

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.

Sommaire

1. C.J.U.E., 19 mars 2019, *Jawo*, C-163/17 et C.J.U.E., *Ibrahim, Sharqawi e.a. et Magamadov*, aff. jointes C-297/17, C-318/17, C-319/17 et C-428/17 – Le risque qu'un demandeur d'asile soit exposé à une situation de dénuement matériel extrême empêche son transfert vers l'Etat membre normalement compétent pour le traitement de sa demande d'asile ou vers celui qui lui a déjà accordé une protection internationale.
Matthieu Lys 4

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 4 – Interdiction des traitements inhumains et dégradants – Bénéficiaires d'une protection internationale dans un Etat membre de l'Union européenne – Demandes d'asile ultérieures irrecevables – Transfert en application du Règlement Dublin III – Situation de dénuement matériel extrême – Refus prévisible du statut de réfugié – Impossibilité de transfert.

Un demandeur d'asile ne peut être transféré vers l'Etat membre normalement compétent pour le traitement de sa demande d'asile ou vers celui qui lui a déjà accordé une protection internationale, lorsque les conditions de vie prévisibles des bénéficiaires d'une protection internationale l'y exposeraient à une situation de dénuement matériel extrême, contraire à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants ou lorsque l'Etat membre qui a accordé la protection subsidiaire refuse de manière prévisible, et en violation de la directive qualification, d'octroyer aux demandeurs de protection internationale le statut de réfugié ou qu'il n'examine pas non plus des

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 Sinon [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.

demandes d'asile ultérieures en dépit d'éléments ou faits nouveaux augmentant significativement la probabilité que le demandeur remplisse les conditions pour obtenir le statut de réfugié.

2. CJEU, 23 January 2019, *M.A., S.A. and A.Z.*, C-661/17 – Brexit and Dublin: the Court of Justice clarifies the implications for the Dublin System of the process of withdrawal from the EU of the United Kingdom. *Francesco Luigi Gatta*13

Brexit – Article 50 TEU – Discretionary clause – Article 17(1) Dublin III Regulation – Best interests of the child – Family unity.

In M.A., S.A. and A.Z., the CJEU deals with a case involving Brexit and the Dublin III Regulation, the discretionary clause set out in its Article 17(1) and the principle of the best interests of the child. The Court clarifies that, despite the planned withdrawal of the UK from the EU, the provisions of EU Law concerning the responsibilities for the examination of asylum applications remain fully applicable in that Member State. Indeed, the notification of the intention to withdraw from the EU, pursuant to Article 50 TEU, does not impact on the application of the Dublin III Regulation, as long as the Member State concerned has not actually left the EU. The CJEU further explains that a Member State is not obliged to use the discretionary clause set out in Article 17(1) of the Dublin III Regulation where the Member State responsible for examining an asylum application has notified its intention to withdraw from the EU. Similarly, considerations relating to the best interests of the child cannot oblige the Member State to make use of the discretionary clause, whose exercise, ultimately, remains fully optional and only subject to the State's "absolute discretion".

3. CJEU, 13 December 2018, *Touring tours und travel & Sociedad de transportes*, C-412/17 and C-474/17 – Preserving and strengthening Schengen or circumventing the prohibition of border checks at the internal borders? The case of outsourced checks on persons performed by carriers. *Eleonora Frasca*.....20

Regulation (EC) No 562/ 2006 — Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) — Article 20 – Article 21 — Abolition of internal border controls in the Schengen area — Checks within the territory of a Member State — Measures having an effect equivalent to border checks — Rules of a Member State requiring a coach travel operator on routes crossing the internal borders of the Schengen area to check passengers' passports and residence permits.

*In *Touring Tours und Travel and Sociedad de Transportes* of 13 December 2018 (joint cases C-412/17 and C-474/17), the Court of Justice rules on the prohibition of internal border controls within the Schengen Area. In line with its previous case-law, the Court addresses the issue of a national obligation imposing on coach travel operators the task of checking passengers' passports and residence permits on routes crossing internal borders as a "measure having an effect equivalent to border checks".*

**1. C.J.U.E., 19 mars 2019, *Jawo*, C-163/17 et
C.J.U.E., *Ibrahim, Sharqawi e.a. et Magamadov*,
Aff. jointes C-297/17, C-318/17, C-319/17 et C-428/17**

Le risque qu'un demandeur d'asile soit exposé à une situation de dénuement matériel extrême empêche son transfert vers l'Etat membre normalement compétent pour le traitement de sa demande d'asile ou vers celui qui lui a déjà accordé une protection internationale

Matthieu Lys

A. Arrêts

Les deux arrêts sont commentés ensemble car ils concernent deux facettes d'une même problématique.

