

# Interactions migratoires entre Strasbourg et Luxembourg

Johan Callewaert<sup>(\*)</sup>

- Par trois arrêts récents, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme précise les exigences et limites de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine migratoire
- L'interaction et la complémentarité entre la Convention et le droit de l'Union dans ce domaine sont à la fois matérielles et procédurales
- Une approche globale est requise, car les juges nationaux des États membres sont tenus d'appliquer le droit de l'Union dans le respect de la Convention

Par deux arrêts et une décision rendus récemment<sup>1</sup>, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») a précisé les contours de sa jurisprudence dans le domaine migratoire, abordant tour à tour des sujets aussi fondamentaux que le contrôle des frontières, la juridiction des États, l'accès au territoire, l'effectivité des procédures de protection internationale, le rôle des missions diplomatiques et consulaires, la notion de pays sûr ou encore le régime du séjour en zone de transit. La présente contribution se propose de dégager, de manière synthétique, les lignes de force et principaux enseignements de cette jurisprudence, mais aussi de s'interroger sur son interaction avec le droit de l'Union. À l'heure où l'Union européenne réfléchit à une révision de son droit d'asile, une telle réflexion n'est sans doute pas inutile. Les liens entre la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention ») et le droit de l'Union sont en effet omniprésents.

L'importance d'une approche globale qui aborde la Convention et le droit de l'Union dans leur interaction provient, en particulier, du fait que les juges nationaux des États membres sont tenus d'appliquer les deux à la fois<sup>2</sup>, puisque, comme l'a relevé la Cour dans son arrêt *Bosphorus*, les États membres de l'Union n'ont pas dénoncé la Convention<sup>3</sup>. Chaque fois qu'un juge national applique le droit de l'Union, il doit donc le faire dans le respect de la Convention<sup>4</sup>. Dans cette optique, il est utile d'identifier les convergences et divergences des deux systèmes juridiques eu-

ropéens et de les gérer au mieux<sup>5</sup>, sachant que le contrôle ultime du respect des droits fondamentaux, à Strasbourg, se fait à l'aune de la seule Convention, laquelle peut toutefois être dépassée. C'est tout le sens aussi de l'article 52(3) de la Charte des droits fondamentaux qui, en imposant en droit de l'Union le minimum conventionnel, sans préjudice de la possibilité de le dépasser, vise notamment à prémunir les juges nationaux de déconvenues à Strasbourg<sup>6</sup>.

La démarche proposée sera l'occasion de constater que, s'agissant des questions au cœur des arrêts discutés dans la présente étude, le droit de l'Union et la Convention se distinguent plus par la méthode que par le contenu, ce qui donne lieu à une complémentarité à la fois matérielle et procédurale. Elle sera matérielle quand l'interprétation de la Convention vient enrichir le dispositif du droit de l'Union et renforcer son effectivité, comme dans l'affaire *N.D. et N.T.* Elle sera procédurale quand, à travers une prise en compte du droit de l'Union dans l'interprétation de la Convention, le contrôle du respect de celle-ci devient aussi, indirectement, contrôle du respect du droit de l'Union, comme dans l'affaire *Ilias et Ahmed*. Bref, l'interaction et la complémentarité entre la Convention et le droit de l'Union s'exercent non seulement dans les textes et la jurisprudence, mais aussi dans la mise en œuvre du droit sur le terrain. Il est utile de garder cela à l'esprit en abordant les quelques développements ci-dessous. Ils présenteront les arrêts dans un ordre logique plutôt que chronologique.

(\*) Greffier adjoint de la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, professeur à l'Université catholique de Louvain et à l'Université de Spire (Allemagne). L'auteur, qui s'exprime à titre strictement personnel, peut être contacté à l'adresse suivante : johan.callewaert@echr.coe.int.

(1) C.E.D.H., 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, n° 47287/15 ; C.E.D.H., 13 février 2020, *N.D. et N.T. c. Espagne*, n°s 8675/15 et 8697/15 ; C.E.D.H., (déc.), 5 mai 2020, *M.N. et autres c. Belgique*, n° 3599/18. Il s'agit donc bien de deux arrêts et d'une décision mais, par commodité, il sera question ci-dessous de trois arrêts. (2) Un nombre croissant d'entre eux, par la bouche notamment des présidents de cours suprêmes, se plaignent de la complexité croissante du droit à cet égard et en particulier du fait que les différentes sources de droit à combiner ne sont pas suffisamment harmonisées entre elles (voy. notamment Frank Clarke, « Qui harmonise les harmonisateurs ? », discours à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, le 31 janvier 2020, [https://echr.coe.int/Documents/Speech\\_20200131\\_Clarke\\_JY\\_FRA.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Speech_20200131_Clarke_JY_FRA.pdf) ; B. Deconinck, « Le métier de juge aujourd'hui », *J.T.*, 2019, p. 847). (3) C.E.D.H., 30 mai 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, n° 45036/98, § 154. Tout au plus y a-t-il lieu à application de la présomption d'équivalence instituée dans ce même arrêt, si les conditions pour son application se trouvent réunies. Il n'en ira pas ainsi, en tout cas, si l'État membre en question disposait d'une marge discrétionnaire dans un cas donné, comme c'était le cas, par exemple, dans les affaires *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (n° 30696/09, § 340) et *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, ci-dessous, § 97. (4) Voy., par exemple, C.E.D.H., 21 octobre 2014, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, n° 16643/09, § 223 : « Aucune forme d'éloignement collectif et indiscriminé ne saurait être justifiée par référence au système de Dublin, dont l'application doit, dans tous les cas, se faire d'une manière compatible avec la Convention ». (5) À ce sujet, voy. J. Callewaert, « Convergences et divergences dans la protection européenne des droits fondamentaux », *J.D.E.*, 2016, p. 166. (6) Encore faut-il que ce minimum conventionnel soit appliqué à Luxembourg comme il l'est à Strasbourg, ce qui n'est malheureusement pas toujours le cas. À ce sujet, voy. J. Callewaert, « Do we still need Article 6(2) TUE ? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences », *Common Market Law Review*, 2018, p. 1685 (pp. 1692 et s.).

## 1 *N.D. et N.T. c. Espagne* : accès au territoire et effectivité des procédures de protection internationale

### A. Non-admission ou expulsion ?

Les requérants dans cette affaire<sup>7</sup> étaient deux étrangers, originaires respectivement du Mali et de la Côte d'Ivoire, qui avaient fait partie d'un groupe d'environ 200 personnes qui, dans la nuit du 13 août 2014, avaient donné l'assaut aux clôtures séparant les territoires espagnol et marocain, à hauteur de l'enclave de Melilla. Ils s'étaient fait arrêter puis reconduire par les gardes-frontières espagnols, sans aucune vérification de leurs données personnelles. À Strasbourg, ils invoquaient une violation de l'article 4 du Protocole additionnel n° 4, qui interdit les expulsions collectives.

Devant la Cour, le gouvernement espagnol soutenait que les requérants n'avaient pas fait l'objet d'une expulsion mais d'un refus d'admission sur le territoire, ce qui rendait l'article 4 du Protocole n° 4 inapplicable. Les requérants avaient, certes, pénétré en territoire espagnol mais ils en avaient été éloignés aussitôt, au motif que leur entrée sur le territoire était illégale. On voit tout de suite les conséquences de cet argument, s'il avait été retenu, à savoir la possibilité pour les États européens de décliner toute responsabilité conventionnelle pour leurs agissements à la frontière en invoquant la non-admission sur le territoire. La Cour, en effet, n'avait pas encore eu à examiner une situation de « refus d'admission » à la frontière terrestre d'un État, contrairement aux situations de sauvetage en mer<sup>8</sup>.

