

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile et de l'immigration en droit belge. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à cedie@uclouvain.be.

These Commentaries are written by the European Rights and Migration team (EDEM), which is part of the UCL. Each month, they present recent judgments from national or European courts in the field of the implementation of European asylum and immigration law in Belgian law. The Commentaries are written in French and/or English. If you wish to subscribe, please send an email to cedie@uclouvain.be.

L'équipe du projet ARC LIMA de l'UCLouvain a le plaisir de vous annoncer le lancement de son **nouveau site web** ! Le projet LIMA UCLouvain est porté par une équipe pluridisciplinaire rassemblant juristes (EDEM), démographes (DEMO) et sociologues (CIRFASE). Il a pour objectif d'examiner la corrélation existante entre, d'une part, les cadres juridiques belge et européen et, d'autre part, l'autonomie (*agency* en anglais) des ressortissants de pays tiers. Il s'agit donc d'étudier dans quelle mesure les trajectoires migratoires de ces personnes, que ce soit sur le plan professionnel ou familial, sont impactées par le cadre normatif existant et la manière dont celui-ci permet aux migrants de mener leur vie et de faire des choix en fonction de leurs aspirations.

Sommaire

1. Cour eur. D.H., 14 mai 2019, *Abokar c. Suède*, Req. N° 23270/16 – *Children of a Lesser God? La Cour EDH "oublie" de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision d'irrecevabilité dans l'affaire Abokar c. Suède. Alice Simon..... 3*

Droit au respect de la vie privée et familiale – Regroupement familial – Permis de séjour permanent – Statut de réfugié – Intérêt supérieur de l'enfant – Début de vie familiale dans le pays d'accueil – Irrecevabilité.

La Cour européenne des droits de l'homme juge que le refus de la Suède d'octroyer un droit de séjour, au titre du regroupement familial, à un ressortissant somalien réfugié en Italie ne viole par l'article 8 de la CEDH. La Cour ne tient pas compte de l'intérêt supérieur des enfants du demandeur – qui résident en Suède avec leur mère – dans son calcul de proportionnalité.

CeDIE – Centre Charles de Visscher
pour le droit international et européen
EDEM – Equipe droits européens et migrations
Place Montesquieu, 2
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique
cedie@uclouvain.be

Contact :

Jean-Yves Carlier [jean-yves.carlier@uclouvain.be]
Jean-Baptiste Farcy [jean-baptiste.farcy@uclouvain.be]
Christine Flamand [christine.flamand@uclouvain.be]
Eleonora Frasca [eleonora.frasca@uclouvain.be]
Hélène Gribomont [helene.gribomont@uclouvain.be]
Luc Leboeuf [luc.leboeuf@uclouvain.be]
Matthieu Lys [matthieu.lys@uclouvain.be]
Trésor Maheshe Musole [musole.maheshe@uclouvain.be]
Emmanuelle Néraudau [eneraudau@gmail.com]
Matthias Petel [matthias.petel@uclouvain.be]
Géraldine Renaudière [geraldine.renaudiere@uclouvain.be]
Sylvie Sarolea [sylvie.sarolea@uclouvain.be]
Alice Simon [alice.sinon@uclouvain.be]
Lilian Tsourdi [evangelia.tsourdi@uclouvain.be]



Les Cahiers de l'EDEM ont vu le jour dans le cadre du projet de recherche fonds européen pour les réfugiés – UCL.

2. C.J.U.E. (G.C.), arrêt du 14 mai 2019, *M. et X., X.*, aff. jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403 – Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ? *Jean-Baptiste Farcy*10

Convention Genève – Directive Qualification, art. 14, §§ 4 à 6 – Exclusion et révocation du statut de réfugié – Sécurité Nationale – Effet exclusion – Autonomie droit européen – Qualité et statut de réfugié – Non-refoulement - Droits des étrangers non-expulsables.

La Cour de justice se prononce sur la conformité de l'article 14, paragraphes 4 et 5, de la directive qualification avec la convention de Genève. Elle estime que, malgré la possibilité de ne pas reconnaître ou de retirer le statut de réfugié à une personne présentant une menace pour la sécurité nationale, la directive assure un niveau de protection suffisant. Ce faisant, l'arrêt de la grande chambre marque l'autonomie du droit européen par rapport à la Convention. La Cour précise également les droits des personnes exclues de la protection statutaire mais néanmoins non-expulsables, en raison du risque de persécution en cas de retour.

3. **Conclusions de l'avocate générale Sharpston dans l'affaire *Vethanayagam* (C-680/17) – La décision de refus de visa : une autonomie procédurale encadrée. *Géraldine Renaudière*16**

Visas « Schengen » – Décision de refus – Voies de recours – Autonomie procédurale des Etats membres – Compétence juridictionnelle – Droit à un recours effectif — Obligation de motivation.

Les obligations des Etats membres et associés Schengen en matière de visas se précisent. Plusieurs questions préjudicielles sont pendantes devant la Cour de Justice qui est appelée à se prononcer sur l'effectivité des recours en cas de décision finale de refus de visa, lorsqu'un ou plusieurs Etats sont concernés. La question du degré de motivation, a fortiori lorsque ces derniers font valoir des considérations d'ordre public, se pose également au regard des droits fondamentaux du demandeur.

1. COUR EUR. D.H., 14 MAI 2019, ABOKAR C. SUÈDE, REQ. N° 23270/16

Children of a Lesser God? La CEDH "oublie" de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision d'irrecevabilité dans l'affaire Abokar c. Suède

Alice Sinon

A. Arrêt

Ce commentaire d'arrêt se divisera en deux parties, l'exposé des faits et la présentation de la décision de la Cour. Nous procéderons, dans la partie consacrée aux faits, à un rappel précis et détaillé de ceux-ci, nécessaire à la bonne compréhension du raisonnement et de la décision de la Cour.

1. Les faits

Le demandeur, Monsieur Saïd Mohamed Abokar, est un ressortissant somalien. Il est né en 1986 et réside légalement en Italie où il a obtenu le statut de réfugié en 2013. Il invoque devant la Cour européenne des droits de l'homme une violation de son [droit au respect de la vie privée et familiale](#) par l'autorité suédoise des migrations (*Migrationsverket*). En effet, il a introduit auprès de cette autorité, à plusieurs reprises et sans succès, des demandes visant à l'obtention d'un droit de séjour en Suède afin de s'y établir avec A., son épouse, et leurs deux enfants, B. et C. A. est également ressortissante somalienne et dispose d'un droit de séjour permanent en Suède depuis 2009. Elle et le requérant se sont rencontrés et ont commencé leur vie de couple en Suède et n'ont pas vécu ensemble en Somalie. Ils exercent conjointement l'autorité parentale. Par ailleurs, notons que A. souffre d'un handicap physique dû à l'amputation d'un de ses bras.

Au total, Monsieur Abokar introduit, entre 2010 et 2015, quatre demandes visant, *in fine*, l'obtention d'un droit de séjour en Suède. Tout d'abord, après avoir séjourné quelques temps en Suède en 2009, le requérant introduit, le 28 juin 2010 – sous le nom d'Abdirahman Mohamed Abukar, né le 22 février 1990 – une première demande d'asile dont il est débouté le 23 août suivant. Avant d'être transféré vers l'Italie le 18 janvier 2012, Monsieur Abokar épouse A., le 15 mai 2011, lors d'une cérémonie religieuse. En 2012, ils ont ensemble un premier enfant, B.