L'affaire *Jawo* vise l'hypothèse d'un demandeur d'asile s'opposant à son transfert par l'Allemagne vers l'Italie en vertu du [Règlement Dublin III](#) (ci-après : RD III), arguant du fait que, d'une part, il existerait dans ce pays des défaillances systémiques dans la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs, au sens de l'article 3, §2 du RD III, et que, d'autre part, si l'Italie lui octroyait la protection internationale, il encourrait un risque sérieux d'y subir un traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de vie prévisibles qu'il rencontrerait en tant que bénéficiaire de cette protection internationale, traitement qui serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La juridiction de renvoi, en posant la question préjudicielle, avait en effet estimé que l'examen de l'existence de défaillances systémiques au sens de l'article 3, §2 du RD III ne saurait se limiter à la procédure d'asile et aux conditions d'accueil rencontrées au cours de cette procédure, mais qu'il doit également prendre en considération la situation ultérieure. Il ne s'agit donc pas ici uniquement de l'analyse classique du risque de traitement inhumain et dégradant des conditions de vie des demandeurs d'asile « dublinés » en cas de transfert, mais des conditions de vie de ces demandeurs d'asile « dublinés » dans l'hypothèse où leur demande de protection internationale serait accueillie. C'est cette seconde question qui nous intéresse dans le cadre de ce commentaire¹.

Les affaires jointes *Ibrahim, Sharqawi e.a. et Magamadov* visent une hypothèse différente, mais touchent à la même problématique des conditions d'existence des bénéficiaires de protection internationale dans certains Etats membres de l'Union. Dans ces affaires jointes, est en cause la possibilité prévue par l'article 33 de la [Directive Procédures](#) de déclarer irrecevables des demandes d'asile en raison de l'octroi préalable d'une protection subsidiaire dans un autre Etat membre. En l'espèce, dans les affaires *Ibrahim e.a.*, il s'agissait de palestiniens de Syrie s'étant vu octroyer la protection subsidiaire en Bulgarie, et qui avaient ultérieurement introduit une demande d'asile en Allemagne. Dans l'affaire *Magamadov*, il s'agissait d'un demandeur d'asile de nationalité russe,

¹ L'arrêt *Jawo* traite également, dans le cadre d'une première question préjudicielle, de la question de la définition et de l'analyse de la notion de « fuite » au sens de l'article 29, §2, seconde phrase du RD III. Cette question ne fait pas l'objet du présent commentaire et nous renvoyons le lecteur à la lecture de l'arrêt pour y découvrir l'analyse intéressante qu'en fait la C.J.U.E.

déclarant être tchéchène, qui s'était vu accorder la protection subsidiaire en Pologne et avait ultérieurement introduit une demande d'asile en Allemagne. Dans le cadre d'une des questions préjudicielles qui lui étaient posées, la C.J.U.E. a dû examiner la question de savoir si l'article 33, §2, a) de la Directive Procédures devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un Etat membre exerce la faculté offerte par cette disposition de rejeter une demande d'octroi du statut de réfugié comme irrecevable au motif que le demandeur s'est déjà vu accorder une protection subsidiaire par un autre Etat membre, lorsque les conditions de vie des bénéficiaires d'une protection subsidiaire dans cet autre Etat membre soit sont contraires à l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, soit ne satisfont pas aux dispositions du chapitre VII de la Directive Qualification. La juridiction de renvoi demandait en outre si tel était également le cas lorsque les bénéficiaires de la protection internationale ne recevaient, dans l'Etat membre où ils se l'étaient vu accorder, aucune prestation de subsistance, ou étaient les destinataires d'une telle prestation dans une mesure nettement moindre que dans d'autres Etats membres, sans toutefois être traités différemment, à cet égard, des ressortissants dudit Etat membre.

Dans ces arrêts, la Cour commence par rappeler que le système d'asile européen commun repose sur le principe de confiance mutuelle entre les Etats membres, principe qui « impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces Etats de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres Etats membres respectent le droit de l'Union, et tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit » (*Jawo*, §81 ; *Ibrahim e.a.*, §84). Cela suppose, pour la Cour, que le traitement réservé aux demandeurs de protection internationale par chaque Etat membre est conforme aux exigences de la Charte.

Cependant, la Cour affirme qu'il ne peut « être exclu que ce système rencontre, en pratique, des difficultés majeures de fonctionnement dans un Etat membre déterminé, de telle sorte qu'il existe un risque sérieux que des demandeurs d'une protection internationale soient traités, dans [un] Etat membre, d'une manière incompatible avec leurs droits fondamentaux » (*Jawo*, §83 ; *Ibrahim e.a.*, §86).

