

Droit européen des migrations

Jean-Yves Carlier et Luc Leboeuf^(*)

- L'année 2017 fut, pour la Cour, celle de la gestion de l'après-crise de l'été 2015 dont les répercussions ne cessent de se faire sentir sur la scène européenne
- La Cour s'est adonnée à divers exercices d'équilibre : entre la confiance mutuelle et les droits fondamentaux, entre les valeurs de l'Union et l'identité nationale, entre l'intégrité de l'espace Schengen et les compétences de police des États membres, entre la protection procédurale de l'étranger et l'efficacité des politiques migratoires, entre la protection de l'ordre public et la prise en considération de la situation particulière de chaque étranger
- Alors que la Cour s'est prononcée sur la dimension interne du droit européen de l'asile et de l'immigration, en réaffirmant les obligations des États membres telles qu'elles découlent des textes, elle a évité de se prononcer sur la dimension externe de la politique européenne de l'asile et de l'immigration

Introduction

1. Le coup de pouce. — « Le coup de pouce est l'opération ... par laquelle un opérateur intelligent cache ce sein que l'on ne saurait voir ». Ainsi s'exprimait Péguy il y a plus d'un siècle. Il entendait par « coup de pouce », un « petit coup de force, mais si peu, intercalé ... entre la science et la réalité », le moyen de combler cet entre-deux qui s'insère toujours entre le réel et le rationnel¹. Le juriste connaît cette difficulté. Il sait que la complexité du réel ne peut se réduire à l'ordonnement binaire qui domine le droit, entre ce qui est légal et ce qui est illégal, entre le licite et l'illicite, entre ce qui se peut et ce qui ne se peut point. C'est pour ce motif que le juriste se sert de concepts à contenus variables et de techniques d'interprétation tel que le principe de proportionnalité. C'est pour ce motif aussi que la Cour de justice de l'Union européenne, au-delà de dire ce à quoi le droit de l'Union européenne « s'oppose » ou « ne s'oppose pas », invitera le juge national à examiner le cas d'espèce *in concreto*, à la lumière de ses sobres interprétations. Il advient toutefois, au-delà de ces règles simples, que la Cour, en « opérateur intelligent », donne ce petit « coup de pouce » qui permet au droit de se pencher plus avant sur la réalité et de l'encadrer avec davantage de flexibilité. En 2017, dans sa jurisprudence relative à l'asile et à la migration, la Cour s'est, pour l'essentiel, livrée à cet exercice d'équilibre propre à l'opérateur intelligent. Parfois la réalité est telle que l'opérateur n'ose franchir un pas qui, tout en tenant compte des besoins des uns, susciterait l'ire des autres. Telle fut la faiblesse de la Cour dans l'arrêt *X. et X.*, refusant que des voies légales de migration pour les personnes en besoin de protection, timidement ouvertes par les États, par la délivrance occasionnelle de visas humanitaires, relèvent du droit de

l'Union et, partant, du contrôle de la Cour. En renvoyant cette responsabilité au seul acteur national, en refusant de lui apporter le soutien, fût-il partiel, du droit de l'Union, la Cour semblait par trop cacher ce sein de la réalité que chacun feint d'ignorer, alors même que la mort est au rendez-vous : 33 761 personnes mortes en Méditerranée de janvier 2000 à juin 2017, faisant de ce lieu la frontière la plus meurtrière du monde². Parce que jurisprudence se doit d'être aussi prudence dans l'interprétation du droit, c'est avec raison que la Cour fait preuve de mesure, en particulier en présence de situations de crise. Elle ne doit toutefois pas oublier que le lieu où se dit le droit est aussi le seul lieu où est entendue la parole du migrant, étranger aux appartenances territoriales des sociétés politiquement organisées.

2. La gestion de l'après-crise. — Qui l'ignore encore, l'été 2015 connut une augmentation significative du nombre de migrants qui fut à l'origine d'une « crise de l'asile » dont les causes sont multiples. Cette crise a surtout révélé l'incapacité des États membres et de l'Union européenne à apporter une réponse commune et adéquate³. Les systèmes d'asile des États membres situés aux frontières extérieures de l'Union européenne ont subi une pression telle qu'il en est résulté des incertitudes quant à la possibilité pour les autres États membres d'y transférer les demandeurs d'asile en application du règlement Dublin, tant parce que leurs droits fondamentaux n'y seraient pas respectés que parce que les États membres situés aux frontières extérieures auraient développés des stratégies de non-respect de leurs obligations européennes, comme la prise d'empreintes digitales, aux fins de ne pas se voir contraints d'assurer seuls la charge d'examiner la majorité des demandes d'asile introduites dans l'Union. Ces incertitudes ont sévèrement atteint la confiance mutuelle que s'ac-

^(*) Jean-Yves Carlier est professeur aux universités de Louvain et de Liège, avocat. Luc Leboeuf est chercheur post-doctorant à l'institut Max Planck d'anthropologie sociale, chargé de cours invité à l'université d'Anvers, avocat. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à jean-yves.carlier@uclouvain.be et leboeuf@eth.mpg.de. Période couverte par la présente chronique : 1^{er} janvier 2017-31 décembre 2017. (1) C. Péguy, « Un poète l'a dit », texte posthume 1907, *Œuvres en prose complètes*, coll. La Pléiade, vol. 2, Paris, Gallimard, 1988, p. 834. Péguy concluait la précédente chronique au *J.D.E.*, 2017, p. 119. (2) P. Fargues (dir.), *Four Decades of Cross-Mediterranean Undocumented Migration to Europe - A Review of the Evidence*, IOM, 2017, 39 p. (3) Divers auteurs soulignent que la « crise de l'asile » de l'été 2015 n'est pas tant due au nombre de demandeurs d'asile, qui serait en soi ingérable, qu'aux dysfonctionnements du système européen commun d'asile. Voy. S. Barbou des Places, « Droit d'asile et de l'immigration - Les tribulations de la solidarité interétatique », *R.T.D.E.*, 2017, p. 337 ; C. Bauloz, « Le règlement Dublin à l'épreuve du principe de non-refoulement : chronique d'une crise annoncée », *S.R.I.E.L.*, 2017, p. 139 ; M. Den Heijer, J. Rijpma et T. Spijkerboer, « Coercion, Prohibition, and Great Expectations - The Continuing Failure of the Common European Asylum System », *C.M.L.R.*, 2016, p. 607 ; F. Jault-Seske, « Évolution récente du droit des étrangers et du droit d'asile », *Rev. crit. d.i.p.*, 2017, p. 37 ; H. Labayle, « La crise des politiques européennes d'asile et d'immigration, regard critique », *R.F.D.A.*, 2017, p. 893 ; « Les États membres... ont affiché une incapacité à agir ensemble que leur impuissance nationale n'a pas compensée » ; D. Thym, « The Refugee crisis as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy », *C.M.L.Rev.*, 2016, p. 1545. Pour une présentation synthétique de la « Politique commune d'asile », voy. L. Leboeuf, *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 2640, mise à jour au 1^{er} novembre 2017.



Chroniques

cordent les États membres quant à leurs capacités respectives de surveiller les frontières et de gérer les flux de demandeurs d'asile. Durant l'année 2017, la Cour de justice a été amenée à gérer l'après-crise. Cela explique en partie pourquoi elle a été particulièrement active en matière d'asile et d'immigration, rendant de nombreux arrêts, dont plusieurs sont d'importance et feront date. La Cour a eu à connaître de nombreuses affaires relatives tant à l'interprétation du règlement Dublin qu'aux textes adoptés pour répondre à la « crise de l'asile », à savoir un programme temporaire de relocalisation destiné à alléger la pression sur les systèmes d'asile grec et italien, d'une part, et un accord de réadmission avec la Turquie en vue d'y renvoyer les demandeurs d'asile qui ont accédé au territoire européen à partir du territoire turc, d'autre part.

3. L'affinement de la dimension interne, au détriment de la dimension externe ?

— L'image générale qui se dégage de la jurisprudence de la Cour *anno* 2017 laisse apparaître une distinction nette entre la dimension interne du droit européen de l'asile et de l'immigration, d'une part, et sa dimension externe, d'autre part. Sur le plan interne, la Cour est particulièrement active. Elle affine l'interprétation des textes composant le droit européen de l'asile, en particulier du règlement Dublin. Elle s'adonne, ce faisant, à l'exercice de recherche d'équilibres délicats, notamment entre la confiance mutuelle et les droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre du règlement Dublin, et entre les valeurs de l'Union et l'identité nationale dans le cadre de l'examen de légalité du programme temporaire de relocalisation des demandeurs d'asile. La Cour, que l'on avait connue plus réservée les années précédentes où elle renvoyait régulièrement au pouvoir d'appréciation du juge national, assume pleinement son rôle de gardienne de la cohérence des instruments composant la dimension interne de la politique européenne de l'asile et de l'immigration, de même que leur conformité aux droits fondamentaux. Par contraste, la Cour évite de se prononcer sur la dimension externe de la politique européenne de l'asile et de l'immigration. Elle argue des limites de sa compétence pour éviter de connaître de contestations relatives à cette dimension externe, qu'il s'agisse de l'accord entre l'Union et la Turquie ou encore de la problématique des visas humanitaires. La Cour a pleinement exercé sa compétence de contrôle de la dimension interne, aux dépens, semble-t-il, d'un *leadership* fort au sein de la dimension externe. À l'heure de l'intensification de cette dernière, on peut espérer qu'il y allait de saine prudence, laissant aux institutions européennes et aux États membres le temps de préciser les contours de cette dimension externe. Le futur appellera plus de témérité, sous peine de voir un pan entier de la politique européenne de l'asile et de l'immigration

échapper au contrôle luxembourgeois, garant d'une approche à la fois commune et respectueuse des droits fondamentaux. C'est ici que le coup de pouce est attendu⁴.

4. Afin de présenter la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'asile et d'immigration rendue durant l'année 2017, la présente chronique suit son cheminement classique qui est celui du migrant : accès au territoire de l'Union (1), obtention d'une autorisation de séjour au titre de l'asile (2) ou de l'immigration (3), retour éventuel au pays d'origine (4). L'objectif est d'offrir un aperçu de la jurisprudence et d'en présenter succinctement les principaux enseignements techniques, en les replaçant dans leur contexte jurisprudentiel. Afin d'éclairer ce contexte, il est parfois fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de juridictions nationales.

1 L'accès au territoire

5. L'interprétation et la validité de normes relatives à l'accès au territoire européen a fait l'objet de trois arrêts de la Cour et d'un jugement du Tribunal, relativement à l'accord entre l'Union européenne et la Turquie (A), au Code des visas (B) et au Code frontières Schengen (C).

A. L'accord Union européenne-Turquie

6. *NF, NG et NM c. Conseil européen*⁵. — À la suite de l'augmentation significative des demandes d'asile durant l'été 2015, l'Union européenne et la Turquie ont convenu d'un plan d'action commun. Très vite, il nourrit de vives controverses en termes de conformité avec les droits fondamentaux. Selon ce plan d'action, tout migrant en situation irrégulière qui débarque dans les îles grecques, ou est intercepté en mer Égée, en provenance de Turquie, y sera renvoyé, pour autant que et dans la mesure où la Turquie peut être considérée comme un pays tiers sûr au sens de la législation grecque. En échange, l'Union européenne s'engage à réinstaller un réfugié syrien pour chaque demandeur d'asile syrien renvoyé en Turquie. Des fonds substantiels sont accordés aux autorités turques aux fins d'améliorer les conditions dans les camps. Ces dernières se voient également promettre diverses contreparties, dont des avancées en matière de libéralisation des visas et d'adhésion à l'Union. Cet accord fait l'objet de vives critiques, de nombreuses organisations questionnant sa conformité avec les droits fondamentaux, en particulier au regard du principe de non-refoulement en raison, notamment, des conditions de vie auxquelles les réfugiés syriens sont confrontés en Turquie⁶. Ces cri-

(4) Iris Goldner Lang développe à ce sujet une intéressante théorie de « Judicial passivism ... where the CJEU is consciously (actively) not using its powers where it should », in « Towards "Judicial passivism" in EU Migration and Asylum Law ? Preliminary Thoughts for the Final Plenary Session of the 2018 Odysseus Conference », <http://eumigrationlawblog.eu>, 24 janvier 2018. Le terme « passivisme » nous paraît peu approprié. D'une part, sur la forme, la traduction française par « passivité » ou par le néologisme « passivisme » serait très incorrecte. Sans doute conviendrait-il de parler plutôt d'abstention, ce qui, en principe, requiert formellement une motivation plus qu'un simple silence. D'autre part, sur le fond, nous préférons, au vu de l'ensemble de la jurisprudence et des équilibres constitutionnels, parler de prudence, tout en appelant, parfois, à ce nécessaire « coup de pouce ». (5) Tribunal UE, 28 février 2017, *NF c. Conseil européen*, aff. T-192/16, EU:T:2017:128 ; *NG c. Conseil européen*, aff. T-193/16, EU:T:2017:129 ; *NM c. Conseil européen*, aff. T-257/16, EU:T:2017:130, obs. J.-B. Farcy et G. Renaudière, « L'accord UE-Turquie devant le Tribunal de l'Union européenne : une incompétence lourde de conséquences ? », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2017 (accessibles sur www.uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/edem) ; N. Indriz, « The EU-Turkey Statement or the "Refugee Deal" : The Extra-Legal Deal of Extraordinary Times ? », *T.M.C. Asser Institute for International & European Law Research Paper*, n° 2017-06, à paraître in D. Siegel et V. Nagy (dir.), *The Migration Crisis ? Criminalization, Security and Survival*, La Haye, Eleven Publishing ; A. Popov, « Identification de l'auteur de l'acte attaqué et recevabilité du recours en annulation : le Tribunal de l'Union estime que la "déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016" ne saurait faire l'objet d'un recours en annulation », *R.A.E.*, 2017, p. 101 ; D. Simon, « Déclaration UE/Turquie », *Europe*, n° 4, 2017, comm. 129 ; S. Barbou des Places, « Droit d'asile et de l'immigration », *op. cit.*, p. 344 ; C. Rapport, in I. Bosse-Platière et C. Flaesch-Mouglin (dir.), « Chronique : Action extérieure de l'Union européenne », *R.T.D.E.*, 2017, p. 609 ; T. Spijkerboer, « Bifurcation of Mobility, Bifurcation of Law. Externalization of Migration Policy Before the EU Court of Justice », à paraître in *Journal of Refugee Studies*, accessible sur SSRN, 16 octobre 2017 ; P. Lagrange, « L'appréhension du phénomène migratoire par le droit international », *Rev. crit. D.I.P.*, 2017, p. 27. (6) Sur ces critiques, voy. notamment M.-H. Zoetewij et O. Turhan, « Above the



tiques arrivent devant le prétoire luxembourgeois à l'occasion de trois affaires, relatives à deux demandeurs d'asile pakistanais et à un demandeur d'asile afghan renvoyés vers la Turquie en application de l'accord. Ces derniers en sollicitent l'annulation. Le Tribunal se déclare incompétent pour connaître du recours. Il déduit du contexte qui a mené à l'annonce de l'accord entre l'Union et la Turquie que cet accord a en réalité été conclu par les États membres en leur nom propre, et non par le Conseil européen. En d'autres termes, l'accord ne résulte pas d'une décision du Conseil européen mais de négociations menées, en marge du Conseil européen, par les États membres, qui ont conclu l'accord avec la Turquie en leur qualité propre et non en leur qualité de membres du Conseil européen. Le Tribunal n'a donc pas compétence pour en connaître. Ce faisant, il ne se prononce pas sur un argument phare avancé par les institutions européennes et les États membres, selon lequel l'accord entre l'Union européenne et la Turquie ne serait qu'un accord politique sans portée juridique, échappant de ce fait au contrôle juridictionnel européen.

