

# SOMMAIRE 2014 - N° 3

Note de la rédaction.....	479
<b>ÉDITORIAL</b>	
Une Commission politique, par Jean-Victor Louis .....	485
<b>DOCTRINE</b>	
Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne, par Henri Labayle .....	501
La procédure de réexamen en droit de l'Union européenne, par Romain Rousselot.....	535
Le parcours contentieux de la coopération renforcée en matière de taxe sur les transactions financières : la bataille de l'autorisation est gagnée, celle de la mise en œuvre reste à mener, par Jean-Sébastien Pilczer.....	597
Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne ?, par Elsa Bernard .....	637
Surveillance des marchés financiers et marché intérieur : une harmonisation à plusieurs dimensions, par Christophe Maubernard .....	661
<b>JURISPRUDENCE</b>	
Les arrêts <i>Digital Rights Ireland</i> et <i>Google Spain</i> , ou le printemps européen de la protection des données, par Christophe Bernard-Glanz .....	685
Chronique de jurisprudence consacrée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, par Philippe De Bruycker et Henri Labayle .....	719
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	783
<b>APPEL À CONTRIBUTIONS À L'OCCASION DES 50 ANS DES CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN ....</b>	785
<b>TABLE DES MATIÈRES 2014</b> .....	787



## CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN

2014 NUMÉRO 3

50<sup>e</sup> année

D/2014/023/236  
CADE-N.14/3  
ISBN : 978-2-8027-5022-2



bruylant

2014  
3



## Conditions d'abonnement pour 2014

Prix d'abonnement : 255 €

Prix du numéro : 110 €

### Éditeur responsable

Marc-Olivier Lifrange, directeur général

Groupe Larcier sa

Rue des Minimes, 39

B-1000 Bruxelles

### Commandes

Larcier Distribution Services sprl

Rue des Minimes, 39

B-1000 Bruxelles

Tél. 0800/39 067 (+32 2 548 07 13)

Fax 0800/39 068 (+32 2 548 07 14)

abo@larciergroup.com

# CAHIERS DE DROIT EUROPEEN

Trois numéros par an

Fondateurs : † L. GOFFIN, rédacteur en chef (1965-2001),

† M. TAQUET, † R.O. DALCQ

## REDACTION

### Rédacteur en chef

J.-V. LOUIS

*Professeur émérite de l'Université de Bruxelles*

S. ADAM (Luxembourg-Gand)

M. BLANQUET (Toulouse)

E. BRIBOSIA (Bruxelles)

E. COULON (Luxembourg)

M. DONY (Bruxelles)

G. GARZÓN CLARIANA (Barcelone)

J.-P. KEPPELNE (Bruxelles)

K. LENAERTS (Leuven-Luxembourg)

P. OLIVER (Bruxelles)

A.-L. SIBONY (Liège)

H.N. TAGARAS (Athènes)

S. RODRIGUES (Paris-Bruxelles)

O. SPELTDOORN (Luxembourg)

A. VAN WAEYENBERGE (Bruxelles-Paris)

D. WAELBROECK (Bruxelles)

M. WENDEL (Berlin)

A. WEYEMBERGH (Bruxelles)

### Secrétaire général

F. LOUIS

*Avocat au Barreau de Bruxelles*

*L.L.M. in European Law*

### Secrétaire

A. VALLERY

*Avocat au Barreau de Bruxelles*

*Licence spéciale en droit européen*

Cinquantième année

2014

N° 3

## REDACTION

Frédéric LOUIS

c/o Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr

Place du Champ de Mars, 5

1050 BRUXELLES

Fax : 32 2 285 49 49

## COMITÉ SCIENTIFIQUE

MM. A. BLECKMANN (Münster), D. EDWARD (Edimbourg), C.-D. EHLERMANN (Bruxelles), F. JACOBS (Londres), G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS (Madrid), P.F. RYZIGER (Paris), A. TIZZANO (Luxembourg), G. VANDERSANDEN (Bruxelles), W. VAN GERVEN (Leuven), M. WAELEBROECK (Bruxelles), J. WEILER (Florence).

---

# CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CONSACRÉE À L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE

*Jurisprudence de la Cour de justice au sujet des  
politiques relatives aux visas, contrôles aux frontières,  
à l'asile et à l'immigration (2010-2013)*

PAR

Philippe DE BRUYCKER (1)

ET

Henri LABAYLE (2)

## Sommaire

	Pages
<b>INTRODUCTION</b> .....	720
<b>Section 1. — FRONTIÈRES EXTÉRIEURES</b> .....	723
1. — L'ENCADREMENT DES CONTRÔLES DANS LA ZONE TRANSFRONTALIÈRE . . . .	723
2. — LE CONTRÔLE DU PETIT TRAFIC FRONTALIER .....	729
<b>Section 2. — VISAS DE COURT SÉJOUR</b> .....	732
<b>Section 3. — ASILE</b> .....	734
1. — DÉTERMINATION DE L'ÉTAT RESPONSABLE .....	734
A. — <i>Le règlement Dublin et la confiance mutuelle</i> .....	734
B. — <i>Le règlement Dublin et la « clause humanitaire »</i> .....	742
C. — <i>Conséquences du retrait d'une demande d'asile</i> .....	744
2. — CONDITIONS D'ACCUEIL DES DEMANDEURS D'ASILE .....	744
3. — QUALIFICATION .....	746
A. — <i>Exclusion du statut et accusation de terrorisme</i> .....	746

---

(1) Professeur à l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles (ULB) et au Migration Policy Centre de l'Institut universitaire européen (IUE), chaire Jean Monnet et coordinateur du Réseau académique Odysseus d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe.

(2) Professeur à l'Université de Pau, Faculté de Bayonne, chaire Jean Monnet.

B. — Cessation et révocation du statut . . . . .	748
C. — Obtention du statut et persécutions religieuses . . . . .	750
D. — Obtention du statut et homosexualité . . . . .	754
E. — Portée de l'exclusion en cas de bénéfice d'une autre protection internationale . . . . .	756
4. — PROCÉDURES D'ASILE. . . . .	758
Section 4. — IMMIGRATION LÉGALE . . . . .	767
Section 5. — RETOUR ET DÉTENTION . . . . .	771
TABLE DES ARRÊTS. . . . .	780

## Introduction

1. — Durant la période couverte par la précédente chronique qui allait de 2006 à 2009 (3), la Cour n'avait guère rendu qu'une dizaine d'arrêts en matière de visa, frontières, immigration et asile. Nous écrivions à l'époque que l'abrogation par le Traité de Lisbonne de l'article 68 du TCE limitant le droit de poser des questions préjudicielles aux juridictions de dernier ressort laissait augurer une jurisprudence plus fournie dans le futur, sur l'initiative de juridictions de première instance. Cette prévision s'est révélée exacte, puisqu'il est possible de recenser pas moins de trente-quatre arrêts (4), soit une augmentation de 300 %, pour la période 2010-2013 couverte par cette chronique. L'année 2012 a été l'année charnière marquant une nette augmentation du contentieux, et cette tendance à la hausse se confirme, puisque la seule année 2014 devrait se clôturer avec une vingtaine de décisions, soit le double du nombre d'arrêts rendus en moyenne par année entre 2010 et 2013. Pour autant, la Cour n'est pas, comme on a pu le craindre, submergée par les recours relatif à l'Espace de liberté,

---

(3) P. DE BRUYCKER, ces *Cahiers*, 2010/1-2, pp. 137-164. L'arrêt *Chakroun* rendu le 4 mars 2010 (C-578/08) en matière de regroupement familial a été traité dans la précédente chronique parce qu'il complétait l'arrêt *Parlement c. Conseil* rendu par la Cour le 27 juin 2006 (C-540/03) et ne le sera donc pas dans la présente.

(4) Nous avons ignoré quatre arrêts qui, pour intéressants qu'ils puissent être, s'éloignent de la substance de cette chronique centrée sur le fond des questions d'immigration et d'asile : il s'agit de deux décisions d'ordre institutionnel (C.J.U.E., 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, C-355/10 et C.J.U.E., 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c. Conseil*, C-482/08) et de deux décisions relevant des droits fondamentaux (C.J.U.E., 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12 et C.J.U.E., *Schwarz*, 17 octobre 2013, C-291/12). Nous avons également laissé de côté l'arrêt *Anafé* (C.J.U.E., 14 juin 2012, C-606/10) qui concerne la problématique extrêmement technique du visa de retour.

sécurité et justice. Outre des éléments particuliers explicités ci-dessous à travers trois exemples assez représentatifs, la réticence de la Commission européenne à utiliser en matière d'immigration et d'asile l'arme du recours en manquement dont elle dispose à l'égard des États membres défaillants n'est sans doute pas étrangère à cette situation. La présente chronique fait ainsi état de l'unique décision rendue au fond par la Cour de justice à la demande de la Commission durant les dix dernières années ! L'avenir dira si la maturation progressive de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice amènera la Commission à changer son positionnement, dès lors qu'elle n'est plus impliquée avec les seuls États membres décidant à l'unanimité au sein du Conseil dans de difficiles et longues négociations sur des textes législatifs visant à jeter les bases de cet espace.

2. — L'augmentation intervenue concerne essentiellement le domaine de l'asile (dix-sept décisions, soit la moitié du total), alors que la matière de l'immigration légale et illégale ne compte que sept décisions et la politique des visas et de frontières extérieures trois chacune. Dans le domaine de l'asile, c'est essentiellement le règlement de Dublin déterminant l'État membre responsable pour l'examen d'une demande d'asile et la directive 2011/95 dite de qualification régissant les conditions à remplir pour obtenir la protection dans l'Union européenne qui retiennent l'attention avec pas moins de six décisions pour le premier et cinq pour la seconde. En matière d'immigration, la directive 2008/115 dite « retour » engendre à elle seule plus de la moitié du contentieux avec quatre décisions sur un total de sept. Les raisons pour lesquelles ces trois textes retiennent vraisemblablement l'attention des juges sont assez intéressantes à analyser.

3. — L'explication pour la directive « qualification » est simple : il s'agit du texte fondamental en matière d'asile à propos duquel des centaines de milliers de décisions sont prises chaque année dans l'Union européenne par les autorités compétentes des États membres. Le schéma original consistant à s'accorder dans une directive sur l'interprétation européenne d'un traité international, la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, qui prête lui-même à interprétation, ne pouvait que faire naître des interrogations dans le chef des juges chargés de veiller à l'application de cette directive dans le respect de la convention précitée. Les cas du règlement de Dublin et de la directive retour sont à cet égard très différents.

Le règlement « Dublin » dont les origines remontent à la convention d'application des accords de Schengen et à une convention signée dans la capitale irlandaise en 1990 a fonctionné depuis 1997 sans susciter de contentieux au niveau de l'Union européenne avant 2012, année à partir de laquelle il a soudainement été à l'origine de six décisions jusqu'à la fin

2013. L'explication tient au fait que les réticences des juges nationaux à remettre en cause le système de détermination de l'État membre responsable d'une demande d'asile, présenté comme la pierre angulaire du système européen commun d'asile en construction, sont tombées avec le coup de tonnerre qu'a été l'arrêt *MSS* prononcé en 2011 par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a introduit les préoccupations liées aux droits individuels des demandeurs d'asile au cœur du mécanisme intergouvernemental mis en place en réclamant une approche équilibrée. Qu'il ait fallu attendre une décision d'une juridiction extérieure au cadre institutionnel de l'Union européenne pour remettre les droits individuels au centre du système en dit long sur la protection des droits de l'homme en son sein... Le contraste est évident avec l'extrême degré de sophistication atteint par cette protection depuis l'adoption d'une Charte des droits fondamentaux propre à l'Union européenne, venue se superposer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

4. — Enfin, l'attention portée à la directive «retour» résulte d'un débat aussi juridique que politique. Ce débat accompagne depuis le premier jour un texte portant sur la question éminemment sensible, dans l'Union comme dans certains États membres, de l'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour illégal dans l'Union européenne. Les velléités du gouvernement italien de contourner l'application de ce texte ont en effet provoqué en retour une agitation tant dans le chef des défenseurs des étrangers que des juges soucieux de l'application du droit européen qui ont saisi l'opportunité offerte par le renvoi préjudiciel à Luxembourg pour chercher des réponses à leurs interrogations. À une époque où les arrêts les plus intéressants de la Cour de justice font immédiatement l'objet sur internet de commentaires relayés dans l'Union européenne par des sites reliant les juristes (avocats, membres d'organisations non gouvernementales et bien sûr les universitaires...), il a suffi d'un arrêt rendu à propos de l'Italie pour enflammer le débat en France. La directive dont l'adoption avait déjà suscité en 2008 de vives controverses est ainsi revenue à l'avant-plan de l'actualité tant judiciaire que médiatique.

5. — La manière particulière illustrée par les cas du règlement Dublin et de la directive «retour» dont l'acquis en matière d'immigration et d'asile remonte au niveau européen donne à réfléchir. Il est en effet permis de s'interroger sur le fonctionnement de la coopération judiciaire dans l'Union européenne, dès lors que le débat politique et l'agitation médiatique semblent être plus à l'origine du contentieux préjudiciel que la connaissance parmi les juristes des États membres d'un acquis composé de plusieurs centaines



de textes s'étalant sur des milliers de pages. L'ambition de cette chronique vise donc à réduire ce décalage.

### Section 1. — Frontières extérieures

#### 1. — L'ENCADREMENT DES CONTRÔLES DANS LA ZONE TRANSFRONTALIÈRE

6. — Les contrôles opérés par les États membres à proximité de leurs frontières intérieures n'ont, curieusement, pas suscité de querelles particulières dans l'Union. Et cela, jusqu'à ce que les libertés prises par les États avec l'obligation de mettre fin aux contrôles aux frontières intérieures appellent un éclaircissement contentieux de leur marge d'action, au vu des pratiques étatiques dans la zone des vingt kilomètres adjacentes à la frontière. La Cour de justice va en clarifier le régime juridique dans les affaires *Melki*, d'abord, et *Adil*, ensuite. L'arrêt rendu par la Cour le 22 juin 2010 dans les affaires *Melki et Abdeli* (5) relève incontestablement de la catégorie des «grands» arrêts du droit de l'Union. Cependant, c'est d'abord et avant toute autre chose sur le terrain des rapports entre ordre juridique interne et ordre juridique de l'Union que cette jurisprudence laissera son empreinte. Elle a, en effet, favorisé un ajustement bienvenu entre les techniques préjudicielles de chacun de ces deux ordres. Combinant le jeu d'une question prioritaire de constitutionnalité et celui de la question préjudicielle de l'article 267 TFUE, la saga «Melki» a ainsi donné l'occasion à la Cour de justice de délivrer une lecture apaisante du «dialogue des juges», angle du reste retenu par l'essentiel des commentaires qui l'ont accompagné (6).

7. — La jurisprudence *Melki* n'en est pas moins intéressante sur le terrain du contrôle aux frontières intérieures de l'Union. Elle naît d'une interrogation de la Cour de cassation française quant à la compatibilité des pratiques françaises de contrôles aux frontières intérieures avec l'article 67, paragraphe 2, TFUE, lequel assigne à l'Union d'assurer l'absence de tels contrôles. Deux ressortissants algériens en situation irrégulière en avaient fait l'objet dans la zone frontalière franco-belge et ils mettaient en cause la légalité de ces procédés pour contester les mesures de rétention et de reconduite à la frontière qui y avaient fait suite. À l'opposé, les autorités françaises comme un certain nombre d'États intervenants dans la procédure faisaient valoir que ni la «finalité ni le contenu» de tels contrôles ne

---

(5) C.J.U.E., 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli* (C188/10) et (C-189/10).

(6) H. LABAYLE, «Question préjudicielle et question prioritaire de constitutionnalité : ordonner le dialogue des juges», *R.F.D.A.*, 2010, p. 123.

permettaient de les assimiler à des contrôles aux frontières. L'article 21 du règlement 562/2006 souligne en effet que «l'exercice des compétences de police ne peut, en particulier, être considéré comme équivalent à l'exercice des vérifications aux frontières» dans un certain nombre de cas qu'il détaille (7). En d'autres termes, la Cour avait à se prononcer sur la question de «l'équivalence» des contrôles opérés par les autorités françaises.

8. — Le juge de l'Union y répond de manière catégorique en assurant la promotion de la règle d'interdiction des contrôles aux frontières intérieures de l'Union: elle est de nature constitutionnelle. Le «législateur a mis en œuvre le principe de l'absence de contrôles aux frontières intérieures» (8) en adoptant le Code frontières Schengen. Cette promotion de l'interdiction des contrôles de ce type au rang d'un «principe» du droit de l'Union, pour intéressante et valorisante qu'elle soit, doit cependant être resituée dans son contexte. La Cour n'est pas saisie d'une question portant sur la validité du règlement 562/2006 et donc de la compatibilité avec le Traité des facilités que cette réglementation conserve aux États membres, mais de sa seule interprétation. Elle prend soin alors de souligner qu'elle délivre cette interprétation «à la lumière de l'exigence de sécurité juridique» (9), indication de sa volonté de ne pas remettre en question un dispositif au demeurant peut-être discutable dans son organisation. Cette interprétation tient alors en un raisonnement mené en deux temps: cerner la nature des contrôles effectués par les autorités nationales permet ensuite de s'assurer du fait qu'ils constituent ou pas des contrôles «équivalents» à des contrôles aux frontières.

9. — La Cour se penche donc d'abord sur la nature des contrôles litigieux opérés en France sur la base du Code de procédure pénale. À l'évidence, ils ne se déroulent pas «aux frontières», mais à l'intérieur du territoire national, et ceci indépendamment du franchissement éventuel de la frontière par la personne contrôlée. De plus, et la Cour le souligne, d'un point de vue temporel, ils ne s'opèrent pas techniquement au moment de ce franchissement. Dès lors, ils ne relèvent pas du champ d'application de l'article 20 du règlement 562/2006 qui traite des «vérifications aux

---

(7) Ils n'ont pas pour objectif le contrôle aux frontières; sont fondés sur des informations générales et l'expérience des services de police relatives à d'éventuelles menaces pour la sécurité publique et visent, notamment, à lutter contre la criminalité transfrontalière; sont conçus et exécutés d'une manière clairement distincte des vérifications systématiques des personnes effectuées aux frontières extérieures; sont réalisés sur la base de vérifications réalisées à l'improviste.

(8) Point 66.

(9) C.J.C.E., 22 juin 2010, *Melki et al.*, point 74.

frontières» pour les interdire. Ces «vérifications» désignent en vertu de l'article 2, point 10, du règlement précité, les vérifications effectuées aux points de passage frontaliers afin de s'assurer que les personnes peuvent être autorisées à entrer sur le territoire des États membres ou à le quitter. Les contrôles menés par les autorités françaises relèvent donc de la catégorie des «vérifications à l'intérieur du territoire d'un État membre», lesquelles sont régies par l'article suivant du même règlement, l'article 21, en raison précisément de l'obstination de la France lors de la négociation du texte à voir la réglementation les maintenir. D'où l'interdiction posée par l'article 21, a), du texte quant à la tentation d'utiliser ces compétences de police à des fins équivalentes à un contrôle frontalier.

