

Cette newsletter est rédigée par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Elle, se propose 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 en droit belge.

Les arrêts commentés dans cette newsletter et relatifs, de près ou de loin, à des questions liées à l'application du règlement « Dublin II », de la directive « qualification », de la directive « accueil » et de la directive « retour » sont consultables aux côtés de nombreux autres dans le [répertoire de jurisprudences de l'EDEM](#).

L'équipe EDEM organise avec d'autres centres de recherche en sciences humaines un cycle de conférence intitulé « Migrations : regards croisés ». Ces conférences proposent un regard interdisciplinaire sur les questions migratoires.

Les conférences se dérouleront à Louvain-la-Neuve (auditoires Montesquieu) un vendredi par mois d'octobre à mai. Les personnes intéressées peuvent déjà noter les dates et sujets suivants :

- Jeudi 23 février 2017 : Projection du film "Frontière reconduite" en présence de la réalisatrice Cécile Canut. L'inscription est gratuite mais obligatoire sur cedie@uclouvain.be. DOYEN 32
- Vendredi 24 février 2017 : 14h – 16h30 : Migrations et discours. (Accueil à 13h30) SUD 08
- Vendredi 24 mars 2017 : 14h – 16h30 : Migrations et économie. (Accueil à 13h30) SUD 08
- Vendredi 21 avril 2017 : 14h – 16h30 Migrations et familles. (Accueil à 13h30) SCES 02
- Vendredi 12 mai 2017 : 14h – 16h30 : Migrations, violence et santé. (Accueil à 13h30) SUD 08

L'inscription est gratuite mais obligatoire sur la page : www.uclouvain.be/770619.html

Sommaire

1. Cour eur. D. H., arrêt *Salija c. Suisse*, 10 janvier 2017 : « L'expulsion d'un étranger intégré suite à une condamnation pénale: jusqu'où une différence de traitement est-elle raisonnable pour maintenir l'ordre public ? » 3

La Cour européenne des droits de l'homme juge que l'expulsion d'un étranger ayant vécu en Suisse les deux tiers de sa vie n'est pas disproportionnée au regard de son droit au respect de la vie familiale en raison de la gravité de l'infraction commise, des liens que lui et sa femme entretiennent avec leur pays d'origine, et de l'âge de leurs enfants. L'article 8 de la Convention ne s'oppose donc pas, dans ce cas-ci, au pouvoir de l'Etat de contrôler le séjour, aussi long soit-il, d'un étranger sur son territoire et d'y mettre fin en vue de garantir l'ordre public.

Article 8 C.E.D.H. – étranger « quasi-national » – condamnation pénale – expulsion – vie familiale en Suisse – non-violation.

2. ECtHR, 15 December 2016, *Khlaifia and others v Italy (GC)*, app. n°16483/12: ‘Refining the prohibition of collective expulsion in situation of mass arrivals: a balance well struck?’11

The December 2016 Grand Chamber judgment partly reverses, and partly upholds the findings of the earlier September 2015 Second Section judgment. It toes the line in what concerns guarantees against arbitrary deprivation of liberty. However, its position differs in relation to violations of Article 3 and of Article 4, Protocol 4 ECHR. While not undermining the absolute nature of the prohibition of inhuman or degrading treatment, the Grand Chamber nuances its position on the threshold of minimum severity required to find a violation of that principle in situations of deprivation of liberty. It also refines the guarantees around the prohibition of collective expulsion in a manner which affords greater leeway to national authorities dealing with the situation of mass arrivals

ECHR arts. 3, 5, 13 and art. 4 of prot. 4 – Directive 2008/115/EC – migration management measures in the context of mass arrivals – guarantees around collective expulsion – prohibition of inhuman and degrading treatment for migrants deprived of their liberty.

3. C.C.E., arrêt n°178.786 du 30 novembre 2016. Objection de conscience et documentation du CGRA18

La documentation du CGRA doit être produite dans une langue susceptible d’être comprise par le Conseil du contentieux des étrangers et par le requérant. Elle doit en outre respecter les conditions de l’article 26 de l’arrêté royal régissant la procédure du CGRA dès lors qu’il s’agit de procéder à des vérifications factuelles. Une recherche d’information quant à la situation des déserteurs, ce qu’allègue être le requérant, répond à cette définition.

Le refus de faire le service militaire et les sanctions qu’il entraîne peuvent donner lieu à une protection internationale dans trois cas de figure. L’objection est fondée sur des raisons de conscience ; elle est motivée par la contrariété du conflit aux règles élémentaires de la conduite humaine ou, enfin, est liée aux conditions du service militaire. Dans ce dernier cas, si aucune des causes visées à l’article 1^{er} de la Convention de Genève n’est présente, la protection subsidiaire peut être sollicitée.

Loi du 15 décembre 1980, articles 48/3 et 48/4 – Ukraine – objection de conscience, documentation du CGRA – vérifications factuelles – langue.

1. COUR EUR. D. H., ARRÊT SALIJA C. SUISSE, 10 JANVIER 2017

L'expulsion d'un étranger intégré suite à une condamnation pénale: jusqu'où une différence de traitement est-elle raisonnable pour maintenir l'ordre public ?

A. Les faits de la cause

Etant donné l'approche casuistique qu'adopte souvent la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), notamment eu égard à l'interprétation de l'article 8 de la Convention, les circonstances de l'affaire en cause sont d'autant plus importantes pour comprendre le jugement.

Le requérant est né en 1980 dans l'ex-République yougoslave de Macédoine (ci-après « Macédoine »). Bénéficiant d'un droit au regroupement familial, il arrive en Suisse en 1989 où il obtient un permis de résidence permanente. Dix années plus tard, le requérant épouse une ressortissante macédonienne arrivée en Suisse en 1990 et bénéficiant également d'un permis de résidence permanente. Deux enfants naissent de cette union, respectivement en 2001 et en 2005, ayant également la nationalité macédonienne.

Condamné avec sursis pour des faits d'escroquerie en 2003, le requérant est à nouveau condamné l'année suivante pour homicide avec intention indirecte de donner la mort (« homicide with indirect *intent* » en anglais, « *eventualvorsatz* » en allemand) et pour violations sérieuses du code de la route. Durant une course sur la voie publique, le passager du requérant a trouvé la mort après que ce dernier ait perdu le contrôle de son véhicule. La Cour suprême du Canton de Zurich, estimant que l'intéressé a agi avec un degré élevé d'imprudence (« *recklessness* »), celui-ci a été condamné à cinq ans et trois mois d'emprisonnement.

Le jugement étant devenu définitif suite à plusieurs recours infructueux, le requérant commence à purger sa peine une quinzaine de mois plus tard. Il est finalement libéré sur parole en octobre 2009, après avoir servi les deux tiers de sa peine. Quelques mois auparavant, l'administration cantonale en charge de l'immigration a révoqué le titre de séjour de l'intéressé estimant que l'intérêt public justifiait son éloignement et devait primer sur le droit de celui-ci au respect de sa vie familiale. Les juridictions suisses ont estimé que la décision de l'administration cantonale n'était pas disproportionnée eu égard, notamment, aux faits que l'intéressé a commis une infraction sérieuse, qu'il n'était pas bien intégré en Suisse, qu'il parlait albanais, qu'il était familier avec la culture de son pays d'origine puisqu'il y est né, y a vécu et y est retourné depuis. Par ailleurs, les juridictions nationales ont également tenu compte du fait que l'épouse du requérant est également originaire de Macédoine, qu'elle parle la langue du pays et qu'elle n'est pas non plus bien intégrée en Suisse où elle a bénéficié significativement de la sécurité sociale. Quant aux enfants, étant âgés de cinq et neuf ans, ils sont à un âge où ils peuvent s'adapter facilement et on peut dès lors raisonnablement s'attendre à ce qu'ils déménagent avec leur père en Macédoine.

En fin de compte, le requérant quitte la Suisse avant d'être rejoint un an plus tard par sa famille. Entre-temps, le requérant a fait l'objet d'une interdiction d'entrée de neuf ans, plus tard réduite à sept ans. En août 2015, l'épouse et les enfants du requérant retournent à Zurich afin d'éviter l'expiration de leur permis de résidence permanente.

L'intéressé a ainsi saisi la juridiction strasbourgeoise en estimant que la révocation de son titre de résidence permanente constitue une violation de son droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention.

B. La décision de la Cour

Pour commencer, il est incontestable que le requérant avait une vie familiale en Suisse et que son expulsion du territoire helvète constitue une ingérence dans son droit au respect de la vie familiale. Il n'est pas non plus contesté que la mesure litigieuse repose sur une base légale et que l'ingérence poursuit un objectif légitime, à savoir l'intérêt de la sécurité publique. La question est donc, en définitive, de savoir si la mesure en cause est nécessaire dans une société démocratique. Question à laquelle la Cour répond par l'affirmative.

