

Droit européen des migrations

Jean-Yves Carlier et Luc Lebeau

- L'année 2014 est marquée par une pause législative
- La jurisprudence est quantitativement importante mais qualitativement limitée
- La large autonomie procédurale abandonnée aux États nuit au développement d'une politique commune cohérente en matière d'asile et d'immigration ainsi qu'à la garantie d'un niveau élevé de protection des droits fondamentaux des migrants

1. Le Conseil européen de Bruxelles. — Réuni à Bruxelles les 26 et 27 juin 2014, le Conseil européen a fixé la mise en œuvre complète de l'acquis comme orientation générale du développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice pour les années à venir¹. Cette orientation générale se traduit notamment au sein de la politique migratoire de l'Union européenne au travers d'un appel à une application uniforme de l'acquis par les États membres, dont les pratiques devraient converger davantage². Après la frénésie législative dénoncée dans la chronique relative à l'année 2013, l'année 2014 annonce l'apaisement³. L'heure est à la mise en œuvre du cadre législatif, sous la houlette le cas échéant d'agences européennes spécialisées comme le Bureau européen d'appui en matière d'asile⁴.

2. Continuité et réserve. — La même emphase sur la mise en œuvre de l'acquis plutôt que sur son développement ressort de la jurisprudence de la Cour de justice pour l'année 2014. Dans la majorité des arrêts, la Cour a adopté une approche mêlant continuité et réserve. Continuité, parce que la plupart des arrêts reprennent les enseignements d'arrêts précédents en les précisant eu égard aux circonstances spécifiques du cas d'espèce. Réserve, parce que la majorité des arrêts reposent sur un raisonnement fondé sur la disposition précisément en cause dans les circonstances factuelles décrites par la question préjudicielle plutôt que sur des principes généraux. Si le souci de continuité ne peut qu'être salué, la focalisation sur les spécificités du cas d'espèce qui l'accompagne généralement conduit à une jurisprudence qui parfois complexifie l'acquis plus qu'elle ne le clarifie. Ici comme ailleurs, la Cour évite de dégager trop vite des principes généraux, laissant au temps le soin de faire son œuvre de décantation.

3. Autonomie des États. — Dans le même temps, de nombreuses décisions de la Cour abandonnent une large autonomie procédurale aux États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union relatif à l'asile et à l'immigration. Cette approche est conforme à deux constantes du droit de l'Union. Premièrement, le mécanisme de juge à juge de la question préjudicielle invite à lais-

ser une large marge d'appréciation au juge national. Deuxièmement, l'autonomie procédurale se veut respectueuse du délicat équilibre constitutionnel dans les rapports verticaux entre l'Union et les États membres, en particulier dans une matière – l'asile et l'immigration – où les États entendent conserver une large part de souveraineté. Toutefois, la face brillante de cette médaille cèle deux revers. D'une part, du point de vue du droit de l'Union, une large autonomie des États rend plus difficile la construction souhaitée d'une politique commune et de pratiques convergentes avec, pour conséquence, des questionnements plus fréquents du principe de confiance mutuelle. D'autre part, du point de vue des droits fondamentaux des personnes concernées, le niveau général de leur protection s'en trouve affaibli. En conséquence c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui en demeure le principal garant et est amenée à donner le « la » des droits fondamentaux, encore en 2014 dans un arrêt *Tarakhel*, comme elle le fit en 2012 dans son arrêt *M.S.S.*⁵.

4. Nous exposons ci-après les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, rendus en 2014, suivant le parcours stéréotypé d'un migrant imaginaire : ce dernier pénètre sur le territoire de l'Union (1), y sollicite l'asile (2) ou d'autres titres de séjours fondés sur le droit européen de l'immigration (3) avant d'échouer dans ses prétentions et de se voir opposer une décision d'éloignement (4)⁶.

1 L'accès au territoire

5. Un triste record. — L'Organisation internationale des migrations rapporte le décès de 3 224 migrants dans la traversée de la Méditerranée durant l'année 2014, un triste record⁷. En première ligne face à cette tragédie, l'Italie a lancé une vaste opération de sauvetage en mer, l'opération *Mare Nostrum*. Celle-ci a cessé à la suite du lancement d'une opération européenne coordonnée par l'agence Frontex, l'opération « Triton », mise en place depuis le 1^{er} novembre 2014⁸. Le changement de nom est lui-même sym-

(1) Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 26 et 27 juin 2014, *EUCO 79/14*, point 3 : « la priorité générale est désormais d'assurer la transposition cohérente, la mise en œuvre effective et la consolidation des instruments juridiques et des mesures existants ». Pour un commentaire, S. Carrera et E. Guild, « The European Council's Guidelines for the Area of Freedom, Security and Justice 2020 : Subverting the "Lisbonisation" of Justice and Home Affairs ? », *Centre for European Policy Studies Essay*, 2014, n° 13. (2) *Ibidem*, point 7. (3) « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2014, p. 105, n° 1. (4) Règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, *J.O. L* 132 du 29 mai 2010, p. 11. (5) *Infra*, n° 14. (6) Pour une chronique large incluant les Nations unies et le Conseil de l'Europe, voy. V. Chetail et G. Ruiz, « Asile et immigration (août 2013 - septembre 2014) », *J.E.D.H.*, 2014, p. 623. Pour la nouvelle édition d'un ouvrage général, voy. P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder et K. Wouters, *European Migration Law*, 2^e ed., Anvers, Intersentia, 2014. (7) Voy. le décompte réalisé par l'Organisation mondiale des migrations dans le cadre du *Missing Migrants Project* (accessible sur www.mmp.iom.int ; dernière consultation le 13 janvier 2015). Ce projet a débuté en réponse à la tragédie survenue à Lampedusa en 2013 (cette chronique, *J.D.E.*, 2014, p. 105, n° 2). Sur la méthode suivie, voy. O.I.M., *Fatal Journeys - Tracking Lives Lost During Migration*, 2014, p. 102. (8) European Commission, « Frontex Joint Operation "Triton" – Concerted efforts to manage migration in the Central Mediterranean », *Press Release*, 7 octobre 2014 (accessible sur www.europa.eu ; dernière consultation le 13 janvier 2015) ; *Migration News Sheet*, octobre 2014, p. 4.

Chroniques

bolique. Il ne s'agit plus de protéger une mer commune (*Mare Nostrum*) mais de faire appel au dieu marin (Triton). Dans la mythologie, de sa trompette en forme de conque, il apaise ou déchaîne les flots, n'hésitant pas à jeter les arrogants qui le défient à la mer. Contrairement à l'opération *Mare Nostrum*, l'opération « Triton » ne se présente pas comme une opération de sauvetage en mer. Son objectif premier réside dans le contrôle des frontières extérieures de l'Union, les opérations de sauvetage en mer n'étant réalisées que lorsqu'elles s'inscrivent dans ce cadre. Cette opération présentera l'occasion d'évaluer l'impact du nouveau règlement applicable aux activités de Frontex, adopté le 15 mai 2014 afin d'assurer un meilleur respect des droits fondamentaux des migrants impliqués dans les opérations coordonnées par Frontex⁹. Toutefois, si de telles solutions ponctuelles peuvent contribuer à diminuer le nombre de victimes, il y a fort à parier qu'elles ne suffiront pas à résoudre un problème devenu structurel, voire qu'elles accroîtront les risques que les passeurs font courir à leurs « passagers »¹⁰.

6. Pour tragiques qu'elles soient, ces problématiques liées au contrôle des frontières extérieures n'ont pas fait leur apparition dans la jurisprudence de la Cour de justice en 2014. Elle n'a été appelée à statuer que sur des questions anecdotiques, relatives à l'acquis concernant les contrôles aux frontières externes.

7. **Air Baltic Corporation**¹¹. — La compagnie aérienne *Air Baltic Corporation* conteste l'amende infligée par les autorités lettonnes pour avoir embarqué vers la Lettonie un ressortissant indien dont le passeport estampillé d'un visa en cours de validité a été annulé par les autorités indiennes. Une juridiction lettone interroge la Cour sur la validité du visa lorsque le passeport a été annulé. La Cour répond que les motifs d'annulation du visa sont fixés exhaustivement par le Code des visas¹². L'annulation du passeport sur lequel le visa a été apposé par les autorités d'un pays tiers ne figure pas parmi ces motifs et ne peut donc être retenue par les autorités nationales¹³. Ce faisant, la Cour distingue deux conditions imposées par le Code frontières Schengen pour accéder au territoire : d'une part celle de disposer d'un visa en cours de validité et d'autre part celle d'être en possession d'un document de voyage valide¹⁴. Si ces deux conditions doivent être remplies, elles ne

doivent pas nécessairement l'être sur le même document. En d'autres termes le visa ne doit pas nécessairement figurer dans le document de voyage valide : un ressortissant de pays tiers qui présente un visa valide sur un passeport non valide ainsi qu'un passeport valide peut pénétrer régulièrement dans l'espace Schengen, pour autant que les autres conditions fixées par le Code frontières Schengen soient remplies.

8. **Commission c. Belgique**¹⁵. — La Cour condamne la Belgique en manquement pour défaut d'exécution du règlement prévoyant l'intégration d'éléments biométriques dans les passeports¹⁶. Tous les passeports belges ne comprennent les empreintes digitales que depuis le 1^{er} mars 2013 alors que le délai de transposition du règlement expirait le 29 juin 2009¹⁷.