Ensuite, le 4 décembre 2012, toujours sous le nom d'Abdirahman Mohamed Abukar, le requérant introduit une seconde demande d'asile auprès des autorités suédoises. Il demande à ce que ce soit la Suède qui examine sa requête au motif que c'est dans cet état que vivent son enfant et son épouse handicapée. La demande est rejetée le 2 février 2013 et, dans la foulée, le 4 mars suivant, le demandeur est transféré vers l'Italie où il s'est – entretemps – vu octroyer le statut de réfugié. L'autorité suédoise des migrations juge notamment que le handicap de A. n'est pas suffisant pour établir qu'elle est dépendante du demandeur et tient principalement compte de ce que la vie de famille débute en Suède et non pas dans le pays d'origine des époux, la Somalie.

Notons que, préalablement à ces deux demandes d'asile en Suède, le requérant a aussi demandé à être reconnu comme réfugié en Finlande, le 18 juin 2010 (alors sous le nom de Saïd Mohamed Abokar), et en Italie, à une date et sous un nom que la Cour ne spécifie pas (mais dont nous avons pu déduire que c'était avant août 2010). Il obtient l'asile en Italie en 2013.

Par la suite, alors que A. et Monsieur Abokar se sont mariés civilement le 6 avril 2013, celui-ci introduit, le 23 du même mois, une nouvelle – et première – demande en vue d’obtenir un droit de séjour (*residence permit*) en Suède, sous le nom de Saïd Mohamed Abokar. Cette demande, motivée par les liens familiaux du demandeur avec A., son épouse, et B., son enfant, est rejetée en août 2013 malgré le fait que le droit suédois prévoit expressément un droit au regroupement familial du conjoint dont l’époux/épouse réside en Suède (§ 18 de la décision commentée, Cour eur. D.H., 14 mai 2019, *Abokar c. Suède*, req. n°23270/16). En effet, bien que cela ne soit pas expressément requis par le *Swedish Aliens Act*¹, les autorités suédoises, de pratique constante, ne délivrent de permis de séjour pour regroupement familial qu’aux individus ayant pu prouver leur identité. La jurisprudence interne a néanmoins admis que cette exigence soit assouplie dans certaines circonstances ; notamment lorsqu’il peut être prouvé que le demandeur et le résident en Suède (ici A.) sont les parents d’un enfant commun ; pour autant que les parents aient vécu ensemble, en dehors de la Suède, avant d’être « séparés ». Puisque ce n’est pas le cas de A. et Monsieur Abokar, et puisque ce dernier est dans l’impossibilité de prouver son identité – vu la situation dans son pays d’origine (§ 23), la Suède rejette la demande sans l’examiner au fond. Les recours introduits contre cette décision, en janvier et février 2014, restent vains (§ 11).

Finalement, alors qu’il est devenu père pour la deuxième fois – avec la naissance de C. en 2014 – Monsieur Abokar introduit, à une date qui n’est pas spécifiée par la Cour, une seconde demande de permis de séjour en Suède qui est rejetée le 9 février 2015 pour le même motif (l’impossibilité pour le demandeur de prouver son identité). A nouveau, les appels que le demandeur introduit contre cette décision devant les juridictions suédoises n’aboutissent pas. Ainsi, la juridiction suédoise responsable du contentieux des migrations (*Migrationsdomstolen*) confirme que le standard de preuve allégé prévu par la jurisprudence ne trouve à s’appliquer que lorsque les parents ont vécu ensemble en dehors de la Suède préalablement à leur « séparation ».

C’est donc après avoir essuyé plusieurs refus de l’autorité suédoise des migrations et épuisé les différentes voies de recours internes que Monsieur Abokar introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l’homme au motif que ces refus – motivés par l’impossibilité, pour le demandeur, de prouver son identité – violent le droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l’article 8 de la CEDH, notamment en ce qu’ils constituent un obstacle au regroupement familial de Monsieur Abokar avec son épouse et ses deux enfants.

2. La décision de la Cour

Après avoir rappelé que l’article 8 de la Convention ne fonde pas automatiquement un droit subjectif au regroupement familial (§ 33 et Flamand & Saroléa, p. 67), la juridiction strasbourgeoise rejette la demande de Monsieur Abokar au motif que celle-ci est manifestement infondée et donc irrecevable en vertu de l’article 35, §§ 3 (a) et 4 de la CEDH. En effet, « the Court finds that the Swedish authorities

¹ Le *Swedish Aliens Act* est l’instrument législatif qui contient les principales dispositions du droit suédois des étrangers. Pour le surplus, voy. §§ 17 à 19 de la décision commentée. Il intègre notamment la [directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial](#) dont l’article 2, sous d, définit le regroupement familial comme « l’entrée et le séjour dans un État membre des membres de la famille d’un ressortissant de pays tiers résidant légalement dans cet État membre afin de maintenir l’unité familiale, que les liens familiaux soient antérieurs ou postérieurs à l’entrée du regroupant ». La directive européenne ne prévoit donc pas que le moment de la constitution de la vie familiale soit antérieure à l’entrée du regroupant dans l’état membre, ici, la Suède.

have not failed to strike a fair balance between the applicant's interests, on the one hand, and the State's interest in effective implementation of immigration control, on the other, or that the assessment made by them was disproportionate vis-à-vis the legitimate aims sought under Article 8 of the Convention » (§ 42).

Ainsi, s'il est établi que le refus de la Suède d'octroyer un droit de séjour à Monsieur Abokar constitue une ingérence dans l'exercice de son droit à la vie privée et familiale (§ 34), cette ingérence est prévue par loi. Par ailleurs, elle poursuit les objectifs légitimes de mise en œuvre et d'effectivité des politiques de contrôle migratoire et de maintien de la santé économique du pays d'accueil (§ 35). Dès lors, après un bref examen, la Cour conclut que « it was reasonable and proportionate to uphold the general rule that applicants needed to prove their identity » (§ 36) et donc de refuser, pour ce motif, de connaître sa demande d'octroi d'un permis de séjour pour regroupement familial. La Cour juge donc que les conditions requises pour qu'il soit dérogé au droit à la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention, énoncées au deuxième paragraphe de cet article, sont rencontrées.