“Le tribunal, saisi d'un recours en annulation dirigé contre l'accord entre l'Union européenne et la Turquie, s'est déclaré incompétent pour en connaître”

7. La déclaration d'incompétence du Tribunal pourrait avoir pour conséquence d'exonérer les États membres de tout contrôle juridictionnel européen sur les accords internationaux qu'ils concluent avec des pays tiers, dès qu'ils choisissent de ne pas agir en leur qualité de membre du Conseil européen, quand bien même cet accord est conclu dans le cadre d'un Conseil européen et dans le cadre de compétences partagées entre l'Union et les États. Les critères utilisés à cet effet sont pour le moins confus, en ce qu'ils se réfèrent aux termes d'un communiqué de presse et au contexte qui a mené à son adoption. La Cour est saisie en appel⁷. Cela devrait lui permettre à tout le moins d'affiner les critères permettant de distinguer un accord international faisant suite à un acte du Conseil européen, d'un accord international faisant suite à une décision de l'ensemble des membres du Conseil européen ne souhaitant pas engager ce dernier, de même que de préciser si et sous quelles conditions les États membres peuvent choisir d'agir de concert, mais hors du droit de l'Union. La Cour devrait, notamment, s'interroger sur sa jurisprudence *AETR* et sur le parallélisme entre la compétence interne et la compétence externe en matière d'asile et d'immigration⁸. Si elle se déclare compétente, elle pourrait aussi être amenée à affiner sa jurisprudence sur la recevabilité de l'action en annulation introduite par des particuliers. Il est également probable que la Cour européenne des droits de l'homme s'invite dans la controverse. À l'occasion de l'arrêt *Ilias et*

Ahmed c. Hongrie, elle s'est prononcée, en chambre, sur le renvoi de demandeurs d'asile de la Hongrie vers la Serbie en application de l'accord de réadmission liant ces deux États et de la législation hongroise désignant la Serbie comme un pays tiers sûr⁹. La Cour de Strasbourg a notamment conclu à la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, arguant des défaillances et de la systématique de la procédure hongroise visant à renvoyer les demandeurs d'asile vers la Serbie. Un recours est pendant devant la grande chambre. Les enseignements de l'affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie* pourraient intéresser l'accord avec la Turquie, en ce que les questions de fond à l'œuvre sont relativement similaires. Dans les deux cas, des demandeurs d'asile sont renvoyés quasi systématiquement vers un pays tiers, de transit, considéré comme un pays tiers sûr et avec lequel un accord de réadmission a été conclu. Ce contrôle du respect des droits fondamentaux peut et doit également se faire par les juridictions nationales. À propos de l'accord avec la Turquie, les juridictions grecques l'ont fait de façons variables. Souvent, les juges de premier niveau ont interdit le renvoi vers la Turquie ; les juges d'appel l'ont autorisé. Par deux arrêts du 22 septembre 2017, le Conseil d'État de Grèce a ainsi validé la désignation de la Turquie comme pays tiers sûr vers lequel les demandeurs d'asile peuvent être renvoyés en application de l'accord¹⁰. Le Conseil d'État a, toutefois, précisé qu'une évaluation au cas par cas devait toujours être réalisée, compte tenu notamment des vulnérabilités spécifiques propres à certains demandeurs d'asile. En revanche, les questions procédurales et de compétences qui se posent devant la Cour de justice sont assez distinctes de celles traitées par la Cour européenne des droits de l'homme et par les juridictions nationales. À propos de l'accord avec la Turquie et des accords similaires envisagés avec d'autres pays tiers, la question dépasse celle du seul respect des droits fondamentaux pour concerner plus largement la validité d'accords internationaux conclus par l'Union et le contrôle juridictionnel de l'action extérieure de l'Union. Dans le futur, ces questions pourraient aussi se poser par la voie du mécanisme préjudiciel¹¹.

B. Le Code des visas

8. *X. et X.*¹². — Par l'arrêt *X. et X.*, qui fait suite à une saga dont il fut amplement question dans la chronique de l'année 2016, la Cour de justice examine si le Code des visas impose, dans certains cas, une obligation de délivrer un visa humanitaire face à un risque avéré de subir une violation grave des droits fondamentaux¹³. S'éloignant des conclusions de l'avocat général Mengozzi, qui suggérait une réponse positive, la Cour conclut que la question ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union. Elle rappelle que le Code des visas ne régit que les courts séjours, de moins de trois mois. Or, dans le cas d'espèce, les requérants, une famille syrienne résidant au Liban, ont fait va-

Law - Beneath Contempt : The End of the EU-Turkey Deal ? », *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.*, 2017, p. 151. (7) Uniquement contre l'arrêt *NF*, aff. C-208/17 P. (8) C.J., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, aff. 22/70, EU:C:1971:32, référencée par le Tribunal, mais sans analyse (point 42). (9) C.E.D.H., 14 mars 2017, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15. (10) C.E. (Grèce), 22 septembre 2017, n° 2347/2017 et n° 2348/2017 (d'après le résumé en anglais disponible sur AIDA, l'« Asylum information database » établie par ECRE : www.asylumineurope.org). (11) Voy. à cet égard, les conclusions du 10 janvier 2018 de l'avocat général Wathelet dans l'affaire *Western Sahara Campaign*, aff. C-266/16, EU:C:2018:1. (12) C.J., 7 mars 2017, *X. et X.*, aff. C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, obs. E. Brouwer, « Een gemiste kans voor een uniforme en mensenrechtelijke uitleg van de Visumcode wat betreft de afgifte van een humanitair visum », *NiER*, 2017, n° 4, p. 69 ; R. Colavetti, « Ouvrir la jarre de Pandore ou trancher le nœud gordien ? La Cour face aux conditions d'application du Code des visas aux demandes déposées pour raison humanitaire », *R.A.E.*, 2017, p. 139 ; V. Moreno-Lax, « Asylum Visas as an Obligation under EU Law : Case PPU C-638/16, *X, X v État belge* », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 16 mars 2017 (accessible sur : eumigrationlawblog.eu) ; S. Sarolea, J.-Y. Carlier et L. Leboeuf, « Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : *X. et X.*, ou quand le silence est signe de faiblesse », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2017 ; H. Labayle, « Visas humanitaires : la régulation à minima du droit d'asile par la C.J.U.E. », *Semaine juridique*, n° 18, 1^{er} mai 2017, p. 508 ; F. Gazin, *Europe*, mai 2017, comm. 175. (13) Cette chronique, *J.D.E.*, 2017, p. 111.



Chroniques

loir leur intention de solliciter l'asile dès qu'ils auront obtenu un visa humanitaire pour se rendre sur le territoire européen. Le séjour envisagé étant un long séjour, ce dernier relève du droit national et non du droit de l'Union.

9. Ce faisant, la Cour de justice prend distances, et d'un voile d'ignorance cèle les questions complexes relatives à une éventuelle application du droit de l'Union, en ce compris la Charte des droits fondamentaux, en situation extraterritoriale. Elle use pour cela d'un critère pour le moins fragile : l'intention des requérants. La Cour argue que puisque les requérants ont fait valoir qu'ils souhaitent solliciter l'asile dès leur arrivée sur le territoire européen, leur demande ne pouvait pas être qualifiée par les autorités nationales d'une demande de visa humanitaire au sens de l'article 25 du Code des visas. La Cour passe sous silence la possibilité, explicitement consacrée par le Code des visas, de solliciter la prolongation du visa de court séjour, une fois sur le territoire européen. L'article 33 du Code indique que « la durée de validité et/ou la durée de séjour prévue dans un visa délivré est prolongée si les autorités compétentes de l'État membre concerné considèrent que le titulaire du visa a démontré l'existence d'une force majeure ou de raisons humanitaires l'empêchant de quitter le territoire des États membres avant la fin de la durée de validité du visa ou de la durée du séjour qu'il autorise ». Rien, dans le texte, ne limite cette prolongation de la durée du séjour à une période particulière. En outre, l'importance accordée à l'intention des requérants facilite le contournement des enseignements de l'arrêt *X. et X.* : lorsque le ressortissant de pays tiers masquera son intention de demander l'asile, sa demande relèvera-t-elle du Code des visas ?

“ Dans l'arrêt *X. et X.*, la Cour se déclare incompétente pour connaître des visas de court séjour à titre humanitaire ”

10. En synthèse, on peut constater que le Tribunal se déclare incompétent pour connaître de l'accord avec la Turquie en se référant à une lecture littérale d'un communiqué de presse annonçant la déclaration, sans tenir compte de l'intention des parties qui était bien de sceller un accord entre l'Union et la Turquie. Dans le même temps, la Cour se déclare incompétente pour connaître des visas de court séjour à titre humanitaire en se fondant, à l'inverse, sur l'intention des requérants de solliciter ensuite un séjour de longue durée par droit d'asile. L'intention réelle est ignorée par le Tribunal, alors que, pour la Cour, elle est au cœur de l'interprétation du texte. Les manœuvres d'évitement comportent toujours quelques courbes. Quand elles sont à ce point opposées, elles s'apparentent à des contorsions. En laissant au juge national le soin de se prononcer sur la dimension externe du droit européen de l'asile, la Cour et le Tribunal abandonnent tout contrôle sur ce qui apparaît aujourd'hui comme la voie privilégiée par les États membres et par l'Union pour développer une politique commune

de l'asile et de l'immigration. Un coup de pouce serait, ici, bienvenu.

11. *El Hassani*¹⁴. — La Cour juge qu'une décision de refus de visa doit être susceptible de recours devant le juge national. Il s'agit en l'occurrence d'un visa sollicité par un ressortissant marocain auprès du consulat de Pologne à Rabat aux fins de rejoindre son épouse et ses enfants polonais. La Cour rappelle que les États membres sont contraints de respecter la Charte des droits fondamentaux lorsqu'ils mettent en œuvre le Code des visas, en ce compris le droit à un recours effectif. Le raisonnement de la Cour est limpide : « La Charte est applicable lorsqu'un État membre adopte une décision de refus d'accorder un visa¹⁵ ». Cet enseignement a son importance, en ce qu'il met en lumière les différences de champ d'application entre la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte, ce que la Cour n'avait pas eu l'occasion de faire par l'arrêt *X. et X.* puisqu'elle avait décliné sa compétence. Alors que la Convention ne s'applique qu'aux situations relevant de la juridiction des États parties, ce qui constitue un critère d'application essentiellement territorial, la Charte s'impose aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, ce qui correspond à un critère organique. Il importe peu, à cet égard, que le droit de l'Union soit mis en œuvre à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers qui, comme Monsieur El Hassani, se trouve hors du territoire européen. À dire vrai, ces deux critères peuvent trouver une ligne commune d'interprétation par l'examen du contrôle, réel ou potentiel, exercé sur la personne. Là où la Cour européenne des droits de l'homme conditionne son application extraterritoriale à l'exercice d'un contrôle effectif par un État partie, le droit de l'Union exige qu'il soit mis en œuvre, ce qui n'est envisageable que moyennant un certain degré de contrôle sur la situation extraterritoriale en cause¹⁶.

C. Le Code frontières Schengen

12. A.¹⁷. — L'arrêt A. concerne les contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen, dont certains ont été réinstaurés en raison de la crise migratoire. En l'espèce, il s'agit de contrôles exercés lors du franchissement du pont qui relie Strasbourg à Kehl, en Allemagne, dit « pont de l'Europe » ; tout un symbole. La Cour se prononce sur la compatibilité avec le Code frontières Schengen de la législation allemande autorisant des contrôles d'identité sans motifs dans un rayon de trente kilomètres le long de la frontière allemande et, si divers indices laissent à penser que cette voie est utilisée aux fins de pénétrer irrégulièrement sur le territoire allemand, à bord des trains et dans les gares. La Cour énonce plusieurs critères destinés à permettre au juge national de déterminer si cette législation revêt un « effet équivalent » à un contrôle systématique des frontières intérieures tel que prohibé par le Code frontières Schengen. La Cour juge qu'autoriser les services de police à opérer des contrôles d'identité sans motifs, indépendamment du comportement de la personne concernée et d'éléments conduisant à suspecter un danger pour l'ordre public, le long de la frontière,

(14) C.J., 13 décembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16, EU:C:2017:960. (15) *Ibidem*, point 37. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Bobek présentées le 7 septembre 2017, EU:C:2017:659, en particulier les points 70 et s. sur « les exigences découlant de l'article 47, § 1, de la Charte », l'avocat général considérant que la mise en œuvre de l'article 47, § 1, dépend « à la fois de l'applicabilité de la Charte dans son ensemble et de l'existence d'un droit ou d'une liberté concrets garantis par le droit de l'Union » (point 80, italiques dans le texte). (16) Voy. C.E.D.H., 3 octobre 2017, *N.D. et N.T. c. Espagne*, req. n° 8675/15 et n° 8697/15, obs. T. Maheshe, « Expulsions collectives et crises migratoires », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2017. À propos du renvoi par l'Espagne de migrants qui ont franchi la clôture de l'enclave espagnole de Melilla, l'Espagne est condamnée pour expulsion collective. La Cour « rappelle ... que dès l'instant où un État, par le biais de ses agents [même] opérant hors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 [Convention] une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis [à la Convention] », point 51. L'affaire fait l'objet d'un renvoi devant la grande chambre. (17) C.J., 21 juin 2017, A., aff. C-9/16, EU:C:2017:483 ; F. Gazin, *Europe*, août-septembre 2017, p. 20, comm. 301.



dans les trains et dans les gares, est porteur d'un risque de violations du Code frontières Schengen. Sans nier la compétence des États pour la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité, ni la légitimité de l'objectif de prévention et de cessation d'entrées illégales, la Cour considère que cette compétence doit faire l'objet d'un encadrement suffisant afin de s'assurer que les services de police n'en usent pas pour exercer des contrôles systématiques aux frontières intérieures en violation du Code frontières Schengen, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier.