En réponse, la Cour commence par rappeler, comme dans les deux autres arrêts commentés ci-dessous, le droit des États de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, en ce compris la Convention<sup>9</sup>. Dans le droit fil de sa jurisprudence sur les opérations de sauvetage en mer, elle oppose cependant une fin de non-recevoir à l'argument tiré du refus d'admission. Sa conclusion est précédée d'un examen approfondi du droit international et du droit de l'Union en la matière<sup>10</sup>, dont il ressort que la non-admission d'un réfugié est à assimiler en substance à un refoulement au sens de l'article 33 de la Convention de Genève sur les réfugiés. La Cour en déduit que le seul fait pour un État de ne pas admettre sur son territoire un étranger relevant de sa juridiction ne soustrait pas cet État aux obligations qui lui incombent au titre de l'interdiction du refoulement des réfugiés<sup>11</sup>.

Ces constatations conduisent la Cour à confirmer son interprétation large du terme « expulsion », comme désignant tout éloignement forcé d'un étranger du territoire d'un État, indépendamment de la légalité du séjour de la personne concernée, du temps qu'elle a passé sur ce territoire, du lieu où elle a été appréhendée,

de sa qualité de migrant ou de demandeur d'asile ou de son comportement lors du franchissement de la frontière. Il en résulte l'application des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4 à toute situation frontalière où un État exerce sa juridiction à l'égard d'une personne, y compris aux refoulements et autres « push-back »<sup>12</sup>. La Cour prend soin, toutefois, de préciser que la Convention, contrairement à la Charte, ne protège pas le droit d'asile comme tel. En revanche, l'article 3 de la Convention englobe l'interdiction du refoulement au sens de la Convention de Genève<sup>13</sup>.

À la lumière de ces principes, l'article 4 du Protocole n° 4 est déclaré applicable au cas d'espèce. Même « non admis » sur le territoire espagnol, les requérants avaient donc fait l'objet d'une expulsion au sens de cette disposition. Pour autant, cette expulsion avait-elle été collective ? Comme on le sait, ce caractère collectif ne provient pas nécessairement du fait qu'un certain nombre de personnes auraient été expulsées en groupe, mais de l'absence d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe<sup>14</sup>. Aussi, les autorités d'un État doivent-elles assurer que chaque étranger dans cette situation puisse, de façon réelle et effective, exposer ses arguments s'opposant à son expulsion<sup>15</sup>. Qu'en était-il en l'espèce ?

### B. Effectivité de l'accès au territoire et aux procédures de protection internationale

La Cour accepte que cette effectivité soit assurée dans un cadre régulé imposant des obligations à charge des deux parties en présence, l'étranger et l'État concerné. S'agissant des États comme l'Espagne, dont les frontières coïncident, au moins en partie, avec les frontières extérieures de l'espace Schengen, elle considère que l'effectivité des droits de la Convention exige qu'ils mettent en place, à leurs frontières extérieures, des voies d'accès réelles et effectives à des points de passage officiels et, ainsi, à des procédures permettant à toute personne persécutée d'introduire une demande de protection dans des conditions qui en assurent un examen conforme aux normes internationales, en ce compris la Convention<sup>16</sup>. La Cour s'appuie ici sur le code frontières Schengen dont les prescriptions sur le franchissement des frontières supposent précisément l'existence de points de passage frontaliers officiels<sup>17</sup>. Elle y ajoute cependant une exigence d'effectivité concrète.

Il en résulte que là où les États ont mis en place de tels points de passages effectivement accessibles, ils peuvent exiger de ceux qui entendent demander la protection internationale qu'ils en fassent usage. Ils peuvent dès lors refuser l'accès à leur territoire aux étrangers qui cherchent à franchir la frontière à un autre endroit et/ou autrement, notamment en utilisant l'effet de masse et la force, par exemple parce qu'ils sont en transit vers des régions économiquement plus florissantes. Dans un tel cas, les étrangers en question adopteront un « comportement fautif »<sup>18</sup> qui les prive-

(7) Sur cet arrêt, voy., parmi d'autres, N. Markard, « A Hole of Unclear Dimensions : Reading *ND and NT v. Spain* », <http://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain> (dernière consultation le 31 mai 2020) ; G. Raimondo, « *N.D. and N.T. v. Spain* : A Slippery Slope for the Protection of Irregular Migrants », <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2020/04/nd-and-nt-v-spain> (dernière consultation le 31 mai 2020). (8) C.E.D.H., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09 ; C.E.D.H., 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12. (9) § 167 ; *Ilias et Ahmed*, § 125 ; M.N., § 124. (10) S'agissant du droit de l'Union, la Cour note entre autres que tant le code frontières Schengen que les directives Qualification et Retour s'appliquent sans préjudice du principe de non-refoulement, consacré à l'article 19(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (§§ 182-183 de l'arrêt). (11) § 181. (12) §§ 185-186. (13) § 188. (14) § 193. (15) § 198. (16) § 209. (17) Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2016, concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, article 5(1). (18) Cette notion n'est pas neuve dans la jurisprudence relative à l'article 4 du Protocole n° 4, mais elle a été étendue aux situations telles que celle qui s'est présentée en l'espèce.

# Analyse

ra du bénéfice de l'interdiction des expulsions collectives, ce qui dispensera les autorités nationales d'avoir à examiner la situation individuelle de chacun d'eux<sup>19</sup>.

Concrètement, là où un étranger dispose, à une distance raisonnable, d'un point de passage légal et praticable, le fait qu'il emprunte une autre voie autorisera les autorités frontalières, sauf l'existence de « raisons impérieuses reposant sur des faits objectifs », à présumer qu'il n'entend pas demander la protection internationale. Dans ce cas, ces autorités ne seront pas non plus tenues de vérifier la situation particulière de cet étranger en question, car le but de cette obligation est précisément de « préserver la possibilité, pour chacun des étrangers en cause, d'invoquer des risques de traitements incompatibles avec la Convention et notamment avec son article 3 en cas de renvoi et, pour les autorités, de ne pas exposer à un tel risque quiconque peut faire valoir un grief défendable en ce sens »<sup>20</sup>. Il est clair que l'un des effets attendus de cette approche est de freiner l'activité des passeurs qui cherchent à éviter les voies légales tout en invoquant la protection de la Convention pour leurs victimes. En revanche, dans tous les autres cas, soit que de tels points de passage n'existent pas, soit qu'ils n'assurent pas un accès effectif, le bénéfice de l'article 4 du Protocole n° 4 ne pourra pas être refusé en raison d'un comportement fautif de l'étranger.

La Cour ajoute encore une précision importante, en soulignant que ces principes s'appliquent sans préjudice des articles 2 et 3 de la Convention. Ainsi, par exemple, les personnes qui, lors de leur cheminement vers un point de passage officiel de l'État « A », se verraient exposées à un risque de persécution dans l'État voisin « B », ne sauraient-elles se voir refuser par l'État « A » l'accès à son territoire et, ainsi, être refoulées, au seul motif qu'elles n'ont pas emprunté un point de passage officiel<sup>21</sup>. Cette situation, toutefois, n'est pas à confondre avec celle où un étranger se voit empêché, par des effectifs de l'État « B », d'accéder à la frontière de l'État « A ». En effet, en l'absence d'une responsabilité établie de l'État « A », cet état de choses ne saurait, sur le terrain de la Convention, être imputé à celui-ci. C'est la position adoptée par la Cour à l'égard des allégations selon lesquelles les requérants en l'espèce avaient été empêchés par les forces marocaines d'accéder aux postes frontières espagnols<sup>22</sup>.