**10.** — Il revenait donc à la Cour de définir dans quelles conditions de tels contrôles s'apparentent ou non à des contrôles «équivalents» à des contrôles aux frontières. Elle y procède avec méthode, sachant qu'au-delà de sa réponse ponctuelle, c'est un véritable mode d'emploi du Code frontières qu'elle dessine à l'adresse des États et de la Commission. Elle se penche d'abord sur leur finalité pour souligner que l'objectif des contrôles incriminés n'est pas le même que celui des contrôles effectués aux frontières. Ces derniers visent, d'une part, à s'assurer que les personnes peuvent être autorisées à entrer sur le territoire d'un État membre ou à le quitter, d'autre part, à empêcher les personnes de se soustraire aux vérifications aux frontières. En l'espèce, ici, les contrôles français fondés sur l'article 78 du Code de procédure pénale sont essentiellement des contrôles d'identité qui visent à vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévus par la loi française, laquelle n'est pas affectée par la réglementation communautaire et par le principe de suppression des contrôles aux frontières intérieures, prend-elle soin de souligner (10). En second lieu, la Cour s'attache à l'examen d'un critère territorial. Elle note que le fait que le champ d'application territorial des contrôles d'identité soit limité à une zone frontalière ne suffit pas, «à lui seul», pour conclure à un éventuel effet équivalant à un contrôle aux frontières, «compte tenu des termes et des objectifs de l'article 21» du règlement 562/2006. «Toutefois», et l'adverbe nourrit ses doutes, elle met néanmoins en avant que s'agissant des contrôles à bord d'un train effectuant une liaison internationale et sur une autoroute à péage, des règles particulières relatives à son champ d'application territorial sont prévues par le droit français. Cet élément «pourrait, quant à lui, constituer un indice pour l'existence d'un tel effet équivalent»,

---

(10) Point 71.

déduit de la volonté à peine dissimulée des autorités nationales. Il n'est cependant pas déterminant.

**11.** — Là où le bât blesse, c'est dans le fait que le droit français qui autorise des contrôles indépendamment du comportement de la personne concernée et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public ne contient ni précisions ni limitations de la compétence ainsi accordée. Cette carence se vérifie particulièrement en ce qui concerne l'intensité et la fréquence des contrôles pouvant être effectués sur cette base juridique. Procéder à cet encadrement aurait eu un effet décisif sur le jugement porté par la Cour de justice : il aurait pu « éviter que l'application pratique de cette compétence par les autorités compétentes aboutisse à des contrôles ayant un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières au sens de l'article 21, sous a), du règlement n° 562/2006 » (11). Faute d'y avoir procédé, la pratique française des contrôles dans la zone frontalière n'est donc pas compatible avec le droit de l'Union. Le droit français devait « prévoir l'encadrement nécessaire de la compétence conférée à ces autorités afin, notamment, de guider le pouvoir d'appréciation dont disposent ces dernières dans l'application pratique de ladite compétence ». La C.J.U.E. précise du reste que « cet encadrement doit garantir que l'exercice pratique de la compétence consistant à effectuer des contrôles d'identité ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières » (12).

**12.** — Plusieurs conclusions peuvent être tirées de cette interprétation du Code frontières. La première est celle de la valeur juridique reconnue à la règle de la suppression des contrôles aux frontières intérieures : il s'agit d'un « principe » dont la portée n'est pas absolue, mais dont le respect est contrôlé par le juge afin d'éviter toute mesure contraire ayant un « effet équivalent ». Ce principe peut être qualifié de fondamental, dans la mesure où les traités le fondent comme on l'a vu plus haut. Toute tentation d'y porter atteinte passe donc par une révision de ce droit primaire... La seconde certitude est d'ordre pratique : « à la lumière de cet arrêt », qu'elle a qualifié elle-même d'arrêt de « principe », la Commission dispose désormais de critères susceptibles de nourrir son contrôle quant au respect de leurs obligations par les États membres.

**13.** — Il n'a guère fallu attendre longtemps pour que la Cour, dans l'arrêt *Adil* (13) rendu le 19 juillet 2012, précise sa vision des choses, quitte à se

---

(11) C.J.C.E., 22 juin 2010, *Melki et al.*, point 73.

(12) C.J.C.E., 22 juin 2010, *Melki et al.*, point 74.

(13) C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil* (C-278/12 PPU).



montrer moins sourcilleuse quant aux prérogatives conservées par les États membres. La banalité des faits le disputait à leur caractère symbolique : un ressortissant d'État tiers, M. Adil, supposé être ressortissant afghan, avait été placé en rétention administrative aux Pays-Bas après avoir été l'objet d'une interpellation faisant suite à un contrôle mobile de police dans un autobus en provenance d'Allemagne, sur l'autoroute, dans la zone des vingt kilomètres jouxtant la frontière des deux États membres. Il mettait donc en cause la régularité de sa détention devant le juge néerlandais, faisant valoir qu'elle résultait d'une procédure de contrôle illégale, puisque contraire à l'article 21 du Code frontières Schengen. Le juge national interrogeait donc la Cour à titre préjudiciel sur le fait de savoir si le Code frontières s'opposait à la réglementation nationale relative aux contrôles mobiles de sécurité (MTV). En d'autres termes, il lui était demandé de clarifier l'interprétation qu'elle avait fournie dans l'arrêt *Melki et Abdeli*, ceci dans le cadre d'une procédure préjudicielle d'urgence (PPU), M. Adil étant privé de liberté.

**14.** — La deuxième chambre manifeste ici nettement moins d'inclination à encadrer l'exercice des pouvoirs de police conservés par les États membres que ne l'avait fait la grande chambre deux ans plus tôt. Une divergence d'opinion entre les juridictions nationales existe en effet entre le juge pénal et le juge administratif néerlandais à propos de la compatibilité de ces contrôles avec le Code frontières. Le juge pénal local, estimant que le droit néerlandais ne tient aucunement compte du comportement de l'intéressé ou de circonstances spécifiques qui pourraient présenter un risque d'atteinte à l'ordre public, a ainsi saisi de ses doutes la Cour de justice d'une question à titre préjudiciel sur ce point, question qui fera l'objet d'une radiation après l'arrêt *Adil* (14). L'enjeu de l'affaire pour la Cour consistait donc à clarifier le cadre légal des contrôles de police opérés comme dans le cas d'espèce et qui sont fondés sur des informations générales, à partir de l'expérience des services de police en matière de séjour illégal de personnes sur les lieux des contrôles.

**15.** — Le requérant et le gouvernement tchèque répondaient par la négative, s'opposant à la Commission et aux gouvernements français, allemand et néerlandais. Faisant principalement valoir que de tels contrôles ont pour objectif principal de lutter contre le séjour illégal et non de vérifier si une personne est autorisée à entrer sur le territoire néerlandais, ces derniers en déduisaient que l'article 21 du règlement 562/2006 ne s'oppose pas à un tel objectif. Si l'article 21 relatif aux vérifications à l'intérieur du territoire vise «en particulier» le maintien de la sécurité publique et la lutte contre

---

(14) C.J.U.E., 14 septembre 2012, *Jaoo* (C-88/12).

la criminalité transfrontalière et si la lutte contre le séjour illégal ne figure pas explicitement dans la liste des objectifs qu'il admet explicitement, rien n'indique que cette liste serait exhaustive. Chacun ensuite mettait l'accent sur ce qu'il estimait déterminant pour la légalité de tels contrôles : là où la Commission se satisfaisait du caractère « sélectif » de tels contrôles, les gouvernements soulignaient que la jurisprudence *Melki* n'imposait pas d'élément « concret » pour s'y livrer et, d'une façon générale, que la réglementation néerlandaise encadrait sérieusement les compétences de l'autorité de police.

**16.** — Suivant en cela la prise de position de son avocat général, la Cour de justice s'avère plus compréhensive que dans l'affaire *Melki*. Elle se garde bien de raisonner en termes de « principe » relatif à l'absence de contrôles aux frontières. Il ne s'agit plus là que d'un « élément constitutif de l'objectif de l'Union, énoncé à l'article 26 TFUE, visant à mettre en place un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes est assurée » (point 49). Il s'agit donc pour elle de vérifier que les contrôles « MTV » s'inscrivent bien dans la marge d'action conservée par les États membres sur la base de l'article 21, sans être « équivalents » à des vérifications aux frontières. Ils doivent relever de mesures de police fondées sur des informations générales et l'expérience des services de police relatives à d'éventuelles menaces pour la sécurité publique et ils visent, notamment, à lutter contre la criminalité transfrontalière. Ils sont conçus et exécutés d'une manière clairement distincte des vérifications systématiques des personnes effectuées aux frontières extérieures et sont réalisés sur la base de vérifications réalisées à l'improviste.

**17.** — La Cour parvient aisément à une réponse positive, dès lors qu'elle fait le choix de demeurer dans un cadre général et abstrait. L'objectif poursuivi par la réglementation néerlandaise consiste à lutter contre le séjour illégal. Il se distingue de celui des vérifications aux frontières, lesquelles visent à s'assurer de la légalité du franchissement de ces frontières. Ici, il s'agit de vérifier l'identité, la nationalité et/ou le droit de séjour de la personne interpellée afin, principalement, de lutter contre le séjour illégal. Sélectifs, ces contrôles viseraient à repérer les personnes en situation irrégulière et à décourager l'immigration illégale, cet objectif étant d'ailleurs poursuivi sur tout le territoire néerlandais, même si, dans les zones frontalières, des dispositions particulières relatives à l'exécution de ces contrôles sont prévues. Rien n'interdit donc à cet objectif de s'ajouter à ceux listés par l'article 21 du règlement 562/2006, la compétence de police des États membres n'étant pas entamée par la mise en place d'une politique commune de gestion des frontières, conformément à l'article 72 TFUE.

**18.** — Il reste alors à vérifier, qu'à l'inverse de l'affaire *Melki*, l'encadrement réglementaire de cette compétence nationale empêche de lui donner

un effet équivalent à une vérification aux frontières. Malgré l'indice fourni par l'existence de règles particulières applicables à la zone frontalière, indice mis en exergue par la Cour dans l'affaire C-188/10 (15), la Cour se laisse convaincre par l'argumentaire néerlandais. Pour elle, «plus sont nombreux les indices de l'existence d'un possible effet équivalent, au sens de l'article 21, sous a), du règlement n° 526/2006, ressortant de l'objectif poursuivi par les contrôles effectués dans une zone frontalière, du champ d'application territorial de ces contrôles et de l'existence d'une distinction entre le fondement desdits contrôles et celui des contrôles effectués sur le reste du territoire de l'État membre concerné, plus les précisions et les limitations conditionnant l'exercice par les États membres de leur compétence de police dans une zone frontalière doivent être strictes et être strictement respectées, afin de ne pas mettre en péril la réalisation de l'objectif de suppression des contrôles aux frontières intérieures énoncé aux articles 3, paragraphe 2, TUE, 26, paragraphe 2, TFUE et 67, paragraphe 1<sup>er</sup>, TFUE, et prévu à l'article 20 du règlement» (point 75). Or ces contrôles sont fondés sur des informations générales et l'expérience des services de police, ce qui contribue à leur sélectivité et empêche toute automaticité. De plus, ils sont effectués d'une manière clairement distincte des contrôles aux frontières, pendant une tranche horaire limitée et sur la base de profils et d'échantillonnages. Leur intensité et leur fréquence sont donc parfaitement admissibles au regard de l'interdit posé par le Code frontières, sans que la Cour juge bon de s'intéresser au comportement des personnes intéressées, une indifférence déjà manifestée en 2010.

## 2. — LE CONTRÔLE DU PETIT TRAFIC FRONTALIER

**19.** — L'arrêt *Shomodi* rendu par la Cour de justice le 21 mai 2013 (16) est révélateur des difficultés persistantes de certains États à assimiler la logique d'un espace ouvert à la libre circulation autant que des hésitations de la Cour à quitter le terrain de l'argumentaire technique pour lui préférer des analyses menées en termes de droits fondamentaux. Étaient en cause les prétentions hongroises à restreindre les facilités de circulations consenties par le droit de l'Union à ce qu'il est convenu d'appeler le «petit trafic frontalier» et qui concerne les personnes situées de part et d'autre des frontières terrestres de l'Union séparant un État membre d'un État tiers, en l'occurrence l'Ukraine. Le Code frontières Schengen ne régit pas cette situation et renvoie sur ce point à une réglementation spéciale, adoptée le 20 décembre

---

(15) C-188/10, point 72.

(16) C.J.U.E., 21 mars 2013, *Shomodi* (C-254/11).

2006 (17). Celle-ci, comme l'avocat général Cruz Villalón l'a parfaitement rappelé dans ses conclusions, s'efforce de prendre en compte les besoins des populations établies dans les zones frontalières et pour lesquelles le tracé des frontières étatiques est souvent vécu comme une circonstance artificielle, constitutive d'un obstacle pratique au développement de leur vie sociale dans ses différentes dimensions, constat particulièrement vrai dans cette partie du continent européen. Son objet est donc de « faire en sorte que les frontières avec ses voisins ne soient pas une barrière aux échanges commerciaux, sociaux et culturels, ni à la coopération régionale », autant d'objectifs qui sont dans « l'intérêt de la Communauté élargie » (18). D'où la volonté de faciliter le franchissement de la frontière par les frontaliers de bonne foi qui ont des raisons légitimes (familiales, sociales, culturelles, économiques) de se rendre fréquemment dans l'Union. De façon originale, la mise en œuvre de ce règlement a été confiée aux États membres via la conclusion d'accords bilatéraux avec leurs voisins, États tiers, sous le contrôle de la Commission européenne.

**20.** — Le requérant, M. Shomodi, est un ressortissant ukrainien, titulaire d'un permis de franchissement local de la frontière hongroise, qui exerce cette faculté quotidiennement et se voit brusquement opposer une fin de non-recevoir par les autorités hongroises. Ces dernières font valoir, sur la base des données du système d'entrée et de sortie du territoire, qu'il a passé, au cours de la période du 3 septembre 2009 au 2 février 2010, 105 jours sur le territoire hongrois en comptant les entrées et les sorties multiples, ce qui dépasse le maximum de 93 jours autorisés par la législation hongroise, reprenant un accord bilatéral reproduisant cette règle d'un maximum de trois mois, conforme au Code frontière Schengen. Il parvient cependant à convaincre la Cour suprême de Hongrie d'interroger la Cour de justice sur le sens à donner à ce délai, c'est-à-dire à lui donner ou non une signification distincte du droit de Schengen. Telle n'est pas l'opinion du gouvernement hongrois, soutenu par la Pologne, qui considère que le règlement 1931/2006 fait partie de l'acquis de Schengen. Les titulaires d'un permis de franchissement local des frontières, s'ils sont exemptés de visas, doivent cependant se soumettre à la règle de Schengen limitant les séjours de courte durée des ressortissants de pays tiers exemptés de visas à un total de trois mois sur une période de six mois. À défaut, ils pourraient en fait disposer d'un droit

---

(17) Règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres et modifiant les dispositions de la Convention de Schengen, *J.O.C.E.*, L 405, p. 1, et rectificatif *J.O.C.E.*, L 29, 2007, p. 3.

(18) Deuxième considérant.



de séjour quasiment illimité, puisqu'il leur suffirait de quitter le territoire de l'État membre concerné au bout de trois mois et d'y revenir le lendemain pour bénéficier d'un nouveau droit de séjour trimestriel (19).

**21.** — Pour la Cour, «une telle approche n'est conforme ni à la lettre ni à l'esprit du règlement n° 1931/2006». Appuyée sur les travaux préparatoires du règlement, elle souligne que son article 5 renvoie aux accords bilatéraux le soin de fixer la durée maximale de séjour autorisée, dans la limite de trois mois «pour chaque séjour non interrompu effectué». Il est donc possible de «dissocier clairement» la limitation dans le temps du petit trafic frontalier de la «limitation Schengen» de droit commun. Elle note d'ailleurs que le législateur de l'Union a préféré retenir une limitation particulière relative à des séjours ininterrompus par rapport à la proposition initiale de la Commission. Ce qui est conforme à l'esprit du texte et, confortant les conclusions de son avocat général, elle conclut à une «interprétation autonome» du texte : l'objet du règlement est «de permettre aux populations des zones frontalières concernées, et afin de tenir compte des réalités locales, actuelles ou héritées de l'histoire, de franchir les frontières terrestres extérieures de l'Union pour des raisons légitimes d'ordre économique, social, culturel ou familial, et ce facilement, c'est-à-dire sans contraintes administratives excessives, de manière fréquente, mais aussi régulière» (20). Le titulaire d'un permis de franchissement local de la frontière accordé au titre du régime spécifique du petit trafic frontalier mis en place par ce règlement doit pouvoir, dans les limites prévues par ledit règlement et l'accord bilatéral pris pour son application conclu entre le pays tiers dont il est ressortissant et l'État membre voisin, d'une part, circuler librement dans la zone frontalière pendant trois mois si son séjour n'y est pas interrompu, d'autre part, bénéficier d'un nouveau droit de séjour de trois mois après chaque interruption de son séjour. Balayant les réticences des États intervenants, elle enfonce le clou : l'interruption du séjour mentionnée à l'article 5 du règlement s'entend du passage, «quelle que soit sa fréquence, fût-elle multiquotidienne» (21), de la frontière entre l'État membre frontalier et le pays tiers où réside le titulaire du permis. Ce pas franchi au bénéfice des individus et au détriment des gardiens étatiques de la frontière la conduit, sans doute, à ne pas pousser plus loin l'avantage et à ne pas prêter l'oreille à l'opinion de son avocat général qui invoquait la Charte des droits fondamentaux et le principe de proportionnalité pour fonder la solution (22).

---

(19) Point 21.

(20) Point 24.

(21) Point 29.

(22) Points 65 et suivants des conclusions Cruz Villalón.

## Section 2. — Visas de court séjour

22. — La Cour a rendu trois décisions en matière de visa durant la période considérée. Seul l'arrêt *Koushkaki* présente véritablement de l'intérêt, les deux autres portant sur des questions très spécifiques, notamment l'arrêt *Anafé* (23) que nous avons ignoré et qui concerne la problématique extrêmement technique du visa de retour qui apparaît à l'article 5, paragraphe 4, a), du Code frontières Schengen, mais n'est curieusement pas couvert par le Code des visas.

23. — L'affaire *Koushkaki* (24) concerne un ressortissant iranien qui, après s'être vu refuser une première fois un visa par l'Allemagne pour défaut de moyens de subsistance suffisants pour la durée de son voyage, s'est ensuite vu opposer un nouveau refus basé cette fois sur un doute quant à sa volonté de retourner dans son pays d'origine. Pour l'avocat général, le fait que le requérant avait un frère jouissant du droit d'asile en Allemagne a pu jouer en sa défaveur, accréditant l'idée que son intention réelle était de déposer une demande d'asile en Allemagne. La juridiction de renvoi interroge la Cour sur la question de savoir s'il existe un véritable droit à la délivrance du visa lorsque les conditions de délivrance sont remplies. La Cour reformule la question préjudicielle en considérant qu'elle porte sur les motifs de refus qui peuvent être opposés par les États membres aux demandeurs de visa sur la base de l'article 32 du règlement 810/2009 qui a établi le Code des visas. Suivant sa jurisprudence bien connue, elle se livre à une analyse du libellé de la disposition dont question ainsi que du contexte et des objectifs poursuivis par l'instrument juridique dont elle fait partie. Considérant que l'analyse littérale du texte ne permet pas de répondre à la question posée, la Cour conclut que «l'analyse du contexte dans lequel s'inscrit l'article 32, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code des visas indique donc que les autorités compétentes des États membres ne peuvent refuser de délivrer un visa uniforme en se fondant sur un motif autre que ceux prévus par ce Code» (point 47) en raison de l'idée d'harmonisation des conditions de délivrance des visas qui sous-tend ledit Code. L'analyse des objectifs du Code l'amène à la même conclusion, s'agissant de la facilitation des voyages légitimes, la lutte contre le *visa shopping* et l'égalité de traitement des demandeurs de visa qui ne s'accommodent pas avec une totale liberté des États membres en matière de refus de visa.

---

(23) C.J.U.E., 14 juin 2012, C-606/10.

(24) C.J.U.E., 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*, C-84/12.