Après avoir rappelé le caractère absolu de l'interdiction énoncée à l'article 4 de la Charte, la Cour rappelle que la présomption de traitement des demandeurs d'asile conformément aux exigences de la Charte n'est pas irréfutable.

Rappelant la jurisprudence issue de son célèbre [arrêt N.S. e.a. du 21 décembre 2011](#), la Cour constate que la question qui lui est posée dans les arrêts commentés dépasse le cadre factuel à l'origine de cet arrêt, et que eu égard au caractère général et absolu de l'interdiction énoncée à l'article 4 de la Charte, qui est étroitement liée au respect de la dignité humaine, le transfert d'un demandeur d'asile vers un autre Etat membre est exclu « dans toute situation dans laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un tel risque lors de son transfert ou par suite de celui-ci » (*Jawo*, §87). En d'autres termes, aux fins de l'application de l'article 4 de la Charte, il est indifférent que le risque de traitement inhumain et dégradant intervienne « au moment même du transfert, au cours de la procédure d'asile, ou à l'issue de celle-ci » (*Jawo*, §88 ; *Ibrahim e.a.*, §87). La Cour affirme en effet, dans son arrêt *Jawo*, qu'il serait « contradictoire que l'existence [d'un risque de violation de l'article 4 de la Charte] au stade de la procédure d'asile empêche un transfert, alors

que le même risque serait toléré lorsque cette procédure s'est achevée par la reconnaissance d'une protection internationale » (*Jawo*, §89).

Dès lors, la Cour affirme que lorsqu'une juridiction d'un Etat membre est saisie d'un recours contre une décision de transfert en application du Règlement Dublin III, elle est « tenue d'apprécier, sur base d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés et au regard du standard de protection des droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union, la réalité de défaillances systémiques ou généralisées, touchant certains groupes de personnes » (*Jawo*, §90). La Cour affirme que cette obligation est la même lorsqu'une juridiction d'un Etat membre est saisie « d'un recours contre une décision rejetant une nouvelle demande de protection internationale comme irrecevable », si est invoqué un risque de violation de l'article 4 de la Charte en cas de transfert vers l'Etat membre ayant déjà accordé la protection subsidiaire (*Ibrahim e.a.*, §88).

Afin d'apprécier l'existence de ce risque, la Cour impose que les défaillances susmentionnées « doivent atteindre un seuil particulièrement élevé de gravité » (*Jawo*, §91 ; *Ibrahim e.a.*, §89). Elle se réfère à cet égard explicitement à l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce du 21 janvier 2011* de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de Luxembourg précise que « [c]e seuil particulièrement élevé de gravité serait atteint lorsque l'indifférence des autorités d'un Etat membre aurait pour conséquence qu'une personne entièrement dépendante de l'aide publique se trouverait, indépendamment de sa volonté et de ses choix personnels, dans une situation de dénuement matériel extrême, qui ne lui permettrait pas de faire face à ses besoins les plus élémentaires, tels que notamment ceux de se nourrir, de se laver et de se loger, et qui porterait atteinte à sa santé physique ou mentale ou la mettrait dans un état de dégradation incompatible avec la dignité humaine » (*Jawo*, §92 ; *Ibrahim e.a.*, §90). Pour déterminer si ce seuil de gravité est franchi, la Cour invite, dans ses deux arrêts, à tenir compte de la « vulnérabilité particulière » du demandeur de protection internationale (*Jawo*, §95 ; *Ibrahim e.a.*, §93).

Dans l'arrêt *Jawo*, la Cour juge que le fait que les formes de solidarité familiales auxquelles ont recours les ressortissants de l'Etat membre normalement responsable de l'examen de la demande de protection internationale font défaut dans le chef des demandeurs, ne saurait suffire à établir la situation de dénuement matériel extrême, pas plus que les carences dans la mise en œuvre par cet Etat membre de programmes d'intégration des bénéficiaires d'une protection internationale (*Jawo*, §94 et 96). Elle juge également que « le seul fait que la protection sociale et/ou les conditions de vie soient plus favorables dans l'Etat membre requérant que dans l'Etat membre normalement responsable de l'examen de la demande de protection internationale » ne suffit pas à établir que le seuil de gravité est dépassé (*Jawo*, §97 ; *Ibrahim e.a.*, §94). Dans l'arrêt *Ibrahim e.a.*, elle précise que la circonstance « que les bénéficiaires d'une protection subsidiaire ne reçoivent, dans l'Etat membre qui a accordé une telle protection au demandeur, aucune prestation de subsistance, ou sont destinataires d'une telle prestation dans une mesure nettement moindre que dans d'autres Etats membres, sans toutefois être traités différemment des ressortissants de cet Etat membre, (...) ne peut conduire à la constatation que [le] demandeur y serait exposé à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 4 de la Charte (...) » (*Ibrahim e.a.*, §93).