Dans son raisonnement, la Cour accorde une importance toute particulière au moment et au lieu où naissent et se créent les liens familiaux justifiant la demande de regroupement. Ainsi, la juridiction strasbourgeoise précise qu'« il importe [...] de tenir compte du point de savoir si la vie familiale a débuté à un moment où les individus concernés savaient que la situation de l'un d'entre eux au regard des lois sur l'immigration était telle que cela conférerait d'emblée *un caractère précaire* à la poursuite de cette vie familiale dans l'état d'accueil. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, lorsque tel est le cas, ce n'est en principe que dans des circonstances exceptionnelles que l'éloignement du membre de la famille ressortissant d'un pays tiers emporte violation de l'article 8 » (§ 108 Cour eur. D.H., 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n°12738/10 et § 37 de la décision commentée (version anglaise)). En l'espèce, la Cour démontre que « the applicant and his wife knew already when they started leading family life that they would most probably not be able to establish and maintain their family life in Sweden » (§ 38). Elle ajoute que c'est ce critère du moment où se créent les liens familiaux qui est déterminant s'agissant de la preuve de l'identité du demandeur puisque : « it was thus not so much the impossibility for the applicant to prove his identity but the lack of prior family life outside Sweden which was the reason for the refusal of his residence permit » (§ 39). La Cour prend également en considération, dans son analyse : le fait que le demandeur ait utilisé une fausse identité (Abdirahman Mohamed Abukar, né le 22 février 1990, plutôt que Saïd Mohamed Abokar, né en 1986) lors de ses deux demandes d'asile en Suède ; l'infraction aux lois migratoires qu'il a commise en ne quittant pas le territoire suédois après que cela lui ait été ordonné et ; l'absence de liens autres que familiaux entre le demandeur et la Suède (§ 40).

B. Éclairage

La Cour européenne des droits de l'homme, par cette succincte décision d'irrecevabilité, confirme le caractère inconstant (§ 40 et Flamand & Saroléa, p. 75) de sa jurisprudence s'agissant de la prise en compte – ou non – de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de regroupement familial. Ce principe, consacré par de nombreux instruments internationaux (*ibid.*, pp. 72 et suivantes, § 2, point a), implique que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives

ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant [s]oit [...] une considération primordiale » (CIDE, art. 3. 1.), en ce compris « dans le contexte des migrations internationales » (Flamand & Saroléa, p. 74).

Alors que la Cour de Justice de l'UE accorde systématiquement une attention particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant (*ibid.*, p. 75), nous constatons (et regrettons) que « l'importance et le sens accordés à l'intérêt supérieur de l'enfant ne sont pas toujours cohérents. [L'analyse de différents] arrêts [en matière de regroupement familial] démontre [...] que la Cour européenne est hésitante dans la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et adopte une approche au cas par cas » (*ibid.*, p. 78).

Ce manque de cohérence de la Cour est encore plus frappant dans la décision commentée puisqu'il n'y est même pas tenu compte de l'intérêt supérieur de B. et C., les enfants de Monsieur Abokar et de son épouse, à vivre avec leurs deux parents dans le pays, la Suède, où ils sont nés et résident avec leur mère. Ainsi, la Cour choisit de mettre l'accent sur le fait que les parents ont décidé de fonder une famille en Suède alors même que le requérant n'y jouissait pas d'un titre de séjour légal plutôt que sur les conséquences réelles qu'entraîne le refus des autorités suédoises de délivrer un permis de séjour au demandeur pour les enfants de celui-ci. Et de fait, la juridiction strasbourgeoise, dans son analyse au fond (*Court's assessment*, §§ 32-43), est muette sur l'existence de ces deux enfants – peut-être afin de ne pas avoir à tenir compte de leur intérêt supérieur dans le calcul de proportionnalité visant à établir si l'ingérence de la Suède que constitue le refus de permis de séjour est légitime. Le paragraphe 40 de la décision offre une belle illustration de ce désintérêt de la Cour s'agissant des enfants. En effet, la juridiction y précise que « the applicant did not *have any ties to Sweden, apart from his family*, whom he had visited only for short periods of time » (§ 40). Il nous apparaît incohérent – voir outrancier – d'indiquer, dans une même phrase, que le requérant n'a pas de lien avec l'état où il réclame un droit de séjour tout en mentionnant – au passage – que c'est là que réside l'entièreté de sa famille nucléaire. Si l'intérêt supérieur de l'enfant « n'est pas déterminant à lui seul » (§ 109, *Jeunesse c. Pays-Bas*), il est néanmoins de jurisprudence constante à la Cour européenne des droits de l'homme que cet intérêt soit, à tout le moins, pris en considération lorsque des enfants sont concernés ; ce que la Cour ne fait pourtant pas dans cette décision d'irrecevabilité.

Là ne s'arrêtent malheureusement pas les critiques que nous pouvons adresser à cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme.

Tout d'abord, il semble que la Cour ne tienne pas compte, dans son analyse, du handicap physique dont A. souffre, dû à son amputation d'un bras (§§ 7, 8 et 31). Cet état de fait aurait dû être pris en compte par la Cour, non seulement s'agissant de l'intérêt supérieur de B. et C., mais également pour évaluer la proportionnalité des décisions de la Suède faisant obstacle au regroupement familial.

Ensuite, la Cour n'envisage pas – alors qu'elle le fait habituellement dans les affaires de regroupement familial (Flamand & Saroléa, p. 67) – d'éventuelles alternatives qui permettraient à la famille Abokar de mener une vie familiale classique (c'est-à-dire où tous les membres de la famille vivent ensemble dans un même pays). Au contraire, elle indique plutôt que « since both the applicant and his wife have been granted residence permits in member States of the European Union, the family can easily travel between Italy and Sweden and stay for longer periods in either of those countries. Moreover, it has not emerged that the applicant would lack the possibility to be in contact

with the other family members via, inter alia, telephone, the internet or Skype » (§ 41). Cette « solution » envisagée par la Cour est aberrante tant elle nie et est en totale contradiction avec les recommandations internationales en la matière et le principe même de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, de nombreuses instances, dont le Comité des droits de l'enfant dans son [Observation n° 23](#), ont souligné l'importance pour les enfants du maintien de l'unité familiale (*ibid.*, p. 74). Pour le surplus, notons que la Cour a établi qu'il y a présomption de vie familiale dès lors que la filiation biologique est établie² – ce qui est le cas ici, vie familiale qui doit alors être protégée.

Finalement, la juridiction strasbourgeoise n'accorde pas plus de considération à la circonstance que Monsieur Abokar est un réfugié alors même qu'elle a reconnu, dans sa jurisprudence [Mugenzi](#), « la vulnérabilité spécifique des réfugiés et l'importance de l'unité familiale les concernant » (Flamand, « [La minorité « prolongée » du MENA reconnu réfugié pour favoriser le regroupement familial.](#) »).

Cette décision de la Cour s'explique peut-être par le fait que celle-ci, dans son examen, se soit focalisée sur la personnalité du candidat regroupé – Monsieur Abokar, au détriment d'autres éléments factuels qu'il lui incombait également de prendre en considération.

De fait, tant la manière dont la décision est rédigée que les éléments qui y sont repris ainsi que l'ordre dans lequel les informations « pertinentes » sont agencées laissent à penser que M. Abokar est soupçonné, par l'autorité suédoise des migrations et par la Cour, de fraude. En effet, nous avons pu constater que la juridiction distille dans sa décision plusieurs indices³ qui semblent indiquer qu'elle suspecte la fraude parce que c'est généralement sur base de ce genre d'indices qu'elle établit la fraude dans sa jurisprudence constante.

Toujours est-il que si c'est effectivement une suspicion de fraude qui justifie cette décision de la Cour, celle-ci devrait, d'une part, dire explicitement qu'elle met en doute l'honnêteté du demandeur et la réalité de sa vie familiale. D'autre part, cette fraude éventuelle ne l'exempte pas de la prise en compte de l'intérêt supérieur des enfants (Flamand & Saroléa, p. 71, point g) et p. 77)⁴ à grandir dans une cellule familiale (ré)unie, dans un pays où ils auraient une résidence fixe et non pas, comme le suggère la Cour, à être ballotés entre l'Italie et la Suède, au gré des séjours de moins de trois mois que pourront effectuer leurs parents en vertu du titre de séjour permanent dont ils disposent chacun dans un état membre de l'Union européenne.