2 L'asile

9. Reprenons le parcours stéréotypé d'un migrant imaginaire. Lorsqu'il a introduit sa demande d'asile, il pourra bénéficier des normes européennes relatives à l'accueil des demandeurs d'asile, consacrées par la directive accueil¹⁸. La Cour a rendu un arrêt à ce sujet en 2014, qui concerne la crise de l'accueil à laquelle la Belgique fut confrontée il y a quelques années (A). Il se pourrait cependant que le migrant imaginaire ne se trouve pas dans l'État membre responsable du traitement de sa demande, désigné par le règlement Dublin, vers lequel il sera alors renvoyé. En 2014, la Cour n'a rendu aucun arrêt relatif au règlement Dublin, qu'elle avait abondamment interprété ces deux dernières années¹⁹. L'application du règlement Dublin a cependant suscité de nouveaux développements devant la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de l'arrêt *Tarakhel c. Suisse*²⁰ (B). Lorsqu'il se trouve dans l'État membre responsable du traitement de sa demande d'asile, le migrant imaginaire verra sa demande soumise à certaines procédures, conformément à la directive procédure²¹. Les questions procédurales n'ont été abordées qu'anecdotiquement par la Cour, dans l'hypothèse où la procédure de reconnaissance du statut de réfugié est distincte de celle de l'octroi de la protection subsidiaire, alors qu'elles ont connu des développe-

(9) Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *J.O. L* 189 du 27 juin 2014, p. 93. (10) ECRE, « *Mare Nostrum* to end – New Frontex operation will not ensure rescue of migrants in international waters », *ECRE Bulletin*, 10 octobre 2014 (accessible sur ecre.org ; dernière consultation le 27 janvier 2015). On notera que le Comité des régions a la même approche critique dans un avis du 4 décembre 2014, dans lequel il « félicite l'Italie pour ses activités dans le cadre de l'opération *Mare Nostrum* visant à sauver des vies dans la mer Méditerranée ; déplore, par conséquent, la décision de l'Union européenne de la remplacer par une opération Frontex qui ne met pas aussi clairement l'accent sur le sauvetage de vies et le secours aux personnes en détresse ; [et] exhorte l'Union européenne et les États membres à fournir les moyens nécessaires afin d'éviter les décès en mer » (avis 2015/C 019/12 du Comité des régions, « Les efforts visant à promouvoir une authentique solidarité dans le cadre d'une vraie politique européenne en matière d'immigration », *J.O. C* 19 du 21 janvier 2015, p. 54). (11) C.J.U.E., 4 septembre 2014, *Air Baltic Corporation*, C-575/12, EU:C:2014:2155. (12) Règlement CE n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 15 septembre 2009 établissant un code communautaire des visas, *J.O. L* 243 du 15 septembre 2009, p. 1. En application de ce règlement, la Commission a adressé des lettres de mise en demeure à plusieurs États membres afin de s'assurer de la mise en œuvre d'une voie de recours auprès d'une instance judiciaire contre les décisions de refus, d'annulation ou d'abrogation de visa (Commission européenne, « Rapport 2013 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 14 avril 2014, COM (2014) 224 final, p. 9). (13) C.J.U.E., *Air Baltic Corporation*, op. cit., point 35. (14) Article 5, § 1^{er}, a) et b), du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen), *J.O. L* 105 du 13 avril 2006, p. 1. (15) C.J.U.E., 13 février 2014, *Commission c. Belgique*, C-139/13, EU:C:2014:80. (16) Règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, *J.O. L* 385 du 29 décembre 2004, p. I. (17) Depuis lors, le S.P.F. Affaires étrangères annonce que « Toutes les ambassades et consulats belges délivrent le nouveau passeport biométrique » (annonce du 1^{er} mars 2013 accessible sur www.diplomatie.belgium.be ; dernière consultation le 27 janvier 2015). (18) Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, *J.O. L* 180 du 29 juin 2013, p. 60. (19) Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *J.O. L* 180 du 29 juin 2013, p. 31 (« le règlement Dublin III »). (20) C.E.D.H., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, requête n° 29217/12. (21) Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *J.O. L* 180 du 29 juin 2013, p. 96.

ments substantiels devant la Cour constitutionnelle de Belgique (C). Enfin, la situation du migrant imaginaire sera confrontée aux critères de fond pour bénéficier d'une protection, fixés par la directive qualification²². La Cour a rendu plusieurs arrêts relatifs à ce sujet en 2014, singulièrement en ce qui concerne l'octroi de la protection subsidiaire (D).

A. L'accueil des demandeurs d'asile

10. Saciri²³. — Confrontée à un manque de place dans ses centres lors de la crise de l'accueil en Belgique, Fedasil, l'agence fédérale belge chargée de l'accueil des demandeurs d'asile, renvoie la famille Saciri vers le système général d'assistance sociale dépendant des Centres publics d'action sociale (C.P.A.S.). La famille devrait y bénéficier d'une allocation couvrant ses besoins essentiels. Face au refus du C.P.A.S. compétent pour accorder cette aide, la famille Saciri l'assigne devant le tribunal du travail de Bruxelles aux côtés de Fedasil²⁴. Le tribunal condamne Fedasil à verser une allocation à la famille Saciri. Saisie en appel, la cour du travail de Bruxelles interroge la Cour de justice sur la conformité avec la directive accueil d'un système d'accueil des demandeurs d'asile qui repose sur l'octroi d'une aide financière (allocation) plutôt que sur l'octroi d'une aide matérielle (hébergement dans un centre).

11. La Cour renvoie à la marge d'appréciation des États membres, libres de fixer les modalités d'octroi d'une aide aux demandeurs d'asile (financière ou matérielle) pour autant que cette aide respecte le droit à la dignité humaine, le droit à la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant. D'une part, le droit à la dignité humaine implique qu'« un niveau de vie adéquat pour la santé » soit garanti et que « la subsistance » soit assurée conformément à l'article 13, § 2, de la directive accueil²⁵. D'autre part, le droit à la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant impliquent que les enfants mineurs ne soient pas séparés de leurs parents, conformément à l'article 14, § 3, de la directive accueil²⁶.

12. Par l'arrêt *Saciri*, la Cour reconnaît l'autonomie procédurale des États membres en ce qui concerne les modalités d'octroi des conditions d'accueil, tout en l'encadrant à l'aide des droits fondamentaux, en particulier le droit à la dignité humaine. Ce faisant, la Cour confirme l'approche du précédent arrêt *Cimade et Gisti*, où elle s'était reposée sur le droit à la dignité humaine pour identifier

le moment où l'obligation d'accorder une aide cesse en cas de transfert Dublin comme étant celui où le transfert est effectivement réalisé, de telle sorte qu'il n'y ait pas d'interruption de l'aide²⁷. La Cour ne précise cependant pas le contenu de ce droit autrement qu'en renvoyant au texte de la directive accueil, éclairé par « les exigences de l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne selon lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée »²⁸.

13. Demande d'asile ultérieure et aide sociale. — Par l'arrêt n° 95/2014 du 30 juin 2014, la Cour constitutionnelle de Belgique valide la législation belge excluant du droit à l'accueil les demandeurs d'asile qui introduisent une seconde demande, conformément à la directive accueil²⁹. Renvoyant à l'obligation d'accorder une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant telle qu'elle est consacrée par la directive accueil notamment, la Cour constitutionnelle précise cependant que les enfants mineurs doivent pouvoir continuer à bénéficier d'une aide sociale lorsqu'ils se trouvent dans un état de besoin résultant de l'incapacité de leurs parents à assurer leur entretien³⁰.

B. La désignation de l'État membre responsable

14. Une accalmie de courte durée ? — Le règlement Dublin détermine l'État membre responsable du traitement d'une demande d'asile sur la base d'un ensemble de critères objectifs, comme celui désignant l'État membre de première entrée sur le territoire de l'Union³¹. Alors que les années 2012 et 2013 furent marquées par de nombreux arrêts de la Cour de justice apportant des correctifs à ce règlement afin d'assurer sa conformité aux droits fondamentaux, aucun des arrêts prononcés en 2014 ne concerne le règlement Dublin³². La crise du système Dublin mise en lumière d'abord par la Cour européenne des droits de l'homme avec l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* aurait-elle pris fin³³ ? On pouvait l'espérer à la suite d'une part de l'alignement, pour l'essentiel, de la jurisprudence de Luxembourg sur celle de Strasbourg, d'autre part des modifications apportées au règlement refondu en Dublin III. Ce répit n'était que provisoire. Le 4 novembre 2014, dans l'arrêt *Tarakhel c. Suisse* relatif au renvoi par la Suisse d'une famille de demandeurs d'asile avec des enfants mineurs vers l'Italie, la Cour européenne des droits de l'homme pointe de nouveaux dysfonctionnements du système Dublin³⁴. Elle juge que les défauts

(22) Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, *J.O. L* 337 du 20 décembre 2011, p. 9. (23) C.J.U.E., 27 février 2014, *Saciri*, C-79/13, EU:C:2014:103 ; F. Gazin, « Accueil des demandeurs d'asile », *Europe*, 2014, p. 20 ; M.-L. Basilien-Gainche et S. Slama, « Implications concrètes du droit des demandeurs d'asile aux conditions matérielles d'accueil dignes », *Lettre ADL du CREDOF*, mars 2014 (accessible sur www.revdh.org ; dernière consultation le 28 janvier 2015) ; L. Lebon, « Le maintien du cap sur la matérialisation des conditions d'accueil des demandeurs d'asile au sein des États membres », *R.A.E.*, p. 233 ; L. Tsourdi, « Demandeurs d'asile et conditions matérielles d'accueil : vers une prévalence de la dignité humaine », *Newsletter EDEM*, mars 2014. (24) La crise de l'accueil en Belgique a été marquée par le refus des C.P.A.S., dont le budget dépend des communes, de suppléer aux manquements de Fedasil, dont le budget dépend de l'État fédéral. Sur la législation et la jurisprudence belge relative à l'accueil des demandeurs d'asile, voy. M. Dallemagne, P. Lambillon et J.-C. Stevens, « Les écueils de la loi accueil, ou de Charybde en Scylla... », in F. Etienne et M. Dumont (dir.), *Regards croisés sur la sécurité sociale*, C.U.P., Limal, Anthemis, 2012, pp. 731-894 ; S. Saroléa et L. Tsourdi, *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : la directive accueil*, Louvain-la-Neuve, U.C.L.-CeDIE, 2014 ; J. Clesse et J. Hubin, « Le droit à l'aide sociale et le droit à l'intégration sociale en faveur des étrangers : questions d'actualité », in J. Clesse et J. Hubin (dir.), *Questions spéciales de droit social - Hommage à Michel Dumont*, C.U.P., Limal, Anthemis, 2014. (25) C.J.U.E., *Saciri*, précité, point 40. (26) *Ibidem*, point 41. (27) C.J.U.E., 27 septembre 2012, *Cimade et Gisti*, C-179/11, EU:C:2012:594. Sur les conséquences de cette jurisprudence en droit belge, voy. E. Néraudau, « L'évolution des conditions d'accueil des demandeurs d'asile sous procédure Dublin en Belgique, sous l'effet de l'arrêt *Cimade et Gisti* de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.D.E.*, 2013, p. 463. (28) C.J.U.E., *Saciri*, précité, point 35. (29) C. const. (Belgique), 30 juin 2014, n° 95/2014. (30) *Ibidem*, considérant B.19. (31) Articles 7 et s. du règlement Dublin III. (32) Cette chronique, *J.D.E.*, 2014, p. 108, n° 7 et s. (33) C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09 ; J.-Y. Carlier et S. Saroléa, « Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme - À propos de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* », *J.T.*, 2011, p. 357 ; F. Maiani et E. Néraudau, « L'arrêt *M.S.S. c. Grèce et Belgique* de la Cour EDH du 21 janvier 2011 - De la détermination de l'État responsable selon Dublin à la responsabilité des États membres en matière de protection des droits fondamentaux », *R.D.E.*, 2011, p. 7. (34) C.E.D.H., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, requête n° 29217/12 ; C. Costello et M. Mouzourakis, « Reflections on reading *Tarakhel* : Is "How Bad is Bad Enough" Good Enough ? », *A&MR*, 2014, p. 404 ; S. Peers, « *Tarakhel v. Switzerland* : Another nail in the coffin of the Dublin system ? », *EU Law Analysis*, novembre 2014 (accessible sur www.eulawanalysis.blogspot.be ; dernière consultation le 28 janvier 2015).