La question de la conformité de l'expulsion d'un étranger bénéficiant d'un titre de séjour permanent suite à une condamnation pénale avec le droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas nouvelle. L'article 8 de la Convention a été invoqué à plusieurs reprises par des étrangers menacés d'être expulsés en raison de leur dangerosité pour la sécurité nationale et l'ordre public, alors même qu'ils avaient passé de nombreuses années sur le territoire d'un Etat partie à la Convention. Après avoir longtemps considéré que de telles affaires étaient inadmissibles, la Cour a finalement reconnu qu'un tel éloignement pouvait entrer en conflit avec le droit au respect de la vie privée et familiale dans l'affaire *Moustaquim c. Belgique*. Depuis, la question a continué à être soulevée devant la Cour, non sans difficulté et division interne.

Au fil des arrêts, la jurisprudence de la Cour s'est affinée, non pas en terme de principe mais plutôt quant aux éléments factuels à prendre en compte. Inlassablement, la Cour commence son raisonnement en ces mots : « d'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux sur leur territoire ». La Cour reconnaît également le droit des Etats d'expulser un ressortissant étranger condamné pour des faits délictueux, sous respect des exigences tirées de la Convention¹. A défaut d'adopter une position de principe s'opposant à l'expulsion d'étrangers « intégrés », ayant vécu une partie significative voire l'ensemble de leur vie dans un Etat partie, la Cour a développé une approche casuistique basée sur les éléments de fait. Cette approche ayant été qualifiée de « loterie » par l'un de ses propres membres, la Cour s'est attelée à préciser les critères à prendre en considération de manière à garantir une plus grande prévisibilité². Cet effort de systématisation se retrouve dans l'affaire *Boultif* dont les critères ont, par la suite, été repris et augmentés par la Grande Chambre dans les affaires *Uner c. Pays-Bas* et *Maslov c. Autriche* (concernant un mineur étranger). Ces critères sont les suivants :

- la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant;
- la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé;
- le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période;
- la nationalité des diverses personnes concernées;

¹ Cour eur. D. H., arrêt *Salija c. Suisse*, 10 janvier 2017, §41.

² Voy. Opinion dissidente du Juge Martens dans l'arrêt *Boughanemi c. France*, 24 avril 1996, §4.

- la situation familiale du requérant, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple;
- la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale;
- la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge;
- la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé.
- l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé; et
- la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination³.

Tout en reconnaissant la marge d'appréciation des autorités suisses, la Cour a examiné l'application de ces critères au cas d'espèce. Pour commencer, la Cour considère que l'infraction commise par le requérant est importante ainsi qu'en atteste sa lourde peine de prison. L'intéressé est arrivé en Suisse à l'âge de neuf ans et y a vécu plus de vingt ans, soit la majorité de sa vie. La Cour note ensuite que l'intéressé a fait preuve d'une plus grande maturité et n'a pas commis d'autre infraction grave depuis sa condamnation en 2004. Quant au laps de temps entre la commission de l'infraction et la décision définitive d'éloignement, bien que celui-ci soit considérable, il n'est pas imputable aux autorités suisses. Il n'est, ensuite, pas contesté que la vie familiale soit effective et le mariage a eu lieu avant la commission des infractions. La Cour note, en outre, que l'épouse de l'intéressé possède également la nationalité macédonienne, qu'elle connaît la langue et la culture du pays, et qu'elle y a vécu, certes il y a plus de vingt ans. La Cour semble ainsi d'accord avec les juridictions nationales pour estimer qu'un retour en Macédoine est possible. La Cour semble également accorder du poids au fait que l'épouse du requérant soit effectivement partie rejoindre son mari en Macédoine, alors qu'elle aurait pu rester en Suisse. Quant aux enfants, leur jeune âge doit être considéré comme étant un gage d'adaptation. La Cour considère que les éventuelles difficultés d'intégration seront atténuées par la présence de leurs parents et celle de membres de la famille de leur mère. De plus, les enfants n'étaient pas plus obligés que leur mère de quitter la Suisse puisqu'ils y bénéficient d'un titre de séjour permanent. Quant au dernier critère, la Cour note que le requérant a vécu en Suisse pendant plus de vingt ans, que ses parents proches y résident également, qu'il parle allemand et qu'il est intégré sur le marché de l'emploi. Sur ce point, la Cour semble ainsi se distancier de l'appréciation des juridictions nationales. Enfin, il faut considérer que l'intéressé conserve des attaches sociales et culturelles considérables avec son pays d'origine puisqu'il y a vécu et y est retourné depuis.

En définitive, la juridiction strasbourgeoise juge, à l'unanimité, que les autorités nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation ni n'ont accordé plus de poids à l'intérêt public par rapport à ceux de requérant lorsqu'il a été décidé de lui retirer son permis de résidence permanente. En plus de l'appréciation des critères susmentionnés, la Cour a également pris en considération le fait que l'épouse et les enfants du requérant aient effectivement quitté la Suisse

³ Cour eur. D. H., arrêt *Uner c. Pays-Bas* (Grande Chambre), 18 octobre 2006, §§57-58.

pour la Macédoine de la fin 2011 jusqu'en août 2015. Par conséquent, l'expulsion du requérant ne l'a pas empêché, selon la Cour, de vivre avec son épouse et ses enfants, mais a eu pour effet de déplacer le pays de résidence de la famille vers l'ex-République yougoslave de Macédoine pour presque quatre ans (§53). La séparation effective ne durera donc au total qu'un peu plus de trois ans, l'interdiction d'entrée du père étant de sept ans, durée durant laquelle ce dernier peut demander une suspension temporaire de son interdiction d'entrée afin de visiter sa famille en Suisse.

C. Éclairage

La question de l'expulsion d'un étranger pour avoir commis une infraction n'est pas nouvelle. La juridiction strasbourgeoise a été amenée à se prononcer à plusieurs reprises à cet égard. Incapable d'adopter une position de principe entre deux camps qui s'opposent, l'un défendant les prérogatives des Etats vis-à-vis des étrangers et l'autre remettant en cause la distinction entre nationaux et étrangers « intégrés » ayant leur résidence dans l'Etat en cause, la Cour a développé un approche casuistique⁴. Sur base des critères énoncés dans sa jurisprudence antérieure, l'arrêt estime que la décision des autorités helvètes n'est pas disproportionnée. L'application en l'espèce desdits critères laisse toutefois perplexe (I). Plus largement, la distinction entre étranger établis et nationaux est questionnable (II). Enfin, nous dirons quelques mots sur le droit belge (III).

I. La « loterie » continue ?

A plusieurs égards, la décision commentée pose question. Sans nécessairement remettre en cause les critères développés par la Cour dans sa jurisprudence, c'est leur appréciation en l'espèce qui laisse dubitatif. En effet, le requérant vit, au moment de l'expulsion, en Suisse depuis l'âge de neuf ans, soit plus de vingt ans, et c'est donc en Suisse que se trouve le centre de sa vie, comme le reconnaît la Cour. Bien que l'intéressé ait conservé la nationalité de son pays d'origine, aucun membre de sa famille n'y vit et il n'y est pas retourné depuis cinq ans. La Cour estime toutefois, sans s'expliquer, que l'intéressé a des liens sociaux et culturels considérables avec ce pays (§52).

En outre, contrairement à l'arrêt *Udeh c. Suisse*, la Cour n'attache pas une grande importance au comportement du requérant depuis sa condamnation⁵. Si ce n'est avoir reçu une amende pour achat et consommation de marijuana, le requérant n'a plus eu de soucis avec la justice depuis 2004. Il a d'ailleurs été remis en liberté avant d'avoir purgé l'ensemble de sa peine.

Par ailleurs, en l'espèce la Cour considère que l'interdiction d'entrée du requérant peut faire l'objet d'une demande de suspension temporaire de façon à lui permettre de visiter sa famille en Suisse. Le contraste avec la position de la Cour dans l'affaire *Udeh* est pour le moins clair : « la Cour estime que, même dans l'hypothèse où les autorités compétentes accueilleraient favorablement une telle demande, ces mesures temporaires ne sauraient en aucun cas être considérées comme pouvant remplacer le droit des requérants de jouir de leur droit de vivre ensemble, qui constitue l'un des aspects fondamentaux du droit au respect la vie familiale »⁶.

⁴ M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants*, OUP, 2015, p. 178.

⁵ Comp. Cour eur. D.H., arrêt *Udeh c. Suisse*, 16 avril 2013, §49.

⁶ *Ibid.*, §53.