En résumé, dans cette décision, la circonstance que la famille se crée dans le pays où le regroupement familial est demandé est le critère central dans l'analyse de la Cour et fait obstacle à ce que toute autre considération – telle que l'intérêt supérieur des enfants mineurs, le statut de réfugié du

² Cour eur. D.H., 19 février 1996, [Gül c. Suisse](#), req. n°23218/94, § 32 ; Cour eur. D.H., 24 avril 1996, [Boughanemi c. France](#), req. n°22070/93, § 35 ; Cour eur. D.H., 21 décembre 2001, [Sen c. Pays-Bas](#), req. n°31465/96, § 28.

³ Nous avons recensé les indices suivants :

- Des demandes d'asile multiples dans différents états membres de l'UE (Italie, Finlande et Suède) sous des identités différentes (*voy. supra*, exposé des faits, point A. 1.) ;
- La communication par le requérant – en cours de procédure, au moment de l'introduction de sa 1^{ère} demande de permis de séjour pour regroupement familial – d'une information relative à un précédent mariage en Somalie entre 2002 et 2010 (§ 9 de la décision) à propos de laquelle M. Abokar se rétracte ensuite – au moment de l'introduction de la 2^{ème} demande de regroupement familial (§ 13 de la décision) ;
- Le fait que A. ne sache pas répondre à certaines questions sur son mari (§9) ;

⁴ Cour eur. D.H., 28 juin 2011, [Nunez c. Norvège](#), req. n°5597/09 ; Cour eur. D.H., 14 février 2012, [Antwi et autres c. Norvège](#), req. n° 26940/10.

candidat regroupé ou encore le handicap physique et la vulnérabilité de la mère – soit prise en compte par la Cour dans son calcul de proportionnalité.

C. Conclusion

Finalement, cette décision, outre les nombreuses critiques qu'elle appelle et que nous avons exposé dans les lignes précédentes, n'est pas sans soulever certaines interrogations que nous laisserons ouvertes en guise de pistes de réflexion.

Tout d'abord, la question se pose d'une éventuelle discrimination des enfants dans la mesure où ceux-ci seront traités différemment selon les circonstances, géographiques et temporelles, du début de relation de leurs parents.

Ensuite, un rapide examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de regroupement familial (*ibid.*, pp. 75-78) laisse apparaître une tendance de cette juridiction à reconnaître que la décision faisant obstacle au regroupement familial constitue une violation de l'article 8 lorsque le candidat regroupé est la mère⁵ alors que la Cour constatera souvent qu'il n'y a pas violation du droit à la vie privée familial lorsque c'est le père qui demande le regroupement⁶. Cette question vaudrait la peine d'être approfondie par un examen systématique de la jurisprudence de la Cour afin de déterminer si effectivement, et pourquoi, il y a différence de traitement selon que le candidat regroupé est le père ou la mère.

D. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour eur. D.H., 14 mai 2019, *Abokar c. Suède*, req. n°23270/16.

Jurisprudence : Cour eur. D.H., 31 juillet 2007, *Darren c. Norvège*, req. n°265/07 ;

Cour eur. D.H., 28 juin 2011, *Nunez c. Norvège*, req. n°5597/09 ;

Cour eur D.H., 14 février 2012, *Antwi et autres c. Norvège*, req. n° 26940/10, ;

Cour eur. D.H., 28 janvier 2014, *Bolek et autres c. Suède*, req n°48205/13 ;

Cour eur D.H., 10 juillet 2014, *Mungezi c. France*, requête n°52701/09 ;

Cour eur. D.H., 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n°12738/10 ;

[Observation générale conjointe n° 4 \(2017\) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 \(2017\) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour](#), UN Doc., CRC/C/GC/23, novembre 2017.

⁵ Voy. dans ce sens, notamment : Cour eur. D.H., 28 juin 2011, *Nunez c. Norvège*, req. n°5597/09 ; Cour eur. D.H., 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n°12738/10. *Contra* : Cour eur. D.H., 8 mars 2016, *I.A.A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 25960/13.

⁶ Voy. dans ce sens, notamment : Cour eur. D.H., 31 juillet 2007, *Darren c. Norvège*, req. n°265/07 ; Cour eur D.H., 14 février 2012, *Antwi et autres c. Norvège*, req. n° 26940/10 ; Cour eur. D.H., 28 janvier 2014, *Bolek et autres c. Suède*, req n°48205/13.

Doctrine : CH. FLAMAND et S. SAROLÉA, « Trajet migratoire et regroupement familial : obstacles et perspectives » in *Immigration et droits – Questions d’actualité*, sous la coord. de S. SAROLÉA, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 45-95 ;

CH. FLAMAND, « La minorité « prolongée » du MENA reconnu réfugié pour favoriser le regroupement familial. », Cahiers de l’EDEM, mai 2018.

Pour citer cette note : A. SINON, « Children of a Lesser God? La Cour EDH “oublie” de prendre en compte l’intérêt supérieur de l’enfant dans sa décision d’irrecevabilité dans le cas de *Abokar c. Suède* », Cahiers de l’EDEM, juin 2019.

2. C.J.U.E. (G.C.), ARRET DU 14 MAI 2019, M. ET X., X., AFF. JOINTES C-391/16, C-77/17 ET C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403.

Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ?

Jean-Baptiste Farcy

A. Faits et arrêt de la Cour

L'arrêt de la Cour de justice, réunie en grande chambre, fait suite à une question préjudicielle posée par une juridiction tchèque et deux autres émanant du Conseil du contentieux des étrangers (CCE). Ces questions portent sur les motifs d'exclusion ou de révocation du statut de réfugié énoncés à l'article 14, paragraphes 4 et 5, de la directive 2011/95, dite « qualification ». En vertu de cette disposition, le statut de réfugié peut être refusé ou retiré lorsque la personne réfugiée représente une menace pour la sécurité de l'État membre concerné. En l'espèce, les requérants se sont vus refuser l'octroi du statut de réfugié ou retirer celui-ci, en raison d'infractions commises soit avant, soit après la fin du processus de détermination du statut de réfugié.

Les juridictions nationales saisies d'un recours émettent des doutes quant à la conformité de cette disposition avec la Convention de Genève. Elles se demandent, en substance, si en permettant aux États membres de révoquer ou de refuser l'octroi du statut de réfugié pour des motifs liés à la sécurité nationale, la disposition en cause ne contient pas un motif de cessation ou d'exclusion ne figurant pas dans la convention de Genève. Or, dans le système de la Convention, les causes d'exclusion et de cessation, énoncées à l'article 1^{er}, sections C à F, revêtent un caractère exhaustif. Bien que l'Union européenne ne soit pas partie prenante à la Convention de Genève, le droit primaire européen lui impose le respect des règles de cette convention. En vertu de l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 78 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la politique d'asile européenne s'inscrit dans le respect du droit conventionnel. Pour cette raison, la Cour de justice se déclare compétente pour examiner la validité de la disposition en cause de la directive qualification avec la Convention de Genève, question qui a fait l'objet d'observations divergentes de la part des différentes parties intervenantes¹. Se pose ensuite la question de savoir si la disposition attaquée n'entraîne pas un niveau de protection moindre que celui garanti par les règles de la Convention de Genève.