Chroniques

lances du système d'asile italien, bien que non généralisées, sont suffisamment inquiétantes pour que la Suisse ne puisse y renvoyer des demandeurs d'asile vulnérables sans l'obtention au préalable de garanties spécifiques. Selon la Cour de Strasbourg, « si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale, il y aurait violation de l'article 3 de la Convention [européenne des droits de l'homme] »³⁵. De telles garanties ne sont pas prévues par le règlement Dublin, qui se contente du consentement tacite de l'État membre responsable³⁶.

Deux interprétations de cette jurisprudence *Tarakhel* sont possibles. La première, minimaliste, considère que ce nouvel arrêt strasbourgeois ne questionne en rien la jurisprudence luxembourgeoise qui, dans l'arrêt *N.S.*, exigeait une situation de « défaillance systémique » dans un État, en l'occurrence la Grèce, pour qu'un autre État membre soit contraint de renoncer à l'envoi d'un demandeur d'asile vers cet État en application des critères Dublin³⁷. La jurisprudence *Tarakhel* qui fixe un niveau de contrôle plus élevé, même en l'absence de défaillance systémique comme en Italie, ne s'imposerait pas entre États membres, car l'État d'envoi concerné est la Suisse. En effet, bien que la Suisse soit partie au système Dublin, comme à l'acquis Schengen, n'étant pas membre de l'Union elle n'est pas tenue au respect du principe de confiance mutuelle. Ce principe, qui se trouve au cœur du droit de l'Union en général et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en particulier, ferait obstacle à toute exception aux critères du règlement Dublin pour des questions liées aux droits fondamentaux dans une hypothèse autre qu'une situation de défaillance systémique, sous peine de mettre à mal le fondement même du mécanisme de la confiance mutuelle. L'autre interprétation, maximaliste du point de vue des droits fondamentaux, considère que la jurisprudence *Tarakhel* est également opposable aux États membres de l'Union. Toute violation grave des droits fondamentaux est de nature à questionner le droit de l'Union en ce compris lorsque la confiance mutuelle serait en cause. En particulier, s'agissant d'un risque réel de traitements inhumains et dégradants, la jurisprudence de Strasbourg devrait s'imposer à tout État partie à la Convention européenne des droits de l'homme, que le risque se situe ou non dans le cadre de la relation avec un État membre de l'Union européenne. À nos yeux cette dernière interprétation est, du point de vue des droits fondamentaux, la seule correcte. Telle paraît être la position de la

Cour suprême du Royaume-Uni qui, avant même l'arrêt *Tarakhel*, dans une décision *E.M.* du 19 février 2014, a jugé que l'interdiction des transferts Dublin en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ne vaut pas uniquement lorsque cette violation résulte de défaillances généralisées du système d'asile de l'État membre responsable, hypothèse visée par la Cour de justice dans l'arrêt *N.S.*, mais également lorsque ces violations risquent d'être subies en raison du profil spécifique du demandeur d'asile. Pour reprendre les propos imagés du juge britannique, « the evidence is more likely to partake of systemic failings but the search for such failings is by way of a route to establish that there is a real risk of article 3 breach, rather than a hurdle to be surmounted »³⁸.

C. La procédure

15. Pays d'origine sûrs. — Si la Cour de justice n'a rendu aucun arrêt relatif à la directive procédure en 2014, diverses juridictions nationales se sont penchées sur la transposition du mécanisme d'irrecevabilité des demandes d'asile introduites par des ressortissants de pays d'origine sûrs consacré par cette directive. En Belgique, la Cour constitutionnelle a censuré, par l'arrêt n° 1/2014 du 16 janvier 2014, la législation belge qui prévoyait que seul un recours en annulation non suspensif pouvait être introduit contre la décision d'irrecevabilité d'une demande d'asile introduite par un ressortissant d'un pays d'origine sûr³⁹. Elle juge qu'un tel recours n'est pas effectif faute de contrôle *ex nunc* et d'effet suspensif, se fondant pour cela tant sur le droit de l'Union que sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰. En Belgique également, par un arrêt du 23 octobre 2014, le Conseil d'État a censuré la désignation de l'Albanie en tant que pays d'origine sûr⁴¹. Il n'a par contre pas censuré la désignation du Kosovo, à la différence du Conseil d'État de France⁴². L'arrêt de la juridiction française n'émet quant à lui aucune objection à l'encontre de la désignation de l'Albanie parmi les pays d'origine sûr. En Allemagne, la loi du 19 septembre 2014 établissant la liste des pays d'origine sûrs ne reprend ni l'Albanie, ni le Kosovo⁴³. Les pays tiers identifiés comme étant des « pays d'origine sûrs » varient donc sensiblement d'un État membre à l'autre, illustrant la grande relativité de cette notion et la difficulté de mettre en place une véritable politique commune en ce domaine. Ceci rappelle les errements des débuts de la politique migratoire consacrée aux visas, lorsque les États membres ne parvenaient pas à s'entendre sur la liste d'États tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa pour entrer sur le territoire de l'Union.

(35) *Ibidem*, point 122. (36) Lorsque l'État membre ne répond pas aux requêtes de (re)prise en charge d'un demandeur d'asile qui lui sont adressées par un autre État membre dans les délais fixés par le règlement Dublin, il accepte tacitement sa responsabilité et le transfert peut avoir lieu (article 22, § 7, et 25, § 2, du règlement Dublin III). (37) C.J.U.E., 21 décembre 2011, *N.S.* et *M.E.*, C-411/10 et C-493/10, *Rec.*, 2011, p. I-13905 ; C. Costello, « The Ruling of the Court of Justice in *NS/ME* on the fundamental rights of asylum seekers under the Dublin Regulation : Finally, an end to blind trust across the EU ? », *A&MR*, 2012, p. 83. (38) Cour suprême du Royaume-Uni, 19 février 2014, *E.M.*, opinion majoritaire du Lord Kerr, point 63 (disponible sur refworld.org ; dernière consultation le 13 janvier 2015). Cette position est également celle de la jurisprudence belge, voy. par exemple C.C.E., 21 février 2011, n° 56351, point 3.4., pour l'annulation d'un transfert Dublin vers l'Italie en raison de la vulnérabilité spécifique d'un demandeur d'asile (maladie) et les jurisprudences citées dans S. Saroléa et E. Néraudau, *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : le règlement Dublin*, Louvain-la-Neuve, U.C.L.-CeDIE, 2014. Sur la question générale de la convergence de la pratique des deux juridictions européennes, voy. V. Chetail et G. Ruiz, *op. cit.*, p. 639. (39) C. const., 16 janvier 2014, n° 1/2014 ; L. Leboeuf, « Le juge, garant ultime de l'équité de la procédure d'asile », *Adm. publ.*, 2014, p. 221 ; M. Lys, « La Cour constitutionnelle condamne l'absence de recours effectif à l'encontre des décisions de refus de prise en considération des demandes d'asile de personnes provenant d'un pays d'origine sûr », *Newsletter EDEM*, février 2014 ; S. Saroléa, S. Datoussaid et H. Gribomont, *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : la directive procédures*, Louvain-la-Neuve, U.C.L.-CeDIE, 2014 ; T. Wibault, « Droit d'asile et recours effectif en Belgique : procédure accélérée, mais pas amputée », *Lettre ADL du CREDOF*, 24 février 2014. (40) Sur le droit à un recours effectif dans le cadre des procédures d'asile, voy. M. Reneman, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford, Hart Publishing, 2014. Thèse de doctorat en accès libre sur openaccess.leidenuniv.nl. (41) CE (Belgique), 23 octobre 2014, n° 228.902 (accessible sur www.raadvst-consetat.be ; dernière consultation le 29 janvier 2015). (42) CE (France), 10 octobre 2014, n°s 375474 et 375920, « Association ELENA et autres Association FORUM RÉFUGIÉS-COSI » (accessible sur www.conseil-etat.fr ; dernière consultation le 29 janvier 2015). (43) *Migration News Sheet*, octobre 2014, p. 14. Cette loi désigne la Serbie, la Macédoine et la Bosnie-Herzégovine en tant que « pays d'origine sûrs », les ajoutant à la liste comprenant déjà le Ghana et le Sénégal.

16. M.⁴⁴. — À l'occasion de l'arrêt *N.*, la Cour de justice se prononce sur l'articulation entre la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié et celle d'octroi de la protection subsidiaire sous l'angle de la directive qualification. En l'espèce, une juridiction irlandaise l'interroge sur la conformité avec le droit de l'Union de la décision rejetant la demande d'octroi de la protection subsidiaire introduite par M. N. au motif qu'il n'a pas préalablement sollicité la reconnaissance de la qualité de réfugié⁴⁵.

17. Notant que, selon le texte de la directive qualification, l'octroi de la protection subsidiaire suppose que l'intéressé ne soit pas éligible à la reconnaissance de la qualité de réfugié, la Cour répond qu'une décision telle que celle en cause respecte le droit de l'Union⁴⁶. Elle précise en outre qu'une procédure telle que celle appliquée par les autorités irlandaises, où la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié et celle d'octroi de la protection subsidiaire s'introduisent par des actes distincts, n'est pas en soi contraire au droit de l'Union. En raison de leur autonomie procédurale, les États membres demeurent libres de prévoir que la reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de la protection subsidiaire se sollicitent soit par un seul acte (la procédure unique), soit par des actes distincts (les procédures distinctes). Toutefois, le choix de procédures distinctes ne peut pas nuire à l'effectivité de l'accès à la protection. Cela implique que les deux procédures puissent être introduites par des actes simultanés, d'une part, et que le délai d'examen demeure raisonnable, d'autre part⁴⁷.

18. Après avoir considéré dans le précédent arrêt *M.* que le choix de procédures distinctes implique la possibilité pour le demandeur d'être auditionné dans le cadre de chacune d'entre elles, sous peine de violer le droit d'être entendu, la Cour précise que des procédures distinctes ne peuvent porter atteinte à l'effectivité de l'accès à la protection⁴⁸. Ce faisant, la Cour encadre davantage encore l'autonomie procédurale des États membres, les incitant à mettre en place une procédure unique conformément aux recommandations de la Commission⁴⁹.

D. Les conditions de reconnaissance d'une protection internationale

19. La Cour s'est prononcée sur l'évaluation des demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle (1) ainsi que sur les conditions pour bénéficier de la protection subsidiaire (2).

1. Le statut de réfugié

20. A, B et C⁵⁰. — Messieurs A, B et C affirment subir des persécutions dans leur pays d'origine en raison de leur homosexualité. Les instances néerlandaises de l'asile rejettent leur demande au motif que leur homosexualité n'est pas crédible. Saisi en appel, le

Conseil d'État des Pays-Bas interroge la Cour sur les limites que l'évaluation de l'orientation sexuelle alléguée par un demandeur d'asile doit respecter.