Autre point d'interrogation à la lecture de l'arrêt: la Cour passe complètement sous silence l'intérêt supérieur des enfants. Il s'agit néanmoins d'une question centrale puisque la décision d'expulsion du père concerne également ses enfants⁷. Non seulement, la Cour n'énonce pas, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Udeh*⁸, qu'il est dans l'intérêt supérieur des enfants qu'ils grandissent auprès des deux parents. La Cour semble considérer que l'on peut s'attendre à ce que les enfants suivent leur père en Macédoine alors même qu'ils n'y ont jamais vécu. Reconnaisant que les conditions de vie sont moins favorables en Macédoine, la Cour ajoute étrangement que le pays est Membre du Conseil de l'Europe. La Cour estime, par ailleurs, que les enfants pourront compter sur la présence de membres de leur famille maternelle pour s'adapter en Macédoine. En outre, rien ne les oblige à quitter la Suisse puisqu'ils ont un permis de résidence permanente. L'intérêt supérieur des enfants n'est donc pas sérieusement pris en compte par la Cour et, sans doute, le fait que les enfants aient également la nationalité macédonienne est un facteur important, contrairement aux deux filles de M. Udeh qui ont la nationalité suisse.

Il faut également souligner la prise en compte par la Cour du fait que l'épouse et les enfants du requérant l'aient effectivement suivi en Macédoine de 2011 à 2015. Cet élément se retrouve même à deux reprises dans le raisonnement de la Cour (§49 et §53). Il ne s'agit toutefois nullement d'un des critères dégagés par les arrêts *Boultif* et *Uner*, et, en prenant cet élément en compte, la Cour semble valider *a posteriori* le caractère raisonnable de la mesure d'expulsion. Or, la question n'est pas de savoir si, en définitive, la mesure d'expulsion était raisonnable mais bien si, au moment de l'expulsion, celle-ci était justifiée au regard de l'article 8 de la Convention.

En outre, au paragraphe final dans lequel la Cour résume l'affaire, il est tenu compte de la gravité de l'infraction, les liens du requérant et de son épouse avec le pays d'origine, le jeune âge des enfants ainsi que le droit des Etats de contrôler le séjour des étrangers sur leur territoire. Rien n'est par contre dit sur les intérêts du requérant ni sur ceux de sa famille, ayant tous vécus en Suisse durant la majorité, voire l'ensemble de leur vie. Or, ces éléments militent contre la mesure d'expulsion. La Cour, concluant que les autorités suisses avaient pris en compte ces différents facteurs, accepte la mise en balance effectuée entre les intérêts publics et les intérêts privés. Faute d'explication, il est difficilement compréhensible pourquoi la balance penche du côté des premiers plutôt que des seconds. *A contrario*, la cour aurait pu mettre en avant le comportement du requérant depuis sa condamnation, sa participation active sur le marché de l'emploi, l'intérêt supérieur des enfants, ou encore le manque de liens du requérant avec le pays d'origine alors qu'il a vécu les deux tiers de sa vie en Suisse.

En définitive, l'expulsion du requérant apparaît disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, d'autant plus que celui-ci ne représente pas réellement un danger pour l'ordre ou la sécurité public (sa condamnation pour homicide, certes une infraction importante, découlait d'un accident de la route, et son comportement s'est amélioré depuis). Plus fondamentalement, l'application des critères développés par la Cour ne semble pas remédier au problème de « loterie » auquel ces critères étaient supposés répondre. Dès lors que l'approche casuistique continue à aller de pair

⁷ Article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York en 1989; Cour eur. D.H., arrêt *Nunez c. Norvège*, 28 juin 2011, §78.

⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Udeh c. Suisse*, 16 avril 2013, §52.

avec une certaine imprévisibilité, source d'insécurité juridique voire d'inégalité comme en atteste l'issue différente dans l'arrêt commentée et l'affaire *Udeh*⁹, l'approche même de la Cour doit être questionnée.

II. Une approche contestable ?

On l'a dit, face au manque de cohérence de sa jurisprudence, la Cour a développé une série de critères à prendre en compte lorsque se pose la question de la conformité de l'expulsion d'un étranger ayant commis une infraction avec son droit au respect de la vie privée et familiale. L'issue d'une affaire dépend ainsi d'une mise en balance des intérêts en présence sur base des éléments de faits. Alors qu'une telle approche n'est pas en soi contestable, la Cour n'explique pas comment doit s'effectuer la mise en balance en pratique. Ainsi, si les critères à prendre en compte sont désormais établis par la jurisprudence, la mise en œuvre et le poids à accorder à chacun de ceux-ci varie au fil des arrêts¹⁰. Par conséquent, ces critères n'ont pas réellement remédié au problème de « loterie » diagnostiqué par le Juge Martens en 1996. Faute d'une position de principe, on ne peut s'empêcher de penser que l'appréciation concrète des différents critères demeure teintée d'arbitraire. Si certaines voix au sein même de la Cour s'élèvent depuis de nombreuses années pour défendre l'idée selon laquelle les étrangers établis, ayant vécu la majorité voire l'ensemble de leur vie dans un Etat, doivent bénéficier d'un statut juridique aussi proche que possible de celui des nationaux, leur expulsion devant alors être exceptionnelle, ces voix demeurent pour l'instant en minorité¹¹.

A l'inverse, la logique actuelle est plutôt celle de la consécration de la souveraineté nationale que le droit au respect de la vie familiale vient tempérer dans des situations appréciées au cas par cas. Un renversement de cette logique, l'expulsion d'un étranger intégré devant en règle générale constituer une violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale mais pourrait toutefois être justifiée dans des circonstances exceptionnelles, ne semble pas à l'ordre du jour, d'autant moins que l'arrêt commenté a été rendu à l'unanimité.

Par conséquent, le critère de la nationalité continue à être un critère objectif sur lequel peut reposer une différence de traitement, alors que la même juridiction, en matière de sécurité sociale, estime que « seule des considérations très fortes peuvent expliquer une différence de traitement fondée sur la nationalité »¹². Or, comme le note S. Saroléa, cette sévérité est abandonnée dans le domaine des migrations¹³. S'il est vrai que le droit des étrangers est toutefois, par nature, un droit d'inégalités dès lors que les étrangers (les non-nationaux) sont soumis à un régime juridique distinct, les inégalités fondées sur la nationalité devraient devoir s'effacer avec le temps dès lors

⁹ Cette affaire concernait un ressortissant nigérian arrivé en Suisse sous une fausse identité à l'âge de 29 ans. Il épouse une ressortissante suisse avec qui il a deux enfants, toutes deux ressortissantes suisses également. Moins de trois ans plus tard, il est condamné pour trafic de stupéfiants à trois ans et six mois d'emprisonnement. Prenant en compte l'intérêt des enfants et le comportement du requérant, la Cour considère que le respect de son droit à la vie familiale s'oppose à son expulsion.

¹⁰ Voy. Cour eur. D. H., arrêt *Maslov c. Autriche* (Grande Chambre), 23 juin 2008, §70.

¹¹ Opinion dissidente des Juges Costa, Zupancic et Türmen dans l'arrêt *Uner c. Pays-Bas* (Grande Chambre), 18 octobre 2006, §5; Opinion dissidente du Juge Martens dans l'arrêt *Boughanemi c. France*, 24 avril 1996, §7.

¹² Cour eur. D. H., arrêt *Gaygusuz c. Autriche*, 16 octobre 1996; Cour eur. D. H., arrêt *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003.

¹³ S. Saroléa, *Droits de l'homme et migrations*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 569.

que le lien de nationalité perd de son effectivité. Comme en l'espèce, le fait pour un étranger d'être résident en séjour légal dans un Etat depuis vingt ans devrait alors peser lourd dans la balance. Son expulsion, justifiée sur base de la nationalité, serait alors source d'un traitement différencié qui n'est pas raisonnablement justifié au regard du fait que le centre de sa vie se trouve dans cet Etat, et dès lors discriminatoire¹⁴.

III. Vers un renforcement de la législation belge ?

Quelques mots, pour conclure, sur le droit belge et sa possible évolution. Suite à sa condamnation par la juridiction strasbourgeoise dans les années 90, la Belgique a adopté une législation plus protectrice à l'égard des étrangers « intégrés » ou « quasi-nationaux ». En vertu de l'article 20, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, un étranger qui est établi ou a acquis le statut de résident de longue durée en Belgique ne peut être expulsé que lorsqu'il a gravement porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale. L'article 21, de la même loi précise dans quelles situations une expulsion est autorisée et à quelles conditions. Il est ainsi prévu qu'un étranger né en Belgique ou arrivé avant l'âge de douze ans et qui y a principalement et régulièrement séjourné depuis ne peut en aucun cas être expulsé du territoire. Ainsi, dans une situation similaire à celle de l'affaire commentée mais en Belgique, l'étranger n'aurait pu être expulsé.