13. À l'heure où certains États membres ont fait le choix de réinstaurer temporairement des contrôles aux frontières intérieures, conformément aux conditions procédurales et de fond strictes, consacrées par le Code frontières Schengen, la Cour veille à ce qu'ils ne détournent pas leurs compétences de police pour contrôler systématiquement les frontières intérieures. L'arrêt *A.* se situe dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure de la Cour, telle qu'explicitée par les arrêts *Melki et Abdeli* et *Adil* dont il affine les enseignements aux fins d'assurer l'intégrité de l'espace Schengen, tout en ayant égard aux compétences de police des États membres. Par l'arrêt *Melki et Abdeli*, la Cour avait jugé que la législation française autorisant des contrôles d'identité sans motifs, dans une zone de vingt kilomètres le long de la frontière française, était contraire au Code frontières Schengen¹⁸. À l'inverse, dans l'arrêt *Adil*, la Cour avait conclu à la conformité de la législation néerlandaise autorisant des contrôles d'identité sans motifs dans une zone de vingt kilomètres le long de la frontière néerlandaise, dans la mesure où cette compétence était strictement encadrée par le droit néerlandais. Ce dernier prévoit notamment que pareils contrôles ne peuvent être exercés que dans les lieux qui charrient habituellement l'immigration irrégulière, ou afin d'identifier pareils lieux, moyennant le respect de diverses limitations relatives à l'intensité et à la fréquence des contrôles¹⁹. L'arrêt *A.* complète ces jurisprudences, en insistant sur l'importance du contrôle du juge national. C'est à ce dernier qu'il revient de vérifier si, en pratique, l'action des forces de police est suffisamment encadrée, afin de s'assurer que les compétences de police ne soient pas détournées pour contrôler systématiquement toute personne franchissant la frontière intérieure en violation du Code frontières Schengen²⁰.

2 L'asile

14. La jurisprudence est particulièrement abondante en ce qui concerne les textes composant la dimension interne du système européen commun d'asile. La chronique présente cette jurisprudence en continuant à suivre le parcours classique d'un migrant, partant de l'hypothèse qu'il aurait sollicité l'asile. Il bénéficiera d'abord de conditions d'accueil conformes à la directive

accueil (A). Ensuite, il sera éventuellement transféré dans un autre État membre, si ce dernier est responsable de l'examen de sa demande d'asile conformément au règlement Dublin (B) ou au mécanisme temporaire de relocalisation mis en place à la suite de la crise de l'asile (C). Il y bénéficiera d'un examen de sa demande d'asile selon les conditions procédurales consacrées par la directive procédures (D) et selon les conditions de fond consacrées par la directive qualification (E).

15. Les arrêts prononcés en 2017 concernent des thématiques sensibles et récurrentes : la privation de liberté des demandeurs d'asile, la conformité avec les droits fondamentaux des transferts de demandeurs d'asile en application du règlement Dublin, le droit d'être entendu et l'exclusion du statut de réfugié pour faits de terrorisme. La Cour les aborde en usant de sa méthode habituelle, entre primauté des droits fondamentaux tels que consacrés par la Charte, respect de la volonté du législateur européen telle qu'exprimée par les textes de droit dérivé et invitation au juge national à appliquer le droit de l'Union, compte tenu de l'ensemble des spécificités du cas d'espèce.

A. La directive accueil

16. K.²¹. — Par l'arrêt *K.*, la Cour de justice est amenée à se prononcer une nouvelle fois sur la conformité de la privation de liberté des demandeurs d'asile avec la Charte des droits fondamentaux. L'affaire concerne plus particulièrement la privation de liberté afin d'établir l'identité du demandeur d'asile, en raison d'un risque de fuite ou d'une menace pour l'ordre public²². La Cour confirme la possibilité de détention, tout en soulignant les diverses garanties auxquelles pareille privation de liberté est soumise conformément à la directive accueil. Parmi ces garanties figurent notamment la définition stricte des motifs de privation de liberté, qu'il revient aux États membres d'affiner lors de la transposition de la directive accueil dans leur droit national, ainsi que l'exigence d'une évaluation individuelle de la nécessité de recourir à la privation de liberté compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Selon la Cour, pareilles garanties permettent de concilier le droit à la liberté avec le bon fonctionnement du système européen commun d'asile, en ce qu'elles permettent « d'identifier les personnes qui demandent une protection internationale et si celles-ci remplissent les conditions pour prétendre à une telle protection, afin d'éviter, dans la négative, qu'elles entrent et séjournent illégalement sur le territoire de l'Union », ainsi que le soulignait également l'avocat général Sharpston dans ses conclusions²³.

17. L'arrêt *K.* rejoint les enseignements de l'arrêt *J.N.*, prononcé en 2016²⁴. Il permet à la Cour de réitérer son exigence d'un contrôle au cas par cas de la nécessité de recourir à la privation de liberté, telle qu'elle ressort également de sa jurisprudence relative à la privation de liberté des migrants en séjour irrégulier²⁵. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

(18) C.J., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, cette chronique, *J.D.E.*, 2011, p. 78 ; voy. aussi L. Lebon, « Le contrôle aux frontières : l'exemple de Schengen », in Ph. Icard (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 215.

(19) C.J., 19 juillet 2012, *Adil*, aff. C-278/12 PPU, EU:C:2012:508, cette chronique, *J.D.E.*, 2013, p. 103. (20) Sur ces questions au regard du projet de loi antiterroriste en France, voy. H. Labayle, « La crise des politiques européennes... », *op. cit.*, p. 900. Pour le contrôle des frontières extérieures, sur l'évolution du rôle et de la structure de l'agence Frontex, voy. cette chronique, *J.D.E.*, 2017, p. 111 et le dossier dirigé par D. Rittleng « La réforme de Frontex : du neuf vraiment ? Dans quelle mesure ? », *R.T.D.E.*, 2017, pp. 437-523, avec des contributions de E. Dubout, A. Bouveresse, F. Gazin et L. Clement-Wilz.

(21) C.J., 14 septembre 2017, *K.*, aff. C-18/16, EU:C:2017:680 ; V. Michel, *Europe*, novembre 2017, p. 30, comm. 404. (22) Article 8, § 3, a), b) et e), de la directive accueil. (23) C.J., *K.*, *op. cit.*, point 36 et conclusions du 4 mai 2017, EU:C:2017:349, points 56 et 57. (24) C.J., 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15, EU:C:2016:84, cette chronique, *J.D.E.*, 2017, p. 113, note 32 et J. De Coninck, « Rétention de demandeurs d'asile dans l'Union européenne et instruments parallèles de protection des droits fondamentaux - Enseignements de l'arrêt *N.* », *C.D.E.*, 2017, p. 83. (25) Voy. notamment C.J., 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 PPU, *Rec.*, 2011, p. I-3015. Sur la jurisprudence belge en matière de privation de liberté des étrangers en séjour irrégulier, voy. le numéro spécial de la *R.D.E.*, à paraître en 2018 et *J.L.M.B.*, 2018/10, pp. 439 et s.



Chroniques

l'homme, cette exigence est désormais constante. Elle a été rappelée à de nombreuses reprises par la Cour de Strasbourg en 2017, par exemple dans l'arrêt *Thimothawes c. Belgique* où la Cour a considéré que la Belgique avait respecté le droit à la liberté d'un demandeur d'asile en ce que le juge national avait effectivement contrôlé si la rétention était nécessaire, compte tenu des spécificités du cas d'espèce²⁶. Une lecture combinée de l'arrêt *K.* avec l'arrêt *Al Chodor*, également rendu en 2017 et dont les enseignements sont exposés ci-après (règlement Dublin), pointe une autre exigence : celle de la qualité de la loi nationale encadrant la privation de liberté des demandeurs d'asile. Dans l'arrêt *K.*, la Cour souligne qu'il revient au législateur national de transposer les motifs de privation de liberté inscrits dans la directive et de les adapter aux hypothèses envisageables, tout en veillant à s'assurer du respect non seulement de la directive, mais également des droits fondamentaux²⁷. Cette même exigence de qualité de la législation nationale transposant les textes européens se trouve au cœur de l'arrêt *Al Chodor*. Elle fait également écho à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la privation de liberté pour motifs migratoires, telle qu'elle ressort notamment de l'arrêt *Khlaifia c. Italie*. Dans cet arrêt de grande chambre, la Cour de Strasbourg avait condamné l'Italie pour violation du droit à la liberté après avoir constaté, entre autres, que les motifs de privation de liberté des étrangers en séjour irrégulier étaient insuffisamment définis par la législation italienne. La Cour y note que « les dispositions applicables en matière de rétention des étrangers en situation irrégulière manquent de précision », de sorte qu'elles échouent à garantir la sécurité juridique²⁸.

B. Le règlement Dublin

18. Le règlement Dublin a fait l'objet d'une jurisprudence conséquente qui montre à la fois les difficultés du mécanisme et la résistance des individus à la volonté de leur assigner une place dans le monde sur un territoire donné²⁹. Cette jurisprudence s'est articulée autour de trois questions essentielles : la compatibilité avec les droits fondamentaux (1), la célérité du transfert du demandeur d'asile vers l'État membre responsable de l'examen de sa demande (2) et l'objectivité des critères de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile (3).

1. Sur le règlement Dublin et le respect des droits fondamentaux

a. La privation de liberté du demandeur d'asile en vue de son transfert vers l'État membre responsable de l'examen de sa demande

19. *Al Chodor*³⁰. — Par l'arrêt *Al Chodor*, la Cour juge qu'il revient aux États membres de préciser, dans leur législation nationale, le

« risque de fuite » susceptible de justifier la privation de liberté d'un demandeur d'asile aux fins d'organiser son transfert vers l'État membre responsable de l'examen de la demande. Bien que le règlement Dublin soit d'application directe, il enjoint à la législation nationale de préciser ce qu'il convient de comprendre par « risque de fuite », qu'il définit largement comme étant « dans un cas individuel, l'existence de raisons, fondées sur des critères objectifs définis par la loi, de craindre la fuite d'un demandeur, un ressortissant de pays tiers ou un apatride qui fait l'objet d'une procédure de transfert »³¹. La Cour confirme la nécessité d'une source normative, estimant qu'une pratique constante, telle que confirmée par une jurisprudence constante, ne répond pas au degré de sécurité juridique exigé compte tenu de l'importance du droit à la liberté des demandeurs d'asile. Elle souligne que « la rétention des demandeurs, constituant une ingérence grave dans le droit à la liberté de ces derniers, est soumise au respect de garanties strictes, à savoir la présence d'une base légale, la clarté, la prévisibilité, l'accessibilité et la protection contre l'arbitraire »³². Si les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'apprécier l'existence d'un risque de fuite en fonction de l'ensemble des circonstances de l'espèce, ce pouvoir d'interprétation doit être strictement encadré par le droit national. La Cour conclut que, en l'absence de pareil encadrement, la privation de liberté d'un demandeur d'asile n'est pas conforme au droit de l'Union.

20. L'arrêt *Al Chodor* se situe dans la ligne de la jurisprudence de la Cour relative à la privation de liberté des demandeurs d'asile dont l'arrêt *K.* analysé ci-dessus. Un demandeur d'asile ne peut être privé de sa liberté que moyennant le respect de garanties strictes de légalité et de proportionnalité, telles que consacrées par le droit dérivé. Ainsi, dans ses conclusions, l'avocat général Saugmandsgaard Øe déduit de l'acquis européen en matière d'asile la volonté du législateur européen de « limiter la rétention des demandeurs à des circonstances exceptionnelles »³³. À suivre l'avocat général, la protection offerte par le droit de l'Union serait plus importante sur ce point que celle que la Cour européenne des droits de l'homme déduit de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par l'arrêt *Al Chodor*, la Cour insiste, en outre, sur la circonstance que les garanties de légalité de la privation de liberté influent la qualité de la législation nationale, qui doit être suffisamment précise. Ce faisant, la Cour prolonge la ligne de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 5 de la Convention. Dans l'arrêt *Khlaifia c. Italie* précité, la Cour de Strasbourg a prononcé une violation de l'article 5 de la Convention au motif, notamment, que la législation italienne relative à la privation de liberté manquait de précision³⁴. Il y a toutefois une différence de degré entre l'absence de définition du risque de fuite dont traite la Cour de justice dans

(26) C.E.D.H., 4 avril 2017, *Thimothawes c. Belgique*, req. n° 29061/11, obs. L. Leboeuf, « Rétention des demandeurs d'asile - De la subsidiarité et des imprécisions du contrôle strasbourgeois », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2017. Il est à noter que, dans cet arrêt, la Cour demeure silencieuse sur les éléments que le juge national devait prendre en considération. Elle avait toutefois fait preuve de pédagogie dans la décision d'irrecevabilité *Muzamba Oyam c. Belgique*, req. n° 23707/15, dont la lecture est plus riche d'enseignements. La Cour y faisait état de la motivation de l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation, où la situation personnelle du requérant avait fait l'objet d'un examen approfondi comprenant une analyse de son droit à la vie familiale et de la réalité du risque de fuite. Sur la pratique belge relative à la privation de liberté des demandeurs d'asile, voy. M. Claes, « Detentie van asielzoekers : de Belgische praktijk », *T. Vreemd.*, 2017, p. 25. (27) C.J., *K.*, op. cit., point 43. (28) C.E.D.H., 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, req. n° 16483/12, point 106 ; cette chronique, *J.D.E.*, 2017, p. 118, note 84. Voy. aussi à propos de la privation de liberté des demandeurs d'asile pratiquée de façon systématique à la frontière hongroise, C.E.D.H., 14 mars 2017, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, op. cit. (29) Pour la présentation de projets de réforme et une approche centrée sur le choix par les personnes, complétés par d'autres mécanismes de compensation entre États, voy. F. Maiani et C. Hruschka, « Le rapport du Parlement européen sur la réforme du système Dublin : une proposition audacieuse mais pragmatique », *eumigrationlawblog.eu*, 11 janvier 2018. (30) C.J., 15 mars 2017, *Al Chodor*, aff. C-528/15, EU:C:2017:213, obs. J.-B. Farcy, « L'appréciation du risque de fuite d'un demandeur d'asile faisant l'objet d'une procédure de transfert Dublin doit être encadrée par des critères légaux : quelles conséquences en droit belge et en matière de retour ? », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2017 ; F. Gazin, *Europe*, mai 2017, p. 21, comm. 174. (31) Article 2, n), du règlement Dublin. (32) C.J., *K.*, op. cit., point 40. (33) Conclusions de l'avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe, présentées le 10 novembre 2016 dans l'affaire C-528/15, EU:C:2016:865, point 56. (34) C.E.D.H., 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, req. n° 16483/12, point 105.



l'arrêt *Al Chodor*, d'une part, et la privation de liberté *de facto*, en l'absence de base légale claire et accessible, telle que censurée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Khlaf*, d'autre part. Le degré de contrôle diffère, mais sa nature est similaire.