En l'espèce, la Cour retient un comportement fautif à charge des requérants. Elle estime qu'ils auraient pu, s'ils avaient voulu demander en Espagne la protection de la Convention, se présenter au point de passage frontalier de Beni-Enzar, qui n'était certes pas très fréquenté à l'époque mais qui remplissait néanmoins les conditions d'effectivité. Dès lors, il n'y a pas eu expulsion collective<sup>23</sup>. À titre surabondant parce que non décisif, la Cour relève aussi que les postes diplomatiques et consulaires espagnols disposaient de certaines compétences en matière de visas et de demandes d'asile. Concrètement, le consulat d'Espagne à Nador était accessible aux requérants. Certes, depuis lors est intervenue la décision dans l'affaire *M.N. et autres c. Belgique*, selon laquelle la présentation de pareilles demandes dans les postes diplomatiques et consulaires n'entre pas dans le champ de la Convention, faute de lien juridictionnel. La Cour relève néanmoins que cette conclusion « ne fait pas obstacle aux efforts entrepris par les États parties pour faciliter l'accès aux procédures d'asile par le biais de leurs ambassades et/ou représentations consulaires »<sup>24</sup>.

## C. Interaction avec le droit de l'Union

Comment cette jurisprudence interagit-elle avec le droit de l'Union ? Commençons par relever que la Cour a pris soin d'inscrire son analyse dans le prolongement du droit de l'Union, en s'appuyant sur le cadre juridique créé par celui-ci, tout en le complétant. Aux dispositions générales et abstraites du droit de l'Union en la matière, la jurisprudence strasbourgeoise vient, en effet, ajouter une exigence d'effectivité des garanties, dont elle se réserve, au surplus, de vérifier le respect au cas par cas. En ce sens, elle précise et complète le droit de l'Union mais aide aussi à en assurer l'efficacité sur le terrain.

C'est le cas, tout d'abord, pour le code frontières Schengen qui dispose notamment que les frontières extérieures ne peuvent être franchies qu'aux points de passage frontaliers, sous peine de refus d'entrée et de sanctions, mais sans préjudice du respect par les États de leurs obligations en matière de protection internationale<sup>25</sup> ainsi que du respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine<sup>26</sup>. Qu'est-ce à dire concrètement ? C'est ici que la jurisprudence *N.D. et N.T.* vient compléter le dispositif Schengen, en exigeant que ces points de passage frontaliers soient effectivement accessibles pour les demandeurs de protection internationale, en vue d'assurer un examen sérieux de leur demande, bien entendu sans préjudice de son issue. L'enjeu est d'éviter qu'un refus d'entrée, au sens du code frontières Schengen, ne se transforme, en pratique, en refoulement.

Certes, dans ce contexte particulier, les contours de la notion d'effectivité sont encore assez flous, si bien qu'il reviendra à la jurisprudence de dégager progressivement des critères concrets permettant d'apprécier le degré d'effectivité des accès et, partant, leur compatibilité avec la Convention. En tout état de cause, la préservation de l'effectivité des droits de la Convention est un principe qui occupe une place centrale dans la jurisprudence et que la Cour rappelle dans ce même arrêt<sup>27</sup>. Il n'est donc pas étonnant qu'elle y recoure aussi dans le présent contexte, tout en étant bien consciente qu'ici comme ailleurs, ses implications concrètes devront être dégagées progressivement et en fonction des circonstances.

Nul doute en tout cas que l'effectivité des accès concerne autant l'éloignement géographique des points de passage que leurs conditions d'accueil concrètes et les possibilités d'y demander la protection internationale. Il s'agira donc d'apprécier leur accessibilité à la lumière des circonstances de chaque cas, d'abord au niveau national mais aussi, le cas échéant, à Strasbourg. Concrètement, il en résulte aussi que la densité du réseau de ces points de passage frontaliers et leur niveau d'équipement pourront devoir varier en fonction de l'afflux à un endroit donné et des besoins qui en découlent.

En d'autres termes, avec *N.D. et N.T.*, les points de passages frontaliers, leur nombre et leur accessibilité ne sont plus laissés au bon vouloir des États mais doivent aussi satisfaire à certaines exigences conventionnelles, qui se mesurent à l'étalon de leur effectivité. Tant et si bien qu'en cas d'insuffisance des points de passage permettant un accès effectif au territoire, un État membre qui se prévaudrait du code frontières Schengen pour refuser l'entrée sur son territoire à un demandeur de protection internationale engagerait sa responsabilité au titre de l'article 4 du Protocole n° 4,

(19) §§ 201, 210. (20) § 198. (21) En ce sens : C.E.D.H., 11 décembre 2018, *M.A. et autres c. Lituanie*, n° 59793/17. (22) § 221. (23) §§ 222 et 231. (24) Décision dans l'affaire *M.N. et autres c. Belgique* (ci-dessous), § 126. (25) Articles 5 et 14. (26) Articles 4 et 7. (27) § 171.

voire même de l'article 3 de la Convention. Le code frontières Schengen précise certes que le refus d'entrée s'applique sans préjudice des dispositions sur le droit d'asile et la protection internationale<sup>28</sup>, mais il n'indique pas comment cette exception opère sur le terrain, ce qui, en cas d'absence d'accès effectifs, facilite les glissements du refus d'entrée vers le refoulement. L'arrêt *N.D. et N.T.* apporte ici des éléments de réponse, en contribuant à ce que ces prescriptions ne restent pas lettre morte dans le domaine migratoire, puisque leur respect pourra désormais faire l'objet d'un contrôle conventionnel. Celui-ci ne paraît pas inutile, tant les récentes vagues migratoires sont tristement riches en exemples d'abus commis en Europe au nom du droit de refus d'entrée. En revanche, en présence d'accès effectifs, le refus d'entrée se trouve validé sur le terrain de la Convention.

La jurisprudence *N.D. et N.T.* pourrait bien interagir aussi avec d'autres instruments du droit de l'Union dans le domaine migratoire, notamment la directive Retour<sup>29</sup>. Celle-ci dispose en effet que les États membres peuvent en refuser le bénéfice aux étrangers qui auront fait l'objet d'un refus d'entrée ou franchi irrégulièrement une frontière extérieure d'un État membre, sans préjudice de certaines garanties minimales et du respect du principe de non-refoulement<sup>30</sup>. Sans doute faudra-t-il à l'avenir interpréter le franchissement irrégulier d'une frontière extérieure par des demandeurs de protection internationale à la lumière de l'arrêt *N.D. et N.T.*, en se demandant notamment si peut être qualifié d'irrégulier un franchissement effectué en dehors des points de passage frontaliers officiels, si ces derniers ne s'avèrent pas suffisamment effectifs à la lumière des critères de la Convention. Il ne s'agit pas ici de prétendre que l'interprétation de la Convention pourrait modifier le droit de l'Union, mais d'utiliser les marges de manœuvre que celui-ci laisse aux États afin d'éviter des violations de la Convention qui résulteraient d'un refus de droits attribué au franchissement irrégulier de la frontière. Or, précisément, la directive Retour ouvre de telles marges, en acceptant, à certaines conditions, l'application de dispositions nationales plus favorables aux étrangers concernés<sup>31</sup>.