**24.** — Après être parvenue à cette conclusion, la Cour consacre de longs développements à «la large marge d'appréciation» (point 63) dont les États membres bénéficient lorsqu'ils examinent les demandes de visa. Elle relève à cet égard que l'appréciation de la situation individuelle d'un demandeur de visa implique des «évaluations complexes» (point 56 qui emprunte ce vocabulaire au droit de la concurrence) reposant sur «l'élaboration de pronostics sur le comportement prévisible dudit demandeur» (point 57) à partir «d'une part, [de] la situation générale du pays de résidence du demandeur, d'autre part, [d]es caractéristiques propres à ce dernier, notamment sa situation familiale, sociale et économique, l'existence éventuelle de séjours légaux ou illégaux antérieurs dans l'un des États membres, ainsi que ses liens dans le pays de résidence et dans les États membres» (point 69). La Cour confirme que le critère à prendre en considération pour l'évaluation de la volonté du demandeur de quitter le territoire des États membres avant la date d'expiration du visa selon l'article 21 du Code est bien celui du «doute raisonnable» visé à l'article 32, paragraphe 1<sup>er</sup>, b), du Code, et bien évidemment pas celui de la conviction.

**25.** — On ne peut manquer de relever que la Cour se contente d'affirmer que la liste des motifs de refus de visa énumérés par l'article 32, paragraphe 1<sup>er</sup>, est exhaustive. Elle ne se prononce pas explicitement sur l'existence d'un éventuel droit subjectif à la délivrance du visa dans le chef du demandeur de visa comme la juridiction de renvoi l'y invitait dans sa question. Celle-ci paraît à vrai dire quelque peu curieuse : on n'aperçoit pas bien la valeur ajoutée de l'affirmation consistant à considérer que le demandeur d'un visa a droit à sa délivrance... lorsqu'il remplit les conditions prévues à cet effet dès lors que l'administration ne peut bien évidemment agir à sa guise ou selon son bon plaisir, autrement dit de manière arbitraire. S'agissant de l'existence ou non d'un droit subjectif face à l'administration, la question nous semble se poser plutôt avant que la décision ne soit prise, au regard du type de conditions exigées (de nature objective ou subjective) et donc du caractère lié ou discrétionnaire de la compétence de l'autorité. Cette problématique assez théorique dépend il est vrai du cadre conceptuel propre au droit interne des États membres. L'avocat général avait d'ailleurs relevé dans ses conclusions l'existence sur ce point d'une controverse propre au droit allemand (point 26) qui semble expliquer qu'une telle question préjudicielle a été posée.

**26.** — L'arrêt *Vo* (25) ne nécessite qu'une rapide mention pour la raison qu'il porte sur une question de droit pénal européen, à savoir l'applicabilité

---

(25) C.J.U.E., 10 avril 2012, *Procédure pénale c. Minh Khoa Vo*, C-83/12 PPU.

de la directive 2002/90 et de la décision-cadre 2002/946/JAI relatives à l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (c'est-à-dire l'infraction de trafic commise par ceux qu'on appelle communément les « passeurs ») au regard du Code des visas. Un passeur ayant obtenu des visas pour des ressortissants vietnamiens en faisant croire à l'ambassade d'Allemagne que ceux-ci étaient des touristes ou des travailleurs tente de faire valoir que l'infraction qui lui est reprochée n'est constituée que si les visas délivrés ont été annulés, sans quoi l'entrée et le séjour de ses clients ne pourraient pas être considérés comme irréguliers puisqu'ils sont couverts par des documents valables. Si l'on comprend assez facilement que l'obtention frauduleuse des visas suffit à caractériser l'infraction, l'arrêt de la Cour paraîtra quelque peu abscons aux personnes qui ne sont pas rompues aux subtilités du droit pénal européen, par contraste avec les explications données par l'avocat général au sujet des interactions entre les différentes normes européennes en cause. La Cour commence par relever que le Code des visas régit leurs conditions de délivrance, d'annulation et d'abrogation sans contenir de règles prévoyant des sanctions pénales en cas de violation de ces conditions (point 42). Elle fait également valoir que la procédure pénale, par sa nature même, pouvant comporter le secret de l'instruction et l'urgence des actes, ne saurait toujours se conformer à une exigence d'annulation préalable des visas par les autorités compétentes. Elle en déduit que les articles 21 et 34 du Code des visas n'exigent pas que les visas obtenus frauduleusement en trompant les autorités compétentes de l'État membre de délivrance sur le véritable but du voyage, aient été préalablement annulés pour que l'infraction d'aide à l'immigration illégale soit passible de sanctions pénales.

### Section 3. — Asile

#### 1. — DÉTERMINATION DE L'ÉTAT RESPONSABLE

##### A. — *Le règlement Dublin et la confiance mutuelle*

27. — La jurisprudence relative à cet instrument central du droit européen de l'asile qu'est le règlement Dublin (26) a traversé un véritable séisme au cours de la période couverte par cette chronique et à l'issue de celle-ci. En premier lieu, parce que la Cour européenne des droits de l'homme a investi ce terrain, dans la logique de sa jurisprudence *Bosphorus* (27) impo-

---

(26) Règlement 343/2003.

(27) Cour eur. D.H., gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, req. 45036/98.



sant aux États membres de l'Union de respecter leurs obligations vis-à-vis de la Convention européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence *MSS c. Belgique et Grèce* (28). Ensuite et surtout, parce que l'écho de cette jurisprudence à Luxembourg a ouvert une nouvelle séquence dans les relations entre les deux juridictions, séquence dont les demandeurs de protection internationale ne sont pas nécessairement sortis indemnes. Enfin, parce que, très récemment, la Cour européenne a marqué un coup d'arrêt à la lecture extensive du principe de confiance mutuelle tel qu'entendu par la C.J.U.E. (29).

**28.** — Le débat contentieux est ouvert par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque, saisie par un demandeur afghan transféré vers la Grèce par la Belgique en vertu du règlement Dublin, elle tranche la question de l'automatisme à l'intérieur de l'Union d'un mécanisme hérité de la convention d'application des accords de Schengen (30). Tout en reconnaissant la légitimité de la coopération entre États membres de l'Union, la Cour y rappelle le principe dégagé depuis sa jurisprudence *Bosphorus*. La protection dite «équivalente» repose sur l'idée que l'organisation de coopération en cause assure une protection au moins équivalente mais, «vu le caractère absolu de l'article 3, cela ne saurait exonérer un État de ses obligations au regard de cette disposition» (31). D'où la règle posée par le paragraphe 359 de l'arrêt : l'État membre désirant procéder au transfert du demandeur de protection ne saurait se «contenter de présumer que le requérant recevrait un traitement conforme aux exigences de la Convention, mais au contraire doit s'enquérir, au préalable, de la manière dont les autorités grecques appliquaient la législation en matière d'asile en pratique» (32). N'ayant pas actionné la clause de souveraineté de l'article 3, paragraphe 2, du règlement Dublin au vu de la situation désastreuse réservée aux demandeurs d'asile en Grèce, le royaume de Belgique sera donc condamné pour cette inaction, épargnant ainsi au texte de Dublin les foudres de la Cour européenne. Sous condition, la conventionnalité du mécanisme de Dublin est en effet reconnue dès lors que la présomption de sécurité du demandeur qui a guidé le droit de

(28) Cour eur. D.H. gr. ch., 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, req. 30696.

(29) Cour eur. D.H., gr. ch., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. 29217/12. Voy. H. LABAYLE, «Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne», ces *Cahiers*, pp. 501 et s.

(30) Après avoir quelque peu tergiversé dans deux décisions d'irrecevabilité, Cour eur. D.H., décision 7 mars 2000, *T.I. c. Royaume-Uni*, req. 43844/98 ; Cour eur. D.H., décision, 2 décembre 2008, *K.R.S. c. Royaume-Uni*, req. 32733/08, 2 décembre 2008.

(31) § 223.

(32) *Ibid.*, § 359

L'Union peut être renversée, qu'elle n'est que «réfragable» et pas absolue ou aveugle. L'écho de cette «grande» décision au plateau du Kirchberg ne s'est pas fait attendre. L'arrêt de grande chambre rendu le 21 décembre 2011, dans l'affaire C-411/10, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres* (C-493/10) *c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, jette un éclairage troublant sur le cadre juridique applicable au transfert des demandeurs d'asile en vertu du règlement Dublin. L'affaire pourtant était étrangement semblable à celle qui avait conduit, quelques mois auparavant, la Cour à trancher le cas *MSS*, puisque le transfert de ressortissants afghans vers la Grèce par les autorités britanniques avait conduit le juge britannique à interroger la Cour de justice sur la nature et l'étendue des obligations incombant aux États membres dans le cadre du mécanisme Dublin.

**29.** — Dans un premier temps, la Cour de justice place ses pas dans l'empreinte de la jurisprudence de Strasbourg, en adoptant le principe de la présomption relative de sûreté des demandeurs d'asile. Elle répond au préalable qu'à l'évidence, même en usant de la clause de souveraineté, l'État membre met en œuvre le droit de l'Union à cette occasion, au sens de l'article 51, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte des droits fondamentaux. Son pouvoir d'appréciation lui est conféré par l'article 3, paragraphe 2, du règlement 343/2003 et «fait partie des mécanismes de détermination de l'État membre responsable d'une demande d'asile prévus par ledit règlement et, dès lors, ne constitue qu'un élément du système européen commun d'asile» (33). Cette soumission à la Charte n'est pas sans conséquences, comme on le verra plus loin. Le souci de protéger les droits fondamentaux du demandeur de protection réunit donc les jurisprudences *MSS* et *NS* et c'est le point de départ du juge de l'Union. Les différents textes composant le système commun d'asile, à commencer par le règlement Dublin, respectent en effet par principe, de manière «intégrale et globale», le principe de non-refoulement et la Convention de Genève, conformément aux articles 78 TFUE et 18 de la Charte. Ils observent également, de façon concordante, les droits fondamentaux et la Charte et cette obéissance conduit les États membres à s'y conformer et à interpréter le droit dérivé en ce sens. La C.J.U.E. en tire une double conclusion : d'une part, le système européen commun d'asile a été conçu dans un contexte présupposant que l'ensemble des États y participant (34) respectent les droits fondamentaux, y compris la Convention de Genève et la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui est

---

(33) Point 68.

(34) Qu'ils soient États membres ou États tiers.

parfaitement exact, d'autre part que les États membres peuvent s'accorder une confiance mutuelle à cet égard, ce qui mérite d'être relativisé. La Cour de justice ajoute en effet que «c'est précisément en raison de ce principe de confiance mutuelle» que le règlement Dublin a été adopté. L'affirmation est douteuse, au plan factuel comme matériel. Fâchée avec la chronologie, la Cour de justice relie ici le texte de Dublin au système commun d'asile, inexistant en 2003 et dont les premières directives de mise en œuvre seront postérieures. Du reste, le mécanisme de traitement unique de la demande d'asile est imaginé par les membres de Schengen dès le 14 juin 1985, dans le chapitre 7 du titre II de la Convention d'application des Accords de Schengen signée ce jour-là. Il sera reproduit ensuite dans la Convention de Dublin du 15 juin 1990, avant le Conseil européen de la même année ayant décidé d'engager un processus d'harmonisation du droit d'asile. Dans ces conditions, fonder le mécanisme de Dublin sur le principe de confiance mutuelle relève de la pétition de principe tant il est exagéré d'avancer que ce principe ait animé la coopération intergouvernementale Schengen... Lire la Convention de Dublin de 1990, matrice du règlement 343/2003, suffit d'ailleurs à constater qu'il n'y est pas fait allusion, le préambule du texte se bornant à évoquer «la tradition humanitaire commune» des États parties.

**30.** — Le principe de confiance mutuelle est cependant le levier imaginé par la Cour de justice pour délivrer son interprétation. Sur sa base, il doit être «présumé» que le traitement des demandeurs d'asile dans chaque État membre est conforme à la triple exigence de respect de la Charte, de la Convention de Genève et de la Convention européenne des droits de l'homme. Néanmoins, contrainte de respecter la règle posée par la jurisprudence *MSS*, la Cour de justice est conduite à entrouvrir une brèche dans cette présomption, car «il ne saurait être exclu» qu'un risque sérieux de violation des droits fondamentaux du demandeur puisse se réaliser dans un État membre en cas de transfert. En pleine orthodoxie avec la Cour européenne des droits de l'homme, la C.J.U.E. aurait pu en rester là, mais ce n'est pas le cas. Instrumentalisant le principe de confiance mutuelle, elle va en effet restreindre les hypothèses permettant de renverser la présomption de sûreté qui garantit le fonctionnement du régime de Dublin, dans une volonté évidente d'en sauver l'existence.

**31.** — Un triple effet de cliquet conduit la Cour à ce résultat. Le champ des droits concernés, d'abord, fait l'objet d'un premier verrou, puisqu'il «ne peut en être conclu» que toute violation d'un droit fondamental par l'État membre responsable du demandeur puisse affecter le respect du règlement n° 343/2003 par ses pairs. Le fondement de cette émotion sélective est résumé dans un considérant redoutablement confus : «il en va de la raison

d'être de l'Union et de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, plus particulièrement, du système européen commun d'asile»... Second verrou, du point de la Cour, la «moindre violation» (*sic*) des directives du système commun d'asile ne saurait entraver le système de Dublin et la méthode de répartition «claire et opérationnelle» qu'il traduit. Raisonner différemment reviendrait à ajouter un critère supplémentaire d'exclusion de l'obligation formulée par le règlement Dublin. Troisième et dernière précision apportée par la Cour, celle de la «défaillance systémique» de la procédure et de l'accueil des demandeurs dans l'État de transfert qui permettrait de déroger à ce renvoi.

**32.** — La Cour met en avant dans l'arrêt *NS* l'idée selon laquelle lorsqu'il «y aurait lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre, ce transfert serait incompatible avec la Charte». En s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, comme celle-ci, sur le travail du HCR et des ONG, elle en conclut à l'impossibilité de procéder à un tel renvoi. Deux lectures différentes peuvent alors s'opposer : la première consiste à considérer que la Cour n'a entendu régler là qu'un cas de figure, celui de la défaillance générale d'un État membre, en laissant encore ouverte la question de la défaillance ponctuelle frappant individuellement un demandeur. La seconde, plus inquiétante, conduit à penser que, seule, une défaillance systémique de l'État responsable justifie de déroger aux obligations du règlement 343/2003.

**33.** — Il est à craindre que telle ait été l'intention de la Cour de justice. La rédaction du considérant 94 de l'arrêt accrédite cette lecture : «dans des situations telles que celles en cause dans les affaires au principal, afin de permettre à l'Union et à ses États membres de respecter leurs obligations relatives à la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile, il incombe aux États membres, en ce compris les juridictions nationales, de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'«État membre responsable» au sens du règlement 343/2003 lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 4 de la Charte». Mettant en relief la convergence des jugements négatifs concernant la Grèce et la disproportion des charges pesant sur elle, il est facile à la Cour d'utili-

ser le concours de la jurisprudence *MSS* ayant stigmatisé la situation locale pour se rallier au refus d'automatiser le transfert. Néanmoins, adhérer au caractère relatif de la présomption de sûreté ne l'empêche pas d'en restreindre l'éventualité en conditionnant cette possibilité à une «défaillance systémique», nécessairement rare à envisager. Il est presque anecdotique d'ajouter que dans ce cas, elle indique logiquement que le jeu des critères du règlement 343/2003 fixera l'État responsable.

**34.** — La troisième séquence de ce feuilleton a été écrite par les deux juridictions ensemble, la Cour de justice exerçant cette fois-ci son influence sur le juge de Strasbourg tout en consolidant sa position jurisprudentielle. Une volée d'arrêt luxembourgeois est venue cerner la portée de l'affirmation brutale de l'avocat général dans l'affaire *Puid*, C-4/11, jugée le 31 mai 2011 : «le principe de confiance mutuelle ne peut pas être remis en cause à travers un examen systématique, à chaque procédure comportant une demande d'asile, du respect par d'autres États membres des obligations qui leur incombent en vertu du système européen commun d'asile» (35). Surgie à propos d'un ressortissant iranien que le juge allemand avait interdit de transférer en direction de la Grèce, en vertu de la clause de souveraineté, la question posée par la Cour administrative allemande (36) portait sur les conséquences d'une situation où, dans l'État de transfert, les droits fondamentaux du demandeur sont en péril. Preuve de leur intérêt, huit États membres avaient déposé des observations. La Cour précise les effets de l'usage discrétionnaire de la clause d'évocation : obligeant à ne pas transférer, elle ne contraint pas, *a priori*, à assumer pour autant le traitement de la demande.

**35.** — D'emblée, la Cour rejette «la prémisse» sur laquelle reposait la question du juge national selon laquelle une défaillance systémique dans l'État de transfert obligerait l'État membre auquel le demandeur d'asile a présenté sa demande à exercer la clause de souveraineté de l'article 3, paragraphe 2, du règlement 343/2003. Si elle a effectivement indiqué dans le point 107 de l'arrêt *NS*, que, «dans un contexte tel que celui en cause dans cet arrêt», l'État membre procédant à la détermination de l'État membre responsable dispose de la faculté visée à l'article 3, paragraphe 2, du règlement d'examiner lui-même la demande, «elle n'a pas pour autant constaté qu'il

---

(35) Conclusions Jääskinen sous *Puid*, C-4/11, 18 avril 2013, point 62.

(36) Le juge allemand avait initialement posé quatre questions dont trois furent retirées parce que devenues sans objet à la suite de l'arrêt *NS* dont le juge national demandait cependant de «préciser la portée».

y était tenu» (37). Obligé de ne pas transférer en cas de risque d'atteinte à l'article 4 de la Charte, l'État membre qui est confronté à une situation de défaillance systémique ne peut l'ignorer et il se doit de respecter l'obligation de non-refoulement. Ce rappel de la jurisprudence *NS* laisse entière ici la question du seuil de gravité des risques encourus, puisque le doute n'est pas permis en l'espèce. L'avocat général ne s'était pas privé sur ce terrain de souligner que «la Cour a entendu placer la barre assez haut pour ne pas évacuer la confiance mutuelle» et «le degré de preuve requis est fixé au niveau où il est devenu notoire que les demandeurs d'asile ne peuvent pas être transférés».

**36.** — Renvoyant à la juridiction nationale le soin d'examiner si les défaillances systémiques justifiant le refus de transfert existaient à la date de l'exécution de ce transfert, la Cour de justice rappelle que le règlement Dublin détermine lui-même dans son chapitre III les critères à employer pour désigner l'État responsable. Ceux-ci ont donc vocation à identifier l'État qui sera en définitive chargé de la demande d'asile et qu'il convient de poursuivre. En cas d'échec, conformément à la jurisprudence *NS* (38), le premier État membre auprès duquel la demande a été présentée sera responsable de cet examen en vertu de l'article 13 du règlement. La Cour de justice encadre néanmoins le caractère de cette compétence discrétionnaire des États membres lorsque son utilisation aboutirait à une «aggravation d'une situation de violation des droits fondamentaux» (39) du demandeur. L'État membre doit alors veiller à ne pas en être lui-même la cause par une durée déraisonnable (qui n'est pas précisée pour autant) de la procédure de détermination de l'État responsable, au besoin en traitant cette demande de protection.

**37.** — La veille, et dans un contexte quasiment identique, puisque le juge bulgare de renvoi avait retiré une partie de sa demande après le prononcé de l'arrêt *NS*, la Cour de justice avait procédé à une clarification supplémentaire dans son arrêt *Halaf* (40). Là encore était en cause l'impossibilité de transférer le demandeur vers la Grèce, conduisant le juge national à s'interroger sur la possibilité pour l'État de prendre la responsabilité du traitement de la demande, indépendamment du jeu de la clause humanitaire de l'article 15 du règlement 343/2003. Soulignant l'étendue du pouvoir d'appréciation conservé par les États, la Cour dit pour droit qu'un État

---

(37) Point 29.

(38) Point 97.

(39) Point 35.

(40) C.J.U.E., 30 mai 2013, *Halaf*, C-528/11.



membre peut toujours examiner la demande d'asile qui lui est présentée, même s'il n'est pas désigné comme l'État responsable de cette demande en vertu des critères du règlement 343/2003 (41). Elle ajoute, pour répondre à la question du juge national, que, dans ce processus, l'État sur le territoire duquel se trouve le demandeur n'a pas l'obligation de solliciter l'avis du HCR malgré le caractère pertinent des documents qu'il produit. Là encore, rien ne lui interdit d'y avoir recours, discrétionnairement, pour fonder son opinion.