21. Les conséquences de l'arrêt *Al Chodor* ne sont pas négligeables, puisque la Cour estime que faute de transposition correcte du règlement Dublin en droit national, avec une définition précise du « risque de fuite », un demandeur d'asile ne peut être privé de liberté. En France, la Cour de cassation a considéré qu'aucun demandeur d'asile ne pourra être privé de liberté en vue de son transfert vers l'État membre responsable de l'examen de sa demande, sur le fondement d'un risque de fuite, tant que ce dernier n'aura pas été précisé par le droit national⁽³⁵⁾. En Belgique, le risque de fuite est défini par la loi relative aux étrangers comme un risque « réel et actuel » de se soustraire aux autorités, à évaluer sur la base d'« éléments objectifs et sérieux »⁽³⁶⁾. Aucune disposition au sein de la législation nationale ne précise, toutefois, les conditions à respecter pour priver un demandeur d'asile de liberté en application du règlement Dublin. Si le risque de fuite fait l'objet d'une définition générale au sein de la loi du 15 décembre 1980, aucune disposition légale ne relie cette définition à la privation de liberté d'un demandeur d'asile en application du règlement Dublin. Divers arrêts des juridictions d'instruction ont toutefois considéré qu'un étranger privé de liberté en vue de son transfert vers un autre État membre en application du règlement Dublin est en séjour irrégulier au sens de la directive retour, dès l'écoulement du délai de départ volontaire tel que consacré par l'ordre de quitter le territoire adopté en application du règlement Dublin, ou s'il n'a pas introduit de demande d'asile en Belgique. Elles en ont déduit que telle rétention ne relève pas du champ d'application du règlement Dublin, mais de celui de la directive retour, de sorte que l'étranger concerné ne peut bénéficier de la jurisprudence *Al Chodor*⁽³⁷⁾. Par un arrêt du 20 décembre 2017, la Cour de cassation semble toutefois s'être prononcée contre cette interprétation en cassant un arrêt de la chambre des mises en accusation de Bruxelles relatif à un ressortissant soudanais que les autorités entendaient renvoyer vers l'Italie, sans qu'il ait introduit de nouvelle demande d'asile en Belgique⁽³⁸⁾. C'est à tort, dit la Cour de cassation, que le juge du fond a considéré que le règlement Dublin ne lui était pas applicable. Cette jurisprudence doit être approuvée dans la mesure où

elle préserve la valeur ajoutée du règlement Dublin, tel qu'interprété par la Cour dans l'arrêt *Al Chodor*⁽³⁹⁾.

b. La compatibilité du transfert avec les droits fondamentaux

22. C.K.⁽⁴⁰⁾. — Par l'arrêt *C.K.*, la Cour juge qu'un demandeur d'asile ne peut pas être transféré vers l'État membre responsable de l'examen de sa demande, lorsqu'il souffre d'une affection mentale ou physique telle que pareil transfert constituerait un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux. En l'espèce, la capacité de l'État membre responsable, à savoir la Croatie, d'accorder au requérant des soins médicaux adéquats n'était pas remise en cause. La question portait sur l'hypothèse où c'est le transfert en lui-même qui violerait les droits fondamentaux, en ce que le simple fait d'exiger du demandeur d'asile qu'il se rende sur le territoire d'un autre État membre aurait des conséquences graves et irrémédiables sur sa santé. La Cour rappelle, d'abord, les divers mécanismes du règlement Dublin permettant aux États membres d'organiser le transfert en prenant en considération les maladies dont pourrait souffrir un demandeur d'asile, comme un certificat de santé et un formulaire type destiné à faciliter la continuité des soins. Elle insiste sur l'obligation des États membres d'organiser le transfert « de manière à ce que le demandeur d'asile concerné soit accompagné, pendant le transport, du personnel médical adéquat, disposant du matériel, des ressources et des médicaments nécessaires, de manière à prévenir toute aggravation de sa santé ou tout acte de violence de celui-ci envers lui-même ou les tiers »⁽⁴¹⁾. La Cour juge, ensuite, que si ces garanties devaient ne pas suffire, l'exécution du transfert du demandeur d'asile doit être suspendue « aussi longtemps que son état ne le rend pas apte à un tel transfert »⁽⁴²⁾. Elle rappelle que, puisque le règlement Dublin prévoit un délai maximum de six mois pour procéder au transfert, une suspension au-delà de ce délai a pour effet d'engendrer l'obligation de l'État membre où le demandeur se trouve d'examiner la demande d'asile.

23. Par l'arrêt *C.K.*, la Cour veille à assurer une application du règlement Dublin conforme aux droits fondamentaux, tout en protégeant le caractère discrétionnaire de l'article 17 du règlement. Celui-ci autorise les États membres à examiner une demande d'asile quand bien même cette responsabilité ne leur est pas imposée par le règlement, si tel est leur bon vouloir. La Cour prend le soin

(35) Cass., France, 27 septembre 2017, n° 17-15.160 ; D. Rittleng, A. Bouveresse et E. Muller, « Jurisprudence administrative française intéressant le droit de la union européenne », *R.T.D.E.*, 2017, p. 802. (36) Article 1, 11°, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584. Voy. J.-Y. Carlier et S. Sarolea, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 226. La Cour de cassation a considéré que cette définition est suffisamment précise : quand bien même elle octroie un pouvoir d'appréciation au juge, notant qu'« il faut [...] tenir compte du caractère de généralité de la loi, de la diversité des situations auxquelles elle s'applique et de l'évolution des comportements qu'elle embrasse » (Cass. Belgique, 20 décembre 2017, n° P.17.1232F ; *contra*, C.C.E., 12 octobre 2017, n° 193.500). (37) Voy. notamment Anvers, *mis. acc.*, 11 mai 2017, n° K/1021/2017, obs. M. Lys, « La détention des demandeurs d'asile faisant l'objet d'une décision de transfert en application du règlement Dublin III : une jurisprudence en contradiction avec les garanties prévues en droit européen », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2017. (38) Cass., Belgique, 20 décembre 2017, n° P.17.1192.F. (39) Dans le nouveau « manuel sur le retour », qui n'a pas de force contraignante, la Commission européenne intègre la jurisprudence *Al Chodor*. Certes, d'une part, elle indique que « le cas dans lequel un ressortissant d'un pays tiers n'a pas demandé l'asile et n'a pas obtenu le droit de séjourner en tant que demandeur d'asile dans le second État membre relève du champ d'application de la directive "retour" », mais, d'autre part, elle souligne également que l'arrêt *Al Chodor* interprétant la notion de risque de fuite dans le règlement Dublin, « confirme de manière indirecte » l'interprétation de la notion de risque de fuite, « dont le libellé est en substance identique » dans la directive retour. Elle invite ainsi à une interprétation similaire de la notion de risque de fuite comme cause de privation de liberté, dans les deux instruments. Recommandation (UE) 2017/2338 de la Commission du 16 novembre 2017 établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour, *J.O.U.E.*, 19 décembre 2017, L 339, p. 83, ici p. 91. Ce manuel remplace celui de 2015 (Recommandation C (2015) 6250). (40) C.J., 16 février 2017, *C.K.*, *H.F. et A.S.*, aff. C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, obs. S. Barbou des Places, *op. cit.*, *R.T.D.E.*, 2017, p. 346 ; F. Benoît-Rohmer, « Union européenne et droits fondamentaux », *R.T.D.E.*, 2017, p. 358 ; E. Bribosia et C. Rizcallah, « Arrêt "C.K." : transfert "Dublin" interdit en cas de risque de traitements inhumains et dégradants tenant à la situation particulière d'un demandeur d'asile », *J.D.E.*, 2017, p. 181 ; H. Labayle, « Escalade à Canossa ? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert "Dublin" vue par la Cour de justice », *GDR-ELSJ*, 1^{er} mars 2017 ; J. Petit, « Petit à petit la vulnérabilité fait son nid... Quelques réflexions à propos de l'arrêt C.K. du 16 février 2017 », *GDR-ELSJ*, 19 mars 2017 ; F. Gazin, *Europe*, avril 2017, comm. 140 ; J.-P. Jacqué, « Confiance mutuelle, fin d'une saga ? », accessible sur blogdroiteuropeen.com. (41) *Ibidem*, point 81. (42) *Ibidem*, point 85.



Chroniques

d'offrir aux États membres une autre possibilité que l'usage de la clause discrétionnaire pour respecter les droits fondamentaux, en prévoyant la simple suspension du transfert. La Cour suit en cela sa jurisprudence antérieure, en particulier l'arrêt *N.S.* Dans cet arrêt, la Cour avait jugé qu'un demandeur d'asile ne peut pas être transféré vers un État membre où il risque de souffrir d'une violation de ses droits fondamentaux, en raison d'une défaillance systémique en matière d'asile dans cet État membre, en l'occurrence la Grèce à l'époque. Elle avait alors jugé que l'État membre où le demandeur d'asile se trouve n'a pas l'obligation de faire usage de la clause discrétionnaire pour examiner lui-même la demande d'asile, mais peut appliquer les critères de détermination suivants dans la hiérarchie du règlement Dublin⁴³.

24. Derrière la continuité de l'arrêt *C.K.* avec la jurisprudence *N.S.* transparaît, cependant, la volonté de la Cour de clôturer définitivement les controverses nées de l'arrêt *Abdullahi*. Par cet arrêt, la Cour avait invoqué la confiance mutuelle que doivent s'accorder les États membres en ce qui concerne le respect, par chacun, du droit de l'Union et en particulier des droits fondamentaux des demandeurs d'asile, pour limiter le contrôle du juge national à une vérification de l'absence de défaillance systémique dans l'État membre qui a accepté sa responsabilité d'examiner une demande d'asile⁴⁴. Cet arrêt avait déjà subi un premier revirement à l'occasion de l'arrêt *Ghezelbash*, par lequel la Cour a argué du renforcement des garanties procédurales par la troisième version du règlement Dublin, adoptée entre-temps, pour considérer que le contrôle du juge national s'étend au-delà de l'hypothèse où une défaillance systémique en matière d'asile dans l'État membre responsable serait alléguée, contrairement à ce que paraissait indiquer l'arrêt *Abdullahi*⁴⁵. L'arrêt *C.K.* considère, quant à lui, qu'un transfert ne peut pas être exécuté en violation des droits fondamentaux quand bien même cette violation ne serait pas due à une défaillance systémique dans l'État membre responsable. La Cour s'écarte, ce faisant, des conclusions de l'avocat général Tanchev, qui considérait au contraire qu'il ne pouvait être déduit ni du règlement ni de la Charte une obligation pour un État membre de s'abstenir de transférer un demandeur d'asile, hors l'hypothèse où le système d'asile de l'État membre responsable souffre d'une défaillance systémique⁴⁶. Il ne faut, toutefois, pas lire dans l'arrêt

C.K. un abandon du principe de confiance mutuelle, pour deux raisons. Premièrement, la Cour précise explicitement qu'elle n'entend pas remettre en cause la confiance mutuelle. Elle souligne que « loin d'affecter l'existence d'une présomption de respect des droits fondamentaux dans chaque État membre, elle assure que les situations exceptionnelles envisagées dans le présent arrêt sont dûment prises en compte par les États membres »⁴⁷. Deuxièmement, dans le cas d'espèce, comme la Cour le souligne, le risque de violation des droits fondamentaux résulte du transfert lui-même, non du traitement qui serait infligé dans l'État membre responsable de l'examen de la demande vers lequel le transfert est opéré⁴⁸.

“Par l'arrêt *C.K.*, la Cour de justice affirme sa foi en la possibilité de concilier le principe de confiance mutuelle et le respect des droits fondamentaux”

25. Bien qu'incertaine sur la base du cas d'espèce, une extension de l'examen individuel du risque, tant au risque dans le pays de destination qu'au risque lors du transfert, paraît inévitable. La protection contre le traitement inhumain ou dégradant est absolue et indérogeable. Elle suppose un examen individuel, *in concreto*, lequel doit nécessairement se réaliser indépendamment du lieu où le risque de traitement inhumain ou dégradant pourrait se matérialiser, que ce soit dans l'avion, à l'aéroport de départ ou de destination ou encore dans le pays de destination. Telle est au demeurant la seule façon de concilier pleinement les jurisprudences strasbourgeoise et luxembourgeoise. Après l'arrêt *M.S.S.* (Strasbourg), l'arrêt *N.S.* (Luxembourg) prend en considération le risque systémique. Après l'arrêt *Tarakhel* (Strasbourg), la jurisprudence de Luxembourg doit nécessairement prendre en considération le risque individuel, quand bien même la jurisprudence *Tarakhel* concernait un risque individuel en Italie en cas de transfert depuis la Suisse, État qui, bien qu'associé aux mécanismes de Dublin, n'est pas membre de l'Union et partant n'est pas, *stricto sensu*, soumis au principe de confiance mutuelle⁴⁹. L'objectif poursuivi est bien la nécessaire protection dès qu'il y a

(43) C.J., 21 décembre 2011, *N.S. et M.E.*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, *Rec.*, 2011, p. I-13905 ; C.J., 14 novembre 2013, *Puid*, aff. C-4/11, EU:C:2013:740, dont les enseignements sont actuellement consacrés par l'article 3, § 2, du règlement Dublin III. Sur le caractère « discrétionnaire » de la clause du même nom, voy. aussi C.J., 30 mai 2013, *Halaf*, aff. C-528/11, EU:C:2013:342. (44) C.J., 10 décembre 2013, *Abdullahi*, aff. C-394/12, EU:C:2013:813. Sur ces controverses, voy. notamment H. Labayle, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *C.D.E.*, 2014, p. 521, n° 58. (45) C.J., 7 juin 2016, *Ghezelbash*, aff. C-63/15, EU:C:2016:409 ; voy. cette chronique, *J.D.E.*, 2017, p. 114, n° 15 ; dans le même sens : C.J., 7 juin 2016, *Karim*, aff. C-155/15, EU:C:2016:410. (46) Conclusions de l'avocat général M. Evgeni Tanchev, présentées le 9 février 2017 dans l'affaire C-578/16 PPU, EU:C:2017:108. (47) C.J., *C.K.*, *op. cit.*, point 95. (48) *Ibidem*, points 71-73. (49) C.E.D.H., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12. La Cour constitutionnelle d'Allemagne s'est prononcée, en faisant référence à la jurisprudence *Tarakhel*, contre le renvoi en Bulgarie d'une famille syrienne composée d'une femme seule avec quatre enfants mineurs, considérant que la juridiction inférieure n'avait pas pris suffisamment en considération les besoins particuliers et la vulnérabilité de cette famille, C.C. Allemagne, 29 août 2017, 2 BvR 863/17. Dans un autre domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, étant la reconnaissance entre les États membres de jugements en matière civile, voy. C.E.D.H., 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie*, req. n° 1750/07. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg, en grande chambre, tout en considérant qu'il n'y a pas eu violation des droits fondamentaux, en l'espèce protégés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, souligne que le principe de confiance mutuelle, dont elle admet la légitimité, ne peut conduire à « limiter aux seuls cas exceptionnels le contrôle par l'État requis du respect des droits fondamentaux par l'État d'origine ». En effet, dit la Cour, tel contrôle, s'il était limité et non complet « pourrait, dans des situations concrètes, aller à l'encontre de l'obligation qu'impose la [Convention] de permettre au moins au juge de l'État requis de procéder à un contrôle adapté à la gravité des allégations sérieuses de violation des droits fondamentaux dans l'État d'origine afin d'éviter une insuffisance manifeste dans la protection de ces droits » (point 114). Cela correspond, dans le mécanisme de transferts Dublin, au contrôle par l'État de départ du respect des droits fondamentaux par l'État de destination. La Cour de Strasbourg poursuit une approche similaire lorsqu'elle examine le rapport entre la Convention et le droit international, considérant que « l'État défendeur ne peut pas valablement se contenter d'avancer la nature contraignante des résolutions du Conseil de sécurité ; il doit convaincre la Cour qu'il a pris — ou au moins tenté de prendre — toutes les mesures envisageables en vue d'adapter le régime des sanctions à la situation individuelle des requérants leur assurant au moins une protection adéquate contre l'arbitraire » (C.E.D.H., 21 juin 2016, *Al Dulimi et Montana management c. Suisse*, req. n° 5809/08, point 149, à propos du gel des avoirs d'Iraniens en Suisse, violation de l'article 6 de la Convention). Pour une étude de la relation entre confiance mutuelle et droits fondamentaux, voy. notamment F. Benoît-Rohmer, « Les Cours européennes face au défi de la confiance mutuelle », *R.T.D.H.*, 2017, p. 391 ; E. Bribosia et A. Weyenbergh, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : "back to the future" », *C.D.E.*, 2016, p. 469.