## 2 Ilias et Ahmed c. Hongrie : pays sûrs et séjour en zone de transit

### A. Pays sûrs et procédures applicables

Les requérants dans cette affaire<sup>32</sup>, deux migrants originaires du Bangladesh, étaient arrivés en Hongrie par la voie terrestre, en provenance de Serbie, et ont été retenus dans la zone de transit

de Röske pendant l'examen de leurs demandes d'asile. La Serbie ayant été déclarée pays sûr en juillet 2015 par un décret gouvernemental, les juridictions hongroises leur ont appliqué la procédure permettant de rejeter comme irrecevables leurs demandes d'asile, sur le seul fondement de leur transit par un pays dit sûr, sans aucun examen de leur bien-fondé, c'est-à-dire du risque de persécution encouru dans leur pays d'origine. Après l'échec de leur recours contre ce premier rejet, et après 23 jours passés à Röske, les requérants ont été reconduits à la frontière serbe par les autorités hongroises.

À Strasbourg, ils invoquaient tout d'abord une violation de l'article 3 de la Convention, au motif qu'ils risquaient un refoulement en chaîne qui les conduirait de Serbie vers leur pays d'origine, en transitant par la Macédoine du Nord et la Grèce. Selon une jurisprudence bien établie, en effet, quand il y a danger avéré de mauvais traitements dans le pays d'origine d'un étranger, l'article 3 interdit toute expulsion de cet étranger vers des États intermédiaires qui, eux-mêmes, risquent de renvoyer celui-ci vers son pays d'origine, par l'effet d'un refoulement en chaîne. Ce risque existe quand les procédures d'examen des demandes d'asile dans un État tiers font craindre de sérieuses négligences dans la vérification des risques encourus par les étrangers<sup>33</sup>.

Sur ce point, la Cour commence par indiquer que l'article 3 ne fait pas obstacle à ce que les États examinent non pas le droit du demandeur à la protection internationale, mais la question de savoir si l'intéressé a transité par un pays sûr vers lequel il peut être renvoyé sans risque de refoulement. Comme la Cour le relève, cette possibilité est envisagée par les articles 38 et 39 de la directive Procédures<sup>34</sup>. Dans ce cas, toutefois, l'article 3 exige que, pour s'assurer que l'État tiers en question est sûr, les autorités saisies de la demande d'asile procèdent à un « examen minutieux des conditions applicables dans le pays tiers concerné et, en particulier, de l'accessibilité et de la fiabilité de son système d'asile »<sup>35</sup>. Cela suppose, en particulier, qu'elles ne se contentent pas, comme en l'espèce, de se référer à un texte réglementaire déclarant « sûr » un État donné, mais qu'elles tiennent compte d'office des informations générales et actualisées disponibles à ce sujet et donnent au demandeur d'asile concerné une possibilité suffisante de démontrer que l'État de retour n'est pas un pays tiers sûr dans son propre cas<sup>36</sup>.

La Cour analyse alors dans le détail la procédure suivie en Hongrie, pour constater qu'elle présentait de sérieux manquements : la décision du gouvernement d'instituer la présomption générale que la Serbie était un pays tiers sûr n'était pas suffisamment étayée, les décisions d'expulsion rendues en l'espèce n'ont pas tenu compte des constats fiables du HCR concernant un risque réel de déni d'accès à une procédure d'asile effective en Serbie et,

(28) Article 14(1). (29) 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. (30) Articles 2 et 4. (31) Article 4. (32) Sur cet arrêt, voy., parmi d'autres, C. Giannopoulos, « La (re) mise en cause de la présomption du "pays tiers sûr" et le confinement dans les "halls d'attente" », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, mars 2020/1, pp. 176-184 ; V. Stoyanova, « The Grand Chamber Judgment in *Ilias and Ahmed v. Hungary* : Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode », <https://strasbourgobservers.com/2019/12/23/the-grand-chamber-judgment-in-ili-as-and-ahmed-v-hungary-immigration-detention-and-how-the-ground-beneath-our-feet-continues-to-erode> (dernière consultation le 31 mai 2020). (33) §§ 129-134. On se souvient à cet égard de l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (C.E.D.H., 21 janvier 2011, 30696/09), dans laquelle la Cour a notamment retenu une violation de l'article 3 de la Convention contre la Belgique pour avoir transféré un demandeur d'asile vers la Grèce où, à l'époque, les procédures d'examen des demandes d'asile étaient très déficientes. (34) 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. La Cour refuse toutefois d'appliquer, en l'espèce, la présomption de protection équivalente (voy. la note 3 ci-dessus), au motif que la Hongrie disposait d'une marge discrétionnaire dans la transposition de la directive, si bien que celle-ci n'imposait pas à la Hongrie d'agir comme elle l'a fait (§§ 96-97). Cette solution apparaît encore plus justifiée dès lors que l'on sait, depuis l'arrêt *LH* de la C.J.U.E. (C-564/18), que la procédure suivie, prévue par la loi hongroise relative à l'asile et dont le gouvernement hongrois affirmait qu'elle était couverte par les articles 33 et suivants de la directive, méconnaît en réalité le droit de l'Union. (35) § 139. (36) § 148.

## Analyse

enfin, les autorités hongroises ont accru le risque auquel les requérants étaient exposés en les incitant à entrer illégalement sur le territoire serbe plutôt que de négocier leur retour de manière ordonnée<sup>37</sup>.

Il restait encore à répondre à l'argument du gouvernement hongrois, selon lequel l'article 3 ne s'appliquait pas de toute façon, puisque les requérants n'étaient pas persécutés dans leur pays d'origine, le Bangladesh. La Cour répond en indiquant que là où, comme en l'espèce, les autorités nationales ne vérifient pas, elles-mêmes, l'existence d'un risque de persécution dans le pays d'origine d'un demandeur d'asile, elle ne doit pas le faire *ex officio* et ne doit donc pas tenir compte de cette donnée dans son raisonnement<sup>38</sup>. En d'autres termes, il ne suffit pas de qualifier une personne de « migrant économique » pour la priver de protection contre un refoulement en chaîne, encore faut-il s'assurer en bonne et due forme du bien-fondé d'une telle qualification avant d'en tirer des conséquences.

C'est là une considération importante, puisqu'en l'absence de risque « à l'arrivée », on peut soutenir que, nécessairement, il ne saurait y avoir risque de refoulement en chaîne. Encore faut-il alors que les autorités procèdent à cette vérification elles-mêmes, ce qu'elles n'avaient pas fait en l'espèce. L'approche de la Cour sur ce point est non seulement conforme au principe de subsidiarité qui sous-tend toute la Convention<sup>39</sup> mais, surtout, elle dissuade les autorités nationales de simplement « présumer » l'absence de risques dans l'État d'origine, laissant à la Cour le soin de parvenir, le cas échéant, à la conclusion contraire, souvent plusieurs années plus tard, c'est-à-dire longtemps après que le mal aura pu être fait. De deux choses l'une, donc, pour les États : soit ils examinent le bien-fondé d'une demande d'asile, soit ils examinent la fiabilité des procédures dans le pays de transit, mais dans les deux cas, cet examen doit être sérieux et approfondi. Comme la Cour le fait remarquer : « S'il en allait autrement, des demandeurs d'asile exposés à un péril mortel dans leur pays d'origine pourraient être expulsés sommairement, en toute légalité, vers des pays tiers « non sûrs ». Concrètement, l'interdiction des mauvais traitements se verrait ainsi vidée de son sens dans les cas d'expulsion de demandeurs d'asile »<sup>40</sup>.

En conclusion, la Cour constate, en l'espèce, une violation par la Hongrie de ses obligations procédurales au titre de l'article 3. En revanche, s'agissant des conditions de séjour dans la zone de transit de Röszke, elle conclut à la non-violation de l'article 3, la situation dénoncée n'ayant pas atteint le minimum de gravité nécessaire<sup>41</sup>.