La question de l'expulsion des étrangers ayant commis une infraction n'en demeure pas moins importante dans le climat actuel. Non seulement Theo Francken se félicite du nombre de personnes renvoyées dans leur pays d'origine¹⁵, mais le Gouvernement fédéral a déposé, le 12 décembre dernier, un projet de loi visant à modifier les dispositions relatives à l'expulsion des étrangers de manière « à renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale »¹⁶. Sont ainsi visés les articles 20 et suivants de la loi du 15 décembre 1980. Au nom de la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, la liste des étrangers protégés, parce que résidant en Belgique depuis longtemps, est fortement revue. Ainsi, un étranger né en Belgique ou qui y est arrivé avant ses douze ans n'échapperait plus à la possibilité d'un éloignement du territoire. Toute personne pourrait donc faire l'objet d'une mesure d'éloignement pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale (ces termes ne sont pas davantage précisés). Visant à se conformer à l'article 12 de la [Directive 2003/109/CE](#) relative aux résidents de longue durée, qui devraient, selon le considérant 16 de la directive, bénéficier d'une protection renforcée (mais non maximale) contre l'expulsion, le projet de loi précise toutefois ceci :

« Il est tenu compte lors de la prise de décision de la gravité ou de la nature de l'infraction à l'ordre public ou à la sécurité nationale qu'il a commise, ou du danger qu'il représente ainsi que de la durée de son séjour dans le Royaume. Il est tenu compte aussi de l'existence de

¹⁴ En l'espèce, le recours portait sur la compatibilité de l'expulsion avec l'article 8 de la Convention seulement, l'article 14 n'ayant pas été invoqué. D'affaire *Moustaquim*, la Cour avait à l'époque considéré que les étrangers et les nationaux ne se trouvaient pas dans une situation comparable puisque les seconds bénéficient du droit de résider sur le territoire de leur propre pays et ne peuvent en être expulsés (§49).

¹⁵ <http://www.lalibre.be/actu/politique-belge/theo-francken-se-felicite-du-nombre-de-personnes-renvoyees-dans-leurs-pays-d-origine-5884cd26cd70ff671dcaac3e>

¹⁶ Projet de loi 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, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2016-2017, n° 2215/001.

liens avec son pays de résidence ou de l'absence de lien avec son pays d'origine, de son âge et des conséquences pour lui et les membres de sa famille » (article 14 du projet de loi).

Alors que ladite directive entend se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'où sont inspirés ces critères (voir considérant 16), la référence à la jurisprudence strasbourgeoise n'apparaît toutefois pas exhaustive.

Dans ce contexte, le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme est d'autant plus important afin de garantir l'effectivité du droit au respect de la vie familiale des étrangers établis à l'égard desquels la différence de traitement fondée sur la nationalité n'apparaît plus raisonnablement justifiée. Or, à travers une approche trop casuistique, la Cour évite pour l'instant d'adopter une telle position de principe.

J.-B.F.

D. Pour en savoir plus

Pour consulter l'arrêt

Cour eur. D. H., arrêt *Salija c. Suisse*, 10 janvier 2017

Travaux parlementaires

Projet de loi 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, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2016-2017, n° 2215/001.

Doctrine

M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants*, OUP, 2015, chap. 6.

Jurisprudence

- Cour eur. D.H., arrêt *Udeh c. Suisse*, 16 avril 2013.
- Cour eur. D.H., arrêt *Nunez c. Norvège*, 28 juin 2011.
- Cour eur. D. H., arrêt *Maslov c. Autriche* (Grande Chambre), 23 juin 2008.
- Cour eur. D.H., arrêt *üner c. Pays-Bas* (Grande Chambre), 18 octobre 2006.
- Cour eur. D. H., arrêt *Boultif c. Suisse*, 2 août 2001.
- Cour eur. D. H., arrêt *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991.

Pour citer cette note : J.-B. FARCY, « L'expulsion d'un étranger intégré suite à une condamnation pénale: jusqu'où une différence de traitement est-elle raisonnable pour maintenir l'ordre public ? », *Newsletter EDEM*, janvier 2017.

2. ECTHR, 15 DECEMBER 2016, *KHLAIFIA AND OTHERS V ITALY (GC)*, APP. N°16483/12

Refining the prohibition of collective expulsion in situation of mass arrivals: a balance well struck?

A. The Grand Chamber judgment

The facts of the case relate to the increased arrivals to the coasts of Italy of third country national migrants and asylum seekers, resulting from the Arab Spring in 2011. The applicants, three Tunisian nationals, were intercepted at sea (on 16 and 17 September respectively) by the Italian coastguard. They were first transferred to an Early Reception and Aid Centre (CSPA) in Lampedusa. Italian authorities proceeded with their identification and allegedly filled in individual 'information sheets' for each applicant—a fact disputed by them. On 20 September, a violent revolt broke out, leading to a fire that destroyed parts of the centre. The respondent government argues that the 'information sheets' relating to their identification were burnt on that occasion. After spending one night on the streets, the applicants were apprehended and flown to Palermo. The authorities placed them in boats moored in the harbour where they remained until the 27 September (the second and third applicants) and the 29 September (the first applicant). They were then led to Palermo airport where, before being flown back to Tunisia, they had an opportunity to meet with the Tunisian Consul. The applicants dispute ever having received any form of documentation. However, the respondent government produced three virtually identical refusal-of-entry orders, drafted in Italian and translated in Arabic. These orders were accompanied by a record of notification that the applicants had not signed. Once back in Tunis the applicants were released.

Findings on Article 5 of the Convention

The Grand Chamber found Article 5 to be applicable. The conditions to which the applicants were subjected in the CSPA centre and later the boats, which included inability to communicate with the outside world and prolonged confinement, were considered to reach the threshold of deprivation of liberty.¹ The Grand Chamber made this finding regardless of the classification of the measures under national law. Next, the Grand Chamber found that the deprivation of liberty fell under Article 5(1)(f) of the Convention and notably that it sought to prevent them from effecting an unauthorised entry. However, it noted that there was no basis for this deprivation under national law. The legal conditions for placing the applicants in a pre-removal centre were not fulfilled, and national law did not provide for deprivation of liberty in cases of temporary stay in Italy on public assistance grounds, although it allowed for them to be subject to a refusal of entry and to removal procedures.² The text of the bilateral agreement with Tunisia was not made public, and therefore it remained inaccessible to the applicants. Therefore, it could also not have constituted an adequate legal basis.³ Furthermore, the Grand Chamber held that the applicants were unable to enjoy the fundamental safeguards of *habeas corpus*, i.e. to challenge their deprivation of liberty. As a result, it found detention to be arbitrary and not responding to the requirements of the Convention under Article 5(1) ECHR. Apart from the finding of arbitrariness, the Grand Chamber held that the

¹ ECTHR, 15 December 2016, *Khlaifia and others v Italy (GC)*, app. n°16483/12, §§ 65-73.

² ECTHR, *Khlaifia and others v Italy (GC)*, op. cit., §§97-101.

³ *Ibid.*, §§ 101-102.

applicants had only been informed as to the reasons of their deprivation of liberty very belatedly, thus violating also Article 5(2) ECHR. Consequently, it found that this sufficed to conclude that the Italian legal system did not provide them with a remedy whereby they could challenge the lawfulness of their detention thus violating also Article 5(4) ECHR.

Findings on Article 3 of the Convention

The Grand Chamber examined separately the conditions in the CSPA centre and on the ships in order to ascertain whether they reach the threshold of inhuman or degrading treatment. It found that, due to the sudden increase of arrivals, it was not unreasonable to transfer at an initial stage the applicants to the CSPA centre in Lampedusa.⁴ The conditions in the CSPA centre did not reach that threshold according to the Grand Chamber. It placed weight, on the one hand, to the fact that, while the applicants were deprived of their liberty, they could move freely within the premises of the facility. This was considered by the Court to alleviate in part the constraints caused by overcrowding.⁵ On the other hand, it considered that the applicants, who were not asylum seekers, did not share the specific vulnerability inherent in that status.⁶ Moreover, they did not belong to another vulnerable category, or complain of any lack of medical care in the centre.⁷ Next, the Grand Chamber held that it could not be established either that conditions on the boats reached the requisite level of severity. There were no objective reports to corroborate their allegations, and the government adduced a judicial decision by the Palermo preliminary investigation judge contradicting their account.⁸

Findings on Article 4, Protocol 4 of the Convention

The Grand Chamber referred to its well-established case-law according to which: '[t]he purpose of Article 4 of Protocol No. 4 is to prevent States from being able to remove a certain number of aliens without examining their personal circumstances and therefore without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority'.⁹ It also went on to note that: '[...] the fact that a number of aliens are subject to similar decisions does not in itself lead to the conclusion that there is a collective expulsion if each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis'.¹⁰

In the case at hand, the Grand Chamber found that the applicants underwent identification on two occasions: immediately after their arrival at CSPA and before they boarded the planes for Tunis. The quality of this initial identification, i.e. whether it constituted a genuine individual interview, is disputed between the parties. The Court regarded it plausible that the 'information sheets' were

⁴ Ibid., §§ 180-182.