« des motifs sérieux et avérés de croire qu'il y a un risque réel de torture ou de traitement inhumain ou dégradant », selon la formule strasbourgeoise. En conséquence, l'examen individuel doit s'étendre au risque pendant le transfert et dans l'État de destination. C'est, du reste, ce que la Cour fait déjà dans l'arrêt *Jafari* commenté ci-dessous. Après y avoir dit que le renvoi vers la Croatie était, *a priori*, conforme au mécanisme Dublin, la Cour prend le soin d'ajouter, avec une référence à l'arrêt *C.K.*, qu'un « transfert ne pourrait pas être exécuté si, à la suite de l'arrivée d'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers souhaitant obtenir une protection internationale, un tel risque [de traitements inhumains ou dégradants interdits par l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux] était présent dans l'État membre responsable », c'est-à-dire, dans l'État vers lequel le transfert est effectué⁽⁵⁰⁾. Cette conformité à la jurisprudence strasbourgeoise, fondée sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est, d'ailleurs, imposée par la Charte des droits fondamentaux pour trois motifs. Premièrement, selon l'article 51, les États membres de l'Union doivent respecter la Charte « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »⁽⁵¹⁾. Deuxièmement, l'article 4 de la Charte « correspond parfaitement au texte de l'article 3 de la C.E.D.H. »⁽⁵²⁾. Troisièmement, selon l'article 52, § 3, « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [Convention], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Cette « boussole » indique bien comme nord une « obligation d'interprétation conciliante »⁽⁵³⁾. On a pu relever que les juges de Luxembourg ne se conforment pas toujours parfaitement aux positions de leurs collègues de Strasbourg, tout en constatant, sur cette question de l'asile, que « sans pour autant revenir sur sa jurisprudence *N.S.*, la Cour de justice s'est récemment efforcée [avec l'arrêt *C.K.*] de donner des gages à la Cour de Strasbourg en s'alignant sur des standards fixés par cette dernière en matière de traitements inhumains ou dégradants »⁽⁵⁴⁾. Par l'arrêt *C.K.*, la Cour de justice affiche donc son intention de n'abdiquer ni la confiance mutuelle ni le respect des droits fondamentaux⁽⁵⁵⁾. Elle affirme sa foi en la possibilité de concilier l'un et l'autre, s'engageant dans la poursuite d'un exercice d'équilibre qui, s'il réussit, pourrait bien reléguer l'arrêt *Abdullahi* au titre d'une malencontreuse parenthèse historique. Le coup de pouce est ici réussi.

2. Sur la célérité du transfert du demandeur d'asile vers l'État membre responsable de l'examen de sa demande

26. Khir Amayri⁽⁵⁶⁾. — La Cour de justice juge que le délai de six semaines consacré par le règlement Dublin pour exécuter le transfert d'un demandeur d'asile privé de liberté à cette fin, sous peine pour l'État membre où le demandeur se trouve de devoir examiner lui-même la demande, ne trouve à s'appliquer que lorsque le demandeur était privé de liberté lors de l'acceptation de la requête de (re)prise en charge par l'État membre responsable. Si le demandeur d'asile est privé de liberté ultérieurement, les délais de transfert ordinaires du règlement Dublin trouvent à s'appliquer, sous réserve du respect de l'obligation générale de diligence à laquelle l'État est toujours soumis lorsqu'il prive un étranger de liberté en vue de son expulsion. La Cour précise, en outre, que l'introduction d'un recours avec effet suspensif à l'encontre d'une décision de transfert a pour effet de suspendre le délai de six semaines, conformément à sa jurisprudence *Petrosian*, relative aux délais ordinaires de transfert⁽⁵⁷⁾.

27. Mengesteab⁽⁵⁸⁾ et *Shiri*⁽⁵⁹⁾. — Les arrêts *Mengesteab* et *Shiri* confirment la possibilité, pour le demandeur d'asile, d'invoquer devant le juge national la violation des délais stricts consacrés par le règlement Dublin pour garantir la célérité des procédures d'identification de l'État membre responsable, d'une part, et de transfert du demandeur d'asile, d'autre part. Par l'arrêt *Mengesteab*, la Cour confirme qu'un demandeur d'asile peut invoquer le dépassement du délai consacré par le règlement Dublin pour adresser une requête de prise en charge. Le dépassement du délai a pour conséquence de rendre l'État membre où il se trouve responsable de l'examen de sa demande. Le délai pour introduire une requête de prise en charge est de trois mois à compter de l'introduction de la demande d'asile, ou de deux mois si l'État membre responsable a été identifié grâce à un « hit » Eurodac⁽⁶⁰⁾. La Cour précise également qu'une demande d'asile doit être considérée comme étant introduite dès que « l'autorité compétente [...] [est] informée, d'une manière certaine, du fait qu'un ressortissant de pays tiers a sollicité une protection internationale, sans qu'il soit nécessaire qu'un document écrit dressé à cette fin revête une forme précisément déterminée »⁽⁶¹⁾. En d'autres termes, l'expression sans équivoque, par un étranger, de sa volonté de solliciter l'asile vaut introduction d'une demande d'asile sans qu'il soit nécessaire que diverses formalités relatives à l'enregistrement de cette demande aient été réalisées par l'autorité nationale compétente⁽⁶²⁾. Par l'arrêt *Shiri*, la Cour juge qu'un demandeur d'asile peut se prévaloir de l'expira-

(50) C.J., 26 juillet 2017, *Jafari*, aff. C-646/16, EU:C:2017:586, point 101. En visant un nombre élevé d'arrivées, la Cour n'utilise pas le concept de défaillance systémique, mais bien d'examen individuel. (51) Pour une synthèse récente sur cette question, F. Picod, « Champ d'application », in F. Picod et S. van Drooghenbroeck, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 1059. (52) W. Shabbas, « Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », in F. Picod et S. van Drooghenbroeck, *loc. cit.*, p. 103. (53) A. Bailleux, « Portée et interprétation des droits et principes », in F. Picod et S. van Drooghenbroeck, *loc. cit.*, p. 1118. (54) *Ibidem*, p. 1127, note 42. (55) Voy. en ce sens, K. Lenaerts, « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *C.M.L.Rev.*, 2017, p. 832 ; P. Gilliaux, « C.J.U.E. et Cour E.D.H. : "Pourquoi la guerre aurait-elle lieu ?" », *C.D.E.*, 2016, p. 867. (56) C.J., 13 septembre 2017, *Khir Amayri*, aff. C-60/16, EU:C:2017:675. (57) C.J., 29 janvier 2009, *Petrosian*, aff. C-19/08, *Rec.*, 2009, p. I-495, cette chronique, *J.D.E.*, 2010, p. 81, n° 9. (58) C.J., 26 juillet 2017, *Mengesteab*, aff. C-670/16, EU:C:2017:587, obs. P. McDonough, « Linking Efficiency with Fundamental Rights in the Dublin System : the Case of *Mengesteab* », *Verfassungsblog*, 14 août 2017, F. Gazin, *Europe*, octobre 2017, comm. 354. (59) C.J., 25 octobre 2017, *Shiri*, aff. C-201/16, EU:C:2017:805, obs. F.-L. Gatta, « Dublin Transfers and the Right to an Effective Remedy : Between Efficiency and the Protection of Fundamental Rights », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2017, F. Gazin, *Europe*, novembre 2017, p. 21, comm. 455. (60) Article 21 du règlement Dublin. (61) C.J., *Mengesteab*, *op. cit.*, point 88. (62) En Belgique, la cour du travail de Bruxelles a, par exemple, considéré qu'un étranger bénéficie de la qualité de demandeur d'asile et du droit aux conditions matérielles d'accueil dès qu'il a fait valoir aux autorités sa volonté de demander l'asile, quand bien même cette demande n'a pas été formellement enregistrée par l'Office des étrangers (C.T. Bruxelles, 2^e ch., 7 décembre 2015, R.G. n° 2015/KB/5). En France, l'arrêt *Mengesteab* implique également qu'une demande d'asile doit être considérée comme étant introduite, au sens du règlement Dublin, dès qu'elle a été « présentée » aux autorités françaises, au sens du droit français (C.A.A., Bordeaux, 22 décembre 2017, n° 17BX03212, obs. E. Neraudau, « Début du processus Dublin et délais de saisine des autorités responsables : une application française de l'arrêt C.J.U.E., *Tsegeab Mengesteab* du 26 juillet 2017 », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2018).



Chroniques

tion du délai de six mois consacré par le règlement Dublin, pour le transférer sur le territoire de l'État membre responsable de l'examen de sa demande. Elle souligne également, à cette occasion, que l'effectivité du recours à l'encontre d'une décision de transfert implique que le demandeur puisse invoquer des circonstances postérieures à l'adoption de cette dernière. Ces arrêts rejoignent la ligne de jurisprudence antérieure de la Cour, telle qu'elle ressort des arrêts *Karim* et *Ghezelbash* précités, en ce qu'ils confirment l'étendue de la compétence du juge national de contrôler le respect de l'ensemble des dispositions du règlement Dublin, et non seulement l'absence de défaillance systémique au sein de l'État membre responsable ainsi qu'une certaine interprétation de l'arrêt *Abdullahi* le laissait à penser⁶³.

3. Sur l'objectivité des critères de détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande d'asile

28. A.S.⁶⁴ et Jafari⁶⁵. — La Croatie et la Slovaquie, confrontées à l'arrivée « d'un nombre exceptionnellement élevé » de demandeurs d'asile de septembre 2015 à mars 2016, leur ont temporairement permis d'entrer sur leur territoire, à titre de transit, pour se rendre dans d'autres États membres. Malgré ces circonstances particulières, la Cour estime que Croatie et Slovaquie peuvent être désignées comme responsables de l'examen de ces demandes d'asile en application du règlement Dublin, au titre d'État membre dont la frontière extérieure a été irrégulièrement franchie. Ce n'est pas parce qu'un État membre tolère l'entrée d'un demandeur d'asile, sans qu'il réponde aux conditions d'entrée fixées par le Code frontières Schengen, que ce dernier doit être considéré comme ayant régulièrement franchi sa frontière au sens du règlement Dublin. Peu importe, à cet égard, que la tolérance ait été justifiée par une arrivée soudaine et importante de demandeurs d'asile⁶⁶. Dans ses conclusions, l'avocat général Sharpston suggérerait une toute autre interprétation⁶⁷. Elle proposait d'interpréter la notion de « franchissement irrégulier de la frontière extérieure » différemment selon qu'il s'agisse du Code frontières Schengen ou du règlement Dublin, au motif que leur base juridique diffère. À suivre l'avocat général, un franchissement de la frontière en violation des conditions d'entrée fixées par le Code frontières Schengen peut ne pas être considéré comme un franchissement irrégulier au sens du règlement Dublin. En outre, il pourrait être considéré qu'en tolérant temporairement la traversée de leurs frontières, la Croatie et la Slovaquie ont en réalité fait usage de la possibilité, que leur offre le Code frontières Schengen, de déroger aux conditions d'entrée pour motifs humanitaires. Cela suppose toutefois de considérer que pareille dérogation pourrait être accordée à un groupe, sans examen individuel.

Le ton adopté par l'avocat général se veut particulièrement prudent. Elle souligne la difficulté qu'il y a à interpréter le règlement Dublin face à une situation d'afflux massif, qu'il n'entend en réalité pas régler. Il y a là un « vide », selon l'avocat général, qui résulte de ce que le consensus politique a manqué pour apporter une réponse adéquate à la situation exceptionnelle à laquelle les Balkans occidentaux ont été confrontés : « Les circonstances au moment de l'époque des faits semblent dans un vide pour lequel il n'existe pas de disposition juridique précise que ce soit dans les traités ou dans le droit dérivé⁶⁸. » Il en résulte un « risque réel » que la Croatie et la Slovaquie se trouvent face à une situation à laquelle il leur est impossible de faire face, ce qu'il convient de prendre en considération. On notera que la Cour s'est tout de même montrée attentive aux réalités. Le même jour, dans l'arrêt *Mengesteab* commenté ci-dessus, elle a considéré que le demandeur d'asile pouvait s'opposer à son transfert dès le dépassement du délai de trois mois (ou de deux mois) pour adresser une requête de prise en charge à l'État responsable. En l'espèce, pour la grande majorité des demandeurs d'asile ayant transité par la Croatie et par la Slovaquie, ce délai était dépassé.

29. Néanmoins, les conclusions de l'avocat général ont ceci d'intéressant qu'elles soulignent à juste titre l'inadéquation du règlement Dublin pour répondre à une situation d'afflux massif. « Pour le dire sans ambages, il [était] demandé à la Cour de fournir une solution juridique et de l'adapter rétrospectivement à une situation de fait que les règles de droit applicables sont mal armées pour traiter⁶⁹ ». Les arrêts A.S. et *Jafari* doivent, en effet, se comprendre dans le contexte particulier de la « crise de l'asile » survenue durant l'été 2015. Par son raisonnement, la Cour tente de préserver le règlement Dublin même en situation de crise. Elle fera de même un mois plus tard, dans sa jurisprudence *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, exposée ci-après, relative au mécanisme temporaire de relocalisation. Par un effet miroir destiné à veiller aux intérêts des États et des personnes, la Cour impose conjointement le respect strict du règlement Dublin d'une part et du mécanisme de relocalisation d'autre part, dans la mesure où ce dernier tente de corriger, au moins partiellement, les effets du mécanisme de Dublin qui sont particulièrement défavorables pour les États membres situés aux frontières extérieures de l'Union. L'avocat général ajoutait ce petit coup de pouce permettant au droit de mieux approcher le réel. Par une prudence diversement appréciée, la Cour s'en abstient ici.