### B. Séjour en zone de transit

La deuxième grande question dans cette affaire portait sur le point de savoir si les restrictions subies par les requérants dans la zone de transit s'analysaient en une privation de liberté, au sens de l'article 5 de la Convention. Plus particulièrement, l'on se demandait si la Cour allait transposer aux zones de transit terrestres, situées à la frontière de deux États, sa jurisprudence applicable aux zones de transit aéroportuaires. Selon cette dernière, une privation de liberté incompatible avec l'article 5 peut résulter du fait que

des demandeurs d'asile sont retenus pour de longues périodes dans de telles zones, alors même qu'ils ont, théoriquement, la possibilité de quitter cette zone vers tout autre pays. On se souvient, à cet égard, de la fameuse formule du gouvernement français dans l'affaire *Amuur c. France*, selon laquelle « si la zone de transit est fermée vers la France, elle reste ouverte vers l'extérieur »<sup>42</sup>. La Cour était d'un autre avis et a confirmé sa position dans l'arrêt *Z. A. c. Russie*<sup>43</sup>, qui a été rendu le même jour que l'arrêt *Ilias et Ahmed* et concernait la zone de transit de l'aéroport de Moscou-Sheremetyevo.

S'agissant, toutefois, des zones de transit à la frontière terrestre entre deux États, la Cour adopte une position différente, fondée essentiellement sur le caractère volontaire du séjour des demandeurs d'asile dans de telles zones. Elle relève, en effet, qu'en l'espèce, c'est de leur propre chef, sans aucune obligation et sans qu'ils étaient menacés par un danger immédiat en Serbie, que les requérants ont demandé à pouvoir entrer dans la zone de transit pour y demander l'asile. S'ils y sont restés 23 jours en tout, c'est principalement parce qu'ils ont voulu attendre l'issue du recours qu'ils avaient introduit contre une première décision de rejet de leur demande. Selon la Cour, en l'absence d'autres facteurs significatifs, tenant notamment à la nature et au degré des restrictions subies dans cette zone, on ne saurait voir une privation de liberté dans la situation d'une personne qui, à l'entrée du territoire d'un État, attend volontairement pendant une brève période que les autorités vérifient si elle peut se voir reconnaître un droit d'accès<sup>44</sup>. Or, c'est bien ce qui s'est passé en l'espèce. Ni le temps passé dans la zone de transit, ni les fortes limitations de la liberté de circuler des intéressés n'ont dépassé ce qui était strictement nécessaire à l'examen de leur demande, compte tenu de l'afflux massif de demandeurs d'asile à l'époque.

Certes, pendant leur séjour, les requérants n'ont pas été autorisés à quitter la zone en direction de la Hongrie. Pour autant, ils n'ont pas été contraints par les autorités hongroises d'y rester. Le caractère volontaire du séjour n'était pas non plus affecté par l'arrêt de la procédure d'asile qui aurait pu résulter de leur départ de la zone. De l'avis de la Cour, il s'agit là, en effet, d'une conséquence purement juridique, sans incidence sur leur liberté physique de quitter la zone de transit pour se rendre à pied en Serbie<sup>45</sup>. Dès lors, en l'absence de privation de liberté, l'article 5 et les garanties qu'il prévoit contre les détentions arbitraires ne s'appliquaient pas<sup>46</sup>.

La Cour précise néanmoins que cette conclusion ne délie pas les autorités de leurs obligations découlant de l'article 3 à l'égard des demandeurs d'asile dans les zones de transit terrestres. Elles portent non seulement sur les conditions de séjour des intéressés dans ces zones, mais aussi sur le devoir des autorités d'apprécier avec soin tous les risques potentiels encourus par les demandeurs d'asile. Ainsi, par exemple, leur responsabilité serait-elle engagée si, en raison du fait qu'un demandeur d'asile use de sa liberté de mouvement pour s'absenter de la zone de transit, la procédure d'examen de sa demande était arrêtée et qu'il en résultait pour lui un risque de refoulement<sup>47</sup>. On assiste donc ici à un recentrage du champ de l'article 5 sur les composantes purement physiques de la liberté de mouvement, les aspects juridiques liés

(37) § 163. (38) § 145-147. (39) § 150 : « Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme » (jurisprudence constante). (40) § 137. (41) § 194. (42) C.E.D.H., 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92, § 46. (43) C.E.D.H., 21 novembre 2019, *Z. A. et autres c. Russie*, n°s 61411/15, 61420/15, 61427/15 et 3028/16. (44) § 225. (45) § 248. (46) § 249. (47) §§ 244 et 248.

à l'exercice de cette liberté étant, s'agissant de demandeurs d'asile dans les zones de transit terrestres, à aborder sous l'angle du seul article 3.

### C. Interaction avec le droit de l'Union

Si on s'interroge à présent sur l'interaction de cet arrêt avec le droit de l'Union, on constatera tout d'abord une large correspondance sur le fond entre les exigences procédurales que la Cour déduit de l'article 3 de la Convention et celles de la directive Procédures. Même si cette dernière est beaucoup plus détaillée, le but est le même des deux côtés : assurer un examen sérieux, circonstancié et individualisé d'un renvoi possible vers un pays tiers sûr, afin de protéger efficacement contre tout refoulement en chaîne et tout mauvais traitement. Il n'est donc pas étonnant de voir que les critères utilisés par la Cour se recoupent avec ceux de la directive.

Notons ici tout de même au passage que l'article 38 de la directive ne permet le renvoi vers un pays tiers sûr que s'il existe, entre le demandeur et le pays tiers concerné, « un lien de connexion sur la base duquel il serait raisonnable que le demandeur se rende dans ce pays ». La Cour était consciente de cette exigence, comme il ressort de la note infrapaginale ajoutée au paragraphe 53 de son arrêt, mais elle n'a pas eu à aborder la question, dès lors qu'elle avait déjà constaté que la Serbie ne répondait pas aux critères résultant de l'article 3. Depuis lors, toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne (« la C.J.U.E. ») a récemment précisé, en s'écartant de l'opinion de la Commission européenne mentionnée par la Cour, que le seul fait, pour un demandeur d'asile, d'avoir transité par un État tiers n'établissait pas ce lien de connexion<sup>48</sup>. L'avenir dira si cette appréciation aura un impact sur la jurisprudence strasbourgeoise.

Une autre différence significative tient aussi au fait qu'en droit de l'Union, la qualité d'État membre de l'Union et le principe de confiance mutuelle s'opposent par nature à la possibilité de vérifier si un État membre peut passer pour un pays tiers sûr<sup>49</sup>. Cette limitation n'existe pas en droit de la Convention. Il faut espérer que cette différence ne devienne jamais pertinente en pratique.

Quoi qu'il en soit, ici aussi, comme il a déjà été relevé plus haut à propos de la protection des frontières, on peut constater que, si les buts convergent, les méthodes divergent mais se complètent. Ici aussi, comme avec le code frontières Schengen, nous sommes en présence d'un impressionnant dispositif réglementaire mis en place par le droit de l'Union. Cela étant, l'ordre juridique de l'Union est ainsi fait que sa Cour suprême, dotée du monopole d'interprétation du droit, n'a pas aussi compétence pour vérifier le respect de ses interprétations au cas par cas. Ainsi, la C.J.U.E. peut-elle se prononcer sur la transposition en droit national des directives, comme elle l'a fait récemment dans les affaires *LH* et *FMS et autres*<sup>50</sup>, mais pas, faute de pouvoir intervenir *a posteriori*, sur la compatibilité avec le droit de l'Union de l'application de ce droit national dans un cas concret. C'est la grandeur et la noblesse de ce système que d'être fondé sur la confiance et le respect de la règle

de droit mais, dans certaines circonstances, c'est aussi sa faiblesse.