**38.** — L'affaire *Shamso Abdullahi*, tranchée le 10 décembre 2013 (42), est autrement déterminante en raison de son impact sur le contrôle juridictionnel susceptible de jouer à l'occasion d'un transfert. La requérante, somalienne entrée dans l'Union par la Grèce (43), avait été arrêtée en Autriche où les autorités avaient décidé de son transfert vers la Hongrie qui en avait accepté le principe. Contestant en justice cette décision, elle avait conduit la Cour constitutionnelle autrichienne à interroger la Cour quant à l'existence d'une obligation pesant sur les États membres de prévoir qu'un demandeur d'asile a le droit de demander en justice le contrôle de la détermination de l'État membre responsable. En substance, il convenait de savoir si les États membres doivent prévoir qu'un demandeur d'asile a le droit de demander, dans le cadre d'un recours contre une décision de transfert au titre de l'article 19 du règlement, le contrôle de la détermination de l'État membre responsable, en invoquant une application erronée des critères fixés par le texte. Y répondre impliquait de préciser l'effet juridique des dispositions concernées du règlement Dublin, effet susceptible d'être défendu devant le juge national.

**39.** — L'article 19 permet de contester la décision de l'État membre dans lequel la demande d'asile a été introduite de ne pas examiner la demande ainsi que celle de le transférer vers l'État membre responsable. Déterminer le champ d'application de ce contrôle juridictionnel était donc décisif à la fois quant à la garantie des personnes, mais aussi quant à l'efficacité d'un système menacé de paralysie par des recours abusifs en justice. Une fois encore, le second élément semble l'emporter devant la Cour de justice, puisqu'elle choisit arbitrairement de ne pas répondre sur le premier terrain, celui des droits subjectifs du demandeur. Elle préfère privilégier une analyse systémique, détaillant les principes sur lesquels le règlement Dublin

---

(41) Point 39.

(42) C.J.U.E., 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi*, C-394/12.

(43) Où elle n'avait pas introduit de demande d'asile.

repose, une interprétation qui a pour conséquence de concentrer vers l'État de transfert l'essentiel des contraintes.

**40.** — À nouveau, comme dans l'arrêt *NS*, la Cour de justice valorise le contexte du système européen commun d'asile au même titre que le principe de confiance mutuelle. Elle parvient alors à une conclusion que tout dément dans la vraie vie, celle des demandeurs d'asile parvenus dans l'Union, constat qui a justifié du reste la réforme du système: «il s'ensuit qu'un demandeur d'asile verra sa demande examinée, dans une large mesure, suivant les mêmes règles, quel que soit l'État membre responsable de l'examen de cette demande en vertu du règlement 343/2003» (44)... Cette affirmation de principe parfaitement erronée, qu'une simple lecture des statistiques d'Eurostat aurait permis d'éviter, conduit alors benoîtement la Cour à considérer que l'essentiel du règlement Dublin ne satisfait pas les critères justifiant une invocabilité en justice, implicitement parce que concernant des obligations interétatiques de nature organisationnelle. La décision autrichienne de transfert, accompagnée de l'acceptation hongroise de prise en charge, revient en définitive à faire de ce dernier l'État responsable en tant qu'État de première entrée alors qu'il est acquis que la Grèce était cet État. Aussi, «dans des circonstances où un État membre a accepté la prise en charge d'un demandeur d'asile» (45) en tant que l'État membre de la première entrée du demandeur d'asile sur le territoire de l'Union, le demandeur ne saurait contester le choix de ce critère. Seule atténuation de cette lecture du règlement Dublin II d'autant plus restrictive qu'elle est dépassée par le règlement Dublin III entrant en vigueur vingt jours plus tard, la Cour sollicite le critère de la «défaillance systémique» pour réduire la portée de son refus. Bien évidemment, si le demandeur invoque «l'existence de défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre qui constituent des motifs sérieux et avérés de croire que ledit demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, au sens de l'article 4 de la Charte», il doit lui être fait droit.

#### B. — *Le règlement Dublin et la «clause humanitaire»*

**41.** — L'affaire C-245/11, *K c. Bundesasylamt* (46), réglée le 6 novembre 2012, a permis à la Cour de délivrer une interprétation extensive de la clause dite «humanitaire» formulée par l'article 15 du règlement

---

(44) Point 55.

(45) Point 62.

(46) C.J.U.E., 6 novembre 2012, C-245/11, *K. c. Bundesasylamt*.

343/2003. Celle-ci permet à un État membre, même non responsable du traitement de la demande, de rapprocher les membres d'une même famille ou d'autres proches, pour des raisons humanitaires. Lorsque la personne concernée est dépendante de l'assistance de l'autre du fait d'une grossesse, d'un enfant nouveau-né, d'une maladie grave, d'un handicap grave ou de la vieillesse, les États membres laissent *normalement* ensemble ou rapprochent le demandeur d'asile et un autre membre de sa famille, à condition que les liens familiaux aient existé dans le pays d'origine. Était en cause en l'occurrence la belle-fille de la requérante d'asile, souffrant d'une maladie grave, d'un handicap sérieux et étant mère d'un nouveau-né. L'examen de cette *dépendance* conduit ici la C.J.U.E. à distinguer les deux hypothèses couvertes par les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 15. Si le premier cas, relatif au «rapprochement» humanitaire relève d'une faculté laissée discrétionnairement à l'État membre, la Cour note néanmoins que «le paragraphe 2 du même article restreint cependant ce pouvoir de telle manière que, lorsque les conditions énoncées à cette disposition sont remplies, les États membres *laissent normalement ensemble* le demandeur d'asile et un autre membre de sa famille» (47). D'où son interprétation large lorsqu'elle aboutit à la conclusion qu'il y a là une obligation pesant sur l'État membre.

42. — En l'espèce, ce n'était pas le demandeur d'asile lui-même, Mme K., qui était dépendante, mais sa belle-fille qu'elle avait rejointe en Autriche en quittant le territoire polonais et dont l'Autriche demandait à la Pologne d'assumer le traitement. La C.J.U.E. estime que l'objectif de l'article 15, paragraphe 2, du règlement 343/2003 est atteint «tant lorsque c'est le demandeur d'asile qui est dépendant d'un membre de sa famille se trouvant dans un État membre autre que celui responsable au regard des critères énoncés au chapitre III de ce règlement que, à l'inverse, lorsque c'est ce membre de la famille qui est dépendant de l'assistance du demandeur» (48). Elle s'appuie ensuite sur l'adverbe *normalement* pour transformer la «faculté» offerte à l'État membre de procéder au rapprochement en obligation. Pour la Cour, «elle doit être comprise en ce sens qu'un État membre ne saurait déroger à cette obligation de laisser ensemble les personnes concernées que si une telle dérogation est justifiée en raison de l'existence d'une situation exceptionnelle» (49). Lorsque ces conditions sont remplies, l'État membre qui est «obligé» de prendre en charge le demandeur d'asile, devient l'État responsable de la demande d'asile. Le raisonnement de la Cour conduit alors

---

(47) Point 27. C'est nous qui soulignons.

(48) Point 36.

(49) Point 46.

logiquement à considérer que la dépendance de l'assistance du demandeur principal conduit à interdire de déroger à la clause humanitaire. Qui plus est, la Cour note justement qu'il n'est pas ici question de *rapprocher* les membres d'une même famille, mais, comme l'indique la lettre du texte, de les *laisser ensemble* dans l'État où ils se trouvent. Dès lors qu'il a été démontré qu'effectivement la dépendance était réelle, les autorités compétentes de cet État membre ne peuvent pas ignorer l'existence de cette situation particulière et il est inutile de présenter une demande en bonne et due forme de la part d'un autre État membre.

C. — *Conséquences du retrait d'une demande d'asile*

**43.** — L'arrêt *Kastrati* (50) a permis à la Cour de justice de clarifier les effets qu'il convient de donner au retrait d'une demande d'asile. La requérante, après avoir vainement essayé d'entrer en Suède avec ses enfants mineurs, avait successivement déposé des demandes d'asile en France et en Suède après être entrée sur le territoire de l'Union avec un visa de court séjour délivré par les autorités françaises. Ayant retiré cette demande d'asile, elle était confrontée au refus suédois de leur délivrer un permis de séjour malgré ses liens avec M. Kastrati, ressortissant suédois. Le juge suédois interrogeait donc la Cour quant à l'interprétation du règlement Dublin sur ce point. La Cour rappelle classiquement que, lorsqu'un État membre sur le territoire duquel une personne a introduit une demande d'asile estime qu'un autre État membre est responsable de l'examen de celle-ci, il peut requérir ce dernier aux fins de prise en charge du demandeur. Or le retrait de sa demande par l'étranger avant que l'État requis n'ait statué rend sans objet la recherche d'un État responsable et le législateur n'a pas réglé la question. Il appartient donc à l'État membre sur le territoire duquel la demande a été introduite de prendre les décisions consécutives à ce retrait, dont celle du droit au séjour, et en particulier, comme le prévoit l'article 19 de la directive 2005/85, de clôturer l'examen de la demande avec consignation de l'information y afférente dans le dossier du demandeur (51).

2. — CONDITIONS D'ACCUEIL DES DEMANDEURS D'ASILE

**44.** — L'unique arrêt rendu par la Cour en cette matière ne présente plus qu'un intérêt limité en raison de l'évolution du cadre législatif européen

---

(50) C.J.U.E., 3 mai 2012, *Kastrati*, C-620/10.

(51) Point 49.

intervenu depuis son prononcé. Dans l'affaire *Cimade et GISTI* (52), deux organisations non gouvernementales contestaient la décision de la France de ne plus accorder aux demandeurs d'asile faisant l'objet d'une demande de prise en charge par un autre État membre en vertu du règlement «Dublin» le bénéfice des conditions d'accueil prévues par la directive 2003/9. Partant de ce que l'article 3 de la directive précitée s'applique à tous les demandeurs d'asile tant qu'ils sont autorisés à demeurer sur le territoire en cette qualité, la Cour peut facilement répondre au Conseil d'État français que cette directive s'applique aux demandeurs d'asile faisant l'objet d'une procédure «Dublin». Cette solution est d'autant plus heureuse qu'une procédure Dublin peut durer plusieurs mois et elle a été confirmée lors de la refonte de la directive précitée par la directive 2013/33 du 26 juin 2013. La seconde question préjudicielle portait sur la détermination du moment précis où l'obligation de fournir les conditions d'accueil se termine ainsi que sur l'État membre à qui incombe *in fine* la charge financière des conditions d'accueil dans le cas où une procédure Dublin est engagée.

45. — La Cour précise que «seul le transfert effectif du demandeur d'asile par l'État membre requérant met fin à l'examen de la demande d'asile par ce dernier ainsi qu'à sa responsabilité afférente à l'octroi des conditions minimales d'accueil» (point 55) tout en ajoutant que «le respect des droits fondamentaux, notamment les exigences de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte selon lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée, s'opposent (...) à ce qu'un demandeur d'asile soit privé, fût-ce pendant une période temporaire après l'introduction d'une demande d'asile et avant qu'il ne soit transféré dans l'État membre responsable, de la protection des normes minimales établies par cette directive» (point 56). Alors qu'un lien a été établi jusqu'ici en jurisprudence entre la problématique des conditions d'accueil et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, la référence faite par la Cour à la «dignité humaine» dans la Charte des droits fondamentaux qui y consacre tout son premier titre, s'inscrit pleinement dans la ligne du texte de la directive nouvelle 2013/33 qui s'y réfère à plusieurs reprises.

---

(52) C.J.U.E., 27 septembre 2012, *Cimade et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11.

## 3. — QUALIFICATION

A. — *Exclusion du statut et accusation de terrorisme*

46. — L'arrêt rendu le 9 novembre 2010 par la Cour de justice dans l'affaire *B. et D.* sur renvoi préjudiciel du juge allemand (53) pose la question délicate de l'exclusion du statut de réfugié en cas de terrorisme. L'Office fédéral des réfugiés avait refusé la qualité de réfugié à l'un des requérants et révoqué cette qualité dans le chef d'un second en raison de leurs liens avec une organisation terroriste, le PKK, inscrite sur les listes antiterroristes de l'Union. D'où l'interrogation préjudicielle de la Cour de justice, afin d'interpréter l'article 12 de la directive 2004/83 qui traite des clauses d'exclusion, à la fois en ce qui concerne l'accusation de «crime grave de droit commun» et la notion d'agissements «contraires aux buts et aux principes des Nations unies». Au-delà de l'interprétation technique des termes en cause, la question est sérieuse. La directive 2004/83 légitime un certain nombre d'hypothèses permettant à un État membre de refuser sa protection à un demandeur, qu'il s'agisse de la révocation du statut (54), de sa cessation ou de l'exclusion de son champ (55). Ces motifs peuvent conduire à des décisions de refus dans des conditions délicates au regard de l'obligation de non-refoulement de la Convention de Genève. Parmi ces dispositions, celles relatives à la révocation sont susceptibles de passer outre l'interdiction de non-refoulement lorsque des raisons de sécurité nationale et des condamnations pour «crime particulièrement grave» sont mises en avant. D'où l'importance de l'intervention de la Cour de justice.

47. — La C.J.U.E. a bien conscience que les clauses d'exclusion du statut de réfugié privent les demandeurs de protection des garanties prévues par la Convention de 1951 et par la directive 2004/83. Elles sont des exceptions à l'application d'une norme humanitaire dont l'interprétation doit être rigoureuse et *prudente*, mais appliquée *scrupuleusement* (56), y compris en matière de terrorisme. Sur cette base, l'appartenance d'un demandeur de protection à une organisation impliquée dans des actes de terrorisme pose la question de ses répercussions en matière d'octroi ou de maintien du statut de réfugié. Du point de vue de la Cour de justice, on ne saurait nier que des faits de terrorisme constituent bien des «crimes graves de droit commun» et il n'est pas davantage contestable qu'ils sont «des agisse-

---

(53) C.J.C.E., 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland c. B et D.*, C-57/09 et C-101/09.

(54) Article 14.

(55) Article 12.

(56) Conclusions P. Mengozzi sous C-57/09, point 47.



ments contraires au but et principes des Nations unies». Ils relèvent donc du champ de l'article 12 de la directive. En conclure que l'appartenance à une organisation terroriste entraîne l'exclusion du statut appelle cependant des précautions particulières, au vu des effets qui en résultent. À cet égard, la Cour procède à une analyse originale et très intéressante visant à mettre en avant la responsabilité individuelle des personnes concernées et à refuser toute automaticité dans l'appréciation de la situation, sur la base de critères «tant objectifs que subjectifs» (57). Plusieurs traits saillants méritent d'être relevés.

48. — En premier lieu, et c'est là l'enseignement le plus important, l'exclusion du statut de réfugié d'une personne appartenant à une organisation terroriste dépend d'un examen individuel des faits, conduisant à apprécier le rôle exact tenu par l'intéressé. Pour conclure à l'exclusion, l'autorité compétente doit pouvoir imputer à la personne concernée une part de responsabilité individuelle pour des actes commis par l'organisation en cause durant la période où elle en était membre, en prenant en compte différents facteurs (58). Une autorité qui constate que la personne concernée a occupé une position prééminente au sein d'une organisation appliquant des méthodes terroristes peut présumer que cette personne a une responsabilité individuelle pour des actes commis par cette organisation. Pourtant, si une présomption défavorable existe, il importe d'examiner l'ensemble des circonstances pertinentes avant qu'une décision d'exclusion puisse être adoptée (59), même si la menace représentée n'est pas nécessairement «actuelle» pour l'État d'accueil.

49. — En second lieu, la Cour de justice entame sérieusement les vertus que certains pouvaient prêter aux listes antiterroristes de l'Union et elle persiste dans sa réserve à leur égard (60). Le fait qu'un réfugié soit inscrit sur une liste antiterroriste de l'Union n'emporte pas mécaniquement une exclusion quelconque de son statut. En effet, «il n'existe pas de relation directe» (61) entre la liste en question établie par la position commune 2001/931 et la directive quant aux objectifs poursuivis. L'État d'accueil ne

---

(57) Point 96.

(58) Notamment sa position au sein de l'organisation, son degré de connaissance des activités criminelles entreprises, les éventuelles pressions auxquelles elle aurait été soumise ou les autres facteurs susceptibles d'influencer son comportement.

(59) Point 98.

(60) Voy. H. LABAYLE et R. MEHDI, «Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme: les *blacks lists* de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice», *R.T.D.E.*, 2009, p. 231.

(61) Point 89.

saurait, pour exclure un réfugié, «se fonder uniquement sur son appartenance à une organisation figurant sur une liste adoptée en dehors du cadre que la directive a instauré dans le respect de la Convention de Genève». Certes, une telle inscription permet d'établir le caractère terroriste de l'organisation en question, élément à prendre en compte. Il reste que, véritable coup de pied de l'âne au mécanisme d'élaboration des listes antiterroristes de l'Union, «les conditions dans lesquelles ont été inscrites sur ladite liste les deux organisations auxquelles les défendeurs au principal ont respectivement appartenu ne sauraient être comparées à l'évaluation individuelle de faits précis qui doit précéder toute décision d'exclure une personne du statut de réfugié en vertu de l'article 12, paragraphe 2, sous b) ou c), de la directive» (62).

50. — Ce cadrage rigoureux confirme donc bien la prééminence de la Convention de Genève, affirmée tant par le Traité que par la Charte des droits fondamentaux. Largement appuyée sur les positions du HCR, la Cour de justice considère qu'au-delà du droit dérivé de l'Union (63), il importe de raisonner avant toute autre considération sur la base du droit et du système de Genève qui commandent l'interprétation de la directive 2004/83, quelles que soient les notions définies de manière autonome par l'Union dans d'autres domaines que le droit des réfugiés.

#### B. — Cessation et révocation du statut

51. — La Cour de justice a été confrontée rapidement à une question d'interprétation délicate du droit des réfugiés, celle portant sur la cessation éventuelle de la protection en raison de la disparition des circonstances ayant motivé la protection. Posée par une juridiction allemande, la question préjudicielle tranchée par la Cour dans l'affaire *Salahadin Abdulla* (64) est d'une grande importance pratique, le cas de ressortissants irakiens ayant obtenu le statut de réfugié du fait de persécutions du régime de Saddam Hussein et perdant ce statut après l'effondrement de ce régime permettant de comprendre le problème posé. En d'autres termes, jusqu'à quel point la cessation des circonstances ayant justifié l'octroi du statut de réfugié peut-elle entraîner la perte de ce statut? Pour les autorités allemandes soutenues par nombre d'États membres, une parallèle entre les conditions de

---

(62) Point 90.

(63) Elle développe aussi ce raisonnement à propos des définitions du terrorisme données par la décision-cadre 2002/475.

(64) C.J.U.E., 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla* et al., C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08.

reconnaissance et les conditions de cessation du statut de réfugié pouvait être tirée. Seul comptait le fait de savoir s'il existait encore en Irak un risque de persécution ou même un nouveau risque. Une réponse négative rendait possible la cessation du statut. Cette interprétation avait conduit ces autorités à révoquer systématiquement le statut de réfugié des ressortissants irakiens, quitte, par la suite, à leur attribuer à nouveau ce statut en raison de la situation réelle dans le pays. Mais cette fois-ci non pas sous le régime de Genève, mais sous celui de la protection subsidiaire qui est beaucoup moins avantageuse que le statut de réfugié au titre de ce régime.