La Cour énonce d'emblée que, si la directive qualification établit un système de protection des réfugiés propre à l'Union, elle est fondée sur la convention de Genève et vise à en assurer le plein respect (§§82 et 83). La Cour consacre, ensuite, plusieurs paragraphes à la distinction entre la qualité de réfugié et le statut de réfugié. En raison de l'effet déclaratif et non pas constitutif du statut de réfugié, une personne qui craint avec raison d'être persécutée dans son pays d'origine pour l'un des cinq motifs repris dans la Convention de Genève dispose, de ce seul fait, de la qualité de réfugié (§86). Celle-ci ne dépend pas de la reconnaissance formelle de cette qualité par l'octroi du statut de réfugié.

¹ Outre les gouvernements tchèque et belge, les gouvernements allemand, hongrois, français, néerlandais et britannique sont intervenus à la cause, ainsi que le Parlement européen, le Conseil et la Commission.

Ce dernier accorde néanmoins à la personne réfugiée le bénéfice d'une protection internationale à laquelle est attaché un ensemble de droits et avantages, conformément au chapitre VII de la directive qualification relatif au contenu de cette protection.

Par après, la Cour se penche sur les motifs de retrait et d'exclusion du statut de réfugié énoncés à l'article 14, paragraphes 4 et 5, de la directive qualification. S'appuyant sur les [conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet](#), la Cour souligne que ces motifs correspondent à ceux énoncés par la convention de Genève pour justifier une exception au principe de non-refoulement (§93). Conformément à l'article 33, paragraphe 2, de la Convention, l'éloignement d'un réfugié qui représente une menace pour le pays où il se trouve vers un pays dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée est effectivement autorisé. À cet égard, le droit européen est plus protecteur puisque le principe de non-refoulement présente un caractère absolu. En aucun cas, un étranger ayant la qualité de réfugié ne peut être éloigné vers un pays où il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'il y encourra un risque réel de subir des traitements inhumains ou dégradants (§94). Autrement dit, un État membre ne peut, au risque de méconnaître le droit européen, déroger au principe de non-refoulement au titre de l'article 33, paragraphe 2, de la convention de Genève (§95). Par conséquent, dans la mesure où la directive qualification, en vue d'assurer la sécurité et la protection de la société de l'État membre d'accueil, prévoit pour cet État la possibilité de révoquer ou de refuser d'octroyer le statut de réfugié, alors que la convention de Genève permet, pour ces mêmes motifs, le refoulement d'un réfugié vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée, « le droit de l'Union prévoit une protection internationale des réfugiés concernés plus étendue que celle assurée par ladite convention » (§96).

La Cour de justice précise, enfin, que les personnes concernées par une mesure de refus ou de retrait du statut de réfugié ne perdent pas la qualité de réfugié (§§97 et 98). Bien que les personnes visées ne résident pas ou plus régulièrement sur le territoire de l'État membre concerné, elles jouissent de certains droits prévus par la Convention de Genève, ainsi qu'en atteste l'article 14, paragraphe 6, de la directive qualification. La jouissance de ces droits doit être garantie en raison, non pas d'une résidence régulière sur le territoire d'un État membre, mais d'une simple présence physique du réfugié². En outre, les États membres ont l'obligation de respecter les dispositions pertinentes de la Charte, « telles que celles figurant à son article 7, relatif au respect de la vie privée et familiale, à son article 15, relatif à la liberté professionnelle et au droit de travailler, à son article 34, relatif à la sécurité sociale et à l'aide sociale, ainsi qu'à son article 35, relatif à la protection de la santé » (§109).

Pour ces motifs, la Cour conclut que la directive qualification n'offre pas une protection moindre que la Convention de Genève et confirme ainsi la validité des dispositions attaquées.

B. Éclairage

Dans un contexte sécuritaire et répressif grandissant à l'égard des migrations, l'arrêt commenté est important. Il s'agit pour la Cour de déterminer jusqu'où la protection de la société et le maintien de la sécurité nationale peuvent être invoqués pour limiter les droits des réfugiés³. L'intervention des

² §§103 à 107 de l'arrêt commenté.

³ Plusieurs réformes législatives récentes se fondent sur la protection de la société : Loi du 10 août 2015 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en vue d'une meilleure prise en compte des menaces contre la société et la sécurité nationale dans les demandes de protection internationale,

gouvernements allemand, hongrois, français, néerlandais et britannique, outre les gouvernements défendeurs, ainsi que du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne attestent de l'importance des questions préjudicielles posées à la Cour. Au vu des doutes exprimés par le HCR et la doctrine quant à la conformité de l'article 14, paragraphes 4 et 5, de la directive qualification avec la convention de Genève, l'intervention de la Cour de justice était néanmoins attendue⁴.

Les enseignements de cet arrêt sont significatifs à au moins deux égards. Il marque, d'une part, l'autonomisation du droit d'asile européen par rapport à la convention de Genève (I) et il touche, d'autre part, à la question des droits des personnes non-expulsables, problématique toujours non résolue en droit belge (II).

I. L'autonomie du droit européen

Les trois questions préjudicielles portent sur la question de savoir s'il faut interpréter l'article 14, paragraphes 4 et 5, de la directive qualification comme créant une nouvelle cause d'exclusion ou de révocation du statut de réfugié et, de ce fait, méconnaît l'article 1^{er} de la convention de Genève, dont le caractère est exhaustif. La Cour de justice n'y répond pas de manière explicite. Elle considère, certes, que les dispositions en cause ne sont pas contraires à la convention de Genève au motif que la protection accordée aux réfugiés est plus étendue en droit européen.

Le raisonnement de la Cour peut être formulé comme suit : si la convention de Genève autorise le refoulement d'un réfugié en raison d'un risque pour la sécurité nationale, le droit européen peut, sans méconnaître le niveau de protection minimal prévu par la Convention, autoriser, pour ce même motif, les États membres à ne pas octroyer le statut de réfugié ou de le révoquer à une personne qui, en sa qualité de réfugié, est protégée contre le refoulement. Certes ingénieux, l'argument ne convainc pas. Si la convention de Genève permet de prendre en compte l'existence d'un risque pour la société ou la sécurité nationale pour éloigner un réfugié, elle ne prévoit pas le refus de reconnaissance ou la cessation du statut de réfugié pour ce même motif. La protection de la sécurité nationale ne constitue pas, dans le système de la Convention, une clause d'exclusion visée à l'article 1F de celle-ci. En outre, la possibilité de refouler un réfugié, en vertu de l'article 33, paragraphe 2, de la convention de Genève ne peut être confondue avec les clauses d'exclusion⁵. Les objectifs sont différents. Dans le premier cas, il s'agit de protéger la société du pays d'accueil et, dans le second, l'institution de l'asile elle-même, en évitant l'impunité. Les effets divergent également. L'article 33, paragraphe 2, de la convention de Genève constitue uniquement une dérogation au principe de non-refoulement, tandis que l'article 1F a pour effet d'exclure un individu du champ d'application *ratione personae* de la Convention. Le rapprochement opéré par la Cour de justice entre l'article 33,

M.B., 24 août 2015. Loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, M.B., 19 avril 2017. Loi du 15 mars 2017 modifiant l'article 39/79 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 19 avril 2017. Sur le sujet : J. HARDY, « Ordre public : modifications législatives et jurisprudence récentes », in S. SAROLEA (dir.), *Immigrations et droits : Questions d'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 98 – 114, et FR. BERNARD, « De nouvelles causes de refus, d'exclusion et de retrait de la protection internationale », *Rev. dr. étr.*, 2015, p. 350.