⁵ Ibid., § 193.

⁶ See ECtHR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 21 January 2011, app. n°30696/09 on vulnerability, as well as analysis on the pronouncement of the Grand Chamber on this point at D. Venturi, "The Grand Chamber's Ruling in *Khlaifia and others v. Italy: One Step Forward, One Step Back?*", in *Strasbourg Observers*, 10 January 2017.

⁷ ECtHR, *Khlaifia and others v Italy (GC)*, op. cit., §194.

⁸ Ibid., §§ 202-208.

⁹ See ECtHR, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 February 2012, app. n° 27765/09, §238.

¹⁰ See for example, ECtHR, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, op.cit., § 239 and ECtHR, *M.A. v. Cyprus*, app. n° 41872/10.

destroyed during the fire at the initial centre, and noted the presence of several social workers, cultural mediators and interpreters at the facility in question. Importantly, the Grand Chamber held that Article 4 of Protocol 4 does not guarantee the right to an individual interview in all circumstances; the requirements of this provision could also be satisfied where the persons had a genuine and effective possibility of submitting arguments against their expulsion.¹¹ The Grand Chamber opined that the applicants had this opportunity on several occasions: in the initial centre; on board the ships; and before the Tunisian Consul who met with them shortly before they boarded their plane to Tunis. Finally, the Grand Chamber found that: 'the relatively simple and standardised nature of the refusal-of-entry orders could be explained by the fact that the applicants did not have any valid travel documents and had not alleged either that they feared ill-treatment in the event of their return, or that there were any other legal impediments to their expulsion'.¹²

Findings on Article 13, in relation to Articles 3 and of Article 4, Protocol 4 of the Convention

Given that no remedies existed for the applicants to complain about the conditions in which they were held in the CSPA or on board the ships the Grand Chamber found a violation of Article 13 taken together with Article 3 of the Convention.¹³ Regarding a remedy to challenge the collective nature of their expulsion, the Grand Chamber found that there was one available at national level, although it was not suspensive. It went on to examine whether the lack of suspensive effect, in itself, constituted a violation of Article 13 taken together with Article 4, Protocol 4 of the Convention. It found that not to be the case. In particular, it concluded that where an applicant does not allege that she faces violations of Article 2 (right to life), or 3 (prohibition of torture or inhuman or degrading treatment) upon their return, the Convention does not impose an absolute obligation on a State to guarantee an automatically suspensive remedy, but merely requires that they have an effective possibility of challenging the expulsion decision.¹⁴

B. Analysis

The facts relating to the European Court of Human Rights (ECtHR) Grand Chamber's judgment are as relevant today as they were in 2011. Member States continue to face increased arrivals of persons who have international protection needs, alongside those who do not present such needs. The European Union has rolled out the 'hotspot approach' which concerns inter-agency collaboration in border areas, where deployed national experts under the coordination of a specific agency operationally assist national administrations.¹⁵ Among their tasks are: registration, identification, and information-provision to those arriving, tasks which are intrinsically linked with the legal issues at play in this judgment.

¹¹ ECtHR, *Khlaifia and others v Italy (GC)*, op. cit., § 248.

¹² Ibid., § 251.

¹³ Ibid., § 270.

¹⁴ Ibid., § 279.

¹⁵ E. Tsourdi, 'Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation Towards Joint Implementation Through the European Asylum Support Office' (2016) 1(3) [European Papers](#) 997, 1015. See also Communication COM(2015) 490 final of 23 September 2015 of the Commission, Annex II to the Communication on Managing the Refugees Crisis: Immediate Operational, Budgetary and Legal Measures under the European Agenda on Migration.

Deprivation of liberty in the context of mass arrivals: safeguarding from arbitrariness while nuancing the threshold for a finding of inhuman or degrading treatment

In what concerns deprivation of liberty, the Grand Chamber reaffirmed that despite the particularities of the context, there can be no dilution of the fundamental safeguards around the prohibition of arbitrariness. Moving beyond the characterisation of the measures under national law, or the national understanding as to the nature of the centres they were held, it examined the actual material conditions the applicants were subject to finding them to amount to deprivation of liberty. It scrutinised the national law for a legal basis on which this deprivation of liberty could be founded, and when it found that missing, it affirmed that undisclosed bilateral agreements between governments cannot be a substitute. This is particularly important in a context where the treatment of applications at the border is increasingly linked with generalised regimes of deprivation of liberty in view of achieving impending return. At the EU level, the recast asylum instruments also oppose mandatory detention.¹⁶ On this occasion, while the context of mass arrivals is acknowledged, the Grand Chamber explicitly states that it does not justify placement in a centre without a legal basis in national law and without legal supervision.¹⁷

Where this context seems to influence heavily the pronouncements of the Grand Chamber is the issue of the minimum threshold of severity required to trigger the application of Article 3 ECHR. The Grand Chamber justifies the choice of the Italian authorities to direct the applicants to the centre in Lampedusa, a tiny island, due to the situation of emergency. One may help but wonder though whether emergency justifies directing large numbers of arriving migrants at a centre with limited capacity, where rapid overcrowding was all but predictable. The consequent finding that free circulation within a closed centre effectively alleviates overcrowding is somewhat surprising, given the physical and psychological strain this situation can induce on an individual. However, one additional factor was the short timeframe during which the applicants were held in these conditions (namely a few days). Finally, the Grand Chamber clearly distinguishes between the situation of those who have claimed asylum from other migrants, the applicants belonging to the latter category. This means that the findings would, in all probability, have been different were asylum seekers concerned instead, whose particular vulnerability the Grand Chamber repeatedly acknowledged. Finally, additional factors of vulnerability were not found present in what concerns the applicants. As Denise Venturi poignantly observes: ‘the Grand Chamber’s reasoning seems to give a hint on what vulnerability is not: being a healthy, young man, albeit with irregular status’.¹⁸

Prohibition of collective expulsion in the context of mass arrivals: a refinement of guarantees which affords greater leeway to States

Where the judgment of the Grand Chamber markedly differs from that of the Second Section are the findings around the guarantees surrounding the prohibition of collective expulsion. The Grand Chamber found that this prohibition does not necessarily entail the right to an individual interview

¹⁶ See Directive 2013/32/EU on Common Procedures for Granting and Withdrawing International Protection (Recast), OJ L 180/60; Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), OJ L180/96.

¹⁷ ECtHR, *Khlaifia and others v Italy (GC)*, op. cit., § 106.

¹⁸ D. Venturi, “The Grand Chamber’s Ruling in *Khlaifia and others v. Italy*: One Step Forward, One Step Back?”, op.cit.

in all circumstances, as long as the applicant has been given a genuine and effective possibility of submitting arguments. The problem with this finding is that in practice, where an individual interview is not structurally embedded in the process, it will be extremely difficult to verify whether this 'genuine and effective possibility' has been realised or not. The right to an individual interview would have avoided situations of contradicting allegations between applicants and national authorities, the veracity of which has little chance of ever been proved. In addition, the Court has given quite some weight to the existence of the 'information notes' or 'foglio notizie' as they are known in Italian practice. This concept and the practice around it that still takes place today merits some elucidation.

Elisa Maimone, who conducted research on the ground for a large and well reputed Italian civil society organisation on refugee issues, CIR, provides more details on the operationalisation of this stage:

[each person is provided with the] so-called "foglio notizie" where it is required to fill in with his/her own personal details (name, date of birth and nationality) together with the reason for leaving the country of origin. The possible answers to this multiple choice question are "in Italy for work", "to reach family", "to escape poverty", "for asylum" and "other". Once the third-country national fills in the document with the help of an interpreter, the "foglio-notizie" is signed by the police official, the interpreters and by the person concerned. However, the latter does not receive any copy of the document and it seems that it has been improperly used as a filter to reduce asylum applications. Pre-identification represents a first differentiation based on the result of the "foglio-notizie" filled in shortly after disembarkation, when migrants and refugees are still shocked and disoriented. At this stage the only information they are provided is included in a leaflet produced by UNHCR and IOM in four languages (English, French, Arabic and Tigrinya) and distributed at the port or when they enter the centre.¹⁹

A multitude of other sources document similar trends in Italy, such as return decisions being issued without a proper examination of the individual cases; chaotic and imprecise approaches to identification; lack of information provided to those disembarked; and limitation of access to an international protection procedure to certain nationalities.²⁰

¹⁹ See E Maimone, 'The EU 'hotspot approach' and the relocation procedures to the (Italian) test: implementation, shortcomings and critical remarks' (2016) University of Pisa Observatory on European Migration Law Working Paper No.3, 12 <<http://immigrazione.jus.unipi.it/pubblicazioni/working-papers/>>.