C'est ici que la Convention vient compléter et renforcer ce dispositif, en permettant à la Cour d'exercer un type de contrôle concret du respect de la Convention qui est aussi, indirectement, dans la mesure où son interprétation se recoupe avec le droit de l'Union, celui du respect de celui-ci. C'est exactement ce qui s'est passé dans l'affaire *Ilias et Ahmed* et le constat de violation par la Cour démontre qu'il ne s'agit pas là d'un luxe inutile, même si on peut souhaiter qu'il le fût.

Plus délicate est l'analyse de l'interaction de la jurisprudence *Ilias et Ahmed* avec le droit de l'Union s'agissant des zones de transit. Il convient, en effet, de noter que, depuis cet arrêt, la C.J.U.E. a qualifié de privation de liberté, caractéristique d'une « rétention » au sens des directives Procédures<sup>51</sup>, Accueil<sup>52</sup> et Retour<sup>53</sup>, les mêmes conditions de séjour, dans cette même zone de transit, que la Cour a déclarées comme ne constituant pas une privation de liberté. À première vue, on serait donc en présence d'un autre cas où, comme le permettent à la fois la Convention et le droit de l'Union<sup>54</sup>, celui-ci offre une protection supérieure à celle-là<sup>55</sup>.

À y regarder de plus près, toutefois, cette conclusion n'est peut-être pas aussi évidente qu'il n'y paraît. Car si différence il y a avec Strasbourg, elle semble se situer davantage dans la méthode que dans le résultat concret. En effet, les principales conséquences découlant, en l'espèce, de la qualification de « détention » opérée par la C.J.U.E. dans l'affaire *FMS et autres*, ce sont l'obligation pour les autorités de justifier de la nécessité et de la proportionnalité d'un placement en rétention dans une décision motivée (articles 8 et 9 de la directive Accueil), la limitation à quatre semaines de la durée de cette rétention (article 43[2] de la directive Procédures) et l'obligation pour les juridictions hongroises de se déclarer compétentes pour se prononcer sur la légalité du placement en rétention (primauté du droit de l'Union et droit à une protection juridictionnelle effective, article 47 de la Charte)<sup>56</sup>.

Il en résulte que, dans les deux cas, en droit de l'Union comme en droit de la Convention, les restrictions subies par les demandeurs d'asile dans la zone de Röszke sont en réalité tolérées, sous réserve de leur nécessité, mais pour une durée limitée seulement, laquelle est fixée dans l'abstrait en droit de l'Union (quatre semaines) et en fonction des circonstances concrètes en droit de la Convention. En effet, la Cour insiste sur le fait que les restrictions subies en l'espèce ne dépassaient pas ce qui était strictement nécessaire, eu égard aux circonstances, pour l'examen des demandes d'asile de Messieurs Ilias et Ahmed<sup>57</sup>. Dès lors, il est clair qu'à partir du moment où, dans un autre cas, les circonstances cesseraient de justifier les restrictions accompagnant le séjour dans une zone de transit terrestre, même avant l'écoulement de quatre semaines, ce séjour se transformerait *ipso iure* en privation de liberté entraînant l'application immédiate de l'article 5, avec toutes les garanties d'usage, notamment le contrôle de la légalité et de la durée de la détention. Et, dans l'intervalle, toutes les autres garanties de la Convention s'appliqueraient de toute façon,

(48) C.J.U.E., 19 mars 2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompá)*, aff. C-564/18, EU:C:2020:218 (ci-après « l'arrêt LH ») et 14 mai 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, aff. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, EU:C:2020:367 (ci-après « l'arrêt FMS et autres »). (49) Voy. l'article 33(2), sous c), de la directive. (50) Note 48 ci-dessus. (51) Note 34 ci-dessus. (52) 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. (53) Note 29 ci-dessus. (54) Articles 53 de la Convention et 52(3), deuxième phrase, de la Charte. (55) C'est déjà le cas s'agissant de la nécessité d'une telle détention, qui est exigée par la directive Accueil, alors qu'elle ne l'est pas par la Convention (C.E.D.H., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03). (56) Note 48 ci-dessus. (57) § 233.

# Analyse

à commencer par celles qui résultent de l'article 3 et du respect de la dignité humaine qui le sous-tend. En l'espèce, toutefois, elles n'ont pas été méconnues, le seuil de gravité n'ayant pas été atteint<sup>58</sup>.

En d'autres termes, alors qu'en droit de la Convention, la privation de liberté illégale, entraînant l'obligation immédiate d'assouplir le régime en cause voire de libérer la personne concernée, peut être constatée à tout moment dans le courant d'un séjour, en fonction de l'évolution des circonstances et en particulier de l'intensité et de l'utilité des restrictions subies<sup>59</sup>, sous le régime de la directive Procédures, il y a intérêt à constater dès le départ l'existence d'une rétention, indépendamment des situations individuelles, afin d'ouvrir le droit à un contrôle de nécessité et de faire courir le délai de quatre semaines, comme l'a fait la C.J.U.E. La différence est donc principalement méthodologique mais, selon la méthode choisie, la solution peut quand même varier.

Ainsi ne saurait-on exclure que, si un séjour « volontaire » en zone de transit se transformait en privation de liberté non conforme à l'article 5 avant l'expiration d'une période de quatre semaines, par exemple en raison des lenteurs de la procédure d'examen et/ou des restrictions excessives à la liberté de mouvement, il en résulterait, sur le terrain de la Convention, une protection supérieure à celle de la directive, ce qui sans doute poserait problème sous l'angle de la Charte et de son article 52(3) et justifierait que le juge national interroge aussi la Convention après avoir interrogé le droit de l'Union. Bref, quatre semaines peuvent être un délai trop long dans certaines circonstances. Cela étant, il est vrai aussi que la question de cette divergence de méthode et de ses conséquences ne se serait pas posée si la Cour avait simplement transposé aux zones de transit terrestres sa jurisprudence applicable aux zones aéroportuaires, dont s'est d'ailleurs inspirée la C.J.U.E. Cela épargnerait de nombreux tracasseries aux autorités nationales qui, comme il a déjà été souligné, doivent combiner le droit de l'Union avec la Convention<sup>60</sup>. Pour autant, cela n'aurait rien changé au fait que, selon les circonstances, un délai de quatre semaines peut être trop long au regard de la Convention.

## 3 M.N. et autres c. Belgique : le champ de la Convention et ses limites

### A. Existence d'un lien juridictionnel

La dernière<sup>61</sup> des trois affaires présentées ici précise les limites de la protection conventionnelle dans le domaine migratoire. Les requérants, un couple de ressortissants syriens et leurs deux enfants mineurs, tous originaires d'Alep, avaient déposé, à l'ambassade de Belgique à Beyrouth, des demandes de visas afin de rejoindre la Belgique et d'y demander le bénéfice du droit d'asile. Leurs demandes ayant été rejetées par l'Office des étrangers, les requérants ont attaqué cette décision devant les tribunaux belges, ce qui a donné lieu à une saga judiciaire d'une rare complexité, im-

pliant d'abord les juridictions administratives (Conseil du contentieux des étrangers et Conseil d'État) puis les juridictions civiles (juge des référés, cour d'appel, juge des saisies). Devant l'échec de toutes ces procédures, les intéressés ont alors introduit une requête à Strasbourg, invoquant d'abord l'article 3 de la Convention, en raison des mauvais traitements qu'ils doivent continuer de subir en Syrie en l'absence de visas.

Le préalable à l'application de cette disposition était toutefois que les requérants relèvent de la juridiction de la Belgique, au sens de l'article 1 de la Convention. Il fallait donc déterminer si un lien juridictionnel avait été créé entre eux et la Belgique, à la faveur du rejet par celle-ci des demandes de visas et de l'échec des procédures entamées devant les tribunaux belges.