52. — La Cour de justice ne les suit pas. Sur la base de l'article 2 de la directive 2004/83 dite «qualification» qui reprend les cinq motifs de persécution visés par la Convention de Genève, le demandeur de protection doit être dans l'impossibilité, ou refuser, de se réclamer de la protection de son pays d'origine, ce dernier étant incapable de protéger, de prévenir et de sanctionner des actes de persécution (65). Pour la C.J.U.E., ces «circonstances» sont «déterminantes pour l'octroi du statut de réfugié». En raison de ce lien de causalité établi par la directive elle-même dans son article 11, la cessation du statut de réfugié doit prendre en compte de telles données. Aussi, les circonstances démontrant l'incapacité ou, à l'inverse, la capacité du pays d'origine à assurer une protection contre des actes de persécution constituent un élément décisif de l'appréciation à porter. Elles conduiront à l'octroi ou, de manière symétrique, à la cessation du statut de réfugié (66).

53. — La Cour considère donc qu'une personne perd ce statut lorsque, à la suite d'un changement de circonstances ayant un caractère significatif et non provisoire, intervenu dans le pays tiers concerné, les circonstances qui avaient justifié ses craintes ont cessé d'exister et qu'elle n'a pas d'autres raisons de craindre d'être persécutée. Les autorités nationales doivent donc s'assurer que les acteurs de protection du pays tiers ont pris des mesures raisonnables pour empêcher la persécution (67). Elles doivent aussi s'assurer que le ressortissant intéressé aura accès à cette protection, en cas de cessation de son statut de réfugié. Enfin, le caractère «significatif et non provisoire» du changement de circonstances signifie l'élimination des facteurs ayant fondé les craintes de persécution. En clair, cela implique «l'absence de craintes fondées d'être exposé à des actes de persécution constituant des vio-

---

(65) *Ibid.*, point 58.

(66) *Ibid.*, point 68.

(67) L'existence d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution en fait partie.

*lations graves des droits fondamentaux de l'homme*» (68). Du reste, la Cour indique que «la directive ne s'oppose pas à ce que la protection assurée par des organisations internationales puisse être faite au moyen de la présence d'une force multinationale sur le territoire du pays tiers». Il s'agit là d'une interprétation restrictive de la directive, **la Cour ne suivant pas l'opinion de son avocat général** qui estimait que la cessation du statut dépendait de deux conditions «intimement liées», la cessation des circonstances s'ajoutant à la possibilité effective de se réclamer de la protection de l'État d'origine. L'impasse faite sur ce second critère était à peine compensée par les précisions accompagnant le premier. D'autant que la Cour se penche également sur les liaisons entre le statut de réfugié et la protection subsidiaire, la directive 2004/83 régissant deux régimes de protection différentes. Elle ne permet pas de subordonner la cessation du premier au fait que les conditions de la seconde ne sont pas réunies. Pour la C.J.U.E., l'appréciation porte sur la question de savoir si les circonstances établies constituent ou non une menace de persécution telle que la personne concernée peut craindre avec raison d'être effectivement l'objet d'actes de persécution. **Ce critère de probabilité servant à l'appréciation du risque de persécution est le même que celui appliqué lors de l'octroi du statut de réfugié.** Selon le lien existant ou non avec des persécutions antérieures, il fera peser sur le demandeur ou sur l'État d'accueil le poids de la démonstration (69).

### C. — *Obtention du statut et persécutions religieuses*

**54.** — L'arrêt *Y et Z* (70) rendu par la Cour apporte des précisions déterminantes sur le sens à donner aux persécutions visées par l'article 9, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive «Qualification». En estimant que la persécution religieuse peut justifier l'octroi de l'asile et faire ainsi obstacle à l'éloignement d'un étranger désireux de pratiquer ouvertement sa religion, la Cour de justice assume pleinement son rôle de juge des droits de l'homme, en un domaine où la montée de l'intolérance religieuse pose, effectivement, un problème actuel au droit de l'asile. La Cour délivre ici une solution empreinte de réalisme qui donne son effet utile au droit de l'Union garantissant le droit d'asile.

**55.** — Les faits, sinon le droit, étaient d'une clarté malheureusement ordinaire. Deux Pakistanais vivant en Allemagne, ayant quitté leur pays

---

(68) *Ibid.*, point 73.

(69) *Ibid.*, point 99.

(70) C.J.U.E., 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland c. Y et Z*, C-71/11 et C-99/11.

en raison de leur appartenance à une communauté musulmane minoritaire considérée comme hérétique par la loi pakistanaise, demandaient l'asile en RFA sur la base de la directive 2004/83 «qualification» dont les articles 9 et 10 classent les persécutions de nature religieuse parmi les motifs justifiant l'octroi de l'asile. Les autorités allemandes leur avaient opposé un refus, estimant que les restrictions religieuses dont ils étaient l'objet au Pakistan, l'impossibilité de manifester publiquement leur foi, ne relevaient pas d'une «persécution» au sens du droit des réfugiés, mais d'une simple entrave. Saisi, le juge administratif allemand interrogeait la Cour de justice quant au sens à donner aux actes susceptibles de constituer un «acte de persécution» justifiant l'octroi de la protection internationale.

**56.** — Les textes du droit de l'asile sont simples à lire : la directive 2004/83 sur les conditions d'octroi du statut de réfugié ne se contente pas de reprendre simplement à son compte la Convention de Genève en considérant que la crainte d'une persécution du fait de sa religion est susceptible de justifier la protection internationale. Le droit dérivé de l'Union va en effet plus loin que la Convention en énumérant dans l'article 9 de la directive une liste de comportements susceptibles de constituer des «actes de persécution» avant d'effectuer ensuite un lien de causalité avec les motifs de cette persécution. Son article 10, paragraphe 1<sup>er</sup>, indique ainsi que «la notion de religion recouvre, en particulier, le fait d'avoir des convictions théistes, non théistes ou athées, la participation à des cérémonies de culte privées ou publiques, seul ou en communauté, ou le fait de ne pas y participer, les autres actes religieux ou expressions d'opinions religieuses, et les formes de comportement personnel ou communautaire fondées sur des croyances religieuses ou imposées par ces croyances». Définition large et complète s'il en est. Les autorités allemandes n'étaient pas convaincues de cette simplicité. Les réponses contradictoires des juridictions administratives nationales en témoignaient, face à la crainte des requérants de ne pouvoir manifester librement leur foi en public dans leur pays, sans risque grave de persécution susceptible d'aller jusqu'à la peine de mort en vertu du Code pénal pakistanais. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la directive, l'approche allemande opérait ainsi une distinction entre les persécutions religieuses portant atteinte au «noyau dur» de la liberté de religion, justifiant la protection et les autres, ne la justifiant pas. Parmi ces dernières, figuraient les restrictions à la manifestation publique de la religion. L'enjeu de la réponse de la Cour à leur question préjudicielle, le 5 septembre, résidait donc dans la confrontation de cette vision avec la directive 2004/83.

**57.** — La Cour de justice aurait pu se fonder sur la réponse donnée à ce sujet par la Cour européenne des droits de l'homme et son juge, remarque

qui n'est pas indifférente dans le contexte de la future adhésion de l'Union. Une décision strasbourgeoise d'irrecevabilité, *Z. et T. c. Royaume-Uni* rendue en 2006 lui en offrait la possibilité. Est-ce complètement un hasard si la Cour n'en fait même pas mention ? Peut-être pas, lorsque l'on constate qu'elle développe un raisonnement certes conforme au texte de Strasbourg, mais ouvertement fondé sur le droit de l'Union et sur la Charte des droits fondamentaux. Ses « observations liminaires » ne laissent pas place au doute à ce sujet : elle y indique que « l'interprétation des dispositions de la directive doit... être effectuée... dans le respect de la Convention de Genève et des autres traités pertinents visés à l'article 78, paragraphe 1<sup>er</sup>, TFUE. Cette interprétation doit également se faire, ainsi qu'il ressort du considérant 10 de la directive, dans le respect des droits reconnus par la charte » (71). Respectueusement reléguée au rayon des « autres traités pertinents », la Cour européenne des droits de l'homme n'est donc pas le pivot du raisonnement mené par la Cour même si son ombre y est permanente.

**58.** — Les droits garantis par la Charte des droits fondamentaux, et plus particulièrement la liberté de religion de son article 10, paragraphe 1<sup>er</sup>, constituent donc la colonne vertébrale de la réponse du juge de Luxembourg. Reproduisant les « explications » accompagnant la Charte, la Cour rappelle sobrement que ce droit « correspond » au droit garanti à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme avant de souligner que « la liberté de religion représente l'une des assises d'une société démocratique », reprenant ici au mot près la lecture qu'en fait ordinairement la jurisprudence de Strasbourg. Elle ne se place pas pour autant sur ce terrain, et sa grille de travail est faite du droit de l'Union et, plus précisément, de la seule directive 2004/83. Son article 10, paragraphe 1<sup>er</sup>, liste les actes de persécution et renvoie pour évaluer leur gravité à la Cour européenne des droits de l'homme. Il est donc mis à profit pour déterminer jusqu'à quel point les actes de l'État d'origine peuvent constituer une « persécution » justifiant l'octroi de la protection par l'État d'accueil. Car, jusqu'alors, la Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas encore franchi le pas du lien entre le besoin de protection internationale et la garantie du droit à la liberté de religion. Dans sa décision d'irrecevabilité précitée et en deçà d'un certain niveau de gravité, elle avait même avancé que « l'article 9 en soi n'est guère, voire pas du tout, d'un grand secours » en matière de protection, doutant « que la Convention pourrait être interprétée comme exigeant d'un État contractant qu'il donne aux adhérents de ce courant religieux banni la possibilité de pratiquer leur religion librement et ouvertement sur leur

---

(71) Point 48.



propre territoire». Certes, elle n'avait pas écarté la possibilité contraire, mais «à titre exceptionnel», et sous couvert du risque de voir cette atteinte être accompagnée de graves mauvais traitements. Chacun peut comprendre sa prudence, la Convention européenne des droits de l'homme ne garantissant directement ni le droit d'asile ni le droit à ne pas être éloigné d'un État, ce qui avait conduit la Cour européenne à exprimer crûment les limites de son office: «dans le cas contraire, cette disposition obligerait en pratique les États contractants à agir comme des garants indirects de la liberté de culte pour le reste du monde»...

**59.** — La Cour de justice s'est donc engagée sur une voie autonome. Toute atteinte au droit à la religion ne saurait justifier une protection absolue, de la nature de celle que procure le risque de torture ou de traitements inhumains, cela va de soi. L'article 9 de la directive n'accorde *a priori* cette protection qu'aux droits à protection absolue, relevant de l'article 15 de la Convention, ceux auxquels il n'est jamais possible de porter atteinte quelles que soient les circonstances. La construction même de cette protection dans la Charte en atteste, à l'image de son modèle de la Convention. Le droit à la religion proclamé par le paragraphe 1<sup>er</sup> de son article 10 souffre de limitations ciblées dans le paragraphe 2. Cette logique guide donc la Cour pour exprimer son désaccord au juge allemand: la question n'est pas de savoir s'il existe ou non un «noyau dur» du droit à la liberté de religion dont ne ferait pas partie la possibilité pour un individu de se livrer à son culte en public, mais d'identifier la nature des atteintes qui peuvent être portées à cette liberté, au vu de la «définition large» donnée par la directive.

**60.** — Cette dernière intègre en effet l'ensemble des composantes de la liberté de religion, y compris la faculté de vivre publiquement celle-ci. Dès lors, pour conclure ou non à l'obligation d'accorder l'asile en raison d'une «persécution», il convient d'identifier la nature ou la gravité des actes portant atteinte à ce droit fondamental et non pas de séparer les différentes composantes de cette liberté. De ce point de vue, l'État membre doit donc d'une part procéder à l'examen individuel des mesures dont le requérant a été ou risque d'être victime dans l'État d'origine, mais aussi se pencher sur leur gravité intrinsèque ou potentielle. Puisque le champ d'application de la directive 2004/83 intègre la participation à des cérémonies publiques, il importe de s'assurer si l'interdiction de cette participation emporte un risque réel de poursuites ou de soumission à des traitements inhumains ou dégradants (72). Convaincue ici encore par son avocat général, la Cour délivre alors des affirmations dont la profondeur n'échappera pas: cette évaluation

---

(72) Point 67.

du risque « impliquera pour l'autorité compétente la prise en compte d'une série d'éléments tant objectifs que subjectifs. La circonstance subjective que l'observation d'une certaine pratique religieuse en public, qui fait l'objet des limitations contestées, est particulièrement importante pour l'intéressé aux fins de la conservation de son identité religieuse est un élément pertinent dans l'appréciation du niveau de risque auquel le demandeur serait exposé dans son pays d'origine du fait de sa religion, même si l'observation d'une telle pratique religieuse ne constitue pas un élément central pour la communauté religieuse concernée » (73).

**61.** — La Cour de justice fait donc sienne l'opinion de la Cour européenne des droits de l'homme, la prolongeant sans s'y référer, mais en pleine conformité comme l'avocat général Yves Bot le lui avait proposé. La portée de son jugement est cependant autrement plus significative. En présence d'un texte d'harmonisation du droit de l'asile, elle fait le choix « de définir un socle minimal commun à l'ensemble des États membres, en dessous duquel ces derniers ne peuvent pas descendre » (74). Cela la conduit alors à trancher dans le vif. Au juge allemand qui l'interrogeait en substance sur le point de savoir si la crainte de persécution du requérant pouvait toujours être fondée si ce dernier renonçait à l'exercice de sa religion, elle répond très fermement. Menée avec « vigilance et prudence », l'appréciation de l'État d'accueil ne saurait aboutir à nier la garantie offerte par la directive : « lors de l'évaluation individuelle d'une demande visant à obtenir le statut de réfugié, lesdites autorités ne peuvent pas raisonnablement attendre du demandeur qu'il renonce à ces actes religieux » (75). Le fait qu'il puisse éviter le risque en renonçant à certains actes religieux n'est donc pas pertinent. Se passant de commentaires, cette affirmation a une explication, lucidement proposée par Yves Bot et donnant tout son sens au modèle de valeurs qui fonde l'Union européenne : « en exigeant du demandeur d'asile qu'il dissimule, modifie ou renonce à la manifestation publique de sa foi, nous lui demandons de changer ce qui est susceptible de constituer un élément fondamental de son identité, c'est-à-dire, en quelque sorte, à se renier lui-même. Or personne ne dispose de ce droit »...

#### D. — *Obtention du statut et homosexualité*

**62.** — La question délicate des persécutions dont peuvent faire l'objet des minorités sexuelles a été abordée par la Cour dans un arrêt retentissant

---

(73) Point 70.

(74) Conclusions Y. Bot, point 78.

(75) Point 80.

concernant les affaires jointes *X, Y et Z* (76). La Cour y dit pour droit que les demandeurs d'asile homosexuels peuvent constituer un groupe social spécifique susceptible d'être persécuté en raison de leur orientation sexuelle. Les requérants, originaires de Sierra Leone, d'Ouganda et du Sénégal, demandaient l'asile aux Pays-Bas en faisant valoir qu'ils craignaient, avec raison, d'être persécutés dans leurs pays d'origine sur le fondement de leur orientation sexuelle. Dans ces trois États tiers, l'incrimination des actes homosexuels peut conduire à des sanctions allant de lourdes amendes à la réclusion à perpétuité, dans certains cas. Le juge néerlandais interrogeait donc la C.J.U.E. sur le point de savoir si les ressortissants de pays tiers homosexuels peuvent être considérés comme formant un «certain groupe social» au sens de l'article 10, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive 2004/83. Elle désirait également être fixée sur l'évaluation d'un tel risque de persécution par les autorités nationales dans ce contexte et si la pénalisation de ces activités dans le pays d'origine du demandeur constitue une persécution.

**63.** — La définition de ce qu'est un «groupe social» au sens de la directive 2004/83 était une question essentielle à laquelle la Cour répond dans un considérant de principe : «un groupe est considéré comme un “certain groupe social” lorsque, en particulier, deux conditions cumulatives sont remplies. D'une part, les membres du groupe doivent partager une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce. D'autre part, ce groupe doit avoir son identité propre dans le pays tiers en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante» (77). Malgré les controverses tenant à ce caractère «cumulatif» visé par la Cour, il va alors de soi que, pour la première condition, l'orientation sexuelle d'une personne est une caractéristique «à ce point essentielle pour son identité qu'il ne devrait pas être exigé qu'elle y renonce». D'autant que l'article 10 du texte mentionne cette caractéristique commune. Pour ce qui est de la seconde condition, elle présuppose que, dans le pays d'origine concerné, le groupe dont les membres partagent la même orientation sexuelle a son identité propre parce qu'il est «perçu par la société environnante comme étant différent» (78). La conclusion en découle : «l'existence d'une législation pénale...qui vise spécifiquement les personnes homosexuelles permet

---

(76) C.J.U.E., 7 novembre 2013, *X, Y et Z*, C-199/12, C-200/12 et C-201/12.

(77) Point 45.

(78) Point 47.

de constater que ces personnes doivent être considérées comme formant un certain groupe social».

**64.** — Il restait cependant à guider l'action du juge et des autorités nationales dans leur application de la directive. On sait en effet que, pour qu'une violation des droits fondamentaux constitue une persécution au sens de la Convention de Genève, elle doit atteindre un certain niveau de gravité. Dès lors, toute violation des droits fondamentaux d'un demandeur d'asile homosexuel n'est pas nécessairement susceptible de constituer une persécution parce que n'atteignant pas ce seuil de gravité. Pour la Cour, dans ce contexte et à la différence des grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (79), la seule existence d'une législation pénalisant des actes homosexuels ne saurait être considérée «comme un acte affectant le demandeur d'une manière si significative qu'il atteigne le niveau de gravité» (80) indispensable pour considérer qu'elle constitue une persécution au sens de la directive. En revanche, une peine d'emprisonnement qui pénalise des actes homosexuels est susceptible, «à elle seule», de constituer un acte de persécution pourvu qu'elle soit effectivement appliquée. Classiquement, il appartient alors aux autorités nationales de procéder à un examen de tous les faits pertinents concernant ce pays d'origine, y compris ses lois et règlements et la manière dont ils sont appliqués. Dans le cadre de cet examen, il appartient, notamment, auxdites autorités de déterminer si, dans le pays d'origine du demandeur, la peine d'emprisonnement est appliquée en pratique, en d'autres termes si la pénalisation exigée est effective.

*E. — Portée de l'exclusion en cas de bénéfice  
d'une autre protection internationale*

**65.** — Deux arrêts successifs ont permis à la Cour de justice de préciser les effets de la protection de l'Office des Nations unies pour les réfugiés de Palestine. On sait en effet que l'article 1<sup>er</sup>, section D, de la Convention de Genève, «pierre angulaire» du droit de l'Union, exclut de ses dispositions les personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations unies autre que le Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés (HCR), tel que l'UNRWA. Toutefois, lorsque cette protection ou assistance aura cessé pour une raison quelconque, sans que le sort de ces personnes ait été définitivement réglé, celles-ci bénéficieront de plein droit du régime de cette Convention.

---

(79) C.E.D.H., 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume Uni*, A/45, § 60.

(80) Point 55.

**66.** — L'affaire *Bolbol* (81) naît de l'interrogation hongroise face à une demande d'asile présentée par cette Palestinienne apatride, confrontée à la violence dans la bande de Gaza. La requérante n'a pas eu recours à la protection et à l'assistance de l'UNRWA lorsqu'elle se trouvait encore à Gaza, mais elle fait valoir devant les autorités hongroises qu'elle était éligible au bénéfice de sa protection en raison de liens familiaux. Elle considère pouvoir prétendre à la reconnaissance de sa qualité de réfugié en tant que Palestinienne résidant désormais hors de la zone des opérations de l'UNRWA, ce qui provoque l'interrogation de la Cour de justice sur ce point. Pour celle-ci, les règles spécifiques de la Convention applicables aux Palestiniens déplacés concernent uniquement les personnes qui bénéficient actuellement de la protection ou de l'assistance de l'UNRWA. En conséquence, seules les personnes qui ont effectivement recours à l'aide fournie par l'UNRWA relèvent de ces règles spécifiques. Par contre, les personnes qui sont ou qui ont été seulement éligibles pour bénéficier d'une protection ou d'une assistance de cet office restent couvertes par les dispositions générales de la Convention (82). Dans ce cas, leurs demandes d'octroi du statut de réfugié doivent faire l'objet d'un examen individuel et ne peuvent être accueillies qu'en cas de persécutions pour des raisons d'appartenance raciale ou religieuse, de nationalité ou pour des raisons politiques.