C. Le mécanisme temporaire de relocalisation

30. République slovaque et Hongrie c. Conseil⁷⁰. — Par l'arrêt *République slovaque et Hongrie c. Conseil*, la Cour de justice se

(63) Sur l'étendue du contrôle du juge national sur les décisions de transfert adoptées en application du règlement Dublin, voy. aussi M. Den Heijer, « Remedies in the Dublin Regulation : *Ghezelbash* and *Karim* », *C.M.L.Rev.*, 2017, p. 859 ; S. Morgades-Gil, « The Right to Benefit from an Effective Remedy against Decisions Implying the Return of Asylum-seekers to European Safe Countries », *E.J.M.L.*, 2017, p. 225. (64) C.J., 26 juillet 2017, A.S., aff. C-490/16, EU:C:2017:585 ; F. Gazin, *Europe*, octobre 2017, comm. 355 ; N.K. Salamon, « CJEU Rulings on the Western Balkan Route : Exceptional Times do not Necessarily Call for Exceptional Measures », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11 décembre 2017 ; I. Goldner Lang, « Croatia and EU Asylum Law : Playing on the Sidelines or at the Centre of Events ? », in V. Stoyanova et E. Karageorgiou (dir.), *The New Asylum and Transit Countries in Europe During and in the Aftermath of the 2015/2016 Crisis*, à paraître, Brill, 2018, accessible sur SSRN. (65) C.J., 26 juillet 2017, *Jafari*, *op. cit.* ; F. Gazin, *Europe*, octobre 2017, comm. 353. (66) Il est, à cet égard, illustratif de noter que la Cour justifie l'application stricte du règlement Dublin, notamment par le fait que la directive 2001/55 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées fait référence, en son article 18, aux critères de Dublin. C'est toutefois omettre la force d'un fait : à aucun moment, durant la crise, le Conseil n'a été en mesure, politiquement, de décider à la majorité requise, d'appliquer cette directive protection temporaire qui eût dû l'être (arrêt *Jafari*, *op. cit.*, point 97). (67) Conclusions de l'avocat général M^{me} Eleanor Sharpston présentées le 8 juin 2017, aff. C-490/16, EU:C:2017:443. (68) *Ibidem*, point 171. (69) *Ibidem*, point 109. (70) C.J.U.E., 6 septembre 2017, *République slovaque et Hongrie c. Conseil*, aff. jointes C-643/15 et C-647/15, EU:C:2017:631 ; obs. H. Labayle, « La solidarité n'est pas une valeur : la validation de la relocalisation temporaire des demandeurs d'asile par la Cour de justice », *EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog*, 7 septembre 2017 ; L. Leboeuf, « Relocalisation des demandeurs d'asile - La Cour de justice confrontée à l'identité nationale », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017 ; M. Ovadek, « The EU as the Appropriate Locus of Power for Tackling Crises : Interpretation of Article 78(3) TFEU in the case *Slovakia and Hungary v Council* », *Verfassungsblog*, 7 septembre 2017 ; S. Peers, « A Pyrrhic victory ? The ECJ upholds the EU law on relocation of asylum-

prononce sur le recours en annulation introduit à l'encontre de la décision du Conseil prévoyant la relocalisation de 120 000 demandeurs d'asile de la Grèce et de l'Italie vers les autres États membres⁷¹. Cette décision a été adoptée au plus fort de la « crise de l'asile » qui frappa l'Union durant l'été 2015. Elle fait suite à une décision similaire, qui concernait 40 000 demandeurs d'asile, dont la légalité n'avait pas été contestée⁷². La question, hautement sensible en raison de la vive opposition du groupe de Visegrad, a donné lieu à un arrêt fleuve. Cet arrêt aborde de nombreux aspects de droit institutionnel relatifs, notamment, à l'étendue de la compétence du Conseil dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 78, § 3, TFUE, qui l'autorise à adopter, sur proposition de la Commission, des mesures provisoires au bénéfice des États membres confrontés à « une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers ». On en retiendra, ici, que la Cour se montre particulièrement soucieuse de préserver une large marge d'appréciation dans le chef du Conseil et de garantir au processus institutionnel une relative souplesse, afin que les normes de l'Union ne constituent pas un obstacle à l'adoption d'un mécanisme temporaire d'urgence. Son raisonnement est entièrement tourné vers la sauvegarde de l'effet utile de l'article 78, § 3, TFUE. Elle accorde, ainsi, une large marge d'appréciation au Conseil et rejette systématiquement les arguments des États membres requérants tendant à reprocher aux institutions européennes de ne pas avoir répondu à diverses formalités de nature à rendre plus difficile l'amendement de la proposition initiale de la Commission en cours de négociations au sein du Conseil.

31. L'arrêt *République slovaque et Hongrie c. Conseil* se veut d'abord et avant tout un arrêt technique. La Cour apporte une réponse systématique aux questions institutionnelles et de compétences soulevées par les États requérants. Elle invoque le caractère marginal de son contrôle pour valider la proportionnalité des arbitrages opérés au sein du Conseil. Que l'on ne s'y trompe pas. Derrière les questions de légalité soulevées par les États requérants se cache une question plus fondamentale, à savoir celle de déterminer si l'identité nationale, telle que définie par un État membre, peut être invoquée à l'encontre des valeurs de l'Union, dont la solidarité. Ainsi, en Hongrie, la Cour constitutionnelle a déjà eu l'occasion de souligner que la primauté du droit de l'Union sur le droit hongrois demeure soumise à la condition que ce dernier respecte notamment l'identité constitutionnelle hongroise⁷³. Dans le champ politique, cette position jurisprudentielle a été interprétée par certains comme impliquant que l'Union ne peut pas imposer l'accueil de demandeurs d'asile, sous peine de porter atteinte à l'identité nationale de ses États membres⁷⁴. Pour cette raison, dans ses conclusions, l'avocat général Yves Bot invitait la Cour à affirmer clairement la primauté des valeurs de l'Union, en l'occurrence la solidarité. Notant que « derrière ce qu'il est convenu d'appeler la "crise migratoire de l'année 2015" se cache une autre crise, à savoir celle du projet d'intégration européenne qui

repose dans une large mesure sur une exigence de solidarité entre les États qui ont décidé d'être parties prenantes à ce projet », il proposait à la Cour de « mettre l'accent sur l'importance de la solidarité en tant que valeur fondatrice et existentielle de l'Union »⁷⁵.

32. Face à un terrain politiquement miné, la Cour a préféré ne pas accorder une place prépondérante aux valeurs de l'Union dans son raisonnement, pour souligner le caractère marginal de son contrôle et la marge d'appréciation du Conseil. Toutefois, le désaveu juridique de la position politique du groupe de Visegrad est bien réel. La Cour se réfère à diverses reprises au principe de solidarité, qui trouve une expression spécifique en matière d'asile au sein de l'article 80 TFUE, pour soutenir la large marge d'appréciation accordée au Conseil. Elle prend également le soin de rejeter l'argumentation de la Pologne, partie intervenante, qui soulignait le caractère, selon elle, disproportionné du mécanisme de relocalisation, en ce qu'il ne tient pas compte de ce qu'elle est un État « presque ethniquement homogène »⁷⁶. Cette intervention étant irrecevable, la Cour n'était pas tenue d'y apporter une réponse. Elle tient, toutefois, à souligner que « des considérations liées à l'origine ethnique des demandeurs de protection internationale ne peuvent pas être prises en compte en ce qu'elles seraient, de toute évidence, contraires au droit de l'Union »⁷⁷. En réalité, ce que la Cour semble éviter soigneusement, c'est de placer en opposition l'identité nationale et les valeurs européennes, les deux devant être conciliées. L'arrêt *République slovaque et Hongrie c. Conseil* ne nous paraît pas mériter les critiques fortes dont il a fait l'objet de part et d'autre. Il fera date, non seulement en ce qu'il préserve la capacité des institutions européennes à réagir efficacement en cas de crise, ou du moins à le tenter, mais également en ce qu'il révèle une sensibilité, sans compromissions, aux revendications d'identité nationale. Le coup de pouce, mesuré et ciblé, est ici justifié.

D. La directive procédures d'asile

33. *Daher*⁷⁸. — Par l'ordonnance *Daher*, la Cour de justice considère que le rejet d'une demande d'asile introduite dans un État membre au motif que le demandeur a obtenu la protection subsidiaire dans un autre État membre, en l'occurrence l'Italie, ne relève pas du champ d'application du règlement Dublin, mais de celui de la directive procédures d'asile. Celle-ci prévoit la possibilité de rejeter une demande d'asile lorsque le demandeur bénéficie du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire au sein d'un État membre de l'Union européenne⁷⁹. La procédure de transfert établie par le règlement Dublin ne trouve donc pas à s'appliquer.

34. Par l'ordonnance *Daher*, la Cour confirme la distinction nette entre d'une part la procédure de détermination de l'État membre responsable d'une demande d'asile, régie par le règlement Dublin, et d'autre part la procédure d'examen de la demande d'asile régie

seekers », *EU Law Analysis*, 8 septembre 2017 ; F. Gazin, *Europe*, novembre 2017, p. 28, comm. 403. (71) Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *J.O.*, L 248, 24 septembre 2015, p. 80. (72) Décision 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *J.O.*, L 239, 15 septembre 2015, p. 145. Voy. cette chronique, *J.D.E.*, 2017, p. 110. On notera que, début septembre 2017, seulement 28 % des relocalisations programmées étaient réalisées, ce dont la Hongrie et la Slovaquie se prévalaient également pour justifier leur refus de participer à un système jugé inefficace. Seuls trois États avaient, à cette date, rempli près de 100 % de leur quota : la Finlande, l'Irlande et Malte. Parmi les mauvais élèves, la Belgique et la France en étaient à un gros 20 % (*M.N.S.*, septembre 2017, p. 12). (73) C. const. (Hongrie), 30 novembre 2016, décision 22/2016 (XII. 5). (74) G. Halmai, « The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity », *Verfassungsblog*, 10 janvier 2017. (75) Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot, présentées le 26 juillet 2017, aff. C-643/15 et C-647/15, EU:C:2017:618, points 18 et 24. (76) C.J., *République slovaque et Hongrie c. Conseil*, *op. cit.*, point 302. (77) *Ibidem*, point 305. (78) C.J. (ord.), 5 avril 2017, *Daher*, aff. C-36/17, EU:C:2017:273. (79) Article 33, § 2, a), de la directive procédures d'asile.

Chroniques

par la directive procédures. Cette distinction nette ressortait également de l'arrêt *Mirza*, par lequel la Cour a jugé que l'application du règlement Dublin ne fait pas obstacle au rejet, par l'État membre responsable, d'une demande d'asile au motif que le demandeur pourrait bénéficier d'une protection dans un pays tiers sûr⁽⁸⁰⁾.

35. En 2017, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a également eu l'occasion de rappeler que le renvoi d'un demandeur d'asile vers un État membre où il s'est vu octroyé la protection subsidiaire suppose de s'assurer que ses vulnérabilités spécifiques seront prises en charge⁽⁸¹⁾. De même, en Belgique, le Conseil du contentieux des étrangers a exigé à diverses reprises de l'administration qu'elle vérifie la capacité de la Bulgarie d'offrir une protection effective à ceux qui s'y sont vu reconnaître un statut de protection, compte tenu de leurs vulnérabilités spécifiques⁽⁸²⁾. Le rejet d'une demande d'asile au motif que le demandeur bénéficie déjà d'une protection dans un État membre de l'Union européenne, en application de la directive procédures, doit donc être soumis au respect de diverses garanties visant à s'assurer de l'effectivité de la protection qui lui sera accordée, en ce compris la prise en charge de ses besoins essentiels.

36. *M.*⁽⁸³⁾ et *Sacko*⁽⁸⁴⁾. — Les arrêts *M.* et *Sacko* ont présenté l'occasion, pour la Cour, d'affiner sa jurisprudence relative au droit du demandeur d'asile d'être entendu. L'arrêt *M.* est le second rendu relativement à la procédure irlandaise, qui prévoit un dédoublement entre la procédure de reconnaissance du statut de réfugié, d'une part, et celle de l'octroi de la protection subsidiaire, d'autre part. Dans un premier arrêt *M.*, la Cour avait jugé que le demandeur d'asile avait le droit d'être entendu sur les motifs fondant sa demande d'octroi de la protection subsidiaire, étant donné que l'occasion ne lui est pas donnée de s'exprimer sur ceux-ci dans le cadre de l'examen de sa demande de reconnaissance du statut de réfugié en raison du dédoublement de la procédure tel que consacré par le droit irlandais⁽⁸⁵⁾. À la suite de cet arrêt, la procédure a suivi son cours en Irlande, et la Cour suprême est amenée à poser, dans la même affaire, une nouvelle question préjudicielle destinée à clarifier la portée exacte du droit d'être entendu sur la demande de protection subsidiaire. En particulier, ce droit d'être entendu comporte-t-il le droit d'appeler ou de mener un contre-interrogatoire de témoins ? Dans le second arrêt *M.*, prononcé cette année, la Cour considère non seulement que le droit d'être entendu n'implique pas celui d'appeler ou de mener un contre-interrogatoire de témoins, mais également que le droit d'être entendu n'implique pas, dans tous les cas, le droit à un entretien oral. Ce dernier peut n'être accordé que lorsque divers éléments relatifs tant à la situation personnelle du demandeur d'asile qu'à la situation générale dans son pays d'origine, nécessitent qu'il soit à nouveau entendu. Plus ferme dans ses conclusions, l'avocat général Mengozzi estimait que même s'il n'y a pas lieu à « la reconnaissance d'un droit absolu à audition personnelle dans tous les cas... l'exigence de garantie particulière d'exercice effectif du droit d'être

entendu dans ce type de procédure... [amène à considérer que] ... l'audition personnelle du demandeur devrait en tout état de cause constituer la règle et non l'exception et que celle-ci pourrait ainsi être omise uniquement dans des cas exceptionnels »⁽⁸⁶⁾. L'arrêt *Sacko* concerne, quant à lui, le droit d'être entendu par la juridiction amenée à statuer sur le rejet de la demande d'asile. La Cour juge, ici aussi, que ce droit n'est pas absolu. Une juridiction nationale peut rejeter le recours introduit contre une décision de refus d'asile au motif qu'elle est manifestement non fondée, sans permettre au demandeur de réaliser une défense orale, pour autant que ce dernier ait été entendu par l'administration lors de la procédure qui a mené au rejet de sa demande, d'une part, et que la transcription de cette audition ait été transmise au juge, d'autre part.