21. La Cour rappelle, dans un premier temps, que l'auto-identification de son orientation sexuelle par le demandeur d'asile ne peut être admise que si ce dernier remplit les conditions de l'article 4, § 5, de la directive qualification pour bénéficier du doute quant aux éléments de son récit d'asile qu'il ne parvient pas à établir⁵¹. La Cour examine ensuite les modalités d'évaluation précisément discutées dans les affaires en cause : questions stéréotypées, questions portant sur les pratiques sexuelles, preuves d'actes sexuels, tests médicaux et exigence d'invoquer l'orientation sexuelle dès les origines de la procédure. D'une part, l'obligation d'un examen individuel de chaque demande d'asile s'oppose à ce que l'orientation sexuelle soit évaluée à la lumière de seules questions stéréotypées⁵² ou remise en cause pour le seul motif qu'elle a été invoquée à un stade avancé de la procédure⁵³. D'autre part, l'obligation de respecter la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne implique que des questions ne peuvent être posées sur les détails des pratiques sexuelles (droit à la vie privée)⁵⁴ et que des preuves d'actes sexuels ou des résultats de tests médicaux ne peuvent être produits (droit à la dignité)⁵⁵.

22. La Cour enjoint donc aux États membres d'évaluer l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile selon les règles applicables à l'évaluation d'autres circonstances factuelles à l'origine d'une demande d'asile. Elle suit en cela l'approche entamée dans l'arrêt *X, Y et Z*⁵⁶. Elle y estimait notamment qu'il ne peut être exigé d'un demandeur d'asile qu'il dissimule son orientation sexuelle, ou l'exprime « avec réserve », dans son pays d'origine, comme il ne peut être exigé de lui qu'il dissimule d'autres motifs de persécution tels que ses croyances religieuses. Ce faisant, la Cour confirme que les standards du droit européen de l'asile sont plus protecteurs que ceux de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les demandes d'asile fondées sur l'homosexualité. À l'occasion de l'arrêt *M.E. c. Suède*, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet pris en considération le « choix actif » du requérant de « vivre discrètement » au motif qu'il résulte de considérations privées et non d'une peur de subir la persécution, pour conclure que son renvoi vers la Libye ne violerait pas la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁷.

23. Dans l'arrêt *A, B et C*, la Cour de Luxembourg ne précise cependant pas les modalités générales de l'évaluation de la crédibilité de toute circonstance invoquée par un demandeur d'asile. Elle annonce explicitement n'examiner que les modalités discutées dans les affaires en cause, ce qui rend difficile la généralisation des enseignements de l'arrêt *A, B et C* à l'évaluation de motifs de persécution autres que l'orientation sexuelle⁵⁸.

(44) C.J.U.E., 8 mai 2014, *N.*, C-604/12, EU:C:2014:302. (45) Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *J.O. L* 304 du 30 septembre 2004, p. 12. Cette directive a été refondue en directive 2011/95/UE. (46) C.J.U.E., *N.*, précité, point 36. (47) *Ibidem*, point 58. (48) C.J.U.E., 22 novembre 2012, *M.*, C-277/11, EU:C:2012:744 ; cette chronique, *J.D.E.*, 2014, p. 106, n° 9. (49) COM (2004) 503 final, « Un régime d'asile européen commun plus efficace - La procédure unique comme prochaine étape ». (50) C.J.U.E., 2 décembre 2014, *A, B et C*, C-148/13 à C-150/13, EU:C:2014:2406 ; L. Leboeuf, « Arrêt "A, B et C" : Les limites à l'évaluation de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile », *J.D.E.*, 2015, pp. 59-60 ; J. Pétin, « L'examen de la crédibilité d'une demande de protection fondée sur l'orientation sexuelle : vers une reconnaissance de la vulnérabilité des demandeurs homosexuels par la C.J.U.E. ? », *GDR-ELSJ*, 2014 (accessible sur www.gdr-elsj.eu ; dernière consultation le 28 janvier 2015) ; M. Tissier-Rafin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *Lettre ADL du CREDOF*, janvier 2015. (51) C.J.U.E., *A, B et C*, précité, point 58. (52) *Ibidem*, point 63. (53) *Ibidem*, point 71. (54) *Ibidem*, point 64. (55) *Ibidem*, point 65. (56) C.J.U.E., 7 novembre 2013, *X, Y et Z*, C-199/12 à C-201/12, EU:C:2013:720 ; A. Defossez, « Arrêt "X, Y et Z" : les homosexuels persécutés dans leur pays d'origine peuvent-ils bénéficier du statut de "réfugié" ? », *J.D.E.*, 2014, p. 54 ; L. Leboeuf, « Droit européen de l'asile et homosexualité », *R.D.E.*, 2014, pp. 3-12. (57) C.E.D.H., 26 juin 2014, *M.E. c. Suède*, requête n° 71398/12, point 86. Voy. également l'opinion dissidente de la juge Power-Forde sur ce point. (58) C.J.U.E., *A, B et C*, précité, point 59.

Chroniques

2. La protection subsidiaire

24. Deux arrêts ont été rendus par la Cour sur les conditions d'octroi de la protection subsidiaire. Le premier, *Diakité*, concerne la protection subsidiaire face à une violence aveugle générée par un conflit armé⁽⁵⁹⁾. Le second, *M'Bodj*, concerne la protection subsidiaire face au risque de subir la torture ou des traitements inhumains ou dégradants⁽⁶⁰⁾. Dans chacun de ces arrêts, la Cour tente d'autonomiser la protection subsidiaire d'autres normes de droit international. Sans pour autant contester le principe de l'interprétation conforme du droit de l'Union au regard du droit international, la Cour tient compte de l'objectif propre de chaque texte, retenant une interprétation téléologique plus favorable à l'objectif de protection des dispositions de la directive qualification, destinées à s'appliquer aux personnes en besoin d'une protection qu'elles ne peuvent trouver dans leur pays d'origine. Dans le même temps, en mettant l'accent sur les besoins de protection motivés par les actes de persécution ou d'atteinte grave, la Cour semble exclure du régime de la directive qualification tout fait « de la nature » comme aujourd'hui les maladies graves ou demain les risques environnementaux.

25. *Diakité*⁽⁶¹⁾. — Les instances belges de l'asile rejettent la demande de protection subsidiaire introduite par un ressortissant guinéen au motif qu'il n'y a pas en Guinée un « conflit armé » au sens du droit international humanitaire⁽⁶²⁾. Saisi en cassation, le Conseil d'État de Belgique questionne la Cour sur la définition du « conflit armé »⁽⁶³⁾.

26. La Cour, suivant les conclusions de l'avocat général Mengozzi, consacre une définition autonome du « conflit armé » en droit de l'Union. Contrairement au droit international humanitaire, le « conflit armé » au sens de la directive qualification ne suppose ni un certain degré d'organisation des parties au conflit, ni une certaine durée. Il suffit qu'il génère une violence suffisamment intense pour frapper aveuglément toute personne. La Cour aboutit à cette conclusion en s'appuyant notamment sur l'objectif poursuivi par la directive qualification, distinct de celui poursuivi par le droit international humanitaire : alors que la directive qualification offre une protection aux civils qui ont fui un conflit armé, le droit international humanitaire fixe les règles applicables à la conduite du conflit armé là où il fait rage. Les critères de définition du conflit armé en droit international humanitaire manquent donc de pertinence pour identifier l'individu éligible à la protection subsidiaire.

27. Dans un précédent arrêt, *Elgafaji*, la Cour notait déjà que la protection subsidiaire en raison d'une violence aveugle générée par un conflit armé revêtait un contenu autonome de la protection consacrée par l'article 3 de la Convention.⁽⁶⁴⁾ Dans l'arrêt *Diakité*,

la Cour poursuit, cette fois à l'égard du droit international humanitaire, l'autonomisation de la protection subsidiaire. Paradoxalement, elle contribue ce faisant à renforcer le lien entre la protection subsidiaire et l'article 3 de la Convention. Après l'arrêt *Elgafaji*, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet précisé dans l'arrêt *Sufi et Elmi* n'avoir jamais exclu que l'article 3 de la Convention protège contre le renvoi vers une situation de violence aveugle, tout comme la protection subsidiaire⁽⁶⁵⁾. La Cour de Strasbourg ne soumet pas cette protection à l'existence d'un conflit armé au sens du droit international humanitaire. En écartant également cette condition sous l'angle de la protection subsidiaire dans l'arrêt *Diakité*, la Cour de Luxembourg rapproche la protection subsidiaire de celle offerte par l'article 3 de la Convention⁽⁶⁶⁾.

28. *M'Bodj*⁽⁶⁷⁾. — M. M'Bodj bénéficie d'une autorisation de séjourner sur le territoire belge pour raisons médicales. À la différence des réfugiés et des protégés subsidiaires, il n'est pas éligible aux allocations sociales prévues par la législation belge au bénéfice des personnes handicapées. La Cour constitutionnelle de Belgique demande à la Cour de justice si le bénéficiaire d'un titre de séjour pour des raisons médicales, qui ne peut, sous peine de violation de l'article 3 de la Convention, être renvoyé vers son pays d'origine où aucun traitement n'est disponible, doit bénéficier de la protection sociale et des soins de santé au même titre que le protégé subsidiaire qui risque, au sens de la directive qualification, la torture ou des traitements inhumains ou dégradants dans son pays d'origine⁽⁶⁸⁾.

29. La Cour répond que l'autorisation de séjour pour des raisons médicales ne relève pas du champ d'application de la directive qualification. Le risque de subir des traitements inhumains et dégradants ne justifie l'octroi de la protection subsidiaire que si ces mauvais traitements émanent d'un des acteurs mentionné par la directive qualification (acteurs étatiques, quasi étatiques ou privés lorsque les acteurs étatiques ou quasi étatiques sont incapables d'offrir une protection⁽⁶⁹⁾). Or, la maladie survient indépendamment de la volonté de ces acteurs⁽⁷⁰⁾. La Cour précise en outre que l'autorisation de séjour pour des raisons médicales ne peut être considérée comme une transposition plus favorable de la directive qualification. Si la directive qualification autorise les États membres à prévoir des normes plus favorables, ces dernières doivent en effet être « compatibles » avec le régime de protection qu'elle établit⁽⁷¹⁾. Or, l'étranger malade relève d'une situation « dénuée de tout lien avec la logique de protection internationale »⁽⁷²⁾. La directive qualification n'autorise donc pas les États membres à accorder la protection subsidiaire aux étrangers malades. Le titre de séjour octroyé à un étranger malade ne relève pas de la directive qualification mais du droit national.