À ce sujet, la Cour commence par rappeler, à grand renfort de jurisprudence et de références au droit international public, que le champ d'application de la Convention, défini par la notion de juridiction, est principalement territorial. Toutefois, certaines exceptions à ce principe sont admises quand il y a exercice extraterritorial par un État de sa juridiction. Ce sera le cas, principalement, quand celui-ci exerce un certain degré de contrôle sur une zone ou sur des personnes en dehors de son territoire national<sup>62</sup> mais aussi, dans les hypothèses décrites par les arrêts *Markovic*<sup>63</sup> et *Güzelyurtlu*<sup>64</sup>, quand les juridictions de cet État connaissent de faits ayant eu lieu à l'étranger.

Or, de l'avis de la Cour, la situation des requérants ne correspond à aucun de ces cas de figure. Elle relève, à cet égard, l'absence totale de lien de rattachement entre les requérants et la Belgique, que ce soit au titre de la nationalité, d'un éventuel séjour en Belgique ou d'une quelconque forme de contrôle qui aurait été exercé par des représentants de l'État belge sur leur personne, à l'ambassade ou ailleurs. Les jurisprudences *Markovic* et *Güzelyurtlu* ne sont pas pertinentes non plus, car elles décrivent des cas « très différents d'une procédure administrative engagée à l'initiative de particuliers sans aucun lien avec l'État concerné, si ce n'est la procédure qu'ils ont eux-mêmes entamée de leur plein gré et sans que leur choix de cet État, en l'occurrence la Belgique, ne s'impose au titre d'une quelconque obligation conventionnelle »<sup>65</sup>.

Pour la Cour, le simple fait pour un requérant d'initier une procédure dans un État partie avec lequel il n'a aucun lien de rattachement ne saurait suffire à établir la juridiction de cet État à son égard. Elle ajoute : « (...) en décider autrement aboutirait à consacrer une application quasi universelle de la Convention sur la base du choix unilatéral de tout individu, où qu'il se trouve dans le monde, et donc à créer une obligation illimitée pour les États parties d'autoriser l'entrée sur leur territoire de toute personne qui risquerait de subir un traitement contraire à la Convention en dehors de leur juridiction (...). Si la circonstance qu'un État partie se prononce sur une demande en matière d'immigration suffisait à faire relever le demandeur de sa juridiction, il pourrait en résulter une telle obligation. Le demandeur pourrait créer un lien juridictionnel en déposant une demande où qu'il se trouve et donner ainsi naissance, le cas échéant, à une obligation au titre de l'article 3 qui n'existerait pas autrement »<sup>66</sup>.

(58) § 194. (59) Voy. par exemple, *mutatis mutandis*, C.E.D.H., 23 février 2012, *Creanga c. Roumanie*, n° 29226/03, §§ 97 et 100. (60) Sur l'obligation des juridictions nationales des États membres de l'Union européenne de combiner le droit de l'Union avec la Convention, voy. : <https://johan-callewaert.eu/current-situation>. (61) Sur cette décision, voy., parmi d'autres, M. Baumgärtel, « Reaching the dead-end : M.N. and Others and the question of humanitarian visas », <https://strasbourgobservers.com/2020/05/07/reaching-the-dead-end-m-n-and-others-and-the-question-of-humanitarian-visas/#more-4663> (dernière consultation le 31 mai 2020). (62) C.E.D.H., 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, n° 55721/07. (63) C.E.D.H., 14 décembre 2006, *Markovic et autres c. Italie*, n° 1398/03. (64) C.E.D.H., 29 janvier 2019, *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, n° 36925/07. (65) § 122. (66) § 123.

Les requérants se plaignaient aussi d'une violation de l'article 6 de la Convention, en raison de la non-exécution d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles condamnant l'État belge à exécuter un arrêt du Conseil du contentieux des étrangers favorable aux requérants. Il ne s'agissait plus, cette fois, d'extraterritorialité, mais de savoir si cette procédure devant la cour d'appel et ses suites avaient attiré les requérants dans le champ de la juridiction territoriale de la Belgique, dès lors surtout que la cour d'appel ne s'était pas déclarée incompétente pour appliquer la Convention. Cela supposait, bien sûr, que l'on considère cette procédure comme autonome, c'est-à-dire comme indépendante des procédures administratives qui l'avaient précédée et qui n'avaient pas suffi à établir la juridiction de la Belgique s'agissant de l'article 3 de la Convention.

La Cour, toutefois, n'estime pas nécessaire de trancher la question, dès lors que la procédure dénoncée échappait, de par sa nature, au champ d'application de l'article 6. En effet, il est de jurisprudence constante que les procédures relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers ne mettent pas en jeu un droit de caractère « civil » au sens de l'article 6, lequel ne les régit donc pas<sup>67</sup>. En conséquence, faute de juridiction de la Belgique à l'égard des requérants, la requête est déclarée irrecevable<sup>68</sup>.

## B. Interaction avec le droit de l'Union

Ici, l'interaction avec le droit de l'Union prend plutôt la forme d'un parallélisme entre les deux ordres juridiques, en ce que tous deux excluent de leur champ d'application le type de situations à l'origine de ces affaires. On se souviendra, en effet, qu'il y a trois ans, la C.J.U.E. avait été saisie de faits très similaires, dans l'affaire *X et X c. État belge*, qui concernait, dans ce cas aussi, une demande de visas de courte durée, fondée sur l'article 25 du Code des visas, en vue de permettre à une famille syrienne de rejoindre la Belgique et d'y déposer une demande d'asile. La C.J.U.E. a alors jugé que les faits échappaient au champ du Code des visas et relevaient du seul droit national, après avoir noté que la demande avait en réalité un objet différent de celui d'un visa de courte durée, dès lors qu'elle avait été introduite par les intéressés dans l'intention de demander l'asile en Belgique et de se voir délivrer un permis de séjour dont la durée de validité ne soit pas limitée à 90 jours<sup>69</sup>. De la même manière que la Cour, la C.J.U.E. a estimé que les procédures applicables en droit de l'Union aux demandes de protection internationale excluaient de leur champ d'application les demandes présentées auprès des représentations des États membres.

Cela étant, on observera tout de même une différence qui tient, ici aussi, à une différence de méthode, laquelle résulte, ici encore, de la nature différente des instruments en question. En effet, alors que la C.J.U.E. aborde les choses à un certain niveau d'abstraction, en s'appuyant principalement sur la durée de validité limitée à trois mois des visas de court séjour, la Cour relève, parmi d'autres critères, l'absence de tout lien de rattachement des requérants avec la Belgique, ce qui est un critère qui permet de tenir compte aussi des circonstances personnelles des intéressés. En d'autres termes, si les requérants devant la Cour avaient pu se

prévaloir de certains liens de rattachement personnels — par exemple familiaux — avec la Belgique, il n'est pas exclu que la Cour eût pu parvenir à une autre conclusion s'agissant du lien juridictionnel indispensable à l'application de la Convention. En revanche, il semble bien que l'existence de tels liens n'aurait rien changé à la conclusion de la C.J.U.E.