²⁰ See ECRE, 'Italy: a worrying trend is developing in the 'hotspots'' (ECRE, 20th November 2015) <<http://www.ecre.org/italy-a-worrying-trend-is-developing-in-the-hotspots/>>; Medici senza Frontiere, 'Espulsioni a Pozzallo: "Aspettiamo un chiarimento dalle autorità competenti"' (Medici senza Frontiere, 16 October 2015) <<http://www.medicisenzafrotiere.it/notizie/news/espulsioni-pozzallo-aspettiamo-un-chiarimento-dalle-autorità-competenti>>; Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), 'Hotspot : il Tavolo Nazionale Asilo chiede un incontro al Ministro dell'Interno' (ASGI, 5th November 2015) <<http://www.asgi.it/notizia/hotspot-il-tavolo-nazionale-asilo-chiede-incontrare-il-ministro-dellinterno/>>; Human Rights Watch (HRW), 'Italy: Children Stuck in Unsafe Migrant Hotspot' (HRW, 23 June 2016) <<https://www.hrw.org/news/2016/06/23/italy-children-stuck-unsafe-migrant-hotspot>>; Tavolo Nazionale Asilo, 'Hotspot: Luoghi di Illegalità' (Tavolo Nazionale Asilo, 1 March 2016) <<http://www.cir-onlus.org/it/comunicazione/news-cir/51-ultime-news-2016/2001-tavolo-asilo-hotspot-luoghi-di-illegalita>>; ASGI, 'Il diritto negato: dalle stragi in mare agli hotspot' (ASGI, January 2016) <<http://goo.gl/D0oBl>> and ECRE, 'Admissibility,

While the situation is improving, it transpires that initial registration, on the basis of a standardized formula, before having the possibility to recover from an arduous sea journey and to receive legal information/advice does not seem to fulfil the criteria of a ‘genuine and effective possibility’ to bring forth reasons against return. The Grand Chamber judgment seems to be unduly influenced by the fact that the *specific* applicants were not in fact asylum seekers. However, this judgment could act as a template for protecting rights in the so-called migration crisis,²¹ and States at the external borders of the EU are facing mixed arrivals. The right to an individual interview, with the presence of legal advisors, and adequate translation, would have ensured that asylum seekers are properly identified and referred to the appropriate channels, while those not in need of international protection, such as the three applicants in question, are channelled to return processes. In this sense, the standardised nature of the final decisions, which is not in itself enough to characterise the expulsion as collective, would have been better grounded. Such standardised decisions would be backed up by the findings/records of an individualised interview, and not merely by yet another standardised form.

C. Conclusions

The Grand Chamber placed weight to the massive nature of the arrivals, stating that it would: ‘certainly be artificial to examine the facts of the case without considering the general context in which those facts arose’.²² This context is palpable in the reasoning of the Court. The Grand Chamber did not backtrack from the absolute nature of *non-refoulement* nor nuance the prohibition of arbitrary deprivation of liberty. However, it nuanced considerably the guarantees around detention conditions and the prohibition of collective expulsion. Its failure to demand a personalised interview as a structurally embedded part of the identification process, could lead to asylum seekers not been properly identified. The vaguer standard of a ‘genuine and effective possibility of submitting arguments’ will be difficult to operationalise, *especially* in a context of mass arrivals where reception and detention facilities function in overcapacity and initial identification is based in practice on standardised forms.

L.T.

C. Pour aller plus loin

Case-law

ECtHR, [Čonka v. Belgium](#), 5 February 2002, app. n°51564/99

ECtHR, [M.S.S. v. Belgium and Greece](#), 21 January 2011, app. n°30696/09

responsibility and safety in European asylum procedures’, 2016, 10 <<http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/09/ECRE-AIDA-Admissibility-responsibility-and-safety-in-European-asylum-procedures.pdf>>.

²¹ See S. Zirulia and S. Peers, “A template for protecting human rights during the ‘refugee crisis’? Immigration detention and the expulsion of migrants in a recent ECtHR Grand Chamber ruling”, in EU Law Analysis, 5 January 2017 .

²² ECtHR, *Khlaifia and others v Italy (GC)*, op. cit., § 185.

ECtHR, [Hirsi Jamaa and others v. Italy](#), 23 February 2012, app. n° 27765/09

ECtHR, [Sharifi and others v. Italy and Greece](#), 21 October 2014, app. n° 16643/09

ECtHR, [Khlaifia and others v. Italy \(GC\)](#), 1 September 2015, app. n°16483/12

Scholarly analysis and opinions

A.R. Gil, “ [Collective expulsions in times of migratory crisis: Comments on the Khlaifia case of the ECHR](#) ”, in *EU Migration Law Blog* , 11 February 2016

E. Tsourdi, ‘Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation Towards Joint Implementation Through the European Asylum Support Office’ (2016) 1(3) [European Papers](#) 997, 1015.

D. Venturi, “The Grand Chamber’s Ruling in Khlaifia and others v. Italy: One Step Forward, One Step Back?”, in [Strasbourg Observers](#), 10 January 2017

S. Zirulia and S. Peers, “[A template for protecting human rights during the ‘refugee crisis’? Immigration detention and the expulsion of migrants in a recent ECtHR Grand Chamber ruling](#) ”, in *EU Law Analysis*, 5 January 2017

Pour citer cette note : L. TSOURDI « Refining the prohibition of collective expulsion in situation of mass arrivals: a balance well struck? », *Newsletter EDEM*, janvier 2017.

3. C.C.E., ARRET N°178.786 DU 30 NOVEMBRE 2016

Objection de conscience et documentation du CGRA

A. Arrêts

Le requérant, de nationalité ukrainienne, sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié au motif qu'il a refusé de faire son service militaire.

- Premier arrêt du CCE

Une première décision négative a été prise par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides [ci-après le CGRA] le 18 décembre 2015, annulée par le Conseil du contentieux des étrangers [ci-après le CCE] ([arrêt n°161.021 du 29 janvier 2016](#)).

Le CCE a annulé la décision négative en rappelant qu'il existe trois formes d'objection à des obligations militaires (voy. *infra*). Le CCE a reproché au CGRA :

- de ne pas avoir examiné si le conflit dans l'Est de l'Ukraine pouvait être considéré par la communauté internationale comme contraire aux règles de conduite les plus élémentaires ;
- de ne pas éclairer les instances d'asile sur la situation des militaires qui participent aux combats ;
- de ne pas préciser si après une condamnation, les insoumis continuant à s'opposer à la mobilisation restaient ou non soumis à l'obligation militaire ;
- de ne fournir aucune information quant à la loi adoptée par l'Etat ukrainien en février 2015 concernant le droit de tirer sur les déserteurs.

Le CCE s'interrogeait également quant à la fiabilité des sources présentées par le CGRA.

Une nouvelle décision négative a été prise par le CGRA. Ce dernier joint au dossier de nouvelles informations relatives à l'état du conflit armé dans l'Est de l'Ukraine après les accords de Minsk II (février 2015). L'intensité des combats qui ont débuté en mai 2014 a baissé après la signature des accords de Minsk II même s'il y a eu des épisodes de recrudescence de la violence et certains combats sporadiques. Un accord de cessez-le-feu a à nouveau été signé en septembre 2015 contribuant à réduire les hostilités et le nombre des victimes. Les informations du CGRA datant du mois de mai 2016 rapportent que les autorités ukrainiennes ont décrété plusieurs vagues de mobilisations partielles de réservistes, la sixième et dernière s'étant clôturées en août 2015.

Le CGRA souligne qu'il revient à chaque pays de régler la conscription, la constitution d'une réserve et son éventuelle mobilisation. Des poursuites pour désertion ne sont pas en soi une persécution ou une atteinte grave. Le simple fait d'être contraint de combattre légitimement ne l'est pas davantage. Le CGRA souligne que les formes d'objection à des obligations militaires pouvant fonder une crainte de persécution sont évoquées dans le document du 3 décembre 2013 du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [ci-après le HCR] intitulé « Principes directeurs sur la protection internationale n°10 ». Le HCR distingue l'objection au service militaire

- pour des raisons de conscience ;

- parce que le conflit contraire aux règles élémentaires de la conduite humaine ;
- liée aux conditions du service militaire.