(59) Article 15, c), de la directive qualification. (60) Article 15, b), de la directive qualification. (61) C.J.U.E., 30 janvier 2014, *Diakité*, C-285/12, EU:C:2014:39 ; J.-Y. Carlier, « Guerre et paix pour les demandeurs d'asile - À propos de l'arrêt *Diakité* de la Cour de justice », *J.T.*, 2014, p. 237 ; C. Bauloz, « The Definition of Internal Armed Conflict in Asylum Law : The 2014 *Diakité* Judgement of the EU Court of Justice », *J. Int. Criminal Justice*, 2014, p. 835 ; I. Wittorski, M. Wery et A. Defosse, « La difficile autonomisation du droit européen de l'asile », *R.F.D.L.*, 2014, p. 342. (62) Protocole II additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, Genève, 8 juin 1977 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) ; T.P.I.Y., 2 octobre 1995, *Tadic*, relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence ; C.I.C.R., « Comment le terme conflit armé est-il défini en droit international humanitaire ? », *Prise de position*, mars 2008. (63) C.E., 16 mai 2012, n° 219.376 ; note P. d'Huart, *R.D.E.*, 2012, p. 238. (64) C.J.U.E., 17 février 2009, *Elgafaji*, C-465/07, EU:C:2009:94. (65) C.E.D.H., 28 juin 2011, *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 8319/07 et 11449/07. Cette position avait déjà été suggérée par la C.E.D.H. dans l'arrêt *N.A. (C.E.D.H., 6 août 2008, N.A. c. Royaume-Uni, requête n° 25904/07)*. (66) Dans ce sens, voy. T. Wibault, « Reconnaître la persécution » in F. Collienne et P. Wautet (dir.), *Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités*, Bruxelles, Larcier, C.U.P., 2014, p. 127 : « la distinction opérée dans *Diakité* entre le droit humanitaire et la protection subsidiaire rejoint les lignes de démarcations classiques entre ce même droit humanitaire et les droits de l'homme pris dans leur ensemble ». Pour une approche globale en doctrine, voy. V. Chetail, « Armed Conflict and Forced Migration - A Systemic Approach to International Humanitarian Law, Refugee Law, and Human Rights Law », in A. Clapham et P. Gaeta (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflicts*, Oxford, OUP, 2014, pp. 700-734. (67) C.J.U.E., 18 décembre 2014, *M'Bodj*, C-542/13, EU:C:2014:2452. (68) Article 15, b), de la directive qualification. (69) Article 6 de la directive qualification. (70) C.J.U.E., *M'Bodj*, précité, point 35. (71) Article 3 de la directive qualification. (72) C.J.U.E., *M'Bodj*, précité, point 44.

30. Dans l'arrêt *M'Bodj*, la Cour pousse plus loin encore la logique d'autonomisation de la protection subsidiaire, suivant une direction opposée à celle suggérée par l'arrêt *Elgafaji*. Dans l'arrêt *Elgafaji*, la Cour notait que « l'article 15, sous b), de la directive [...] correspond, en substance, audit article 3 [de la Convention] », laissant supposer une possible convergence entre l'article 3 de la Convention et la protection subsidiaire face au risque de subir la torture ou des traitements inhumains et dégradants. En Belgique, d'ailleurs, les travaux préparatoires de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980⁷³ établissant un titre de séjour médical mentionnent que « les étrangers qui souffrent d'une maladie telle que cette maladie représente un réel danger pour leur vie ou leur intégrité physique ou que la maladie représente un réel danger de traitement inhumain ou dégradant lorsque aucun traitement adéquat n'existe dans leur pays d'origine ou dans le pays où ils peuvent séjourner, sont couverts par l'article 15, b), de la directive 2004/83/CE, en conséquence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (traitements inhumains ou dégradants) »⁷⁴. Comme le mentionnent les conclusions de l'avocat général Bot, cette position n'est pas celle défendue par le conseil des ministres de Belgique dans l'affaire en cause⁷⁵. Le conseil des ministres estime au contraire que l'article 9ter est exclu de la protection subsidiaire. L'arrêt *M'Bodj* suit la même interprétation. Il distingue le régime de protection consacré par la directive qualification d'autres régimes de protection fondés sur des motifs humanitaires. En pratique, la ligne de démarcation entre les différents régimes de protection pour des motifs humanitaires et la protection internationale établie par la directive qualification n'est pas nette. Distinguer entre un mauvais traitement survenant naturellement, d'une part, et un mauvais traitement causé par un des acteurs expressément visés par la directive qualification, d'autre part, n'est pas toujours chose aisée, par exemple lorsque la maladie ne peut être soignée parce qu'un de ces acteurs empêche l'accès aux soins⁷⁶.

31. On notera toutefois que cette jurisprudence détachant la maladie grave de la protection subsidiaire n'exclut pas la protection contre le renvoi. En effet, le même jour que l'arrêt *M'Bodj*, dans un arrêt *Abdida* la Cour, identiquement composée, dit pour droit que la directive retour, lue à la lumière de l'article 19, § 2, de la Charte, s'oppose à tout renvoi sans recours suspensif d'un étranger gravement malade, si ce renvoi conduit à une violation de l'article 3 de la Convention⁷⁷.

3 L'immigration

32. Poursuivons le parcours stéréotypé d'un migrant imaginaire. Si ce dernier n'a pas obtenu un statut de protection, ou ne l'a pas sollicité, il se peut qu'il réponde aux conditions fixées par le droit européen de l'immigration pour bénéficier d'un titre de séjour sur d'autres fondements. Parmi ces titres de séjour harmonisés par l'Union européenne, le regroupement familial (A) et le séjour des étudiants (B) ont connu quelques développements dans la jurisprudence de la Cour en 2014. La Cour a également rendu un arrêt sur le statut de résident de longue durée, destiné à faciliter la circulation au sein de l'Union de migrants résidant légalement depuis plusieurs années dans un État membre (C).

A. Le regroupement familial

33. *Noorzia*⁷⁸. — La demande de regroupement familial introduite par Mme Noorzia afin de rejoindre son époux en Autriche a été rejetée par les autorités de ce pays au motif que son époux n'était pas âgé de 21 ans au moment de l'introduction de la demande. Constatant que l'époux de Mme Noorzia avait atteint l'âge de 21 ans au moment de l'examen de la demande, une juridiction autrichienne interroge la Cour sur le moment où l'âge requis doit être atteint : au moment de l'introduction de la demande ou au moment où l'administration statue sur la demande ?

34. La Cour renvoie à l'autonomie procédurale des États membres. Si cette autonomie procédurale ne peut porter atteinte à l'effectivité du droit de l'Union, considérer comme en l'espèce que l'âge requis doit être atteint lors de l'introduction de la demande n'a pas pour effet, selon la Cour, d'empêcher l'exercice du droit au regroupement familial ou de le rendre « excessivement difficile »⁷⁹. Une telle mesure est en outre proportionnée. Elle répond à l'objectif légitime de prévenir les mariages forcés, le risque d'en être victime diminuant avec la maturité⁸⁰. Elle n'instaure pas d'inégalité entre les ressortissants de pays tiers, dont les demandes ne reçoivent pas de traitement différent en fonction de la durée que met l'administration à les traiter⁸¹.

On notera que la Cour n'a pas suivi le point de vue inverse défendu par l'avocat général Mengozzi dans ses conclusions⁸². L'avocat général considérait que la directive regroupement familial ne permet pas à un État d'imposer que l'âge minimal de 21 ans soit nécessairement atteint avant le dépôt de la demande. Son raisonnement s'adossait à une triple interprétation. Premièrement, l'inter-

(73) 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.

(74) *Doc. parl. Ch.*, sess. 2005-2006, n° 2478/001, p. 9 ; J. Clesse et J. Hubin (dir.), *op. cit.*, in J. Clesse et J. Hubin, *loc. cit.*, p. 116 ; Z. Maglioni, « La demande d'autorisation de séjour pour raisons humanitaires : l'article 9ter à l'agonie ? », in F. Collienne et P. Wautelet (dir.), *loc. cit.*, p. 218. (75) Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 17 juillet 2014 dans l'affaire *M'Bodj*, C-542/13, EU:C:2014:2113, point 37. Un débat a en outre existé en Belgique sur l'étendue de la protection de l'article 9ter : se limite-t-il à protéger l'étranger dont la maladie atteint le degré de gravité requis par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* (C.E.D.H., 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, requête n° 26565/05, point 42) ou protège-t-il également l'étranger atteint d'une maladie qui, bien que grave, n'atteint pas le seuil requis par l'arrêt *N.* ? Notant que la formulation de l'article 9ter requiert « un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant » (notre italique), le Conseil du contentieux des étrangers et la section néerlandophone du Conseil d'État l'ont interprété comme offrant une protection plus étendue que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (C.C.E., 27 novembre 2012, n° 92258 ; C.E., 28 novembre 2013, n° 225.632). La section francophone du Conseil d'État a quant à elle considéré, dans un premier temps, que l'article 9ter n'offre pas de protection plus étendue que l'article 3 de la Convention (C.E., 19 novembre 2013, n° 225.523). Elle a ensuite rejoint la position de la section néerlandophone du Conseil d'État et celle du C.C.E. (C.E., 16 octobre 2014, n° 228.778). Sur ces péripéties, voy. Kruispunt Migratie-Integratie, « Raad van State unaniem : artikel 9ter Verblijfwet is een nationale norm die ruimer is dan Europese normen », *Nieuws*, 29 octobre 2014 (accessible sur www.kruispuntmi.be ; dernière consultation le 28 janvier 2015). (76) La jeune doctrine propose une procédure unique pour obtenir un titre de séjour humanitaire, que ce titre de séjour trouve son fondement dans la protection internationale ou non : M. Maes, *Nationale bijkomende beschermingsstatuten voor vreemdelingen : Nood aan verdere EU-harmonisatie en/of versterking op nationaal niveau ?*, thèse, KU Leuven, 2014, polycop. (77) C.J.U.E., 18 décembre 2014, *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453, point 46. Cet arrêt est examiné *infra* n° 51. (78) C.J.U.E., 17 juillet 2014, *Noorzia*, C-338/13, EU:C:2014:2092. (79) *Ibidem*, point 16. (80) *Ibidem*, point 16. (81) *Ibidem*, point 18. (82) Conclusions de l'avocat général Mengozzi du 30 avril 2014 sur *Noorzia*, C-338/13, EU:C:2014:288.

Chroniques

prétation littérale qui permettait de relever que, dans plusieurs versions linguistiques de la directive, l'atteinte de l'âge minimal doit survenir « avant que le regroupement familial puisse avoir lieu », ce qui vise nécessairement le moment de la décision, non de la demande⁽⁸³⁾. Deuxièmement, l'interprétation téléologique impose que « l'objectif de prévention des mariages forcés [...] [soit] [...] contrebalancé par le droit des couples mariés authentiquement d'exercer le droit au regroupement familial découlant [...] [de] l'article 8 de la C.E.D.H. [et de] l'article 7 de la Charte ». Il s'en déduit que l'examen de la maturité au mariage doit être individualisé⁽⁸⁴⁾. Enfin, troisièmement, par une interprétation systématique l'avocat général déduit de ce que d'autres dispositions visent expressément le moment du dépôt de la demande que, *a contrario*, tel moment ne peut être imposé sur la base d'une disposition qui ne le vise pas expressément. La Cour quant à elle a préféré privilégier l'autonomie procédurale des États sur la protection renforcée des droits fondamentaux. Si, ce faisant, elle est plus respectueuse de l'équilibre constitutionnel entre les États et l'Union, c'est au détriment des droits fondamentaux des personnes concernées.

