un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme pouvait constituer une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, lorsque celui-ci avait noué dans cet Etat des rapports avec une personne de même sexe et lorsque l'éloignement conduirait à la rupture de ces rapports²². Il en résulte qu'en ne permettant pas à la relation stable entre deux partenaires de se poursuivre dans l'Etat membre d'accueil après que l'un des partenaires ait exercé sa liberté de circulation ou de séjour, le législateur introduit une restriction à cette liberté dont la compatibilité avec les exigences de la vie privée²³ pourrait être sujette à caution.

A la différence des personnes hétérosexuelles, les personnes homosexuelles n'ont pas, sauf si elles ont la nationalité belge ou hollandaise ou si elles résident aux Pays-Bas, de possibilité légale de se marier. Admettre de plein droit que constitue un membre de la famille le "conjoint", mais subordonner la reconnaissance en tant que membre de la famille du partenaire hors mariage à la condition que l'Etat membre d'accueil reconnaisse la situation des couples de fait ou de droit, conduit ainsi à imposer un désavantage manifeste aux citoyens de l'Union européenne ayant une orientation sexuelle déterminée. Certes, pareille différence de traitement entre le mariage et les autres formes d'union ne constitue pas une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle : la reconnaissance de plein droit du "conjoint" comme membre de la famille aux fins du regroupement familial s'effectue au détriment, non seulement de la personne homosexuelle n'ayant pas accès à l'institution du mariage, mais également au détriment de la personne ayant noué des liens hors mariage avec un partenaire de sexe opposé²⁴. Il est cependant permis de se demander si pareille situation, qui pourrait constituer une forme de discrimination indirecte envers les personnes homosexuelles, ne requiert pas une justification particulièrement rigoureuse, qui aille au-delà du seul but de protéger la famille traditionnelle.

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce : "A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les règles nationales régissant l'exercice de ce droit". Dans un arrêt du 11 juillet 2002, confrontée à la situation d'une transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin et empêchée de se marier avec l'homme avec lequel elle entretenait une relation, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété cette disposition comme garantissant "le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et

²² Commiss. eur. D.H., req. n°9369/81, *X et Y c. Royaume-Uni*, déc. du 3 mai 1983, *D.R.*, 32, p. 220; req. n°12513/86, *W.J. et D.P. c. Royaume-Uni*, déc. du 13 juillet 1987; req. n°16106/90, *B. c. Royaume-Uni*, déc. du 10 février 1990, *D.R.*, 64, p. 278; req. n°14753/89, *C. et L.M.*, déc. du 9 octobre 1989.

²³ Les exigences du droit au respect de la vie familiale pourraient également devoir être prises en compte, la Cour européenne des droits de l'homme acceptant de faire figurer au sein de cette notion la vie familiale "de facto" (Cour eur. D.H., arrêt *Elsholz c. Allemagne* (req. n° 25735/94) du 13 juillet 2000, § 43), notamment en cas de concubinage (Cour eur. D.H., déc. *Saucedo Gomez c. Espagne* (req. n° 37784/97) du 26 janvier 1999 (concubinage ayant duré dix-huit ans mais auquel ne se trouvaient pas attachées les conséquences reconnues au mariage)). A ce jour cependant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore étendu la notion de vie familiale aux couples de personnes de même sexe.

²⁴ Il faut cependant attirer l'attention sur le fait que, le mariage n'étant pas ouvert aux couples de personnes de même sexe dans la plupart des Etats membres, les personnes ayant une orientation homosexuelle sont les seules à subir les conséquences du régime privilégié accordé au mariage. Dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, le fait que celles-ci soient les seules à pouvoir être enceintes à suffi à ce que la différence de traitement fondée sur l'état de grossesse soit considérée par la Cour de justice des Communautés européennes comme une discrimination directe fondée sur le sexe (C.J.C.E., 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, *Rec.*, p. I-3941, point 12). De ce point de vue, l'impossibilité pour les couples de même sexe d'accéder à une institution qui leur accorde – notamment du point de vue de la liberté de circulation et de séjour que garantit au citoyen de l'Union l'article 18 CE – des droits identiques à ceux qui sont reconnus aux couples de personnes de sexe opposé, pourrait être envisagée comme constituant une discrimination directe opérée sur la base de l'orientation sexuelle des personnes.

de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause. L'exercice du droit de se marier emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Il obéit aux lois nationales des Etats contractants, mais les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même²⁵. Accordant en outre une importance particulière au choix des rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de s'écarter du libellé de l'article 12 de la Convention lorsqu'ils ont rédigé l'article 9 de la Charte (l'absence d'une référence à "l'homme et la femme", selon la Cour, "ne peut être que délibéré"), la Cour en déduit que la requérante est victime d'une "atteinte à la substance même de son droit de marier".