⁴ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 445; PH. DE BRUYCKER et H. LABAYLE, *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Parlement européen, Bruxelles, 2012, p. 87.

⁵ J.-Y. CARLIER et P. D'HUART, « L'exclusion du statut de réfugié : cadre général », in V. CHETAIL et C. LALY-CHEVALIER (dir.), *Asile et extradition : Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 5. Voy. aussi : K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 120.

paragraphe 2, de la convention de Genève et les motifs d'exclusion apparaît ainsi contraire au contenu et aux objectifs de celle-ci.

La Cour de justice affirme néanmoins que l'application de l'article 14, paragraphes 4 ou 5, de la directive qualification n'a pas pour effet de priver la personne concernée de la qualité de réfugié au sens de la Convention. Ce faisant, elle entend signifier qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle clause d'exclusion à part entière, puisque certaines dispositions de la Convention trouvent malgré tout à s'appliquer. Il s'agit en quelque sorte d'une exclusion partielle, visant le *statut* de réfugié, et non d'une exclusion du champ d'application de la Convention. Les réfugiés présentant un risque pour la société bénéficient ainsi d'une protection « restreinte » lorsque, protégés contre le refoulement, ils résident sur le territoire d'un État membre. Les réfugiés visés par une décision de refus de reconnaissance ou de retrait du statut de protection internationale doivent pouvoir jouir de certains droits prévus par la convention de Genève⁶. Les États membres sont, par ailleurs, tenus de respecter les dispositions pertinentes de la Charte⁷.

Cette solution, propre à l'Union européenne, marque un peu plus l'autonomie du droit de l'asile européen par rapport à la convention de Genève⁸. Le droit européen se distancie de la Convention en étant plus protecteur sur certains points, et moins sur d'autres. Il ne nous semble toutefois pas acceptable de considérer que, par une sorte de jeu à somme nulle, le droit européen ne méconnaît pas le niveau de protection minimal prévu par la Convention.

Avant de discuter plus avant des droits des réfugiés privés du statut de protection internationale mais non-expulsables, il est permis de se demander, comme le soulèvent Jean-Yves Carlier et Sylvie Saroléa, si l'évolution des droits de l'homme, et l'interdiction absolue des traitements inhumains et dégradants, ne doit pas conduire à « exclure l'exclusion » de la convention de Genève⁹. En effet, l'interaction entre le droit international des réfugiés et le droit européen des droits de l'homme a pour effet de créer des situations juridiques peu satisfaisantes, ainsi que l'illustre le cas d'espèce. Du point de vue de la société, que les politiques publiques entendent protéger, laisser une personne sans statut dans l'attente d'un éloignement parfois hypothétique ne garantit pas une meilleure sécurité. De ce fait, l'application de l'article 14, paragraphes 4 ou 5, de la directive qualification n'apparaît pas proportionnée à ses objectifs. Du point de vue des personnes concernées, l'existence d'un entre-deux, ou « de limbes juridiques », consistant à tolérer la présence d'étrangers sans leur accorder de statut formel est source d'extrême précarité¹⁰. Le refus de reconnaissance du statut de réfugié ou la perte de celui-ci peut également constituer une double peine pour l'étranger ayant été pénalement condamné.

⁶ Droit à la non-discrimination (article 3), droit à la liberté de religion (article 4), droit d'ester en justice (article 16), droit à l'éducation publique (article 22), liberté de déplacement (article 31), droit à introduire un recours contre la mesure d'éloignement en faisant valoir ses éléments de preuves et à tenter de se faire admettre régulièrement sur le territoire d'un autre État (article 32) et droit au non-refoulement (article 33).

⁷ Droit à la vie privée et familiale (article 7), droit à la liberté professionnelle (article 15), droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale (article 34) et le droit à la santé (article 35).

⁸ R. BANK, "The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, 2015, pp. 213 – 244.

⁹ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.*, p. 448.

¹⁰ C.J.U.E., arrêt du 24 juin 2015, *H.T.*, C-373/13, [conclusions de l'avocate générale Eleanor Sharpston](#), §112.

II. Quel statut pour les réfugiés « exclus » mais non-expulsables ?

Dans l'arrêt commenté, la Cour de justice se prononce également sur les effets de l'application de l'article 14, paragraphes 4 et 5, de la directive qualification. À moins d'être autorisés à séjourner légalement sur le territoire de l'État membre concerné sur un autre fondement juridique, les réfugiés concernés ne résident pas ou plus régulièrement sur le territoire de cet État. Ils sont ainsi privés du titre de séjour que l'article 24 de la directive attache au statut de réfugié. La Cour de justice apporte néanmoins quelques précisions quant aux droits qui doivent être garantis à ces personnes non-expulsables, sans toutefois remédier à cette problématique.

Privés de la protection statutaire, ainsi que de la protection subsidiaire, les étrangers sont protégés, de manière « subsidiaire-subsidiaire »¹¹, contre l'éloignement vers un pays où il y aurait des motifs sérieux et avérés de croire qu'ils seront confrontés à un risque réel de torture ou de traitement inhumain ou dégradant. Certes sans statut, ces personnes ne peuvent être privées de tout droit, ce que rappelle la Cour de justice. Conformément à l'article 14, paragraphe 6, de la directive qualification, les personnes présentant la qualité de réfugié mais exclues de la protection statutaire ont le droit de jouir des droits prévus aux articles 3, 4, 16, 22, 31, 32 et 33 de la convention de Genève. La Cour de justice cite également le droit à la vie privée et familiale, le droit à la liberté professionnelle et au droit de travailler, le droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale ainsi que le droit à la santé, tels que consacrés par la Charte. La jouissance de ces droits apparaît toutefois illusoire en l'absence de l'octroi d'un statut formel, aussi précaire soit-il. Par exemple, les ressortissants de pays tiers doivent, conformément à l'article 15 de la Charte, être autorisés à travailler dans l'État membre où il se trouve, or en l'absence de statut administratif, un étranger ne peut travailler. En Belgique, le statut des étrangers non autorisés au séjour, mais non expulsables, ne fait l'objet d'aucune réglementation particulière. Le séjour de ces personnes est toléré *de facto* sur le territoire belge mais le droit national, à l'inverse de droits étrangers, n'octroie pas de statut formel à ces personnes¹². Par conséquent, bien que la Cour de justice rappelle la nécessité de garantir certains droits fondamentaux aux étrangers non-expulsables, ainsi qu'elle a pu le faire dans l'arrêt *Abdida*, ces droits sont largement théoriques en l'absence de la délivrance d'un titre de séjour, question qui continue de relever de la discrétion des États membres¹³. La conclusion à laquelle aboutit la Cour de justice en l'espèce apparaît d'autant plus douteuse.