35. Dogan⁽⁸⁵⁾. — La demande de regroupement familial de Mme Dogan, ressortissante turque dont l'époux réside en Allemagne, est rejetée au motif qu'elle ne maîtrise pas suffisamment l'allemand. Une juridiction allemande interroge la Cour sur la compatibilité de cette exigence de connaissance linguistique avec la clause de *standstill* contenue dans les accords d'associations liant l'Union européenne à la Turquie.

36. La clause de *standstill* consacrée dans le protocole additionnel aux accords d'association entre l'Union européenne et la Turquie s'oppose à l'introduction de nouvelles mesures restreignant la liberté d'établissement, sauf si elles sont nécessaires pour atteindre un objectif d'intérêt général⁽⁸⁶⁾. Les circonstances de l'espèce relèvent de son champ d'application : l'exigence de démontrer une connaissance suffisante de l'allemand a été introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de la clause de *standstill*⁽⁸⁷⁾ et la liberté d'établissement de l'époux de Mme Dogan, travailleur indépendant en Allemagne, est en cause⁽⁸⁸⁾. Si cette exigence poursuit l'objectif légitime de lutte contre les mariages forcés et les mariages blancs, son application automatique dépasse cependant les moyens nécessaires pour atteindre cet objectif. La Cour regrette que « le défaut de preuve de l'acquisition de connaissances linguistiques suffisantes entraîne automatiquement le rejet de la demande de regroupement familial, sans tenir compte des circonstances particulières de chaque cas »⁽⁸⁹⁾. Cet arrêt peut être vu comme un renforcement du droit au regroupement familial. Une lecture prudente invite toutefois à ne pas généraliser l'enseignement à tout regroupement familial. La nationalité turque des inté-

ressés est importante. Une fois de plus c'est davantage une distinction nette que la Cour opère entre la politique migratoire et la situation des ressortissants turcs qui bénéficient des accords d'association. C'est plus dans l'extension de la circulation interne que dans la circulation externe qu'il convient de classer cette décision.

B. Les étudiants

37. Ben Alaya⁽⁹⁰⁾. — Le projet de M. Ben Alaya de poursuivre ses études en Allemagne se heurte à un refus de visa. Une juridiction allemande interroge la Cour quant à l'étendue du pouvoir d'appréciation des États membres de refuser un visa à l'individu qui répond aux conditions fixées par la directive pertinente pour bénéficier d'un titre de séjour étudiant⁽⁹¹⁾.

38. La Cour déduit de l'économie générale de la directive séjour étudiant que celle-ci fixe exhaustivement l'ensemble des conditions auxquelles un ressortissant de pays tiers doit répondre pour pouvoir bénéficier d'un titre de séjour aux fins d'étude⁽⁹²⁾. Un État membre ne peut donc soumettre la délivrance d'un visa à des conditions supplémentaires, sous peine d'aller à l'encontre de l'objectif de la directive qui vise à « promouvoir l'Europe en tant que centre mondial d'excellence pour les études et la formation professionnelle »⁽⁹³⁾. Ce faisant, la Cour restreint encore le pouvoir d'appréciation des États membres en ce qui concerne la délivrance de visas, dans la ligne du précédent arrêt *Koushkaki*⁽⁹⁴⁾. Dans cet arrêt, la Cour avait considéré que les motifs de refus d'un visa énoncés par le Code des visas sont exhaustifs, tout en reconnaissant que l'évaluation de ces motifs laisse une « large marge d'appréciation » aux États membres⁽⁹⁵⁾.

C. Les résidents de longue durée

39. Tahir⁽⁹⁶⁾. — Mme Tahir sollicite le statut de résidente de longue durée auprès des autorités italiennes sans que son séjour légal en Italie ait atteint la durée minimale de cinq ans requise par la directive résidents de longue durée⁽⁹⁷⁾. Elle se fonde sur la législation italienne qui la dispense de cette condition en tant qu'épouse d'un résident de longue durée. Une juridiction italienne interroge la Cour sur la conformité de cette législation avec le droit de l'Union.

40. La Cour juge la législation italienne contraire au droit de l'Union. Elle souligne que la condition de cinq ans de séjour légal fixée par la directive résidents de longue durée doit être impérativement rencontrée, de telle sorte que les États membres ne peuvent y déroger⁽⁹⁸⁾. Selon la Cour, autoriser un État membre à faciliter l'accès à ces titres de séjour qui permettent la liberté de circulation au sein de l'Union irait à l'encontre de l'esprit de la directive résidents de longue durée. Cette dernière entend favoriser

(83) *Ibidem*, point 35. Il s'agit des versions italienne, française, anglaise, allemande et espagnole. (84) *Ibidem*, points 42-43. Il pourrait s'en déduire que l'article 4, § 5, de la directive est en soi contraire au droit au regroupement familial, ce qui ne sera pas examiné car, à la différence de l'intéressée, la juridiction nationale ne le demande pas (*ibidem*, points 64-67). (85) C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Dogan*, C-138/13, EU:C:2014:2066. (86) Article 41, § 1^{er}, du Protocole additionnel aux Accords d'association UE-Turquie : « Les parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services ». (87) C.J.U.E., *Dogan*, précité, point 29. (88) *Ibidem*, point 31. (89) *Ibidem*, point 38. (90) C.J.U.E., 10 septembre 2014, *Ben Alaya*, C-491/13, EU:C:2014:2187. Sur cet arrêt et ses conséquences en Belgique, voy. G. Aussems, « Pas de vérification de l'intention dans l'octroi du visa étudiant », *Newsletter ADDE*, octobre 2014 (accessible sur www.adde.be ; dernière consultation le 27 janvier 2015) et C. Verbruggen, « Arrêt "Ben Alaya" : l'admission de ressortissants de pays tiers dans l'Union à des fins d'études », *J.D.E.*, 2015, p. 14. (91) Directive 2004/114 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 du 23 décembre 2004, p. 12. (92) C.J.U.E., *Ben Alaya*, précité, point 27. (93) *Ibidem*, point 29. (94) C.J.U.E., 19 décembre 2013, *Koushkaki*, C-84/12, EU:C:2013:862 ; cette chronique, *J.D.E.*, 2014, p. 107, n° 5. (95) *Ibidem*, point 61. (96) C.J.U.E., 17 juillet 2014, *Tahir*, C-469/13, EU:C:2014:2094. (97) Article 4, § 1^{er}, de la directive 2003/109 du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *J.O. L* 16 du 23 janvier 2004, p. 44 : « Les États membres accordent le statut de résident de longue durée aux ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur leur territoire pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande en cause ». (98) C.J.U.E., *Tahir*, précité, point 34.

la confiance mutuelle entre les États membres en limitant leur compétence de donner un titre de séjour opposable aux autres États membres⁹⁹. On notera la différence avec la durée de cinq ans fixée pour l'obtention d'un droit de séjour permanent pour les citoyens européens. Selon le texte même de la directive il s'agit d'une période maximale que les États membres peuvent réduire¹⁰⁰. Si les deux droits de séjour — permanent pour le citoyen européen et résident de longue durée pour le ressortissant d'État tiers — sont fondés sur le même principe de confiance mutuelle, la nuance montre, une fois de plus, que l'étranger ressortissant d'État tiers n'est pas le même étranger que le citoyen européen.

4 L'éloignement

41. Supposons que le migrant imaginaire ne réponde pas aux conditions de délivrance d'un titre de séjour sur la base du droit de l'Union relatif à l'asile ou à l'immigration ou sur la base du droit national. En vertu de la directive retour, les États membres doivent alors lui délivrer une décision de retour¹⁰¹. La procédure menant à l'adoption de cette décision est soumise à certaines garanties. Dans sa jurisprudence de 2014, la Cour aborde le droit d'être entendu avant que la décision d'éloignement ne soit adoptée (A) et le droit de bénéficier d'un recours effectif à l'encontre de cette décision (B). Elle s'est également prononcée sur les modalités de la rétention à laquelle l'étranger en séjour irrégulier peut être soumis s'il ne retourne pas volontairement dans son pays d'origine (C). Saisie de deux questions préjudicielles relatives à l'infliction de sanctions pénales à l'étranger en séjour irrégulier, la Cour n'y apporte pas de réponse (D).

A. Le droit d'être entendu

42. *Mukarubega*¹⁰². — Mme Mukarubega n'exécute pas la décision d'éloignement prise à son encontre par les autorités françaises à la suite du rejet de sa demande d'asile. Elle séjourne irrégulièrement en France, où elle est appréhendée près d'un an plus tard. Auditionnée par la police, elle se voit délivrer une nouvelle décision d'éloignement et est placée en rétention. Elle saisit le juge français, qui interroge la Cour sur l'étendue du droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision d'éloignement.

43. La Cour constate que le droit d'être entendu n'est pas consacré par la directive retour. Ce droit relève cependant du principe général des droits de la défense¹⁰³, qui s'applique à toute mesure

relevant du champ d'application du droit de l'Union¹⁰⁴ quand bien même la réglementation applicable ne le prévoit pas expressément¹⁰⁵. La procédure menant à l'adoption d'une décision de retour doit donc respecter le droit d'être entendu. Ce dernier n'est pas absolu. Il peut subir des restrictions nécessaires pour atteindre un objectif légitime¹⁰⁶ et sa violation n'engendrera pas nécessairement l'annulation de la décision contestée¹⁰⁷. En l'espèce, la première décision d'éloignement adoptée à l'encontre de Mme Mukarubega constitue « le prolongement logique et nécessaire » du rejet de sa demande d'asile à la suite d'une procédure qui a respecté son droit d'être entendu¹⁰⁸. L'entendre à nouveau avant d'adopter la décision d'éloignement qui résulte du rejet de sa demande d'asile aurait pour seul effet de retarder son expulsion¹⁰⁹ ; or, selon la Cour, « le droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision de retour ne peut être instrumentalisé pour rouvrir indéfiniment la procédure administrative »¹¹⁰. La seconde décision d'éloignement, adoptée lors de l'appréhension de Mme Mukarubega près d'un an après le rejet de sa demande d'asile et l'édiction de la première décision d'éloignement, a fait suite à une audition par les services de police. Bien que cette audition ait été relativement brève et menée sous la forme de questions et réponses, elle a donné l'occasion à l'intéressée de faire valoir les arguments qui s'opposent au renvoi vers son pays d'origine¹¹¹. Son droit d'être entendu a donc été respecté.