Quant aux motifs de conscience, en l'espèce, le requérant a indiqué ne pas avoir voulu effectuer son service militaire car c'était une perte de temps et qu'il préférerait étudier ou travailler. En ce qui concerne le fait qu'il ne voulait pas prendre part au conflit car il refuse de tuer ou d'être tué, il lie de manière hésitante ce refus à sa religion de sorte que le CGRA ne le trouve pas convaincant quant à ce. Il lui est également reproché de ne pas s'être informé sur la situation actuelle en Ukraine.

En ce qui concerne le fait que le conflit dans l'Est de l'Ukraine serait contraire aux règles élémentaires de la conduite humaine, le CGRA indique qu'à aucun moment, un tel élément n'a été invoqué par le requérant. De surcroît, les informations dont dispose le CGRA quant à la légitimité du conflit indique que celle-ci n'aurait pas été remise en cause par la communauté internationale ou par des organisations internationales. De même, d'autres informations indiquent que les autorités ukrainiennes auraient pris des dispositions pour poursuivre les militaires ayant commis des violations des droits de l'homme dans le *Dombass* et auraient introduit des procédures judiciaires. Même si l'effectivité de ces procédures n'est pas établie, l'on ne peut reprocher aux autorités ukrainiennes d'être inactives.

Enfin, en ce qui concerne l'objection liée aux conditions du service militaire, le CGRA souligne que le requérant n'a signé aucune convocation de sorte que son insoumission actuelle reste hypothétique. De surcroît, dès lors que la qualité d'objecteur de conscience du requérant a été remise en cause, une condamnation pour refus d'effectuer le service militaire ne pourrait être considérée comme une persécution ou une atteinte grave.

- Second arrêt du CCE

Dans l'arrêt commenté, le CCE rappelle le précédent et, notamment, le fait qu'il n'avait pas été convaincu par la motivation du CGRA selon laquelle le refus du requérant ne serait pas légitime de sorte que les sanctions encourues en cas de refus d'effectuer les obligations militaires ne sont pas une persécution. Le CCE estime qu'il n'appartient pas aux instances d'asile d'émettre un jugement sur le caractère légitime ou valable du refus d'un demandeur d'asile de prendre les armes mais uniquement d'examiner si les motifs de ce refus permettent de considérer que sa crainte ressort du champ d'application de la Convention de Genève ou de l'article 48/4 de la loi du 15 décembre 1980.

S'agissant de la seconde objection de conscience liée au fait que le conflit serait contraire aux règles élémentaires de la conduite humaine, le CCE juge que la condamnation de la communauté internationale peut constituer une preuve solide mais non essentielle pour conclure qu'un recours à la force est contraire au droit international (*Principes directeurs n°10*, point 24). Il y a lieu plutôt de se référer au droit international et, suivant l'arrêt *Shepherd* de la Cour de justice de juger qu'une crainte est fondée « s'il existe une probabilité raisonnable qu'un individu ne puisse éviter d'être déployé dans un rôle de combattant qui l'exposera de commettre des actes illégaux » (*Principes directeurs n°10*, point 30). Le Conseil relève que le CGRA n'a pas examiné si le conflit dans l'Est de l'Ukraine peut être considéré par la communauté internationale comme contraire aux règles de

conduite les plus élémentaires. Ceci étant, il concède qu'il ne s'agissait pas de la motivation centrale du requérant.

Concernant la troisième forme d'objection de conscience, le CCE note les critiques que le requérant a émis à l'encontre du fonctionnement de l'armée ukrainienne et les craintes qu'il nourrit. Il souligne également la loi adoptée en février 2015 autorisant à tirer sur les déserteurs. A cet égard, le CCE centre sa critique sur l'absence d'informations fiables quant à la situation des militaires qui participent aux combats et quant à la question de savoir si les insoumis, après condamnation, restent ou non soumis à l'obligation militaire. En ce qui concerne le traitement des insoumis, le CCE s'appuie sur l'arrêt *Ülke contre Turquie* n°39.437/98 prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 24 janvier 2006. Il avait conclu à la violation de l'article 3 de la CEDH après avoir considéré que l'alternance continue des poursuites et des peines d'emprisonnement combinées avec la possibilité que le demandeur soit poursuivi tout au long de sa vie était disproportionnée au but d'assurer que le requérant effectuait son service militaire. Le Conseil précise à cet égard que l'absence d'invocation par le requérant de motifs d'objection de conscience liés aux critères de la Convention de Genève ne permet nullement de dispenser les instances d'asile d'examiner si la condamnation éventuelle à des sanctions présentant un caractère répétitif n'est pas une atteinte grave au sens de l'article 48/4.

Au vu de ces éléments, le Conseil souhaitait que le CGRA s'appuie sur des sources fiables, ce que ne sont toujours pas un article de presse ukrainien et deux courriels d'un avocat membre d'une organisation de défense des droits de l'homme. Le CCE observe en particulier que ni le contenu des échanges électroniques précités ni les coordonnées de l'auteur ne sont fournis. Il rappelle à ce sujet l'article 26 de l'arrêté royal du 11 juillet 2003 fixant la procédure devant le CGRA ainsi que l'arrêt n°232.949 du Conseil d'Etat du 19 novembre 2015 imposant que certaines indications figurent dans le dossier administratif lorsque des informations sont recueillies par téléphone. Obtenir des informations par courriel est équivalent à obtenir des informations via un entretien téléphonique de sorte que le dossier administratif doit comporter les coordonnées de la personne contactée dans les deux cas.

Si un arrêt du Conseil d'Etat n°233.101 du 24 février 2015, a fait échapper à l'article 26 de l'arrêté royal des informations de type général, des renseignements relatifs au sort des demandeurs ukrainiens refusant de répondre à un ordre de mobilisation ne sont pas de telles informations générales. Il s'agit bien d'informations visant à vérifier des aspects factuels du récit du requérant à savoir le bien-fondé de sa crainte d'être contraint de combattre en Ukraine ou de subir des sanctions disproportionnées pour son refus de prendre part aux combats. Le CCE rappelle que par son premier arrêt, il avait sollicité du CGRA qu'il recueille des informations complémentaires fiables quant aux textes légaux pertinents, quant à leur mise en œuvre et qu'il confronte le requérant à ces informations lors d'une nouvelle audition.

Or, souligne le CCE, les informations figurant dans le nouveau COI Focus du 24 août 2015 ne répondent toujours pas aux exigences fixées par l'arrêt d'annulation du 29 janvier 2016. Une loi de 1993, des extraits du Code pénal russe semblent avoir été ajoutés au rapport. Ces extraits sont toutefois rédigés en langue russe « langue qui n'est ni la langue de la procédure ni une langue dont on peut légitimement attendre que le Conseil ou la partie requérante ait une maîtrise à tout le

moins passive ». De plus, les lois de mobilisation ultérieures n'ont pas été jointes au rapport. Les courriels précédemment évoqués ne sont toujours pas signés.

Le CCE annule à nouveau la décision du CGRA et sollicite des mesures d'instruction complémentaires qui doivent permettre d'informer le CCE quant aux conditions dans lesquelles les ressortissants ukrainiens sont mobilisés et sont amenés à remplir leurs obligations militaires, à produire les courriels cités dans les analyses déposées par le commissariat général, à produire des extraits de textes légaux dans une langue compréhensible par le Conseil et le requérant et le cas échéant confronter le requérant à une nouvelle audition.

B. Éclairage

L'arrêt du CCE commenté est intéressant à divers égards. Trois points sont mis en exergue.

A. L'objection de conscience et l'obtention d'une protection internationale

Sur les principes, le CCE rappelle les trois causes d'objection de conscience qui peuvent être pertinentes dans le cadre d'une demande de protection internationale, par référence aux principes directeurs du HCR en la matière.

S'agissant de la troisième cause, l'intérêt de l'arrêt est de souligner que l'objection de conscience liée aux conditions dans lesquelles doit s'effectuer le service militaire ou une mobilisation doit être lue en prenant en compte le risque de violation des droits de l'homme. Il se réfère à la jurisprudence de la CEDH qui a conclu à l'existence d'une violation de l'article 3, en raison du traitement des conscrits ou des sanctions qui sont imposées aux insoumis, tout en écartant la violation de l'article 9 relatif à la liberté religieuse. Il peut y avoir violation d'un droit fondamental sans pour autant que le requérant ait exprimé une objection de conscience liée, par exemple, à des motifs religieux. L'arrêt *Ülke* en est une illustration. D'autres arrêts vont en ce sens (voy. not. l'affaire *Enver Aydemir c. Turquie* du 7 juin 2016). Le CGRA soutenait qu'en admettant même que les sanctions atteignent le niveau requis pour conclure à la violation de l'article 3, la protection comme réfugié ne doit s'appliquer que lorsqu'une des causes visées par la Convention de Genève est invoquée. Sans contredire cette analyse, le CCE souligne que cela ne dispense pas les instances d'asile d'analyser le dossier sous l'angle de la protection subsidiaire au regard de l'article 48/4 de la loi du 15 décembre 1980. Il n'est alors pas nécessaire d'analyser si la violation des droits fondamentaux est liée à une cause puisque l'atteinte grave ne suppose pas le lien qui est *a contrario* indispensable entre la persécution et la cause.