La signification de ce dernier arrêt ne saurait être sous-estimée. Il est prématuré de déduire de l'arrêt que la Cour européenne s'apprête à fonder sur l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme une obligation des Etats parties à la Convention d'ouvrir aux couples de personnes de même sexe l'institution du mariage. Cependant, en autorisant les Etats membres à refuser de reconnaître en tant que "conjoints" les partenaires mariés dans un autre Etat membre au citoyen de l'Union qui exerce sa liberté de circulation et de séjour en vertu du droit communautaire, le législateur communautaire ne saurait admettre que les Etats utilisent cette liberté pour porter atteinte à la substance du droit de se marier. La réserve du respect dû aux droits fondamentaux est toujours implicite à l'usage que peuvent faire les autorités étatiques des mesures qu'elles adoptent dans le domaine d'application du droit communautaire. Or il est permis de se demander si, en ne reconnaissant pas le mariage valablement conclu dans un autre Etat membre, l'Etat membre d'accueil ne porte pas atteinte à l'article 12 de la Convention, dont la signification ne saurait plus se ramener à la garantie du droit d'un homme et d'une femme de se marier afin de fonder une famille.

VI. Le cas du citoyen de l'Union qui revient dans l'Etat membre dont il a la nationalité

Par sa cinquième question, la Commission européenne s'interroge sur la portée de l'arrêt *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, rendu le 7 juillet 1992 par la Cour de justice des Communautés européennes²⁶.

Dans cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes estime que le ressortissant d'un Etat membre ne saurait être dissuadé de quitter son pays d'origine pour rejoindre un autre Etat membre afin d'y exercer une activité salariée ou non salariée, par l'impossibilité dans laquelle il se trouverait, lorsqu'il revient dans son Etat membre d'origine, de bénéficier au sein de cet Etat de facilités d'entrée et de séjour au moins équivalentes à celles dont il peut disposer sur le territoire d'un autre Etat membre, notamment en vertu des dispositions du droit dérivé communautaire qui sont relatives au droit au regroupement familial dont bénéficie le travailleur migrant communautaire.

La question de la Commission porte sur la situation d'un citoyen de l'Union qui a contracté aux Pays-Bas ou en Belgique un mariage avec une personne de même sexe, ressortissant d'un Etat tiers, et qui souhaite ensuite retourner dans son Etat membre d'origine en y faisant bénéficier son conjoint de la possibilité de regroupement familial.

Ainsi qu'il vient d'être indiqué, il convient d'abord de se demander si pareil refus de reconnaître le mariage contracté dans un autre Etat membre n'aboutit pas à une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, ou au droit de se marier.

²⁵ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (req. n° 28957/95) du 11 juillet 2002, §§ 98-99.

²⁶ Aff. C-370/90, *Rec.*, p. I-4265.

Là où l'Etat membre d'origine reconnaît les partenariats enregistrés ou les concubinages de même sexe, le droit communautaire s'oppose à ce qu'il traite moins favorablement son ressortissant qui a exercé sa liberté de circulation ou de séjour dans un autre Etat membre. En pareil cas, la reconnaissance du mariage conclu aux Pays-Bas s'impose. En raison des restrictions qui sont imposées en Belgique quant à la possibilité de bénéficier du mariage homosexuel, la question ne se pose pas s'agissant des mariages conclus en vertu du code civil belge.

Là où l'Etat membre d'origine ne reconnaît pas les partenariats enregistrés ou les concubinages de même sexe, la même solution paraît s'imposer. En exerçant sa liberté de circulation dans un autre Etat membre de l'Union, le ressortissant communautaire s'est placé sous la protection du droit communautaire, et peut en revendiquer les garanties. Son "conjoint" étranger, valablement marié à lui sous la loi néerlandaise, devrait pouvoir bénéficier du droit au regroupement familial que stipule aujourd'hui l'article 10 du règlement n°1612/68, la notion de "conjoint" devant pouvoir, non pas s'étendre nécessairement aux formes de partenariat enregistrés ou aux autres formes reconnues de cohabitation hors mariage, mais recouvrir à tout le moins les personnes unies selon les liens du mariage, y compris après que celui-ci se soit ouvert aux couples de personnes de même sexe.

Il faut cependant ajouter que cette dernière solution est incertaine, en l'absence d'une jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes portant, non pas sur l'invocabilité même en pareille situation des articles 39 ou 43 CE ou de l'article 10 du règlement n°1612/68, invocabilité qui n'est pas douteuse depuis l'arrêt *Singh* précité, mais sur ses implications en ce qui concerne le cas particulier où la notion de "conjoint" est utilisée par le partenaire de même sexe marié à un ressortissant communautaire. En adoptant la Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, le législateur belge avait d'ailleurs parfaitement conscience que les mariages entre personnes de même sexe pourraient n'être pas reconnus dans un certain nombre de pays. Le Conseil d'Etat de Belgique a rendu un avis sur ce qui était alors un projet de loi, dans lequel il notait que "de telles unions ne seront, le plus souvent, pas reconnues dans d'autres pays pour inexistence du mariage ou, à tout le moins, contrariété à l'ordre public international de ces pays" (avis n°32.008/2). Le Conseil d'Etat néerlandais avait aperçu la même difficulté à laquelle serait confrontée la Loi néerlandaise du 21 décembre 2000²⁷.

²⁷ Tweede kamer, vergadejaar 1998-1999, 26.672/2/V, B, pp. 1-4.