44. L'arrêt *Mukarubega* confirme l'arrêt antérieur *G. et R.* en ce qui concerne l'application du droit d'être entendu consacré par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux aux procédures nationales mettant en œuvre la directive retour¹¹². L'article 41 de la Charte précise explicitement ne s'appliquer qu'aux « institutions, organes et organismes de l'Union ». Selon la Cour, il ne peut donc être invoqué en tant que tel à l'encontre des administrations nationales. Par le biais des principes généraux de droit de l'Union, cependant, la Cour étend son champ d'application. Le droit d'être entendu doit être respecté par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union non parce qu'il est consacré par l'article 41 de la Charte, mais parce qu'il relève du principe général des droits de la défense¹¹³. L'arrêt *Mukarubega* précise l'étendue du droit d'être entendu dans la procédure de mise en œuvre de la directive retour : le droit d'être entendu sur une décision d'éloignement ne s'applique pas lorsque cette décision d'éloignement résulte de l'adoption d'une décision de refus de séjour à la suite d'une procédure où le droit d'être entendu a été respecté. Dit autrement, le droit d'être entendu dans le cadre de la mise en œuvre de la directive retour est subsidiaire à celui d'être entendu dans le cadre de la procédure relative à l'évaluation de la demande d'un titre de séjour. Les contours de ce principe

(99) *Ibidem*, point 40. (100) Article 16, § 1^{er}, 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. L* 158 du 30 avril 2004, p. 77. La Belgique avait réduit ce délai à trois ans pour l'aligner sur le délai ouvrant l'accès à la nationalité belge avant de l'allonger à cinq ans à la suite de la modification du Code de la nationalité (article 42quinquies de la loi du 15 décembre 1980 tel que modifié par la loi du 24 décembre 2012, précisée par la circulaire du 8 mars 2013, *M.B.*, 14 mars 2013). (101) Article 6 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O. L* 348 du 24 décembre 2008, p. 98. (102) C.J.U.E., 5 novembre 2014, *Mukarubega*, C-166/13, EU:C:2014:2336 ; S. Datoussaid et H. Gribomont, « Les ressortissants de pays tiers qui ont été dûment entendus sur le caractère irrégulier de leur séjour ne doivent pas nécessairement être entendus une nouvelle fois avant l'adoption de la décision de retour », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2014. (103) *Ibidem*, point 45. (104) *Ibidem*, point 50. (105) *Ibidem*, point 49. (106) *Ibidem*, point 53. (107) *Ibidem*, point 54. (108) *Ibidem*, point 72. (109) *Ibidem*, point 70. (110) *Ibidem*, point 71. (111) *Ibidem*, point 80. (112) C.J.U.E., 10 septembre 2013, *G. et R.*, C-383/13 PPU, EU:C:2013:533 ; cette chronique, *J.D.E.*, 2014, p. 112, n° 15 ; F. Gazin, « Droit d'être entendu dans le cadre d'une rétention préparant un retour - La Cour donne une portée minimale au droit d'être entendu dans le cadre d'une rétention administrative et vide de son sens la philosophie générale de la rétention des ressortissants d'États tiers en situation irrégulière », *Europe*, 2013, p. 26 ; M. Lys, « Les conséquences de la violation du droit d'être entendu sur la légalité d'une décision de prolongation de la rétention d'un étranger en séjour irrégulier », *Newsletter EDEM*, octobre 2013. (113) On notera que, fidèle à sa position déjà exprimée dans l'arrêt *G. et R.* précité, l'avocat général Wathelet préfère déduire cette obligation de l'article 51 de la Charte (conclusions de l'avocat général Wathelet présentées le 25 juin 2014 dans *Mukarubega*, C-166/13, EU:C:2014:2031, points 51-56 et reprises dans les conclusions présentées le même jour dans *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2032, points 42-47).

Chroniques

son cependant difficilement perceptibles à partir de l'arrêt *Mukarubega*. Qu'en est-il lorsque la décision d'éloignement qui résulte d'une décision de refus de séjour est adoptée longtemps après ? La Cour ne se prononce pas sur cette hypothèse, qu'elle écarte en constatant qu'en l'espèce la première décision d'éloignement a été adoptée peu après le rejet de la demande d'asile¹¹⁴. À partir de quel moment peut-on considérer que la chaîne de causalité entre la décision de refus de séjour et la décision d'éloignement est rompue, de telle sorte qu'une obligation d'entendre à nouveau existe ? Quelles sont les garanties devant entourer l'audition en pareil cas ? La Cour considère que l'audition de la requérante avant l'adoption de la seconde décision d'éloignement fut suffisante en détaillant les modalités suivies dans le cas d'espèce, sans en déduire des obligations générales¹¹⁵. Parce que casuistique, l'arrêt *Mukarubega* ouvre donc un champ de perspectives encore imprécises. Plus complet, l'avocat général Wathelet notait que « le fait pour une autorité nationale d'avoir, dans le cadre d'un dossier déterminé (par exemple, une demande d'asile), respecté le droit d'être entendu d'un intéressé [...] ne la dispense pas de l'entendre de nouveau dans le cadre d'une procédure introduite sur une base juridique différente (par exemple, une demande de régularisation du séjour pour des raisons humanitaires), et ce même si le but des deux demandes est substantiellement identique (en l'occurrence la reconnaissance de la régularité d'un séjour) »¹¹⁶.

45. Boudjlida¹¹⁷. — Par l'arrêt *Boudjlida*, rendu un mois plus tard, la Cour donne un éclairage supplémentaire sur les modalités que doit respecter l'audition d'un ressortissant de pays tiers avant l'adoption d'une décision d'éloignement à son encontre, lorsque cette décision ne résulte pas d'un refus de séjour adopté à la suite d'une procédure qui a respecté le droit d'être entendu. M. Boudjlida séjourne irrégulièrement en France à la suite de l'expiration de son titre de séjour en qualité d'étudiant. Il se présente volontairement auprès des services de police, qui l'auditionnent et lui délivrent une décision d'éloignement. Comme dans l'affaire *Mukarubega*, une juridiction française interroge la Cour sur l'étendue du droit du ressortissant de pays tiers d'être entendu avant qu'une décision d'éloignement ne soit prise à son encontre.

46. À la différence de Mme Mukarubega, M. Boudjlida n'a pas été entendu dans une procédure antérieure relative à l'octroi d'un titre de séjour. La Cour précise donc les modalités de son droit d'être entendu avant qu'une décision d'éloignement ne soit prise à son encontre. Ce droit implique qu'il dispose de la possibilité effective de s'exprimer tant sur les obstacles à son éloignement que sur les modalités de celui-ci (retour volontaire ou forcé, délai de départ). Une telle possibilité effective ne suppose cependant pas que l'autorité doive l'informer de son intention d'adopter une décision négative, sauf s'il « ne peut raisonnablement se douter des éléments susceptibles de lui être opposés ou ne serait objectivement en mesure d'y répondre qu'après avoir effectué certaines vérifications ou démarches en vue notamment de l'obtention de documents justificatifs »¹¹⁸. Une telle possibilité effective n'implique

pas non plus qu'il doive bénéficier d'une assistance juridique, même s'il a toujours la possibilité de solliciter un conseil juridique à ses propres frais¹¹⁹. L'évaluation de l'effectivité de la possibilité laissée à M. Boudjlida de s'exprimer doit se réaliser en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce et non à la seule lumière de la durée de l'audition. La circonstance que l'intéressé n'a été auditionné que durant trente minutes n'est pas déterminante¹²⁰.

47. Après avoir posé, dans l'arrêt *G. et R.*, le droit du ressortissant de pays tiers d'être entendu lorsqu'une décision d'éloignement est prise à son encontre et l'avoir limité, dans l'arrêt *Mukarubega*, aux décisions qui ne sont pas la conséquence d'une procédure où le droit d'être entendu a été respecté, la Cour précise, dans l'arrêt *Boudjlida*, le critère à la lumière duquel le respect du droit d'être entendu sera évalué. Il faut que l'intéressé dispose d'une possibilité effective de s'exprimer sur les obstacles à son éloignement et sur les modalités de celui-ci. L'évaluation se réalise au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce.

B. Le droit à un recours effectif

48. Mahdi¹²¹. — Appréhendé en séjour irrégulier en Bulgarie, M. Mahdi est maintenu en rétention au-delà de la période maximale de six mois fixée par la directive retour¹²². Il sollicite sa libération auprès d'une juridiction bulgare. Cette dernière interroge la Cour sur les modalités d'une prolongation de la rétention au-delà de la période maximale de six mois, pour défaut de coopération, conformément à la directive retour¹²³. Elle souhaite savoir si cette prolongation suppose l'adoption d'une décision écrite soumise à un contrôle complet du juge, tant en légalité qu'en opportunité, ainsi qu'obtenir des précisions sur le motif de prolongation de la rétention « manque de coopération ».

49. La Cour fixe les modalités du contrôle judiciaire de la prolongation de la rétention en veillant à assurer l'effectivité du recours au juge. Premièrement, la décision de prolongation de la rétention doit être écrite et motivée, sous peine d'empêcher tout contrôle judiciaire¹²⁴. Deuxièmement, le juge doit connaître de « tout élément de fait et de droit pertinent »¹²⁵. Il doit prendre en considération toutes les circonstances factuelles qu'il estime pertinentes pour contrôler la conformité de la décision de prolongation de la rétention avec la directive retour, qu'il ait obtenu ces éléments de faits *motu proprio* ou qu'ils soient apportés par l'administration et/ou par l'intéressé. La Cour précise ensuite le motif de prolongation de la rétention « manque de coopération ». Il doit être apprécié en fonction de l'ensemble des circonstances de l'espèce, sans pouvoir être automatiquement déduit de l'absence de documents d'identité¹²⁶. Enfin, la Cour souligne que la directive retour n'impose aucune obligation de délivrer un titre de séjour aux ressortissants de pays tiers qui ne peuvent pas être éloignés ; ces derniers doivent uniquement se voir délivrer un document écrit confirmant leur situation. Les États membres en déterminent la forme et le modèle¹²⁷.

(114) C.J.U.E., *Mukarubega*, précité, points 69-70. (115) *Ibidem*, points 74-80. (116) Conclusions de l'avocat général Wathelet présentées dans *Mukarubega*, précité, point 99, 1), alinéa 2. (117) C.J.U.E., 11 décembre 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431. (118) *Ibidem*, point 56. (119) *Ibidem*, point 65. (120) *Ibidem*, point 60. (121) C.J.U.E., 5 juin 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320 ; P. d'Huart, « Prolongation de la détention : forme et contrôle judiciaire de la décision de prolongation de la détention aux fins d'éloignement », *Newsletter EDEM*, juin 2014. (122) Article 15, § 5, de la directive retour. (123) Article 15, § 6, de la directive retour : « Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5 [n.d.l.a. : la période de six mois], sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison : a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires ». (124) C.J.U.E., *Mahdi*, précité, point 44-46. (125) *Ibidem*, point 62. (126) *Ibidem*, point 72. (127) *Ibidem*, point 88.