37. Les arrêts *M.* et *Sacko* illustrent la volonté de la Cour d'assurer une application souple du droit d'être entendu, qui garantisse la possibilité effective pour le demandeur d'asile d'avancer les éléments au soutien de sa demande, tout en évitant que ce droit ne soit utilisé pour prolonger la procédure d'asile sans motifs valables. La même dynamique jurisprudentielle que celle développée dans le cadre de la directive retour semble à l'œuvre. La Cour a affirmé le droit du demandeur d'asile d'être entendu avant qu'une décision de retour ne soit adoptée à son encontre, tout en soulignant que ce droit n'était pas absolu, mais pouvait subir des exceptions, notamment lorsque la procédure de retour fait suite à une procédure antérieure durant laquelle l'étranger concerné a bénéficié de la possibilité effective de s'exprimer sur un éventuel retour⁽⁸⁷⁾. Dans tous les cas, le contrôle ultime revient au juge national, qui doit évaluer si l'étranger aurait dû être entendu, compte tenu des éléments qui sont portés à sa connaissance⁽⁸⁸⁾. La violation du droit d'être entendu ne constitue pas une formalité substantielle à peine de nullité. Elle ne justifiera l'annulation ou la réformation de la décision querellée que s'il s'avère que les arguments portés devant le juge auraient pu amener l'administration à adopter une position différente, si elle les avait entendus. Nous avons déjà évoqué, dans les chroniques précédentes, les positions plus fermes de l'avocat général Wathelet sur ce droit d'être entendu, tel qu'il pourrait se déduire de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Nous avons également évoqué la difficulté concrète de relativiser ce droit d'être entendu en conditionnant sa nécessité par son utilité. Par hypothèse, comment savoir si l'audition d'une personne apportera quelque chose d'utile à la décision sans avoir entendu la personne ? Nier cette évidence s'apparente à l'attitude de l'adulte qui refuse d'écouter l'enfant au motif que lui, adulte, sait bien de quoi il retourne. Or, la parole de l'enfant, comme celle de toute personne, révèle parfois bien des mystères. La parole du migrant, en particulier lorsqu'il demande protection, est d'autant plus importante que la procédure est le seul lieu où sa parole pourra être entendue, à défaut de toute autre place dans la société organisée. Il nous semble donc essentiel que le juge exerce un contrôle rigoureux du droit d'être entendu, en procédant à une annulation dès que les arguments portés devant lui semblent *prima*

(80) C.J., 17 mars 2016, *Mirza*, aff. C-695/15 PPU, EU:C:2016:188 ; cette chronique, *J.D.E.*, 2017, p. 114. (81) Comité D.H., 13 juillet 2017, *R.I.H. et S.M.D. c. Danemark*, com. n° 2640/2015, à propos d'un renvoi vers la Bulgarie, obs. T. Maheshe, « Traitements dégradants et conditions de vie misérables », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2017 ; voy. aussi, Comité D.H., 9 octobre 2017, *Hashi c. Danemark*, com n° 2470/2014, à propos du renvoi d'une Somalienne et de son jeune enfant vers l'Italie. (82) C.C.E., 28 novembre 2016, n° 178.479 ; 26 septembre 2016, n° 175.351 ; 28 novembre 2016, n° 178.480 ; 28 novembre 2016, n° 178.481. (83) C.J., 9 février 2017, *M.*, aff. C-560/14, EU:C:2017:101. (84) C.J., 26 juillet 2017, *Sacko*, aff. C-348/16, EU:C:2017:591, obs. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, « Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E. », *A.J.D.A.*, 2017, p. 2305 ; F. Gazin, *Europe*, octobre 2017, comm. 352. (85) C.J., 22 novembre 2012, *M.*, aff. C-277/11, EU:C:2012:744. (86) Conclusions du 3 mai 2016, EU:C:2016:320, points 56 et 67. Comme la Cour toutefois, l'avocat général précise que ce droit d'être entendu n'inclut pas nécessairement le droit à l'audition de témoins. (87) C.J., 5 novembre 2014, *Mukarubega*, aff. C-166/13, EU:C:2014:2336 ; C.J., 11 décembre 2014, *Boudjlida*, aff. C-249/13, EU:C:2014:2431, cette chronique, *J.D.E.*, 2015, p. 119, n° 42-47. (88) C.J., 10 septembre 2013, *G. et R.*, aff. C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, cette chronique, *J.D.E.*, 2014, p. 112.



facie de nature à justifier l'adoption d'une décision différente. Seul pareil contrôle serait de nature à garantir l'effectivité du droit d'être entendu, en incitant l'administration à permettre à l'étranger d'exprimer ses arguments dès avant la prise de décision, dans toutes les hypothèses où ses arguments pourraient être sérieux. L'administration aura d'autant plus intérêt à entendre l'étranger s'il s'avère que la production d'arguments *a priori* sérieux devant le juge impliquera sa censure, alors même qu'elle aurait pu y apporter une réponse si elle en avait eu connaissance au préalable, en réalisant les auditions nécessaires.

E. La directive qualification

38. Lounani⁸⁹. — S'agissant de la définition du réfugié, une autre crise, celle du terrorisme, exporte aussi ses conséquences dans la jurisprudence. Ainsi, en 2017, la seule décision de la Cour de justice sur la définition du réfugié concerne non pas l'inclusion dans ce statut, mais l'exclusion. Par l'arrêt *Lounani*, la Cour de justice précise l'influence d'une condamnation pénale, par un État membre, pour participation à une organisation terroriste sur l'exclusion du statut de réfugié. La Cour rappelle que les critères applicables diffèrent. Selon la directive qualification, reprenant les termes de l'article 1, F, c), de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, des « agissements contraires aux buts et principes des Nations unies » impliquent l'exclusion du statut de réfugié⁹⁰. À suivre les résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, pareils agissements ne se limitent pas aux actes de terrorisme, mais visent tout acte qui y concourt⁹¹. Cette définition est plus large que celle consacrée par la décision cadre 2002/475, qui définit les infractions de nature terroriste au sens du droit de l'Union. Il en résulte, selon la Cour, qu'une condamnation pénale pour terrorisme ne constitue pas un préalable nécessaire à l'exclusion du statut de réfugié. Un examen des faits précis est toujours requis par les instances d'asile. Dans le cadre de pareil examen, toutefois, la circonstance qu'une condamnation pénale pour terrorisme a été prononcée revêt une « importance particulière »⁹². Cela vaut même lorsque, comme en l'espèce, la condamnation a été prononcée en raison du soutien logistique apporté à une organisation terroriste dont le demandeur d'asile était un membre dirigeant, sans qu'il soit nécessaire d'également démontrer qu'il a instigué un acte terroriste concret ou y a participé d'une quelconque autre manière⁹³.

39. L'arrêt *Lounani* fait suite à une saga jurisprudentielle belge. À diverses reprises, le Conseil du contentieux des étrangers (C.C.E.) a annulé les décisions du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (C.G.R.A.) qui excluaient du statut de réfugié à la suite d'une condamnation, prononcée à l'encontre du requérant, par le tribunal correctionnel de Bruxelles, du chef de participation aux activités d'un groupe terroriste islamiste. Déduisant de

la jurisprudence antérieure de la Cour de justice que le C.G.R.A. ne peut se fonder sur cette seule condamnation, mais doit également procéder à un « examen individuel de faits précis », le C.C.E. avait exigé à diverses reprises une meilleure motivation de la décision d'exclusion, avant de reconnaître le statut de réfugié faute d'avoir obtenu une motivation satisfaisante à ses yeux⁹⁴. Le Conseil d'État casse l'arrêt du C.C.E., au motif que ce dernier revêt une motivation contradictoire en ce qu'il prend acte de la condamnation pénale du chef de participation à un groupe terroriste, mais conclut à l'absence d'éléments justifiant l'exclusion du statut de réfugié⁹⁵. Dans un nouvel arrêt, le C.C.E. reconnaît à nouveau la qualité de réfugié, en argumentant que la condamnation pénale se fonde sur la seule appartenance à une organisation qualifiée de terroriste, sans que ni le requérant ni cette organisation ne paraissent avoir commis un acte terroriste concret. Pour le C.C.E., telle motivation n'est pas suffisante pour justifier l'exclusion du statut de réfugié⁹⁶. Saisi d'un nouveau pourvoi, le Conseil d'État pose les questions préjudicielles qui conduisent à l'arrêt *Lounani* de la Cour. Par un arrêt du 16 mai 2017, le Conseil d'État prend acte de la réponse apportée par la Cour de justice et casse l'arrêt rendu par le C.C.E. Il souligne que les actes de participation aux activités d'un groupe terroriste sont de nature à justifier l'exclusion du statut de réfugié, « alors même qu'il n'est pas établi que la personne concernée a commis, tenté de commettre ou menacé de commettre un acte de terrorisme »⁹⁷. Il revient désormais au C.C.E. de se prononcer, compte tenu de ces jurisprudences et de sa compétence pour apprécier l'ensemble des faits propres à l'espèce. S'il ne peut se contenter d'affirmer qu'une condamnation pénale ne suffit pas à exclure du statut de réfugié, il peut aussi affirmer qu'en l'espèce la motivation de la condamnation pénale ne révèle pas suffisamment d'éléments concrets conduisant à l'exclusion. Bien qu'étroite au vu de la jurisprudence de la Cour de justice, cette voie demeure possible.

“Selon la Cour de justice, le fait qu'une condamnation pénale ait été prononcée revêt une importance particulière, mais n'est pas un préalable nécessaire à l'exclusion du statut de réfugié”

40. Indépendamment des controverses propres à la Belgique, l'arrêt *Lounani* précise strictement l'enseignement de l'arrêt *B. et D.* Dans *B. et D.*, la Cour de justice avait insisté sur la nécessité de ne pas se contenter de la participation à une organisation terroriste pour prononcer l'exclusion du statut de réfugié, en enjoignant aux instances nationales de l'asile d'opérer un « examen individuel de faits précis »⁹⁸. La Cour y consacrait l'obligation de ne pas

(89) C.J., 31 janvier 2017, *Lounani*, aff. C-573/14, EU:C:2017:71, obs. P. Chatelet, « Statut de réfugié et lutte contre le terrorisme », *R.A.E.*, 2017, p. 107 ; P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, *op. cit.*, p. 1110 ; H. Labayle, « Terrorisme et droit des réfugiés, des liaisons dangereuses ? Libres propos sur le “Muslim Ban” et la jurisprudence *Lounani* de la Cour de justice », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 février 2017 ; A. Pivato, « L'exclusion du statut de réfugié à l'aune du phénomène terroriste », *R.D.E.*, 2017, p. 189 ; F. Gazin, *Europe*, mars 2017, comm. 103. Voy. aussi sur la définition des actes terroristes dans le cadre des mesures restrictives de gel des avoirs, C.J., 14 mars 2017, A. e.a., aff. C-158/14, EU:C:2017:202.

(90) Article 12, § 2, de la directive qualification. (91) Arrêt *Lounani*, *op. cit.*, points 46 et 47. La résolution 1624(2005) du Conseil de sécurité des Nations unies enjoint en particulier de priver d'asile « quiconque prête appui au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la commission d'actes de terrorisme, y concourt, y participe ou tente d'y participer, ou donne refuge à leurs auteurs ». (92) *Ibidem*, point 78. (93) *Ibidem*, point 79. (94) C.C.E., 13 janvier 2011, n° 54.335 ; 3 mars 2011, n° 57.261 ; C.C.E. (trois juges), 1^{er} juillet 2011, n° 64.356 ; comp. avec C.C.E. (trois juges), 18 mai 2009, n° 27.479, où le C.C.E. se contente d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles condamnant le requérant pour participation à une organisation terroriste au motif que cet arrêt reprend le détail des faits qui lui sont reprochés. (95) CE, 13 juillet 2012, n° 220.321. (96) C.C.E. (trois juges), 12 février 2013, n° 96.933. (97) CE, 16 mai 2017, n° 238.210. (98) C.J., 9 novembre 2010, *B. et D.*, aff. jointes C-57/09 et C-101/09, EU:C:2010:661, point 94, cette chronique, *J.D.E.*, 2011, p. 76, point 5. Sur l'ensemble des questions relatives à l'exclusion, voy. notamment V. Chetail et C. Laly-Chevalier (dir.), *Asile et extradition - Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; A.M. Kosinska, « The Problem of Exclusion from Refugee Status on the Grounds of Being Guilty



Chroniques

conclure automatiquement à l'exclusion du statut de réfugié du seul fait que le demandeur d'asile ait été membre d'une organisation terroriste. Il convient d'opérer un examen au cas par cas. L'arrêt *Lounani* affine cet enseignement, en précisant qu'une condamnation pénale pour participation à une organisation terroriste revêt une importance particulière dans l'examen individuel de faits précis à résumer, compte tenu de la circonstance que les clauses d'exclusion sont en réalité plus larges. Il peut y avoir exclusion dès qu'il y a des « raisons sérieuses de penser » qu'il y a motif à exclusion et ces motifs sont plus nombreux que ceux constituant une infraction terroriste au sens du droit de l'Union. À la différence des requérants dans l'affaire *B. et D.*, auxquels il était reproché d'avoir appartenu à des groupements terroristes kurdes et d'extrême gauche en Turquie, le requérant dans l'affaire *Lounani* a fait l'objet d'une condamnation par une juridiction d'un État membre. Il est probable que cette circonstance ait lourdement pesé dans le raisonnement de la Cour, qui ici aussi a été tenue de s'engager dans un exercice d'équilibre délicat, entre efficacité de la lutte contre le terrorisme et prise en considération de la situation particulière de chaque demandeur d'asile.

3 L'immigration

41. Alors que le droit européen de l'asile et singulièrement le règlement Dublin ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence en 2017, la Cour n'a prononcé que trois arrêts en ce qui concerne le droit européen de l'immigration. Ils concernent le séjour étudiant⁹⁹ (A), le permis unique¹⁰⁰ (B) et le statut de résident de longue durée¹⁰¹ (C). Le regroupement familial, traditionnellement sujet de discussions au sein du prétoire luxembourgeois, n'a été abordé par la Cour en 2017, que pour les étrangers membres de la famille d'un citoyen de l'Union. Il s'agit de l'arrêt *Chavez* e.a. qui élargit considérablement la protection du séjour des étrangers, parents d'enfants, citoyens sédentaires de l'Union. Cette décision est examinée dans la prochaine chronique relative à la libre circulation des personnes dans l'Union¹⁰².

A. Le séjour étudiant

42. *Fahimian*¹⁰³. — Par l'arrêt *Fahimian*, la Cour précise l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour considérer qu'un étudiant présente une menace pour leur sécurité nationale. En l'espèce, une Iranienne sollicitait un visa étudiant aux fins d'entreprendre une recherche doctorale sur la sécurité des smartphones dans un centre de recherche en Allemagne. Cette demande est rejetée par l'administration allemande, au motif que les résultats de pareille recherche risquent d'être ensuite détournés au bénéfice de programmes militaires iraniens, au vu

des liens entretenus par l'étudiante avec une université iranienne impliquée dans ces programmes. La Cour note que, contrairement à la directive 2004/38 relative à la liberté de circulation des citoyens européens et des membres de leurs familles, qui exige que la menace à la sécurité publique ressorte du comportement personnel de l'intéressé et corresponde à une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave », la directive 2004/114 relative au séjour des étudiants ne consacre pas pareille exigence. Au contraire, elle évoque dans ses considérants une « menace potentielle »¹⁰⁴. La Cour en déduit que l'évaluation de cette menace permet de tenir compte également du parcours professionnel du demandeur et d'un ensemble d'éléments relatifs à la situation sociopolitique dans son pays d'origine. Par sa complexité, pareille évaluation implique nécessairement, selon la Cour, que les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation, qui n'est soumis qu'à un contrôle juridictionnel limité.