¹¹ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.*, p. 454.

¹² European Migration Network, *The Return of Rejected Asylum Seekers: Challenges and Good Practices*, Synthesis Report, 2016, p. 31 et sv.

¹³ Pour davantage de détails quant à la situation des étrangers non-expulsables en droit européen, voy. : F. LUTZ, "Non-Removable Returnees under Union Law: Status Quo and Possible Developments", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 20, 2018, pp. 28 – 52, et B. M. QUEIROZ, "Non-Removable Migrants in Europe: An Atypical Migration Status?", *European Public Law*, Vol. 24, 2018, pp. 281 – 310. Sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. : M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, chap. 13, et J.-B. Farcy, "Neither Here nor There: the Legal Exclusion of Non-Removable Migrants", in Q. Cordier *et al.* (dir.), *The Strong, the Weak and the Law*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 159 – 172.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt et les conclusions de l'avocat général: C.J.U.E., arrêt du 14 mai 2019, *M. et X., X.*, aff. jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403.

Jurisprudence :

- C.J.U.E, arrêt du 24 juin 2015, *H.T.*, C-373/13.
- C.J.U.E. (G.C.), arrêt du 9 novembre 2010, *B. et D.*, aff. jointes C-57/09 et C-101/09.

Doctrine :

BANK R., "The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, 2015, pp. 213 – 244.

BERNARD FR., « De nouvelles causes de refus, d'exclusion et de retrait de la protection internationale », *Rev. dr. étr.*, 2015, pp. 347 – 362.

CARLIER J.-Y. et P. D'HUART, « L'exclusion du statut de réfugié : cadre général », in V. CHETAIL et C. LALY-CHEVALIER (dir.), *Asile et extradition : Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 3 – 32.

Pour citer cette note : J.-B. FARCY, « Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ? », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2019.

3. CONCLUSIONS DE L'AVOCATE GENERALE SHARPSTON DANS L'AFFAIRE VETHANAYAGAM (C-680/17)

La décision de refus de visa : une autonomie procédurale encadrée

Géraldine Renaudière

A. Conclusions de l'avocate générale E. Sharpston, 28 mars 2019, *Vethanayagam*, C-680/17, EU:C:2019:278

Dans cette affaire, la Cour de Justice est appelée à se prononcer sur une question préjudicielle, posée par le tribunal de La Haye, à propos du régime juridique applicable à la délivrance et au refus de visa dans le cadre du règlement (CE) n°810/2009, également appelé « Code communautaire des visas ». Deux autres questions préjudicielles, pendantes devant la Cour et étroitement liées, seront également évoquées dans le présent commentaire (affaires jointes C-225/19 et C-226/19).

En l'espèce, un couple marié de ressortissants sri-lankais envisageait d'aller rendre visite à leur famille, notamment à la belle-sœur de Mme Vethanayagam, résidente aux Pays-Bas et ayant obtenu la nationalité néerlandaise. Les demandes de visa « Schengen » de court séjour (valables pour une durée maximale de 90 jours sur toute période de 180 jours) furent introduites auprès d'un prestataire de service, situé au nord du Sri Lanka, traitant les demandes de visas au nom de la Confédération Suisse. Ce dernier État est en effet chargé de représenter le Royaume des Pays-Bas au Sri Lanka pour ce qui concerne le traitement des demandes de visas Schengen, en vertu d'un « accord de représentation » conclu entre ces pays le 1^{er} octobre 2014. Cette possibilité est explicitement prévue à l'article 8 de l'actuel Code des visas. Leur demande de visa fut rejetée au motif que le couple n'avait pas prouvé qu'ils disposaient de moyens de subsistance suffisants pour la durée de leur séjour au Pays-Bas et pour garantir leur retour au Sri Lanka, une fois le visa expiré. Les seuls recours prévus contre cette décision de refus devaient être intentés auprès des autorités compétentes suisses. Les autorités néerlandaises (dont le service des visas des Pays-Bas, auprès duquel la belle-sœur de la demanderesse a introduit une demande) se sont quant à elles déclarées incompétentes. Le tribunal de La Haye, saisi en appel du litige, a toutefois décidé de saisir la Cour de Justice pour savoir notamment si ce système de représentation consulaire n'était pas incompatible avec le droit à une protection juridictionnelle effective établi à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Dans ses conclusions du 28 mars 2019, l'avocat général E. Sharpston répond (en partie) à ces interrogations.

Elle rappelle tout d'abord qu'au sein de l'espace Schengen, la confiance mutuelle et la coopération priment entre les Etats participants. Aux termes de l'article 8 du Code des visas, un État membre peut accepter d'en représenter un autre en vue d'examiner les demandes et de délivrer des visas pour le compte de l'Etat membre représenté. La question est toutefois de savoir si l'Etat membre qui agit en

représentation doit être considéré, en cas de refus, comme celui qui a pris la décision finale et, partant, comme celui qui est compétent pour connaître du recours contre ce refus.

Contrairement à la thèse soutenue par un grand nombre d'Etats intervenants et par la Commission, l'avocate générale estime qu'en cas d'accord de représentation, c'est « l'Etat membre représenté qui reste compétent pour statuer sur le recours contre une décision refusant un visa » (conclusions de l'avocate générale E. Sharpston dans *Vethanayagam*, point 63). Le Royaume des Pays-Bas constitue en effet la destination unique du séjour des demandeurs. Ce « for naturel », comme le qualifie l'avocate générale, ne peut selon elle se départir totalement de sa compétence consulaire, y compris en cas de représentation par un autre Etat Schengen. En pareille circonstance, la compétence de notifier la décision de refus de visa serait seulement *attribuée* à l'Etat membre de représentation qui n'interviendrait que « pour le compte » de l'Etat représenté. Ce dernier conserverait en revanche la compétence de la décision finale et serait donc chargé *in fine* de statuer sur les recours intentés contre cette décision. À ses yeux, cette interprétation reflète au mieux le principe de protection juridictionnelle effective, d'une part, parce qu'elle évite au demandeur de devoir intenter un recours devant des autorités juridictionnelles d'un Etat membre avec lequel il n'a probablement aucun lien, d'autre part, parce qu'elle permet à la juridiction nationale de poser à la Cour de Justice une question préjudicielle en interprétation, ce qui ne serait pas le cas des juridictions suisses. Quant à l'étendue de la protection juridictionnelle (droit d'être entendu, aide juridictionnelle, assistance par un interprète etc.) qui doit être accordée au demandeur, l'avocate générale ne répond pas à la dernière question de la juridiction de renvoi, estimant qu'elle ne valait ici que pour les recours introduits auprès des autorités de l'Etat de représentation.

B. Éclairage

Une politique « commune » des visas

L'intérêt de cette affaire réside tout d'abord dans le fait qu'elle concerne la politique des visas, un domaine encore largement aux mains des Etats membres, malgré une harmonisation progressive des législations nationales et une jurisprudence européenne naissante (Voy. not. CJUE, 26 juillet 2017, *Jafari*, C-646/16, EU:C:2017:586 ; CJUE, 7 mars 2019, *X. et X.*, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173 ; CJUE, 13 décembre 2017, *El Hassani*, C-403/16, EU:C:2017:960 ; CJUE, 19 décembre 2013, *Koushkaki*, C-84/12, EU:C:2013:862 ; CJUE, 10 avril 2012, *Vo*, C-83/12 PPU, EU:C:2012:202).