50. Outre les précisions qu'il apporte quant à l'hypothèse où un ressortissant de pays tiers ne pourrait pas être éloigné, l'arrêt *Mahdi* veille à assurer l'effectivité du recours à l'encontre d'une décision de prolongation de la rétention. Il souligne que le contrôle opéré par les juridictions nationales doit être complet parce que mené non seulement en droit mais également en fait¹²⁸. La Cour n'apporte cependant pas de réponse claire à la question de savoir si tout contrôle judiciaire d'une décision de placement en rétention, qu'il s'agisse d'une décision initiale, d'une décision de prolongation ou encore d'une décision adoptée dans le cadre du réexamen de la décision initiale, doit porter sur l'ensemble des circonstances légales et factuelles. L'arrêt *Mahdi* ne concerne explicitement que le contrôle sur la décision de prolongation de la rétention, le raisonnement étant concentré sur les dispositions de la directive retour relatives à cette prolongation. La brève mention de l'article 47 de la Charte tend cependant à indiquer que l'enseignement de la Cour devrait s'étendre à d'autres décisions adoptées sur la base de la directive retour¹²⁹.

51. *Abdida*¹³⁰. — À la suite du rejet de sa demande d'autorisation de séjour pour motif médical, les autorités belges délivrent une décision d'éloignement à l'encontre de M. Abdida. Le recours qu'il introduit ne revêtant pas d'effet suspensif, il cesse de percevoir une aide sociale. La cour du travail de Bruxelles interroge la Cour sur la compatibilité avec le droit de l'Union de l'absence d'effet suspensif du recours contre la décision de retour.

52. La Cour commence par affirmer que, si le séjour médical ne relève pas du champ d'application de la directive qualification ainsi qu'elle l'a constaté le même jour dans l'arrêt *M'Bodj*¹³¹, la décision d'éloignement qui accompagne le refus d'un tel titre de séjour relève du champ d'application de la directive retour. Elle ajoute à toutes fins utiles que dans les « cas très exceptionnels »¹³² où l'éloignement d'un étranger gravement malade reviendrait à le soumettre à un traitement inhumain et dégradant en raison de l'absence de soins dans son pays d'origine en violation de l'article 3 de la Convention, cet éloignement ne peut pas être exécuté sous peine de violer l'article 19, §2, de la Charte¹³³. Ce préalable posé, la Cour de Luxembourg s'appuie sur la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise pour déterminer le contenu du droit à un recours effectif consacré par l'article 47 de la Charte¹³⁴. Elle en déduit l'obligation des États membres de prévoir un recours avec effet suspensif. En ce qui concerne plus précisément le bénéfice d'une aide sociale, la Cour juge que les garanties prévues par la directive retour en attendant le retour volontaire s'appliquent lorsque le recours contre la décision d'éloignement est pendant¹³⁵. Ces garanties impliquent la prise en charge des « besoins de base » de l'intéressé, les États membres demeurant libre de définir ces besoins de base¹³⁶ ainsi que les modalités de leur prise en charge¹³⁷.

53. Par l'arrêt *Abdida*, la Cour de justice consacre en droit de l'Union la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'interdiction de l'éloignement d'étrangers gravement malades, d'une part, et à l'exigence d'un recours de plein droit suspensif, d'autre part. Elle ajoute l'obligation explicite de prendre en charge les « besoins de base » de l'intéressé qui introduit un recours contre une décision d'éloignement, renvoyant à l'autonomie procédurale des États membres en ce qui concerne l'évaluation de ses besoins et les modalités de leur prise en charge.

C. Les modalités de la rétention

54. *Bero et Bouzalmate, Pham*¹³⁸. — Ces deux affaires concernent des ressortissants de pays tiers placés en rétention dans des établissements pénitentiaires en Allemagne. Interrogée sur la conformité de cette pratique avec la directive retour, la Cour rappelle que l'article 16, § 1^{er}, de la directive retour pose comme principe la rétention dans un centre spécialisé. La rétention dans un établissement pénitentiaire n'est permise que par exception d'interprétation stricte, lorsque la rétention dans un centre spécialisé n'est pas envisageable¹³⁹. Dans l'arrêt *Bero et Bouzalmate*, la Cour s'oppose à l'invocation de cette exception au motif que certaines entités fédérées ne disposent pas de centre spécialisé, alors que d'autres en possèdent¹⁴⁰. Dans l'arrêt *Pham*, la Cour précise que si l'impossibilité de retenir dans un centre spécialisé est avérée, l'intéressé retenu dans un établissement pénitentiaire doit dans tous les cas être séparé des détenus de droit commun¹⁴¹. Cela vaut même s'il a lui-même sollicité de demeurer avec des compatriotes détenus de droit commun¹⁴².

55. Dans ces deux affaires, la Cour s'oppose à toute interprétation extensive par les États membres de la disposition de la directive retour qui autorise par exception la rétention dans un établissement pénitentiaire. Il est cependant difficile d'en déduire un cadre précis dans lequel un ressortissant de pays tiers peut, ou ne peut pas, être retenu dans un établissement pénitentiaire. Si, dans l'arrêt *Pham*, la Cour pose la séparation entre les étrangers retenus en vue de leur retour et les auteurs d'infractions de droit commun emprisonnés comme un principe absolu, dans l'arrêt *Bero et Bouzalmate* elle demeure vague sur les hypothèses dans lesquels un État membre peut déroger au principe de la rétention dans un centre spécialisé, se limitant à préciser que celle visée par le cas d'espèce n'est pas valable. Une fois de plus, si la Cour de justice suit la ligne jurisprudentielle générale de la Cour européenne des droits de l'homme, ici sur l'adaptation des modalités de la rétention à l'objectif poursuivi par la privation de liberté, elle le fait avec une certaine relativité qu'elle fonde sur le droit dérivé offrant une autonomie procédurale aux États membres¹⁴³.

(128) Sur l'étendue du contrôle opéré par le juge belge, voy. S. Saroléa et P. d'Huart, *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : la directive retour*, Louvain-la-Neuve, U.C.L.-CeDIE, 2014, pp. 118 et s. ; H. Van Vreckom, « De omzetting van de Terugkeerrichtlijn in het Belgisch recht », *T. Vreemd.*, 2012, p. 268 ; T. Wibault, « La transposition de la directive retour en droit belge », *R.D.E.*, 2012, p. 369. (129) C.J.U.E., *Mahdi*, op. cit., point 53 et, plus explicitement, dans la prise de position de l'avocat général Szpunar présentée le 14 mai 2014, EU:C:2014:1936, points 62, 70, 73 et 98, 2). Pour une étude globale des questions relatives à la rétention des étrangers dans les États membres de l'Union, voy. P. De Bruycker et S. Mananashvili (dir.), « The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU - European Synthesis Report of the Project CONTENTION », 2014 (accessible sur www.contention.eu ; dernière consultation le 29 janvier 2015). (130) C.J.U.E., 18 décembre 2014, *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453. (131) Sur l'arrêt *M'Bodj*, voy. *supra* n° 28. (132) C.J.U.E., *Abdida*, précité, point 47. (133) *Ibidem*, point 48. (134) *Ibidem*, point 52. (135) Article 14 de la directive retour. (136) C.J.U.E., *Abdida*, précité, point 54. (137) *Ibidem*, point 61. (138) C.J.U.E., 17 juillet 2014, *Bero et Bouzalmate*, C-473/13 et C-514/13, EU:C:2014:2095 ; C.J.U.E., 17 juillet 2014, *Pham*, C-474/13, EU:C:2014:2096 ; note sur les trois affaires de F. Gazin, *Europe*, 2014, p. 28. (139) C.J.U.E., *Bero et Bouzalmate*, précité, point 25. (140) *Ibidem*, point 30. (141) C.J.U.E., *Pham*, précité, point 19. (142) *Ibidem*, point 19. (143) Voy. les conclusions de l'avocat général Bot sur les deux affaires présentées le 30 avril 2014, EU:C:2014:295 et EU:C:2014:336, note de bas de page 28.

Chroniques

D. L'infliction de sanctions pénales

56. *Da Silva*¹⁴⁴. — Une juridiction française interroge la Cour sur la compatibilité avec le droit de l'Union de la législation française prévoyant une peine d'emprisonnement pour séjour irrégulier. La question est posée sous l'angle de la directive retour. Le juge français souhaite savoir si un ressortissant de pays tiers peut se voir infliger une peine d'emprisonnement au lieu d'un retour forcé. Constatant que le juge français a posé sa question alors qu'il n'était plus saisi du litige, la Cour la déclare irrecevable¹⁴⁵.

57. *Qurbani*¹⁴⁶. — M. Qurbani est poursuivi pénalement en Allemagne pour avoir pénétré irrégulièrement sur le territoire allemand par un vol en provenance de la Grèce. Une juridiction allemande interroge la Cour sur la compatibilité de ces poursuites avec l'article 31 de la Convention de Genève, lequel prohibe l'infliction de sanctions pénales aux réfugiés pour franchissement irrégulier de la frontière¹⁴⁷.

58. La Cour décline sa compétence. Elle rappelle qu'elle ne peut interpréter un accord international liant les États membres à des États tiers que lorsque l'Union a acquis la compétence de règle-

menter le domaine auquel cet accord s'applique¹⁴⁸. Or, si différents textes de droit de l'Union règlementent le domaine d'application de la Convention de Genève, les États membres ont conservé certaines compétences, notamment en ce qui concerne l'infliction de sanctions pénales aux demandeurs d'asile qui franchissent irrégulièrement leurs frontières¹⁴⁹. En conséquence, la Cour n'est pas compétente pour interpréter directement la Convention de Genève. Elle ne peut l'interpréter qu'indirectement, lorsqu'une disposition du droit de l'Union opère un renvoi à la Convention de Genève, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. À dire vrai, la directive qualification fait référence à l'article 31 de la Convention de Genève en son article 14, §6, mais la Cour note que la juridiction nationale ne vise pas cette disposition et que rien n'indique qu'elle soit pertinente dans cette affaire¹⁵⁰. Cela n'est pas faux mais, par ailleurs, la directive qualification précise que « la Convention de Genève [...] constitue la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés »¹⁵¹ et que l'objectif poursuivi, selon la formule du Conseil européen de Tampere en 1999, est la « mise en place d'un régime d'asile européen commun, fondé sur l'application *intégrale et globale* de la Convention de Genève... »¹⁵². Quinze ans plus tard, n'est-il pas temps d'y veiller ?

(144) C.J.U.E., 3 juillet 2014, *Da Silva*, C-189/13, EU:C:2014:2043. (145) *Ibidem*, point 35. (146) C.J.U.E., 17 juillet 2014, *Qurbani*, C-481/13, EU:C:2014:2101. (147) Article 31, § 1^{er}, de Convention relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951 (entrée en vigueur : 22 avril 1954) : « Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article 1^{er}, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières ». (148) *Ibidem*, point 23. (149) *Ibidem*, point 24. (150) *Ibidem*, point 28. (151) Considérant n° 4 de la directive qualification. (152) Considérant n° 3 des directives qualification et procédure précitées. Nos italiques.