Là, toutefois, où les deux juridictions convergent à nouveau, c'est quand elles relèvent que, juridiquement, rien n'empêche le droit national des États de créer les conditions permettant de satisfaire à des demandes telles que celles en cause dans leurs affaires respectives. Ainsi, la Cour a-t-elle rappelé, en se référant à l'article 53 de la Convention, que sa conclusion sur l'article 6 ne faisait pas obstacle à ce que, comme en l'espèce, les juridictions nationales appliquent un standard de protection plus élevé que celui de la Convention. Et une remarque similaire se trouve dans cette même décision, au chapitre concernant l'article 3, où la Cour approuve « les efforts entrepris par les États parties pour faciliter l'accès aux procédures d'asile par le biais de leurs ambassades et/ou représentations consulaires »<sup>70</sup>. C'est dire que, pour la Cour comme pour la C.J.U.E., la solution, dans l'immédiat, aux drames à l'origine de la requête *M.N.* se trouve entre les mains des États, de leurs dirigeants et de leurs cours et tribunaux.

## 4 Résumé et lignes de force

Les principaux enseignements des arrêts de la Cour discutés ci-dessus peuvent être résumés comme suit. Il existe une obligation pour les États de créer des points de passage frontaliers accessibles où une demande de protection internationale peut être déposée de manière à en assurer un examen effectif. Les demandeurs de protection internationale ont, de leur côté, l'obligation d'utiliser ces points de passage, quand ils existent. Le renvoi de demandeurs d'asile vers un pays sûr nécessite un examen individualisé des risques de refoulement en chaîne ; dans ce cas, l'éventuelle ou la supposée absence de risques de persécution dans l'État d'origine n'est pas pertinente. Le séjour obligatoire dans une zone de transit frontalière n'est pas une privation de liberté, tant que les restrictions subies ne dépassent pas ce qui est strictement nécessaire à l'examen de la demande d'asile. En tout état de cause, le respect de l'article 3 s'impose sans conditions, à la frontière comme dans les zones de transit. En revanche, l'extraterritorialité de la Convention ne va pas jusqu'à couvrir le simple dépôt d'une demande de visa dans une ambassade par des personnes n'ayant aucun autre lien de rattachement avec l'État dont le visa est sollicité. Enfin, les procédures relatives à des demandes de visa ne relèvent pas de l'article 6 de la Convention.

Si on s'interroge, à présent, sur les lignes de force communes à ces arrêts, on en distinguera trois. La première, c'est le souci de la Cour de préserver l'effectivité des droits de la Convention. Comme la Cour le rappelle encore dans *N.D. et N.T.*, les dispositions de la Convention sont à interpréter d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives, et non théoriques et illusives<sup>71</sup>. C'est bien cette approche qui a conduit la Cour à exiger qu'il y ait

(67) C.E.D.H., 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98 ; C.E.D.H., 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n°s 46827/99 et 46951/99.

(68) Au demeurant, à supposer même que la requête eût été déclarée recevable, encore aurait-il fallu, pour que les requérants obtiennent gain de cause, que la Cour opère une autre extension considérable de la jurisprudence, en l'occurrence celle qui aurait élargi le champ de l'article 3 de l'expulsion vers une zone à risques au non-rapatriement au départ d'une telle zone. (69) C.J.U.E., 7 mars 2017, *X et X*, aff. C-638/16 PPU, EU:C:2017:173.

(70) § 126. (71) Arrêt *N.D. et N.T.*, § 171.



# Analyse

des points de passage accessibles aux frontières des États, ou encore à prescrire que les procédures applicables à l'égard de migrants en provenance de pays sûrs garantissent un examen concret et actualisé de la situation, plutôt que l'application de présomptions générales et abstraites. Pour autant, cette effectivité a aussi ses limites, que la Cour rappelle quand elle refuse d'étendre la protection de la Convention à ceux qui tentent le passage en force à la frontière en présence d'alternatives valables ou aux étrangers ne présentant aucun lien de rattachement concret avec l'un des États contractants.

Tout cela se fait en tenant compte du contexte de droit international et de droit de l'Union dans lequel la Convention est appelée à s'insérer et avec lequel elle interagit. À des degrés variables selon les questions, ces deux sources de droit ont en effet largement inspiré la Cour quand il s'agissait pour elle d'évaluer la notion de « non-admission » sur le territoire d'un État, de prendre en compte les prescriptions du code frontières Schengen, ou encore d'encadrer l'application de la notion de pays sûr et de préciser les conséquences procédurales qui en découlent. C'est à ce titre également que la Cour insiste, dans chacune des affaires, sur le droit des États de contrôler leurs frontières et, dans l'affaire *M.N.*, sur la nature principalement territoriale de la compétence juridictionnelle des États.

Enfin, et en tout état de cause, il y a une ligne rouge : l'article 3, qui interdit de manière absolue aux États contractants d'infliger des — ou d'exposer aux — mauvais traitements. Certes, il ne s'applique pas, faute de juridiction, dans l'affaire *M.N.*, mais il est omniprésent dans les deux autres affaires, que ce soit quand la Cour en déduit les exigences procédurales destinées à prévenir le risque de refoulement en chaîne ou quand elle rappelle que l'article 3 s'applique sans réserve à la frontière des États et dans les zones de transit.

S'agissant de l'interaction de tout ceci avec le droit de l'Union, on rappellera simplement que la Convention représente un niveau de protection minimum obligatoire qui est applicable également en cas de mise en œuvre du droit de l'Union, mais que chaque État peut dépasser, singulièrement quand il se conforme au droit de l'Union. Mais, comme le soulignent Jean-Yves Carlier et Luc Leboeuf, la C.J.U.E. peine encore à intégrer les droits fondamentaux dans son interprétation du droit dérivé dans le domaine migratoire, ce qui favorise les recours de « dernière instance » à Strasbourg. Ils invitent dès lors la C.J.U.E. à construire et préciser davantage la place des droits fondamentaux dans sa lecture du droit européen applicable à cette matière<sup>72</sup>. Peut-être les arrêts discutés ci-dessus pourront-ils y apporter une contribution utile.

(72) J.-Y. Carlier et L. Leboeuf, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2020, p. 132 (146).

## DÉCOUVREZ NOS DERNIÈRES NOUVEAUTÉS



**LA CONDITION DES PERSONNES DANS L'UNION EUROPÉENNE**  
Recueil de jurisprudence  
Jean-Yves Carlier  
4<sup>e</sup> édition  
BRUYLLANT



**LES ÉLECTIONS EUROPÉENNES, 40 ANS APRÈS - THE EUROPEAN ELECTIONS, 40 YEARS LATER**  
Bilan, enjeux et perspectives  
Assessment, Issues and Prospects  
ÉTUDES PARLEMENTAIRES  
TONY MARGUERY, SÉBASTIEN PLATON ET HANNEKE VAN EIJKEN  
BRUYLLANT



**LA RÉVISION DES ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**  
Thèses  
Carmen Ciuta  
Préface de Frédéric Sudre  
BRUYLLANT

**LA CONDITION DES PERSONNES DANS L'UNION EUROPÉENNE**  
Recueil de jurisprudence  
Jean-Yves Carlier  
Collection - Jurisprudence fondamentale  
> 608 p. • 80,00 € • 4<sup>e</sup> édition 2020

**LES ÉLECTIONS EUROPÉENNES 40 ANS APRÈS - THE EUROPEAN ELECTIONS, 40 YEARS LATER**  
Bilans, enjeux et perspectives - Assessment, Issues and Prospects  
Tony Marguery, Sébastien Platon, Hanneke van Eijken  
> Collection - Études parlementaires  
492 p. • 60,00 € • Édition 2020

**LA RÉVISION DES ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**  
Carmen Ciuta  
Préface de Frédéric Sudre  
> Collection droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Thèses  
589 p. • 105,00 € • Édition 2020

orders@larcier.com  
Lefebvre Sarrut Belgium SA  
Boulevard Baudouin 1<sup>er</sup>, 25 • B - 1348 Louvain-la-Neuve - Tél. 0800/39 067 • Fax 0800/39 068



www.larcier.com