Le code communautaire des visas, adopté en 2009, fixe les procédures et conditions de délivrance des visas, d'une durée maximale de trois mois, pour les ressortissants de pays tiers qui y sont soumis afin de transiter ou de séjourner sur le territoire des Etats membres de l'espace Schengen. Ce système, qui repose essentiellement sur la confiance mutuelle et la coopération entre les Etats participants, a vocation à devenir une véritable politique commune ; un « corpus commun » d'actes législatifs harmonisés. Mais il s'agit là d'un objectif à atteindre. À l'instar de la politique de l'asile, il serait prématuré à ce stade de parler d'un régime « uniforme » des visas, tant la diversité des pratiques nationales et la force symbolique des frontières nationales compliquent le traitement homogène des demandes de visas par les différentes autorités consulaires.

Un recours ouvert contre les décisions de refus de visas... Oui, mais lequel ?

Si le Code des visas prévoit la possibilité pour le demandeur de former un « recours » contre une décision de refus de visa, l'article 32(3) laisse aux États membres le soin de décider de sa nature et de ses modalités concrètes.

Dans *El Hassani* la Cour de Justice a toutefois franchi une étape importante en consacrant l'obligation pour les États membres de prévoir au moins un recours juridictionnel dans leur droit national contre les décisions définitives de refus de visa. L'autonomie procédurale dont dispose les États Schengen en la matière n'est donc pas absolue. Cette obligation s'impose à tout État membre qui a pris la « décision finale » sur la demande, « conformément à sa législation nationale ».

Contre qui ?

Il est des situations où l'identification de cet État ne coule pas de source. C'est le cas notamment des accords de représentation consulaire, au cœur de l'affaire *Vethanayagam*.

À cet égard, la thèse défendue par l'avocate générale peut paraître convaincante ; elle s'appuie sur un certain nombre de dispositions du Code, interprétées à la lumière du constat actuel sur l'état de la politique des visas. Selon elle, l'État qui a pris la décision finale est l'État membre *représenté* compte tenu de sa compétence incessible et de son statut de destination unique ou principale du séjour. Toutefois, au regard des ambitions du législateur européen, qui s'appuient d'ailleurs directement sur le Programme pluriannuel de La Haye (2005), d'aboutir à terme à une harmonisation plus poussée des législations nationales et des modalités de délivrance des visas dans les missions consulaires locales, il nous semble qu'une interprétation différente, plus audacieuse, pourrait être retenue. Premièrement, l'accord de représentation conclu entre les Pays-Bas et la Suisse mentionne expressément la possibilité pour cette dernière de « refuser de délivrer le visa lorsqu'il y a lieu », conformément à l'article 8, § 4 (d) du Code des visas. Ce faisant, les Pays-Bas optent pour une représentation la plus complète possible, au-delà de la seule réception et de l'examen des demandes. Deuxièmement, le motif de refus invoqué, soit l'insuffisance des moyens de subsistance, s'apprécie au regard d'indicateurs objectifs, répertoriés pour chaque État membre dans un tableau annexé au Manuel des visas. Il n'est donc pas déraisonnable dans ce contexte de confier la responsabilité de la décision (et donc, du recours) à l'État membre agissant en représentation qui s'engagera pour sa part, au nom du principe de confiance mutuelle, à se prononcer de façon objective et diligente, pour le compte de l'État membre représenté.

La question de la motivation peut toutefois s'avérer plus délicate lorsque le demandeur est considéré comme une menace pour l'ordre public d'un État membre. À l'heure actuelle, il n'existe pas de véritable « ordre public européen ». Les États membres restent « pour l'essentiel, libres de déterminer les exigences de [leur propre] ordre public » (CJUE, 11 juin 2015, C-554/13, *Z. Zh. Et O.*, EU:C:2015:377). Contrairement au motif économique, le motif d'ordre public est plus difficile à appréhender de par sa nature abstraite, évolutive et largement tributaire des conceptions nationales. N'est-il pas périlleux (voire impossible ?) pour une juridiction nationale de se prononcer sur l'ordre public d'un État voisin, même en cas de représentation totale ?

La motivation du motif de refus en cas de menace à l'ordre public

Le refus de visa pour motif de menace potentielle à l'ordre public a donné lieu à deux nouvelles questions préjudicielles pendantes devant la CJUE (Affaires jointes C-225/19 et C-226/19), formulées là encore par une juridiction néerlandaise. La Cour y est interrogée sur la compatibilité avec les articles 41 et 47 de la Charte d'une décision de refus de visa prise par un État membre qui se borne dans sa motivation à invoquer le motif de la menace à l'ordre public, non pas sur son territoire mais sur le territoire d'un ou de plusieurs autres États membres. La juridiction de renvoi interroge donc la Cour sur le meilleur moyen d'assurer au demandeur une protection juridictionnelle effective dans ces conditions, soit via l'ouverture d'une nouvelle voie de recours auprès du (ou des États membres) qui ont émis l'objection, soit auprès de de l'État membre qui a pris la décision finale moyennant l'intervention des États précités en qualité de deuxième défendeur.

La Cour de Justice aura donc plusieurs occasions d'affiner sa jurisprudence sur ces questions et de contribuer, avec toute l'ingéniosité qui la caractérise, à l'objectif de construction d'une politique commune des visas, voulue par le législateur européen. En parallèle, le nouveau Code communautaire des visas, sur le point d'entrer en vigueur, tend à favoriser le recours à ces accords de représentation qui devraient porter sur « l'entière du processus » sans implication de l'État membre représenté.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [Conclusions de l'avocat général Sharpston, du 28 mars 2019, dans l'affaire Vethanayagam.](#)

Jurisprudence : [CJUE, 13 décembre 2017, El Hassani, C-403/16, EU:C:2017:960](#) ; [CJUE, 11 juin 2015, C-554/13, Z. Zh. Et O., EU:C:2015:377](#) ; [C.J., 8 mai 2018, K.A., e.a., C-82/16, EU:C:2018:308](#)

Doctrine: Elspeth GUILD, Didier BIGO, « [Schengen et la politique des visas](#) », Cultures conflits, L'Harmattan, 2003, pp.5-21.

Marjolaine ROCCATI, « [Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres ?](#) », *Revue internationale de Droit économique*, Association internationale de droit économique, 2016, 29(4), pp. 429-439.

L. LEBOEUF, « [Une interdiction d'entrée n'implique pas le rejet systématique de toute demande de regroupement familial ultérieure](#) », Cahiers de l'EDEM, mai 2018.

P. D'HUART, « [C.J.U.E., Z. Zh. et I.O. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie, aff. C 554/13, 11 juin 2015 – Le danger pour l'ordre public comme motif de refus d'octroi d'un délai de départ volontaire : un concept à l'autonomie encadrée](#) », Newsletter EDEM, juin 2015.

Pour citer cette note : RENAUDIERE Géraldine, *La décision de refus de visa : une autonomie procédurale encadrée*, Cahiers de l'EDEM, juin 2019.