B. Les formalités substantielles au sens de l'article 26 de l'AR de procédure du CGRA

Ces dernières années ont vu la jurisprudence évoluer quant à la qualité des informations pouvant être utilisées par le CGRA dans le cadre de l'analyse des dossiers.

L'article 26 de l'arrêté royal du 11 juillet 2003 relative à la procédure devant le CGRA a fait l'objet d'une modification par un arrêté royal du 6 novembre 2016. Il est intéressant de comparer les deux textes :

Le Commissaire général ou un de ses adjoints peut, dans sa décision, s'appuyer sur des informations obtenues d'une personne ou d'une institution par téléphone ou courrier électronique.

Le dossier administratif doit alors préciser les raisons pour lesquelles cette personne ou cette institution a été contactée ainsi que les raisons qui permettent de présumer de leur fiabilité.

L'information obtenue par téléphone doit faire l'objet d'un compte rendu écrit mentionnant le nom de la personne contactée par téléphone, une description sommaire de ses activités ou de sa fonction, son numéro de téléphone, la date à laquelle a eu lieu la conversation téléphonique, ainsi qu'un aperçu des questions posées pendant la conversation téléphonique et les réponses données par la personne contactée.

Le Commissaire général peut, dans sa décision, s'appuyer sur des informations obtenues d'une personne ou d'une institution par téléphone ou courrier électronique afin de vérifier certains aspects factuels d'un récit d'asile spécifique.

Les raisons pour lesquelles cette personne ou cette institution a été contactée ainsi que les raisons qui permettent de présumer de leur fiabilité doivent ressortir du dossier administratif.

L'information obtenue par téléphone doit faire l'objet d'un compte rendu écrit mentionnant le nom de la personne contactée par téléphone, ses coordonnées de contact, une description sommaire de ses activités ou de sa fonction et la date à laquelle a eu lieu la conversation téléphonique. Sans être reproduites de manière exhaustive, un aperçu des questions posées pertinentes et les réponses pertinentes doivent également apparaître dans le compte rendu écrit.

Lorsque l'information est obtenue par courrier électronique, les échanges de courriers électroniques doivent figurer au dossier administratif sous une forme écrite comportant le nom de la personne contactée, les coordonnées de contact et la date des échanges, ainsi que les questions posées pertinentes et les réponses pertinentes. Si elles ne ressortent pas directement des échanges de courriers électroniques, les activités ou la fonction de la personne contactée font l'objet d'une description sommaire dans le dossier administratif.

Cette évolution est consécutive à plusieurs arrêts du Conseil d'Etat [ci-après le CE].

- Un arrêt n°233.101 du 24 février 2015 (cité par le CGRA dans le présent dossier) s'est fondé sur le rapport au Roi qui avait précisé que l'obligation visée à l'article 26 ne s'applique que lorsque des éléments factuels du dossier doivent être vérifiés. L'article 26 ne s'applique pas

aux informations qui sont obtenues sur la situation générale dans le pays d'origine ou dans une partie du pays.

- Par un arrêt n°232.949 du 19 novembre 2015, le CE a jugé que l'article 26 impose que le dossier administratif comporte des mentions cumulatives obligatoires lorsque la décision repose sur des informations obtenues par téléphone ou par courrier électronique. Ces mentions ont pour objectif d'assurer l'exactitude de ces informations ainsi que le respect du principe contradictoire. Le non-respect de ces mentions est une irrégularité substantielle qui empêche le Conseil d'Etat d'occulter les coordonnées des interlocuteurs contactés « pour des raisons légitimes de confidentialité ». L'article 26, alinéa 2, prévoit que les raisons pour lesquelles une personne ou une institution est contactée, celles qui permettent de présumer de sa fiabilité, doivent figurer dans le dossier administratif. Il s'agissant de ce cas d'espèce de recherches effectuées en vue de s'informer sur le sort des demandeurs d'asile togolais déboutés à leur retour au Togo.
- Ultérieurement, un arrêt n°234.166 du 17 mars 2016, précise qu'un aperçu des questions et réponses suffit, un compte-rendu exhaustif n'étant pas exigé.

Ces trois arrêts sont à l'origine de la réforme. Elle intègre la précision quant à l'objet des recherches qui ne sont soumises à l'article 26 que lorsqu'il s'agit de vérifier des éléments factuels du récit d'asile. Elle étend l'exigence de précision des sources aux courriels. Elle précise enfin que le compte-rendu ne doit pas être exhaustif et peut être « résumé » par un « aperçu ».

La question centrale restant à trancher au cas par cas porte sur ce que recouvrent les « aspects factuels d'un récit d'asile spécifique ». En l'espèce, le Conseil du contentieux des étrangers l'interprète largement à la lumière de l'arrêt du CE du 19 novembre 2015. Les informations visant à éclairer les instances d'asile sur le sort des demandeurs ukrainiens refusant de se soumettre à un ordre de mobilisation ne sont pas des informations générales mais bien des informations factuelles.

Cette analyse figure surtout dans le premier arrêt rendu par le CCE. Dans le second arrêt, le CCE élude la question relative au respect de l'article 26 en soulignant qu'en tout état de cause, les informations recueillies par la partie défenderesse ne sont pas fiables. D'une part, elles ne répondent pas aux exigences fixées par son arrêt d'annulation du 29 janvier 2016 qui a autorité de chose jugée. D'autre part, certaines informations sont produites en langue russe dont on ne peut attendre légitimement que le Conseil ou la partie requérante ait une maîtrise à tout le moins passive.

C. Le caractère désormais résolument partagé de la charge de la preuve en matière d'asile

Les discussions intervenant dans le cadre d'une telle affaire confirment l'évolution inexorable de ces dernières années vers un partage de la charge de la preuve entre le demandeur d'asile et l'administration. Il est loin le temps où il était largement considéré qu'il appartenait au demandeur d'asile presque exclusivement de supporter la charge de la preuve. La jurisprudence européenne, à la suite de l'article 4, §1^{er} de la Directive Qualification impose une exigence de coopération de la part de l'état d'accueil. Cette exigence ressort également de l'arrêt de la Cour de justice *MM* prononcé en 2012 qui demande à l'Etat de coopérer activement avec le demandeur pour permettre

la réunion de l'ensemble des éléments de nature à étayer sa demande puisque l'Etat membre peut être mieux placé que le demandeur pour avoir accès à certains types de documents (points 65 et 66). La Cour européenne des Droits de l'Homme va dans le même sens dans l'arrêt *Singh contre Belgique* en 2012 (points 100 et 103). Il en va de même de l'arrêt *R.J. contre France* en 2013 (point 42) ou encore de l'arrêt *R.C. contre Suède* de 2010 (point 53).

S.S.

C. Pour en savoir plus

Consulter l'arrêt :

C.C.E., arrêt n°178.786 du 30 novembre 2016.

Jurisprudence

- C.J.U.E., 26 février 2015, *Shepherd*, aff. C-472/13, EU:C:2015:117
- C.E., arrêt n° 230.301, 14ème ch., 24 février 2015
- C.E., arrêt n° 232.949 du 19 novembre 2015
- C.E., arrêt n°234.166 du 17 mars 2016

Sur l'objection de conscience et la jurisprudence de la CEDH, voy. la [fiche thématique](#) qui y est consacrée

Législation :

Arrêté royal du 6 novembre 2016 modifiant l'arrêté royal du 11 juillet 2003 fixant la procédure devant le commissariat général aux réfugiés et aux apatrides ainsi que son fonctionnement

Doctrine :

Sur l'arrêt *Shepherd*, voy. notamment L. LEBOEUF, «Asile et objection de conscience. La Cour de justice renvoie la balle aux autorités nationales», *Newsletter EDEM*, mars 2015 et les références figurant sous le commentaire

Autre :

U.N.H.C.R., Principes directeurs sur la protection internationale n° 10 : Demandes de statut de réfugié liées au service militaire dans le contexte de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/13/10, 3 décembre 2013

Pour citer cette note : S. SAROLEA, « Objection de conscience et documentation du CGRA », *Newsletter EDEM*, janvier 2017.