43. Dans son raisonnement, la Cour se réfère abondamment au précédent *Ben Alaya*, dont elle annonce préciser les enseignements en usant de sa jurisprudence *Koushkaki* relative au Code des visas. Dans *Ben Alaya*, la Cour avait considéré que les États membres ne pouvaient soumettre la délivrance d'un visa étudiant au respect de conditions autres que celles consacrées par la directive¹⁰⁵. Dans *Koushkaki*, la Cour avait abouti à la même conclusion en ce qui concerne la délivrance d'un visa de court séjour, tout en signalant que puisque les conditions posées pour délivrer pareil visa supposent des « évaluations complexes », les États membres disposent d'une large marge d'appréciation¹⁰⁶. Il en va de même, selon la Cour, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'existence d'une menace potentielle pour la sécurité nationale, au sens de la directive séjour étudiant. Cette réponse n'allait pas de soi. La Cour aurait pu favoriser une interprétation harmonisée de la notion de sécurité publique en s'engageant dans la voie tracée par l'arrêt *Zh. et O.*¹⁰⁷. Dans cet arrêt, elle avait interprété la notion d'« ordre public », au sens de la directive retour, conformément à la distinction opérée entre le principe et l'exception dans sa jurisprudence relative à la liberté de circulation des citoyens européens. Pareille interprétation harmonisée n'implique évidemment pas que des situations distinctes, relatives au citoyen européen, au ressortissant d'État tiers résident de longue durée, au regroupement familial ou au retour de l'étranger en séjour irrégulier, doivent être abordées par le juge national de façon uniforme, sans tenir compte de l'ensemble des circonstances propres à l'espèce. Il s'agit plutôt d'appliquer les mêmes règles d'interprétation. Ces règles reposent sur l'interprétation stricte de la dérogation à un droit, laquelle implique, pour reprendre les termes de la Cour dans sa jurisprudence relative à la liberté de circulation des personnes dans l'Union, qu'il « convient de procéder à une appréciation cas par cas pour vérifier si le comportement personnel du ressortissant

of Terrorist Acts in CJUE Case-Law », *E.J.M.L.*, 2017, p. 425. Voy. aussi C.E.D.H., 3 août 2017, *E.E.P., E.K. et G.R.S. c. Pays-Bas*, req. n°s 72586/11, 43538/11, 63104/11 et 77691/11. Dans ces différentes affaires contre les Pays-Bas, relatives à d'anciens membres du régime communiste afghan, exclus du statut de réfugié, la Cour de Strasbourg estime que les Pays-Bas ont fait un examen correct de la balance des intérêts en présence. Les requêtes pour violation des articles 3 et 8 de la Convention sont jugées inadmissibles. (99) Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, *J.O.*, L 375, 23 décembre 2004, p. 12, ci-après la « directive séjour étudiant ». (100) Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, *J.O.*, L 343, 23 décembre 2011, ci-après la « directive permis unique ». (101) Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *J.O.*, L 16, 23 janvier 2004, p. 44, ci-après la « directive résidents de longue durée ». (102) C.J., 10 mai 2017, *Chavez-Vichez*, aff. C-133/15, EU:C:2017:354, *J.D.E.*, avril 2018, à paraître. (103) C.J., 4 avril 2017, *Fahimian*, aff. C-544/15, EU:C:2017:255 ; F. Gazin, *Europe*, juin 2017, comm. 222. (104) *Ibidem*, point 40. (105) C.J., 10 septembre 2014, *Ben Alaya*, aff. C-491/13, EU:C:2014:2187 ; cette chronique, *J.D.E.*, 2015, p. 118, n° 37. (106) C.J., 19 décembre 2013, *Koushkaki*, aff. C-84/12, EU:C:2013:862 ; cette chronique, *J.D.E.*, 2014, p. 107, n° 5. (107) C.J., 11 juin 2015, *Zh. et O.*, aff. C-554/13, EU:C:2015:377 ; cette chronique, *J.D.E.*, 2016, p. 112, n° 37 ; V. Michel, *Europe*, août 2015, comm. 307.



constitue un danger réel et actuel pour l'ordre public de l'État membre concerné »¹⁰⁸. Selon la formulation de Valérie Michel, « des différences existent, mais les régimes juridiques applicables s'alimentent tous à la nécessaire protection des droits essentiels de la personne, quelle qu'elle soit »¹⁰⁹. L'arrêt *Lopez Pastunazo*, présenté ci-après, suit cette approche. Dans *Fahimian*, la Cour justifie l'application de standards différents en tirant argument de ce que la directive 2004/38 encadre strictement la notion de sécurité publique¹¹⁰, alors que les considérants de la directive séjour étudiants invitent à une interprétation large de cette dernière en évoquant une « menace potentielle »¹¹¹. Elle suit en cela les conclusions de l'avocat général Maciej Szpunar, qui tirait également argument de ce que le cas d'espèce concerne les conditions d'octroi du séjour étudiant, et non celles de son retrait, de sorte qu'une plus grande marge d'appréciation dans le chef des États membres serait autorisée. L'avocat général soulignait que : « Le fait de ne pas être considéré comme une menace pour la sécurité publique ne constitue pas une exception à un droit d'entrée qui serait d'interprétation large, mais seulement une condition négative applicable à un droit d'entrée »¹¹². À suivre ces conclusions, la porte demeurerait donc ouverte à une interprétation harmonisée de la notion de « sécurité publique », qu'elle trouve application dans le cadre de la mise en œuvre de la liberté de circulation interne ou des directives relatives à l'immigration des ressortissants de pays tiers, lorsqu'elle constitue une exception aux conditions de régularité du séjour¹¹³. Cette harmonisation s'opère aussi par une tendance certaine de la Cour à admettre une plus grande fermeté à l'égard des personnes portant atteinte à l'ordre ou, surtout, à la sécurité publique, en abandonnant une plus grande marge d'appréciation aux États, même lorsque ces personnes sont des citoyens européens¹¹⁴.

B. Le permis unique

44. *Martinez Silva*¹¹⁵. — Par l'arrêt *Martinez Silva*, la Cour détermine l'étendue de l'égalité de traitement à laquelle peuvent prétendre les travailleurs étrangers titulaires d'un permis unique. S'appuyant sur le prescrit de la directive permis unique¹¹⁶, la Cour juge que ces derniers doivent pouvoir bénéficier des prestations de sécurité sociale telles que visées par le règlement 883/2004¹¹⁷, en l'occurrence une allocation complémentaire de revenus octroyée en Italie aux familles avec bas salaire et enfants à charge. La Cour note que si la directive permis unique consacre diverses exceptions au droit de bénéficier d'un accès égal aux prestations sociales, l'usage de ces exceptions est soumis à la

condition que l'État membre ait « clairement exprimé » sa volonté de le faire lors de la transposition de la directive. Or, aucune disposition de droit italien ne transpose explicitement les exceptions au principe d'égalité de traitement. L'arrêt *Martinez Silva* est le premier sur la directive permis unique. Il présente l'occasion, pour la Cour, d'insister sur la nécessité d'une transposition minutieuse de la directive, particulièrement lorsqu'il s'agit de faire usage des possibilités limitées de déroger au principe d'égalité de traitement. À défaut d'exception expresse, c'est le « droit à l'égalité de traitement qui constitue la règle générale » et cela, entre tous les travailleurs réguliers, qu'ils soient ressortissants des États membres ou d'États tiers¹¹⁸. On approuvera le résultat atteint par la Cour, qui étend le principe d'égalité en condamnant la discrimination, à l'égard de certains travailleurs, maintenue par le droit italien. On regrettera néanmoins l'imperfection du raisonnement de la Cour. En amont de la condamnation du droit matériel italien, il convenait de s'interroger sur son applicabilité, selon la règle de conflit de lois du règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Ce n'est qu'une fois la loi italienne désignée applicable, ce que, il est vrai, les autorités italiennes ne contestaient pas, que le contenu de cette loi pouvait être interprété au regard du principe d'égalité¹¹⁹.

C. Le résident de longue durée

45. *López Pastuzano*¹²⁰. — La Cour de justice précise les conditions relatives au retrait du statut de résident de longue durée pour motifs d'ordre public. Selon la Cour, pareil retrait ne peut résulter automatiquement de la prononciation d'une condamnation pénale. Une « appréciation au cas par cas » doit être opérée, aux fins de déterminer si l'étranger présente « une menace réelle et suffisamment grave »¹²¹. Ce faisant, la Cour poursuit sur la voie d'une harmonisation de la notion d'« ordre public » en droit de l'Union, telle qu'amorcée par l'arrêt *Zh. et O.* précité relatif à la directive retour. Elle se réfère explicitement à sa jurisprudence relative à la libre circulation des travailleurs, aux fins d'interpréter la disposition de la directive résidents de longue durée autorisant leur éloignement pour motifs d'ordre public¹²². Cela s'imposait d'autant plus que le texte de la directive résidents de longue durée est similaire à celui de la directive 2004/38. Tous deux consacrent une « protection contre l'éloignement » qui implique notamment l'exigence d'opérer une appréciation individuelle aux fins de déterminer le caractère actuel, réel et suffisamment grave de la menace pour l'ordre public¹²³.

(108) C.J., *Zh. et O.*, op. cit., point 57. (109) V. Michel, *Europe*, août 2015, op. cit. (110) Article 27, § 2, de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *J.O.*, n° L 158, 30 avril 2004, p. 77. (111) Cons. 14 de la directive séjour étudiant. (112) Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar présentées le 29 novembre 2016, aff. C-544/15, EU:C:2016:908, point 59. (113) Sur le constat d'une approche différente de la notion d'« ordre public » par la Cour de justice lorsqu'il est question de l'admission de l'étranger et non de son expulsion, voy. également J. Waasdorp, « De Unierechtelijke context van het openbareordebegrip bij inreisverboden », *T. Vreemd.*, 2017, p. 154, n° 5.1. (114) Voy. C.J., 14 septembre 2017, *Petrea*, aff. C-184/16, EU:C:2017:684 et 13 juillet 2017, *E.*, aff. C-193/16, EU:C:2017:542, analysées dans la prochaine chronique relative à la libre circulation des personnes dans l'Union. Dans le même sens d'une large marge d'appréciation, s'agissant de délinquants récidivistes, voy. C.E.D.H., 14 septembre 2017, *Ndidi c. Royaume Uni*, req. n° 41215/14, obs. S. Sarolea, « Éloignement pour motif d'ordre public : un étranger averti en vaut deux », *Cahier de l'EDEM*, septembre 2017. (115) C.J., 21 juin 2017, *Martinez Silva*, aff. C-449/16, EU:C:2017:485, obs. J.-B. Farcy, « L'apport de la directive "permis unique" en matière d'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et étrangers », *Cahiers de l'EDEM*, août 2017 ; L. Driguez, *Europe*, août-septembre 2017, p. 21, comm. 302. (116) Article 12 de la directive permis unique précitée. (117) Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *J.O.*, L 166, 30 avril 2004, p. 1. (118) C.J., *Martinez Silva*, op. cit., point 29. (119) Sur cette analyse précise, voy. É. Pataut, « Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation : Remarques sur les frontières de la solidarité sociale en Europe », in S. Barbou des Places, É. Pataut et P. Rodière (dir.), *Les frontières de l'Europe sociale*, à paraître, 2018. (120) C.J., 7 décembre 2017, *López Pastuzano*, aff. C-636/16, EU:C:2017:949, obs. D. Acosta, « The Security of the Status of Long-Term Non-EU Residents in the EU : Some Thoughts on Case C-636/16 *López Pastuzano* », *EU Law Analysis*, 14 décembre 2017 ; J.-B. Farcy, « L'objectif d'intégration des étrangers installés durablement : une limite au pouvoir des États d'expulser un étranger condamné pénalement », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2017. (121) *Ibidem*, points 25-27. (122) C.J., *López Pastuzano*, op. cit., point 27. (123) Comp. l'article 12 de la directive résidents de longue durée avec les articles 27 et 28 de la directive 2004/38.



Chroniques

4 L'éloignement

46. *Ouhrami*⁽¹²⁴⁾. — Afin d'empêcher que l'étranger qui a fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire revienne dans l'Union, il est, plus fréquemment qu'avant, fait usage d'une décision d'« interdiction d'entrée » qui accompagne la décision d'éloignement. En Belgique, de nombreux arrêts du Conseil du contentieux des étrangers se sont prononcés sur ces décisions au regard de leur motivation et de leur durée⁽¹²⁵⁾. La Cour de justice se prononce dans l'arrêt *Ouhrami* sur le point de départ du délai d'interdiction d'entrée, de même que sur la possibilité pour un État membre de recourir à une peine d'emprisonnement en cas de violation de l'interdiction d'entrée. Selon la Cour, le délai d'interdiction d'entrée commence à courir lorsque l'étranger a effectivement quitté le territoire européen. Il ne s'écoule pas tant qu'il n'a pas été donné suite à la décision de retour que l'interdiction d'entrée accompagne. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour souligne que si elle peut être adoptée simultanément à une décision de retour, l'interdiction d'entrée constitue une décision distincte qui n'est destinée à sortir ses effets que lorsque la décision de retour a été exécutée⁽¹²⁶⁾. Selon la Cour, toute autre interprétation aurait pour conséquence de mettre à mal l'effet utile d'une interdiction d'entrée, qui vise à garantir qu'un ressortissant de pays tiers auquel il

est enjoint de quitter le territoire européen n'y retourne plus avant plusieurs années. Si le délai d'interdiction d'entrée devait commencer à courir dès l'adoption de la décision de retour, celui qui s'y soustrait serait avantagé en bénéficiant de son écoulement tout en se maintenant irrégulièrement sur le territoire européen. La Cour précise également que l'étranger qui se maintient sur le territoire d'un État membre en violation de la décision de retour adoptée à son encontre ne viole pas l'interdiction d'entrée qui l'accompagne éventuellement. Il n'est donc pas concerné par la jurisprudence *Celaj*, qui autorise les États membres à imposer une sanction pénale d'emprisonnement en cas de violation d'une interdiction d'entrée. Cette possibilité n'est ouverte aux États membres, qu'en cas de séjour irrégulier ultérieur, en violation de l'interdiction d'entrée édictée à la suite d'un séjour irrégulier précédent⁽¹²⁷⁾. La Cour tente à nouveau un compromis visant à concilier les intérêts des États et ceux des migrants. Ces tentatives sont louables et correspondent au rôle des juridictions. Il reste que ces juridictions, qu'elles soient internationales, régionales ou nationales, doivent garder à l'esprit qu'elles demeurent le seul lieu où les intérêts de la personne migrante peuvent être sauvegardés. Dans cette recherche d'équilibre, de balance des intérêts, il convient de garder à l'esprit qu'une attention particulière doit être donnée à l'intérêt des personnes, tel peut être l'objet de ce coup de pouce qui comble les interstices, entre théories et réalités.

(124) C.J., 27 juillet 2017, *Ouhrami*, aff. C-225/16, EU:C:2017:590, obs. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, *op. cit.*, p. 2308.

(125) Voy. J.-Y. Carlier et S. Sarolea, *Droit des étrangers*, *op. cit.*, p. 204. (126) C.J., *Ouhrami*, *op. cit.*, point 50. Voy. aussi le « manuel sur le retour », *op. cit.*, p. 66. (127) C.J., *Ouhrami*, *ibidem*, point 55.