**67.** — L'arrêt *El Kott* (83) vient préciser ce régime, à la demande du juge hongrois confronté aux demandes d'asile déposées par plusieurs apatrides d'origine palestinienne ayant quitté les camps de réfugiés de l'UNRWA situés au Liban à la suite de la destruction de leur maison lors d'affrontements entre des groupes armés ou à la suite de menaces de mort. Rappelant l'exclusion *a priori* du statut de réfugié des personnes se trouvant sous la protection de l'UNRWA, la Cour de justice précise qu'en se limitant à exclure de son champ d'application les personnes qui «bénéficient actuellement» d'une protection ou d'une assistance de la part d'un tel organisme ou d'une telle institution des Nations unies, la Convention de Genève ne saurait être interprétée «en ce sens que la simple absence ou le départ volontaire de la zone d'opération de l'UNRWA suffirait pour mettre fin à l'exclusion du bénéfice du statut de réfugié prévue à cette disposition» (84).

**68.** — Néanmoins, un Palestinien qui a été contraint de quitter la zone d'opération de l'UNRWA où il ne peut plus bénéficier de l'assistance de cet

---

(81) C.J.U.E., 17 juin 2010, *Nawras Bolbol*, C-31/09.

(82) Point 54.

(83) C.J.U.E., 19 décembre 2012, *El Karem El Kott*, C-364/11.

(84) Point 49.

organisme peut se voir reconnaître le statut de réfugié sans qu'il soit obligé de démontrer qu'il craint d'être persécuté. Il convient alors de vérifier si ce départ est justifié par des motifs échappant à son contrôle et étant indépendants de sa volonté qui le contraignent à quitter cette zone, l'empêchant ainsi de bénéficier de l'assistance accordée par l'UNRWA. Tel est l'objectif de la réglementation et notamment de l'article 12, paragraphe 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2004/83 : «assurer la continuité de la protection des réfugiés de Palestine au moyen d'une protection ou d'une assistance effective et non pas seulement en garantissant l'existence d'un organisme ou d'une institution chargé de fournir cette assistance ou protection» (85). Cet objectif permet de considérer qu'un réfugié palestinien est «contraint de quitter la zone d'opération de l'UNRWA lorsqu'il se trouve dans un état personnel d'insécurité grave et que cet organisme est dans l'impossibilité de lui assurer, dans cette zone, des conditions de vie conformes à la mission dont ce dernier est chargé» (86). Les autorités chargées de sa demande d'asile doivent alors procéder à une évaluation individuelle de sa situation. Lorsque l'assistance fournie par l'UNRWA cesse, les personnes ayant perdu cette protection peuvent *ipso facto* se prévaloir de celle conférée par la directive. Par conséquent, le droit résultant du fait que l'assistance de l'UNRWA cesse et que la cause d'exclusion prend fin ne saurait se limiter à la seule possibilité, pour les personnes concernées, de solliciter le statut de réfugié.

69. — Enfin, pour la Cour, ces constats n'entraînent «toutefois pas un droit inconditionnel de se voir reconnaître le statut de réfugié» (87). Si les individus concernés ne doivent pas nécessairement démontrer qu'ils craignent d'être persécutés, ils doivent néanmoins présenter une demande visant à obtenir le statut de réfugié, laquelle sera examinée tant au vu de leurs relations avec l'UNRWA qu'au regard des causes d'exclusion énoncées dans la directive.

#### 4. — PROCÉDURES D'ASILE

70. — La Cour a rendu quatre arrêts en matière de procédures d'asile durant la période considérée, ce qui est, au fond, assez peu au regard de l'énorme contentieux que la matière de l'asile fait naître au niveau national. Ce constat est particulièrement vrai au regard des problèmes d'interprétation, sinon de compréhension, que la directive 2005/85/CE du 1<sup>er</sup> décembre 2005 relative aux procédures d'asile peut susciter dans les États membres.

---

(85) Point 60.

(86) Point 63.

(87) Point 75.



Cette dernière est particulièrement complexe, pour ne pas dire illisible, à la fois en raison de l'incohérence de sa structure et des faiblesses de sa rédaction, ce qui explique qu'elle ait faiblement harmonisé le droit des États membres. Deux arrêts concernent les garanties procédurales selon le type de procédures d'asile, un arrêt traite du droit d'être entendu au cours d'une procédure d'asile ainsi que la portée de l'obligation de coopération du demandeur d'asile avec les autorités compétentes de l'État membre dans le cadre du traitement de sa demande. Le dernier arrêt *Halaf* aborde, du point de vue des procédures d'asile, une question moins importante relative au rôle du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés au cours de la procédure dite « Dublin » et sera analysé dans la partie de cette chronique relative à la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile (*infra*).

71. — Le premier arrêt *Samba Diouf* (88) a trait à la portée du droit à un recours juridictionnel effectif à propos d'une demande d'asile introduite au Luxembourg que le ministre compétent a décidé d'examiner dans le cadre d'une procédure accélérée. La directive 2005/85 n'a pour ainsi dire pas harmonisé le type de procédures d'asile que les États membres peuvent mettre en place, tout en offrant aux demandeurs des garanties procédurales moins négligeables qu'on ne le pense trop souvent. Celles-ci restent variables selon les types de procédure. L'une des principales questions posées consiste donc à identifier les garanties procédurales qui doivent être respectées par les États selon le type de procédure utilisée.

72. — Dans cette première affaire, il s'agit de la question du recours contre la décision de soumettre la demande à une procédure accélérée et non contre la décision au fond, ainsi que des exigences à cet égard du droit à un recours juridictionnel effectif en droit européen. Celui-ci constitue une garantie fondamentale pour les demandeurs d'asile et figure dorénavant à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 39 de la directive 2005/85 indique que « les États membres font en sorte que les demandeurs d'asile disposent d'un droit à un recours effectif devant une juridiction contre les actes suivants : a) une décision concernant leur demande d'asile, y compris... » une série de trois actes qui sont énumérés. La Cour a donc commencé par la question de savoir si une décision d'examiner une demande d'asile en procédure accélérée est une décision au sens de cette disposition. Elle y répond aisément par la négative en faisant valoir que « les décisions à l'encontre desquelles le demandeur d'asile doit

---

(88) C.J.U.E., 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf c. Ministre de l'Immigration*, C-69/10, *Rec.*, p. I-7151.

disposer d'un recours en vertu de l'article 39, paragraphe 1<sup>er</sup>, sont celles qui impliquent un rejet de la demande d'asile pour des raisons de fond ou, le cas échéant, pour des raisons de forme ou de procédure qui excluent une décision au fond» (point 42). La Cour rajoute que prévoir des recours à l'encontre des décisions préparatoires à la décision finale ou d'organisation de la procédure ne serait pas en ligne avec l'objectif de rapidité du traitement des demandes d'asile poursuivi par la directive et qui est dans l'intérêt tant des États membres que des demandeurs d'asile (point 44).

**73.** — Cette question préliminaire réglée, il restait à statuer au sujet de la conformité au droit à un recours effectif, de l'absence de recours contre une décision d'accélérer une procédure d'asile. Partant de ce que l'application d'une procédure accélérée constitue une décision préparatoire, la Cour considère que «l'absence de recours à ce stade de procédure ne constitue pas une violation du droit à un recours effectif, à condition, toutefois, que la légalité de la décision finale adoptée dans le cadre d'une procédure accélérée, et notamment les motifs qui ont conduit l'autorité compétente à rejeter la demande d'asile comme infondée, puissent faire l'objet d'un examen approfondi par le juge national, dans le cadre du recours contre la décision de rejet de ladite demande» (point 56). On observera l'importance de la condition imposée par la Cour pour conclure à l'effectivité du recours. Celle-ci insiste à cet égard en indiquant qu'il «ne serait pas compatible avec le droit de l'Union qu'une réglementation nationale (...) puisse être interprétée en ce sens que les motifs qui ont conduit l'autorité administrative compétente à examiner la demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée ne puissent faire l'objet d'aucun contrôle juridictionnel» (point 58).

**74.** — Bien que la question préjudicielle n'ait pas abordé ces points et que la Cour ne soit pas compétente pour interpréter le droit interne, le juge de l'Union apporte néanmoins son concours au juge national qui l'interrogeait en lui fournissant des éléments de réponse tenant à la conformité des dispositions du droit luxembourgeois relatif à la procédure d'asile accélérée en lien avec le droit à un recours effectif. Elle s'arrête aux deux différences essentielles existant en droit luxembourgeois entre la procédure ordinaire et la procédure accélérée en matière d'asile. Premièrement, le délai de recours est de quinze jours dans la procédure accélérée au lieu d'un mois dans la procédure ordinaire. La Cour considère à cet égard que «s'agissant de procédures abrégées, un délai de recours de quinze jours ne semble pas, en principe, matériellement insuffisant pour préparer et former un recours effectif, et apparaît comme étant raisonnable et proportionné par rapport aux droits et intérêts en présence» (point 67). Si la conclusion n'étonne guère, elle présente néanmoins un intérêt pour les observateurs

préoccupés par la suffisance des délais de recours. Ceux-ci seront d'autant plus intéressés par le fait que, selon la Cour, «il incombe cependant au juge national, dans l'hypothèse où, dans une situation donnée, ce délai devait s'avérer insuffisant compte tenu des circonstances, de déterminer si cet élément serait de nature à justifier, à lui seul, qu'il soit fait droit au recours formé indirectement contre la décision d'examiner la demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée, de sorte que, en faisant droit au recours, ledit juge ordonnerait que la demande soit examinée en application de la procédure ordinaire» (point 68). On songe notamment en matière d'asile à des demandeurs placés en détention et qui peuvent de ce fait éprouver des difficultés à introduire un recours dans un tel délai en raison, par exemple, de difficultés d'accès à l'aide juridique. On peut également penser aux personnes dont l'état de vulnérabilité peut rendre l'exercice de leurs droits plus lent. La seconde différence entre les procédures ordinaires et accélérées tient à l'absence de double degré de juridiction dans le cas des secondes. La réponse évidente de la Cour ne présente pas d'intérêt dès lors que ni la directive 2005/85, ni le principe de la protection juridictionnelle effective ne garantissent au particulier un double degré de juridiction en dehors du domaine pénal.

75. — L'arrêt *H.I.D. & B.A.* (89) du 31 janvier 2013 concerne également la problématique du type de procédures d'asile sous l'angle, pour l'essentiel, du principe de non-discrimination. Deux demandeurs d'asile nigériens se plaignent de voir leur demande d'asile traitée par les instances compétentes selon une procédure prioritaire, à la suite d'une instruction du ministre de la Justice en Irlande. Ils font d'abord valoir que le traitement prioritaire de leur cas sur la base de leur nationalité est contraire à l'article 23 de la directive 2005/85 qui ne permettrait de donner la priorité qu'aux demandes *a priori* fondées en vertu du paragraphe 3 ou relevant de l'un des quinze cas énumérés au paragraphe 4 de cette disposition, ce qui amène la High Court à interroger la Cour de justice. Celle-ci rappelle d'abord que la directive 2005/85 ne réalise qu'une harmonisation minimale ainsi que cela ressort de son intitulé (point 57) pour insister ensuite sur le fait que les États membres disposent d'une marge d'appréciation pour organiser le traitement

---

(89) C.J.U.E., 31 janvier 2013, *H.I.D., B.A. c. Refugee Applications Commissioner, Refugee Appeals Tribunal, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Irlande, Attorney General*, C-175/11. Une question préjudicielle portait également sur la qualité de juridiction de l'organe d'appel en matière d'asile. Nous ne traiterons pas de cet aspect dans la présente chronique vu qu'il concerne la question du droit à un recours effectif, s'agissant de la définition de la notion de juridiction et des garanties que celle-ci doit offrir aux justiciables sans aspect particulier en matière d'asile.

des demandes d'asile (points 62 à 66). Après avoir souligné ce contexte, la Cour considère qu'il «ressort du libellé des articles 3 et 4 dudit article 23 que la liste des demandes pouvant faire l'objet d'un examen prioritaire ou accéléré est indicative et non pas exhaustive» pour en conclure que «les États membres peuvent donc décider d'examiner en priorité ou selon une procédure accélérée des demandes ne relevant d'aucune des catégories énumérées à ce paragraphe 4 à condition de respecter les principes de base et les garanties fondamentales visés au chapitre II de la directive 2005/85» (point 70). Si cette réponse était assez évidente malgré les défauts entachant la rédaction de la directive 2005/85, son intérêt tient principalement au fait que la Cour insiste sur l'idée que l'autonomie procédurale des États membres est contrebalancée par la nécessité de respecter les garanties prévues par la directive.

76. — L'autre partie de la première question préjudicielle posée conduit la Cour de justice à s'interroger sur la compatibilité des procédures prioritaires d'examen des demandes d'asile avec le principe de non-discrimination. Même si l'on peut s'accorder avec sa conclusion, le raisonnement de la Cour n'est pas des plus clairs. On relèvera tout d'abord que la Cour ne précise pas sur quelle base juridique elle s'appuie au sujet du principe de non-discrimination. On ne peut manquer de relever que la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés comporte un article 3 selon lequel «les États contractants appliqueront les dispositions de cette convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine». Alors que l'avocat général relève dans ses conclusions que cette disposition fait partie du cadre juridique applicable (point 64), la Cour l'ignore superbement, bien qu'elle soit invoquée par les requérants (point 52) tout en rappelant que l'objectif de la directive 2005/95 est selon son considérant n° 2 «la mise en place d'un régime d'asile européen commun fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés» (point 3). Tout se passe comme si la Convention de Genève ne «constitue (pas) la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés», contrairement à la formule rituelle employée par la Cour depuis 2010 dans plusieurs arrêts relatifs à la directive dite de qualification analysés par ailleurs dans cette chronique.

77. — Ensuite, la Cour valide clairement la nationalité comme critère de différenciation pour justifier le traitement prioritaire ou accéléré d'une demande (point 73). Elle considère «qu'en matière d'asile et, en particulier, dans le système instauré par la directive 2005/85, le pays d'origine et, partant, la nationalité du demandeur jouent un rôle déterminant, ainsi

qu'il ressort tant du considérant 17 que de l'article 8 de cette directive. En effet, il résulte de l'article 8, paragraphe 2, sous b), de celle-ci que le pays d'origine du demandeur influe sur la décision de l'autorité responsable de la détermination, étant donné que cette dernière est tenue de s'informer sur la situation générale existant dans ce pays afin de déterminer l'existence ou non d'un danger pour le demandeur d'asile et, le cas échéant, d'un besoin de protection internationale de ce dernier» (point 71). Elle souligne en même temps que le législateur européen lui-même a introduit la notion de pays d'origine sûr dans la directive 2005/85 (point 72) et s'est ainsi fondé sur la notion de la nationalité. On comprend que c'est la nature même de la matière de l'asile qui explique qu'on puisse avoir recours à des critères tels que le pays d'origine ou la nationalité bien que ceux-ci soient en principe interdits.

78. — La Cour précise enfin «qu'afin d'éviter une discrimination entre les demandeurs d'asile d'un pays tiers déterminé dont les demandes feraient l'objet d'une procédure d'examen prioritaire et les ressortissants d'autres pays tiers dont les demandes seraient examinées selon la procédure normale, cette procédure prioritaire ne doit pas priver les demandeurs relevant de la première catégorie des garanties exigées par l'article 23 de la directive 2005/85, lesquelles s'appliquent à toute forme de procédure». On comprend à nouveau mal le raisonnement, dès lors qu'il ne compare pas les situations en cause, mais exige le respect des garanties procédurales dans tous les types de procédure, même s'il s'agit bien là de la règle sur laquelle la directive est basée sous réserve des dispositions explicites qu'elle prévoit pour certains types de procédure. En réalité, la Cour semble, comme l'avocat général, considérer que les différences de traitement entre les personnes soumises à la procédure prioritaire ne sont pas significatives par rapport à la procédure ordinaire, de sorte que les exigences de la directive sont satisfaites. Dans ce cas, le juge de l'Union aurait pu dire plus simplement que toutes les personnes étant traitées de manière sinon identique, du moins semblable, il n'y avait pas lieu d'examiner la problématique de la discrimination, celle-ci n'existant pas faute de traitement suffisamment différencié entre les demandeurs d'asile considérés. Il est vrai qu'une procédure prioritaire n'implique pas nécessairement un traitement différent de la procédure ordinaire, mais peut simplement signifier que tous les dossiers ne sont pas traités selon l'ordre normalement prévu (par exemple la date de leur introduction), mais précisément selon des priorités basées sur d'autres critères (par exemple le pays d'origine ou la nationalité), tout en étant examinés pour le reste exactement de la manière ordinaire. À nouveau, prendre position sur la question qui reste nébuleuse dans cette affaire de savoir s'il existe ou non des différences de fond ou de procédure autre que l'ordre d'examen des

dossiers aurait permis de répondre plus simplement à la question posée par le juge national.

**79. —** Le dernier arrêt à examiner en matière de procédure d'asile est l'affaire *M.M.* (90) du 22 novembre 2012 qui porte sur la coopération exigée entre l'État qui examine la demande et le requérant ainsi que le droit fondamental du demandeur d'être entendu au cours de la procédure d'asile. Cette affaire se pose dans le cadre particulier de l'Irlande, qui défraye la chronique judiciaire européenne, parce qu'il s'agit d'un des rares, sinon le seul, États membres à avoir maintenu deux procédures séparées pour les demandes d'octroi du statut de réfugié et de protection subsidiaire au lieu d'une procédure unique pour ces deux types de protection internationale. *M.M.* s'est vu refuser la qualité de réfugié par une première décision considérant que ses affirmations manquent de crédibilité et il sollicite ensuite la protection subsidiaire. Il fait valoir au cours de cette seconde procédure que l'obligation de coopération imposée à l'État membre saisi d'une demande d'asile par l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive 2004/83 du 29 avril 2004 relative aux conditions pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de protection subsidiaire (dite directive de qualification), exige que le ministre compétent lui communique son projet de décision finale afin de lui permettre de réfuter tout argument défavorable ou d'attirer l'attention sur un élément qui aurait à tort été ignoré. La Cour est interrogée sur le sens de cette disposition, selon laquelle «les États membres peuvent considérer qu'il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande de protection internationale. Il appartient à l'État membre d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande». On peut en effet être perplexe quant au sens et à la portée de l'obligation imposée à l'État saisi de coopérer avec le requérant dans l'évaluation des éléments pertinents de la demande, alors que celui-ci peut lui imputer la charge de la preuve, question connue pour être particulièrement délicate dans le domaine particulier du droit des réfugiés.

**80. —** La Cour déroule à cet égard un raisonnement particulièrement clair par lequel elle délimite le champ d'application de l'obligation de coopération. Elle commence tout simplement par relever que la disposition en cause est intitulée «évaluation des faits et circonstances». Elle recouvre dans la réalité deux étapes classiques dans toute procédure juridique entre lesquelles il convient de distinguer, ce que le texte de la directive ne fait

---

(90) C.J.U.E., 22 novembre 2012, et *M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform Ireland and Attorney General*, C-277/11.

pas clairement : d'abord l'établissement des faits, ensuite leur qualification juridique afin de savoir si le demandeur répond aux conditions prévues pour obtenir la protection internationale. La Cour peut ensuite très facilement répondre « que l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive 2004/83 ne concerne que la première étape portant sur la détermination des faits et circonstances en tant qu'éléments de preuve susceptibles de justifier la demande d'asile » (point 68) et que « l'examen du bien-fondé de la demande d'asile relève de la seule responsabilité de l'autorité nationale compétente, de sorte que, à ce stade de la procédure, une exigence de coopération de cette autorité avec le demandeur, telle que prescrite à l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, seconde phrase, de la directive 2004/83, est dépourvue de pertinence ». La demande de M.M. basée sur l'obligation de coopération des États portant sur la seconde étape de qualification juridique des faits est donc dépourvue de pertinence, puisque cette obligation se limite à la première étape d'établissement des faits (points 69 et 70). Il n'y aurait en effet aucun sens à imposer à l'État de collaborer à une tâche de qualification juridique des faits qui lui incombe, et encore moins d'imaginer que le demandeur ait quoi que ce soit à dire dans cette étape de la procédure d'octroi ou de refus de la protection internationale. Ce raisonnement logique se suffit à lui-même. Il n'était sans doute pas nécessaire que la Cour ajoute aux points 71 à 73 un argument formel selon lequel la directive de qualification ne saurait contenir des éléments de procédure parce qu'elle a vocation à régir les conditions de fond à remplir pour obtenir une protection internationale et le contenu de celle-ci, alors que l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, de cette directive est bien une disposition de procédure qui aurait mieux trouvé sa place dans le texte de la directive 2005/85.

**81. —** L'intérêt principal de l'arrêt tient dans ce qu'il définit le contenu de l'obligation de coopération des États membres. Selon la Cour, cette exigence signifie « concrètement que, si, pour quelque raison que ce soit, les éléments fournis par le demandeur d'une protection internationale ne sont pas complets, actuels ou pertinents, il est nécessaire que l'État membre concerné coopère activement, à ce stade de la procédure, avec le demandeur pour permettre la réunion de l'ensemble des éléments de nature à étayer la demande. D'ailleurs, un État membre peut être mieux placé que le demandeur pour avoir accès à certains types de documents » (point 66). La Cour ajoute avec raison que cette interprétation de la directive de qualification est corroborée par l'article 8, paragraphe 2, sous b), de la directive 2005/85, selon lequel « les États membres veillent à ce que des informations précises et actualisées soient obtenues sur la situation générale existant dans les pays d'origine des demandeurs d'asile et, le cas échéant, dans les pays par lesquels ils ont transité ». Après avoir ainsi donné un sens à la mystérieuse



obligation de l'État membre saisi de «coopérer» avec le demandeur d'asile, la Cour n'en reste pas là. Elle débusque dans le renvoi préjudiciel qui lui était adressé une autre question (point 75) qu'elle estime devoir prendre en considération en vue de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, s'agissant de savoir si dans «une situation telle que celle au principal, caractérisée par l'existence de deux procédures séparées et successives aux fins de l'examen, respectivement, de la demande d'asile et de la demande de protection subsidiaire, le droit de l'Union s'oppose à ce qu'il ne soit pas procédé à une nouvelle audition de l'intéressé lors de l'instruction de la seconde demande et préalablement au rejet de celle-ci, au motif que, ainsi que l'ont soutenu tant la High Court que l'Irlande, ce dernier a déjà été entendu dans le cadre de la procédure relative à sa première demande visant à obtenir le statut de réfugié» (point 76). La question est en effet d'importance pour la raison que la jurisprudence irlandaise considère que le droit d'être entendu ne doit «pas être respecté lors de l'instruction d'une demande de protection subsidiaire introduite à la suite du rejet d'une demande d'asile, étant donné que l'intéressé a déjà été entendu dans le cadre de l'examen de sa demande d'asile et que les deux procédures sont intimement liées» (point 80).

**82.** — La Cour relève tout d'abord à cet égard que les articles 12 et 13, paragraphe 3, de la directive 2005/85 imposent à l'administration de ne se prononcer qu'après avoir eu un entretien personnel avec le demandeur d'asile dans des conditions qui permettent à l'intéressé d'exposer l'ensemble des motifs de sa demande. Constatant que cette directive n'était, au moment où elle statue, pas applicable à la procédure de protection subsidiaire avant la refonte opérée par la directive 2013/32, la Cour rappelle que l'article 41, paragraphe 2, a), de la Charte prévoit le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre. Il est d'application en l'espèce pour deux raisons : d'une part, permettre à la personne concernée de faire connaître de manière utile et effective son point de vue avant l'adoption de la décision, d'autre part s'assurer que l'administration prête toute l'attention requise aux observations soumises en examinant avec soin et impartialité tous les éléments pertinents du cas d'espèce et en motivant sa décision de manière circonstanciée. La Cour rejette ensuite la thèse qu'il ne serait pas nécessaire de procéder à une nouvelle audition au cours de l'examen de la demande de protection subsidiaire pour la raison que celle-ci ferait double emploi avec celle réalisée au cours de l'examen de la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié. «Au contraire, lorsqu'un État membre a choisi d'instituer deux procédures distinctes et successives, il importe que, eu égard au caractère fondamental qu'il revêt, le droit de l'intéressé d'être entendu soit pleinement garanti dans le cadre de chacune de ces deux procédures»

(point 91). Selon la Cour, cette solution s'impose d'autant plus que l'autorité a motivé sa décision de rejet de la demande de protection subsidiaire en se référant dans une large mesure aux raisons invoquées à l'appui du rejet de la qualité de réfugié alors que ce ne sont pas les mêmes conditions qui doivent être remplies et que les droits attachés à ces statuts sont différents (point 92).

**83.** — La solution de la Cour doit être approuvée. Même si le récit du requérant qui est au centre de toute procédure d'asile ne devrait pas varier selon qu'il s'agit d'une demande de statut de réfugié ou de protection subsidiaire, les questions posées par l'autorité compétente au requérant devraient différer selon qu'il s'agit de l'une ou l'autre forme de protection pour la raison que les conditions à remplir sont différentes. Pour autant, l'arrêt de la Cour est bien moins sévère qu'il n'y paraît au premier abord. La Cour relativise en effet la position de principe qu'elle prend en précisant au point 94 «qu'il appartient à la juridiction de renvoi, dans l'occurrence où elle constaterait une violation du droit d'être entendu, d'en tirer toutes les conséquences qui s'imposent». Elle laisse ainsi au juge national la possibilité de ne pas annuler la décision négative prise s'il venait à considérer que la violation du droit d'être entendu une seconde fois n'a pas privé le requérant de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent. Cette question sera au cœur de l'arrêt *G & R* analysé plus loin qui porte sur les conséquences de la violation du droit d'être entendu en cas de prolongation de la détention d'un ressortissant de pays tiers dans le cadre d'une procédure de retour.

#### Section 4. — Immigration légale

**84.** — Des trois décisions rendues en matière d'immigration légale, l'arrêt *Singh* (91) relatif à la définition du champ d'application de la directive 2003/109 relative au statut des résidents de longue durée est la plus importante. Un ressortissant indien, après avoir séjourné sept années aux Pays-Bas en tant que chef spirituel sur la base d'un permis de séjour temporaire renouvelé à deux reprises, demande à bénéficier de ce statut en vue d'acquérir un droit de séjour permanent. Ce qui suppose, entre autres conditions, cinq années de séjour légal ininterrompu avant l'introduction de la demande. L'administration néerlandaise ayant refusé, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur la signification de la notion de «permis

---

(91) C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Mangat Singh*, C-502/10.

de séjour formellement limité» figurant à l'article 3, paragraphe 2, e), de la directive 2003/109 parmi les exceptions au champ d'application de la directive. L'affaire est d'importance, car si cette notion permet d'exclure des permis de séjour limités dans le temps mais renouvelables, cela pourrait permettre aux États membres de vider la directive de l'essentiel de son contenu vu que la plupart des ressortissants de pays tiers se voient octroyer un tel permis lors de leur admission dans les États membres de l'Union européenne.

85. — La Cour commence par établir de manière convaincante, et contrairement aux conclusions de son avocat général, que la notion de permis de séjour formellement limité est différente de celle de séjour temporaire dont l'article 3, paragraphe 2, point e), donne des exemples avec les personnes au pair, les travailleurs saisonniers, les travailleurs détachés ou les prestataires de services transfrontaliers. Elle ajoute ensuite très classiquement qu'il s'agit d'une «notion autonome» du droit de l'Union qui doit donc être interprétée de manière uniforme sur le territoire de l'ensemble des États membres (point 43) en tenant compte notamment de l'objectif de la directive qui est de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers en fonction de la durée de leur séjour (points 45 et 46). Elle indique qu'un «permis de séjour formellement limité au sens du droit national, mais dont la limitation formelle n'empêche pas l'installation durable du ressortissant de pays tiers concerné, ne saurait être qualifié de permis de séjour formellement limité au sens de l'article 3, paragraphe 2, sous e), de la directive 2003/109, sous peine de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par cette dernière et, partant, de priver celle-ci de son effet utile» (point 51). Le critère de l'installation durable doit donc, selon la Cour, être pris en considération. Elle indique à cet égard que «le fait que la validité d'un permis de séjour soit prorogeable par périodes successives, y compris au-delà d'une durée de cinq ans, et, notamment d'une manière illimitée, peut constituer un indice important de nature à laisser conclure que la limitation formelle qui est attachée à ce permis n'empêche pas l'installation durable du ressortissant de pays tiers concerné» tout en ajoutant que «toutefois, il appartient à la juridiction nationale de vérifier, au vu de toutes les circonstances, si tel est bien le cas» (point 54). La Cour en conclut que la notion de permis de séjour formellement limité «n'inclut pas un permis de séjour à durée déterminée, octroyé à un groupe spécifique de personnes, dont la validité peut être prorogée de manière illimitée, sans toutefois offrir aucune perspective d'obtention d'un permis de séjour à durée indéterminée, pour autant qu'une telle limitation formelle n'empêche pas l'installation durable du ressortissant de pays tiers dans l'État membre concerné, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier».

86. — La formulation complexe de la réponse de la Cour semble signifier que les permis de séjour à durée limitée qui sont renouvelables sans limite dans le temps tout en ne donnant pas accès au séjour permanent en vertu du droit national, ne relèvent pas de l'exception prévue à l'article 3, paragraphe 2, e), de la directive et donnent donc accès au niveau européen au statut de résident de longue durée. Il semble s'agir de permis qui ne sont pas nécessairement limités dans le temps, mais plutôt dans leur objet comme la Cour l'évoque au point 35 (on songe, par exemple, comme dans l'affaire en cause, à un permis ne donnant accès qu'à la seule profession de chef spirituel d'une religion malgré le fait qu'il soit renouvelable). Après avoir ainsi limité l'exception prévue par l'article 3, paragraphe 2, e), la Cour ajoute qu'il n'en va cependant pas ainsi si la limitation du permis empêche l'installation durable de la personne concernée. Elle ouvre ainsi au juge national la possibilité d'élargir l'exception précitée sur la base d'un critère pour le moins flou : qu'est-ce qu'un permis qui «empêche l'installation durable de la personne concernée»? Cela ne peut renvoyer au critère temporel, puisque la Cour n'inclut pas dans l'exception les permis de séjour à durée déterminée, mais renouvelables sans limites, ni à l'appartenance à un groupe spécifique de personnes (point 53), de sorte qu'on semble retomber sur le critère de l'objet du permis et qu'il n'y a plus qu'à s'en remettre au juge national pour décider quel type de permis est ou non formellement limité. Il est vrai que la Cour a jugé que cette notion est autonome sans pour autant en donner une définition, même si la possibilité de renouvellement illimité d'un permis au-delà de cinq années de séjour constitue assez logiquement un indice qu'il donne accès au statut de résident de longue durée.

87. — La deuxième décision *Commission c. Pays-Bas* (92) qui concerne également l'accès au statut de résident de longue durée est le fruit du — à notre connaissance — premier et unique recours en manquement sur le fond que la Commission a introduit devant la Cour. L'affaire concerne la taxe que les Pays-Bas exigent des candidats au statut de résident de longue durée et des résidents de longue durée souhaitant s'installer aux Pays-Bas pour obtenir leur titre de séjour. Cette taxe varie selon les cas de 188 à 830 EUR. Considérant qu'il est loisible aux Pays-Bas de subordonner la délivrance des permis de séjour à la perception de droits, la Cour fait valoir que «le niveau auquel ceux-ci sont fixés ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de créer un obstacle à l'obtention du statut de résident de longue durée conféré par cette directive sous peine de porter atteinte tant à l'objectif poursuivi par celle-ci qu'à son esprit». Elle vise ici l'intégration des ressortissants de pays

---

(92) C.J.U.E., 26 avril 2012, *Commission c. Pays-Bas*, C-508/10.

tiers pour ce qui concerne l'accèsion au statut de résident de longue durée et la réalisation effective du marché intérieur pour le séjour des résidents de longue durée dans les autres États membres. Partant de l'absence de dispositions relatives aux taxes sur les permis de séjour dans la directive et du fait que les États membres disposent d'une marge d'appréciation pour fixer leur montant, la Cour considère que les montants en cause sont par eux-mêmes disproportionnés et donc contraires au principe général de proportionnalité du droit de l'Union.

**88.** — La troisième et dernière décision dans l'affaire *Sommer* (93) intéresse la migration légale bien que se rapportant à l'élargissement de l'Union européenne aux nouveaux États membres durant la période de transition de sept années devenue le standard en matière de libre circulation des travailleurs. Est en cause en l'espèce la Bulgarie, entrée dans l'Union européenne en janvier 2007. M. Sommer, ressortissant autrichien, demande le 30 janvier 2008 à pouvoir engager un étudiant bulgare pour effectuer des livraisons de nuit à Vienne à concurrence de 10,25 heures par semaine. L'accès des étudiants bulgares au marché du travail autrichien est en 2008 soumis à la directive 2004/114 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études. Celle-ci trouve en effet encore à s'appliquer aux ressortissants bulgares en raison du fait que leur situation juridique ne peut, dans le cas où un État membre adopterait des mesures transitoires après l'élargissement, devenir moins favorable qu'auparavant en raison d'une clause de *standstill*. L'autorisation lui étant refusée, la juridiction saisie par M. Sommer pose à la Cour de justice une question préjudicielle sur la compatibilité du droit autrichien qui requiert systématiquement un examen du marché du travail avant de permettre l'embauche d'un ressortissant de pays tiers avec la directive précitée. Celle-ci prévoit en son article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, que «les étudiants sont autorisés à être employés» tout en ajoutant dans une seconde phrase qu'il «peut être tenu compte de la situation du marché du travail dans l'État membre concerné». Selon la Cour, «il résulte de l'économie générale de la directive 2004/114 que la prise en compte de la situation du marché du travail ne peut avoir lieu que dans des cas exceptionnels et à condition que les mesures envisagées à cet effet soient justifiées et proportionnées au but recherché» (point 42). L'allusion à des «cas exceptionnels» étonne le lecteur dès lors que ceux-ci ne sont évoqués dans aucune disposition de la directive et que l'article 17 ne semble investir les étudiants du droit de travailler que sous la réserve

---

(93) C.J.U.E., 21 juin 2012, *Leopold Sommer c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien*, C-15/11.

d'un examen du marché du travail. Le mystère se lève au point 56 des conclusions de l'avocat général qui propose à la Cour de s'appuyer sur le considérant 18 du préambule de la directive, selon lequel «Le principe de l'accès des étudiants au marché du travail dans les conditions énoncées dans la présente directive devrait constituer une règle générale; néanmoins, dans des cas exceptionnels, les États membres devraient être en mesure de tenir compte de la situation de leur marché national du travail». Il s'agit là d'un bel exemple d'arrêt où la Cour fait primer le préambule sur le texte de la directive sans même se donner la peine de le citer, et ce sur la base de l'économie générale de la directive et de sa finalité qu'elle n'a pourtant pas véritablement dégaugée.

### Section 5. — Retour et détention

**89.** — Parmi les six arrêts rendus dans ce domaine, il y a d'abord une trilogie de décisions relatives à la délicate question de la compatibilité des dispositifs pénaux des États membres visant à lutter contre l'immigration illégale avec la directive retour. Les deux premiers arrêts (*El Dridi* (94) d'abord et *Achughbabian* (95) qui le complète) ont été l'objet d'une controverse dans le cadre des débats relatifs à la criminalisation de l'immigration illégale. Leur vivacité en Italie explique que la première question préjudicielle ait été posée par une juridiction de la péninsule.

**90.** — M. El Dridi est un ressortissant de pays tiers demeuré sur le territoire italien malgré une décision de retour, ce qui a entraîné le prononcé à son encontre d'une peine de prison d'une année pour séjour illégal. La juridiction statuant en appel sur cette peine interroge la Cour de justice sur la compatibilité du prononcé d'une telle sanction pénale avec la directive «retour». Partant de ce «que la directive 2008/115 poursuit la mise en place d'une politique efficace d'éloignement» (point 31) et qu'elle «prévoit tout d'abord, à titre principal une obligation pour les États membres de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire» (point 35), elle conclut que «les États membres ne sauraient prévoir (...) une peine privative de liberté (...) pour le seul motif qu'un ressortissant de pays tiers continue, après qu'un ordre de quitter le territoire lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre

---

(94) C.J.U.E., 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, C-61/11 PPU.

(95) C.J.U.E., 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11.

a expiré, de se trouver présent de manière irrégulière sur le territoire d'un État membre (et) qu'il doivent poursuivre leurs efforts en vue de l'exécution de la décision de retour» (point 58). «En effet, une telle peine (...) risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement...» (point 59). Cette décision relève, somme toute, d'une logique assez élémentaire et elle s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence traditionnelle de la Cour. Celle-ci équilibre la règle selon laquelle «en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale relèvent de la compétence des États membres» (point 53) par l'obligation pour ceux-ci de ne pas «appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile» (point 55). Bien que la Cour ait précisé dans sa décision que «cela n'exclut pas la faculté pour les États membres d'adopter (...) des dispositions réglant la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur leur territoire de façon irrégulière» (point 60), il n'a fallu que trois mois pour que la Cour soit saisie d'une question préjudicielle semblable qui lui a permis de préciser sa jurisprudence.

**91.** — L'arrêt *El Dridi* a en effet suscité en France une controverse majeure, partant de l'idée qu'il n'était désormais plus possible de continuer à pénaliser le séjour illégal des étrangers en raison de l'interprétation de la directive «retour» par la Cour de justice. Ce débat a été alimenté par le fait que la technique utilisée pour retenir l'étranger le temps de vérifier sa situation en vue d'une éventuelle décision de retour était celle de la «garde à vue», laquelle relève de la procédure pénale. La Cour a saisi l'occasion de l'affaire *Achughbabian*, renvoyée en grande chambre, pour rendre un second arrêt sur la question des rapports entre la directive «retour» et le droit pénal des États membres. Ce dernier arrêt relève de la pédagogie judiciaire afin de mettre fin au trouble indûment provoqué par sa première décision. Ce contexte explique que la Cour répond d'emblée à la question posée en relevant «que la directive “retour” ne porte que sur le retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un État membre et n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers. Par conséquent, cette directive ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour» (point 28). On peut ajouter qu'elle a été adoptée sur la base de l'article 79, paragraphe 2, c), relevant de la politique d'immigration et non en vertu de l'article 83 TFUE relatif au rapprochement des législations en matière de droit pénal,



et rappeler au passage que la détention d'un ressortissant de pays tiers en vue de son retour est une mesure administrative et non une sanction pénale. Le point essentiel ayant ainsi été tranché, le reste de l'arrêt est un ensemble d'éléments fournissant aux États membres un véritable mode d'emploi de leurs prérogatives pénales au regard de la directive retour.

**92.** — La Cour explique clairement les trois temps entre lesquels il convient de distinguer. Premièrement, l'arrestation initiale demeure régie par le droit national et la Cour relève à ce propos que la directive ne s'oppose pas à un placement en détention, pour autant que celle-ci soit brève tout en étant raisonnable en raison des difficultés que peut présenter l'identification d'une personne, de sa nationalité et de la régularité ou non de son séjour (point 31). Deuxièmement, la prise de la décision de retour et la période qui s'ensuit pour sa mise en œuvre. Confirmant pleinement le raisonnement tenu dans son arrêt *El Dridi*, la Cour réaffirme que la directive retour s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales permettant l'emprisonnement d'un ressortissant de pays tiers qui n'a pas été soumis aux mesures coercitives prévues et qui n'a pas vu expirer la durée maximale de rétention. Troisièmement, la période s'ouvrant en cas d'échec des mesures coercitives, dans l'hypothèse où celles-ci n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement du ressortissant de pays tiers. Dans la ligne de son arrêt *El Dridi*, la Cour confirme que la directive ne s'oppose pas à ce que des sanctions pénales soient dans ce cas infligées suivant les règles nationales de procédure pénale lorsque la personne concernée continue à séjourner irrégulièrement sur le territoire. On retiendra à ce propos que la Cour n'aboutit pas à la conclusion qu'une peine d'emprisonnement est incompatible avec la directive «retour» pour un motif relevant de la protection des droits de l'homme, en l'espèce le droit à la liberté des personnes en séjour irrégulier comme certains peuvent le penser, parce qu'elle paraît à première vue défavorable aux États. Tout au contraire, la Cour arrive à cette solution en mettant en avant l'effet utile de la directive dont l'objectif est d'assurer l'éloignement du territoire des personnes en séjour irrégulier.

**93.** — La libération d'une personne après sa détention ne régularise pas son séjour, ce qui a pour conséquence qu'elle reste éventuellement passible des peines prévues par le droit national à titre de sanction du séjour irrégulier. La Cour précise cependant que celle-ci ne peut être condamnée si elle se maintient sur le territoire *pour un motif justifié de non-retour* (point 48). Il reste que le recours au droit pénal après un échec de la procédure de retour forcé semble susceptible d'être instrumentalisé par les États membres pour prolonger la période maximale de dix-huit mois de détention prévue par la

directive aux fins du retour forcé. Ne perdons cependant pas de vue que le juge pénal pourrait éventuellement considérer que cette détention supplémentaire, quand bien même elle ne viole pas le principe *ne bis in idem*, est contraire au principe de proportionnalité et cela, selon les circonstances de l'espèce.

94. — La troisième affaire *Sagor* (96) concerne à nouveau l'Italie qui semble vouloir à tout prix sanctionner pénalement le séjour irrégulier, sinon contourner l'application de la directive «retour» et de ses garanties par le biais de mesures pénales. Il s'agit cette fois d'un dispositif prévoyant une peine d'amende pour entrée ou séjour irrégulier à laquelle peut se substituer une peine d'expulsion ou d'assignation à résidence. Partant à nouveau du fait que la directive «retour» ne s'oppose pas à ce qu'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoie des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction, la Cour relève d'abord que le lancement de poursuites pénales ne retarde ou n'entrave pas l'exécution des mesures de retour. Elle examine ensuite successivement les trois hypothèses prévues par la législation italienne, qui s'avère pour le moins complexe. S'agissant premièrement de la peine d'amende, la Cour constate de toute évidence que «l'infliction d'une peine pécuniaire n'empêche en aucune manière qu'une décision de retour soit prise et mise en œuvre» (point 36). S'agissant, deuxièmement, de la peine d'expulsion à propos de laquelle la Cour affirme que «force est de constater qu'une telle faculté n'est pas non plus, en soi, interdite par la directive» (point 38), la Cour ajoute qu'une décision de retour peut être prise sous la forme d'un acte administratif ou juridictionnel de nature pénale selon l'article 3, point 4, de la directive «retour». Répondant à l'argument qu'une telle peine d'expulsion permet aux États membres de ne pas accorder une période de retour volontaire, la Cour fait valoir que les États membres peuvent en vertu de l'article 7, paragraphe 4, s'abstenir d'accorder un tel délai dans certains cas (point 41), ce qui suppose cependant que les conditions prévues par cette disposition soient remplies comme c'est le cas en l'espèce en raison du risque de fuite. Enfin, s'agissant, troisièmement, de la peine d'assignation à résidence, la Cour constate qu'il s'agit d'une mesure qui ne contribue pas à la réalisation de l'éloignement. Si elle considère qu'une telle peine est susceptible de retarder et d'entraver les mesures d'éloignement, la Cour arrive néanmoins à la conclusion qu'elle reste compatible avec la directive «retour» si la réglementation nationale prévoit qu'elle doit prendre fin dès

---

(96) C.J.U.E., 6 décembre 2012, *Procédure pénale c. Md Sagor*, C- 430/11.

qu'il est possible de procéder à l'éloignement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner.

95. — Cette dernière précision amène à se demander si un État pourrait prétendre, sur la base de l'arrêt *Sagor*, qu'une peine d'emprisonnement pour séjour illégal applicable pendant la procédure de retour serait compatible avec la directive si le droit national précisait que la détention pénale prend fin dès que l'éloignement est possible. La réponse à cette interrogation semble négative au regard de l'arrêt *El Dridi*. Elle serait cette fois justifiée dans une telle hypothèse non par la nécessité de préserver l'efficacité de la procédure de retour, mais plutôt en raison du fait que les États membres doivent respecter la gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour (point 41) dans le respect du principe de proportionnalité (points 39 et 57). De surcroît, de la même manière que les États ne peuvent pas contourner la procédure de retour prévue par la directive par une procédure pénale, ils ne peuvent utiliser avant ou pendant la procédure de retour la détention pénale au lieu du régime de rétention (en général administratif, mais parfois judiciaire) prévu par l'article 15 de la directive. Celle-ci prévoit également une gradation pour ce qui est de la durée de la détention ainsi qu'une série de contrôles prévus pour tenter de limiter au maximum sa prolongation. La Cour a également précisé dans l'arrêt *Achughbabian*, en réponse à la tentative quelque peu désespérée de deux États membres de sauvegarder au maximum leurs prérogatives, que des poursuites pénales en vue d'emprisonnement mises en œuvre avant l'adoption de la décision de retour ne sont pas plus acceptables que celles entreprises pendant la procédure de retour pour des raisons identiques (point 45). Les États absolument désireux d'échapper à l'application de la directive «retour» pourraient encore songer à la possibilité accordée par son article 2, paragraphe 2, b), d'exclure de son champ d'application les ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une mesure de retour sous la forme d'une sanction pénale à titre principal ou accessoire. La Cour a cependant pris soin de préciser dans l'arrêt *Achughbabian* que cette disposition ne peut manifestement pas, sous peine de priver la directive de son objet et de son effet contraignant, être interprétée comme permettant aux États membres de ne pas appliquer les normes et procédures communes énoncées par ladite directive aux ressortissants de pays tiers n'ayant commis que l'infraction de séjour irrégulier (point 41), de sorte que la forme juridictionnelle d'une décision de retour envisagée à l'article 4, point 4, semble être limitée aux cas visés à l'article 2, paragraphe 2, b).

96. — L'arrêt *Arslan* (97) concerne toujours la problématique de la détention, mais il porte cette fois sur l'articulation des régimes de détention des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et des demandeurs d'asile. Il s'agissait dans cette affaire de la situation d'un ressortissant de pays détenu en vue de son éloignement qui a introduit durant cette période une demande d'asile. La première question posée, portant sur le point de savoir si la directive «retour» s'applique à un demandeur d'asile, a déjà été tranchée par la Cour dans son arrêt *Kadzoev* (98). La Cour confirme sa jurisprudence en répondant que «cette directive n'est pas applicable à un demandeur d'asile pendant la période courant de l'introduction de la demande jusqu'à l'adoption de la décision de premier ressort statuant sur cette demande ou, le cas échéant, jusqu'à l'issue du recours qui aurait été introduit contre ladite décision» (point 49). La seconde question porte sur la possibilité de continuer à détenir un ressortissant de pays tiers dans une telle situation. Rappelant à nouveau son arrêt *Kadzoev* dans laquelle elle avait indiqué que la détention en vue de l'éloignement et la détention d'un demandeur d'asile relèvent de régimes juridiques distincts, la Cour conclut que «ni la directive 2003/9 relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile, ni la directive 2005/85 relative aux procédures d'asile ne s'opposent au maintien en rétention lorsqu'il apparaît, à la suite d'une appréciation au cas par cas des circonstances pertinentes que cette demande a été introduite dans le seul but de retarder ou de compromettre l'exécution de la décision de retour et qu'il est objectivement nécessaire de maintenir la mesure de rétention pour éviter que l'intéressé se soustraie définitivement à son retour».

97. — Depuis le prononcé de cet arrêt, la refonte de la directive 2003/9 relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile a été adoptée le 26 juin 2013 et elle précise que le maintien en détention est permis «lorsque le demandeur est placé en rétention dans le cadre d'une procédure de retour pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement, et lorsque l'État membre concerné peut justifier sur la base de critères objectifs, tels que le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile, qu'il existe des motifs raisonnables de penser que le demandeur a présenté la demande de protection internationale à seule fin de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour» (art. 8, § 3, d). Cette nouvelle disposition va dans le sens de l'arrêt *Arslan* en permettant le main-

---

(97) C.J.U.E., 30 mai 2013, *Mehmet Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, C-534/11.

(98) Voy. sur ce point la précédente chronique.

tien en détention du ressortissant du pays tiers qui est, dans le cas qui nous occupe, nécessaire, ainsi que la Cour l'a souligné au point 60, pour assurer l'effet utile de la directive. Si la Cour paraît plus exigeante que le législateur en requérant «un examen au cas par cas des circonstances pertinentes» là où la directive ne prévoit à l'article 8, paragraphe 3, que le recours à des «critères objectifs, tels que le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile» — ce qui sera fréquemment le cas —, il convient de tenir compte du paragraphe 2 du même article selon lequel les États membres ne peuvent placer un demandeur d'asile en détention que «lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas». La Cour a d'ailleurs insisté sur ce point dans son arrêt en précisant que «le seul fait qu'un demandeur d'asile, au moment de l'introduction de sa demande fasse l'objet d'une décision de retour et qu'il soit placé en détention sur la base de l'article 15 de la directive 2008/115 ne permet pas de présumer (...) que celui-ci a introduit cette demande dans le seul but de retarder ou compromettre l'exécution de la décision de retour».

**98.** — Il découle implicitement de l'arrêt de la Cour que le maintien en détention du ressortissant de pays tiers sollicitant l'asile au cours de la période durant laquelle il est détenu en vue de son éloignement nécessite en droit la prise d'une nouvelle décision de détention indépendante de la première, même si la seconde apparaît en fait comme une prolongation de la détention initiale. Ceci a amené l'avocat général à préciser dans ses conclusions que les autorités doivent disposer pour ce faire d'un bref délai limité à ce qui est strictement nécessaire (point 73). La directive 2013/33 règle en effet complètement la détention des demandeurs d'asile indépendamment de la directive retour et, même si le premier texte est manifestement inspiré du second, ceux-ci diffèrent sur certains points. Il en résulte notamment, comme la Cour l'avait déjà indiqué dans l'arrêt *Kadzoev*, que la période de détention accomplie en tant que demandeur d'asile ne compte pas dans le calcul de la durée maximale de la détention sur la base de la directive «retour», de sorte que l'introduction d'une demande d'asile dans de telles circonstances aura pour effet d'allonger la période de détention. Nul doute que ces éléments intéresseront tant les fonctionnaires chargés de la détention que les défenseurs des personnes concernées.

**99.** — L'arrêt *G & R* (99) concerne non plus le fond de la problématique de détention, mais une question de procédure. Dans cette affaire, deux ressortissants de pays tiers détenus aux Pays-Bas en vue de leur éloignement ont vu leur détention prolongée sans avoir à nouveau été entendus par

---

(99) C.J.U.E., 10 septembre 2013, *G & R*, C-383/13.

l'administration. Partant de l'idée que les droits de la défense — plus exactement le principe du contradictoire reconnu à l'article 40, paragraphe 2, a), de la Charte des droits fondamentaux — ont été violés, le juge néerlandais interroge la Cour de justice sur les conséquences qu'il convient d'en tirer, s'agissant notamment de la question essentielle de savoir si cette violation doit entraîner leur libération ainsi que sur la possibilité de mettre éventuellement en balance les droits de la défense avec l'intérêt de l'État à lutter contre l'immigration illégale. La Cour s'attache à la première question en ignorant apparemment la seconde tout en y répondant implicitement comme une analyse approfondie de l'arrêt le donne à voir.

**100.** — Partant de l'idée que les droits de la défense trouvent à s'appliquer même en l'absence de texte comme c'est le cas dans la procédure de détention régie par l'article 15 de la directive «retour», la Cour rappelle sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle il revient aux États membres de régler les conséquences de leur violation en vertu du principe de l'autonomie procédurale dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Selon la Cour, «une violation des droits de la défense, en particulier du droit d'être entendu, n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent» (point 38), de sorte que «tout manquement (...) n'est en conséquence pas de nature à entacher systématiquement d'illégalité la décision prise (...) et n'appelle donc pas automatiquement la remise en liberté du ressortissant concerné» (point 39). La Cour justifie ensuite sa solution selon le raisonnement téléologique propre à sa jurisprudence. Considérant que «*ne pas reconnaître un tel pouvoir d'appréciation au juge national et imposer que toute violation du droit d'être entendu entraîne automatiquement la [levée de la décision de rétention] alors même qu'une telle irrégularité pourrait être en réalité sans incidence sur cette décision de prolongation et que la rétention remplirait les conditions de fond posées à l'article 15 de la directive 2008/115, risque de porter atteinte à l'effet utile de cette directive*». Il suffit alors à la Cour de rappeler que la directive «retour» vise à mettre en place une politique efficace d'éloignement (point 42), non sans insister lourdement sur le fait que «l'éloignement de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier constitue une priorité pour les États membres» (point 43).

**101.** — Cet arrêt n'est logique et simple qu'en apparence. Premièrement, il heurte de front la prise de position de l'avocat général selon qui l'article 15, paragraphe 2, de la directive «retour» constitue «l'un des rares cas où le droit de l'Union indique lui-même la sanction d'une illégalité» (point 61) en prévoyant «explicitement et de manière claire que le ressor-

tissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale» (point 62). De plus, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la Convention renvoie en ce qui concerne la légalité d'une décision pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en respecter les normes de fond comme de procédure, de sorte que la Cour de Luxembourg s'écarte sur ce point de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (100). Deuxièmement, cette décision étend une jurisprudence que la Cour a développée en matière de fonction publique, de concurrence, d'aides d'État, de marques, de douanes et d'aides financières au domaine particulier de la détention en matière d'immigration. Or, la Cour elle-même a précisé que «l'existence d'une violation des droits de la défense doit être appréciée en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce, notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée» (point 34). La Cour semble ainsi avoir négligé que la détention peut être étroitement liée à la conduite de la personne concernée dès lors que c'est notamment son manque de coopération avec l'administration qui peut justifier sa prolongation. Il est également regrettable qu'elle n'ait pas tenu compte que l'équilibre entre la durée de la détention et le contrôle juridictionnel sur lequel la directive «retour» est bâtie plaide en faveur de l'exercice d'un contrôle de plus en plus strict par le juge au fur et à mesure que la détention se prolonge. Au final, l'arrêt est d'autant plus sévère, sinon contradictoire, que la Cour, tout en reconnaissant aux États membres l'autonomie procédurale, finit par imposer sa vision fonctionnelle en transformant en obligation la possibilité qu'elle reconnaît généralement au juge de pas annuler une décision adoptée en violation du droit d'être entendu (101). La conception formaliste en faveur d'un strict respect des procédures en matière de détention est ainsi balayée à partir de l'idée qu'imposer une nouvelle audition risque de porter atteinte à l'effet utile de la directive. Ce faisant, on peut se demander si la Cour ne privilégie pas l'efficacité de la politique d'éloignement au détriment du respect intégral des droits fondamentaux des personnes éloignées là où le législateur semblait vouloir établir un équilibre entre ces deux objectifs exprimés au point 2 du préambule de la directive.

**102.** — Le dernier arrêt *Filev et Osmani* (102) rendu à propos de la directive «retour» est moins intéressant que les précédents. Ces deux ressortissants de pays tiers ayant fait l'objet en Allemagne d'une mesure

(100) *M.A. c. Chypre*, 23 juillet 2013, req. n° 41872/10, § 197.

(101) *Kamino & Datema Logistics*, C-129-13.

(102) C.J.U.E., 19 septembre 2013, *Procédures pénales contre Gjoko Filev et Adnan Osmani*, C-297/12.



d'éloignement emportant une interdiction d'entrée y sont revenus dix-huit ans après dans le cas de M. Filev et huit ans après dans le cas de M. Osmani. Ils ont pour cette raison fait l'objet de poursuites pénales pour séjour irrégulier dont ils contestent la légalité au regard de l'article 11, paragraphe 2, de la directive «retour». Celle-ci limite en principe la durée des interdictions d'entrée à un maximum de cinq ans. Le gouvernement allemand ne conteste pas que les interdictions d'entrée ne sont effectivement pas limitées dans le temps, mais avance que son droit interne permet aux personnes concernées de solliciter leur limitation auprès de son administration. La Cour considère qu'une telle possibilité n'est pas suffisante à la lecture des articles 3, point 6, et 11, paragraphe 2, de la directive qui imposent aux États membres de fixer une limite temporelle aux interdictions d'entrée, faisant ainsi respecter une garantie importante prévue par la directive au bénéfice des étrangers ayant fait l'objet d'une décision de retour.

### Table des arrêts

*Arrêts de la Cour de justice cités dans la chronique  
pour la période 2010-2013  
(par ordre chronologique des décisions)*

- 2 mars 2010, *Abdulla e.a.*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08 : 51-53.  
17 juin 2010, *Bolbol*, C-31/09 : 66.  
22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C188/10 et C-189/10 : 6-12, 16, 18.  
9 novembre 2010, *B et D.*, C-57/09 et C-101/09 : 46-50.  
28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU : 90.  
28 juillet 2011, *Samba Diouf*, C-69/10 : 71-78.  
6 décembre 2011, *Achughbadian*, C-329/11 : 91-93.  
10 avril 2012, *Vo*, C-83/12 PPU : 26.  
26 avril 2012, *Commission c. Pays-Bas*, C-508/10 : 87.  
3 mai 2012, *Kastrati*, C-620/10 : 43.  
21 juin 2012, *Sommer*, C-15/11 : 88.  
19 juillet 2012, *Adil*, C-278/12 PPU : 13-18.  
5 septembre 2012, *Y et Z*, C-71/11 et C-99/11 : 54-61.  
27 septembre 2012, *Cimade et GISTI*, C-179/11 : 44-45.  
18 octobre 2012, *Mangat Singh*, C-502/10 : 84-86.  
22 novembre 2012, *MM*, C-277/11 : 79-83.  
6 décembre 2012, *Sagor*, C- 430/11 : 94.  
19 décembre 2012, *El Kott*, C-364/11 : 67.  
6 novembre 2012, *K.*, C-245/11 : 41-42.  
31 janvier 2013, *H.I.D. et B.A.*, C-175/11 : 75-78.  
21 mars 2013, *Shomodi*, C-254/11 : 19-21.  
18 avril 2013, *Puid*, C-4/11 : 34.  
30 mai 2013, *Arslan*, C-534/11 : 96-98.  
30 mai 2013, *Halaf*, C-528/11 : 37.

- 10 septembre 2013, *G & R*, C-383/13: 99-101.  
 19 septembre 2013, *Filev et Osmani*, C-297/12: 102.  
 7 novembre 2013, *X, Y et Z*, C-199/12, C-200/12 et C-201/12: 62-64.  
 10 décembre 2013, *Abdullahi*, C-394/12: 38-40.  
 19 décembre 2013, *Koushkaki*, C-84/12: 23-25.