Enfin, dans l'arrêt *Ibrahim e.a.*, était posée la question de savoir si les défaillances qu'il fallait démontrer dans le chef de l'Etat membre normalement responsable de la demande de protection

internationale pouvaient résulter du fait que l'Etat membre qui a accordé la protection subsidiaire refuse de manière prévisible, et en violation de la directive qualification, d'octroyer aux demandeurs de protection internationale le statut de réfugié et que, en violation de l'article 40, §3 de la directive procédures, du fait qu'il n'examine pas non plus des demandes d'asile ultérieures en dépit d'éléments ou faits nouveaux augmentant significativement la probabilité que le demandeur remplisse les conditions pour obtenir le statut de réfugié. A cet égard, la Cour répond sans détour que « si la procédure d'asile dans un Etat membre conduisait à refuser systématiquement, sans réel examen, l'octroi du statut de réfugié à des demandeurs de protection internationale qui remplissent les conditions prévues aux chapitres I et II de la directive qualification, le traitement des demandeurs d'asile dans cet Etat membre ne pourrait être considéré comme conforme aux obligations découlant de l'article 18 de la Charte » (*Ibrahim e.a.*, §98), tout en rappelant en même temps que les Etats membres peuvent rejeter une demande d'asile comme irrecevable en application de l'article 33, §2, a) de la directive procédures, lu au regard du principe de confiance mutuelle.

B. Éclairage

Les arrêts commentés s'inscrivent dans les jurisprudences bien connues *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme et *N.S. e.a.* du 21 décembre 2011 de la Cour de justice de l'Union européenne, mais élargissent le propos au-delà de la situation du risque de traitement inhumain et dégradant des conditions de vie des demandeurs d'asile « dublinés » en cas de transfert. Ils prolongent en effet l'enseignement de ces arrêts à la problématique des conditions de vie des demandeurs d'asile à qui une protection internationale a été accordée.

L'utilité pratique de ces arrêts est évidente, en tout cas pour le juriste belge. En effet, les autorités belges de l'asile sont confrontées à de nombreuses demandes d'asile introduite par des personnes qui ont déjà obtenu une protection internationale dans un autre Etat membre de l'Union, que ce soit la protection subsidiaire ou le statut de réfugié, par exemple les nombreux Syriens s'étant vu octroyer une protection internationale en Grèce.

En Belgique, le Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides (ci-après : C.G.R.A.) déclare systématiquement ces demandes d'asile irrecevables, au motif de l'octroi d'une protection internationale dans un autre Etat membre de l'Union, en application du principe de confiance mutuelle.

Confronté à des recours introduits contre de telles décisions, le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après : C.C.E.) a eu l'occasion de rendre plusieurs arrêts.

S'agissant d'un demandeur d'asile congolais ayant déjà obtenu le statut de réfugié Grèce, le C.C.E. affirme, dans son [arrêt n°207.327 du 30 juillet 2018](#) rendu par une chambre francophone, qu'il importe que les autorités belges vérifient, avant de déclarer une demande d'asile irrecevable, qu'il puisse être tenu pour établi que le requérant bénéficie toujours actuellement d'une protection en Grèce. En l'espèce, le requérant arguait que son titre de séjour en Grèce avait expiré en janvier 2018 et qu'il n'avait aucune garantie de pouvoir récupérer le statut de réfugié qui lui avait été octroyé. Dans cet arrêt, le C.C.E. a annulé la décision d'irrecevabilité pour que le C.G.R.A. procède à des mesures d'instruction complémentaire sur ce sujet. Dans son [arrêt n°207.567 du 8 août 2018](#), rendu

par une chambre francophone, le C.C.E, devançant en quelque sorte la jurisprudence européenne commentée, affirme que, malgré l'existence du principe de confiance mutuelle, « il ne peut pas (...) être exclu que même en l'absence de défaillance systémique, des considérations liées aux risques réels et avérés de traitements inhumains ou dégradants, au sens de l'article 4 de la Charte et de l'article 3 de la CEDH, puissent, dans des situations exceptionnelles, entraîner des conséquences sur le transfert d'un demandeur d'asile en particulier. Ce raisonnement appliqué au transfert d'un demandeur d'asile en application du règlement Dublin doit être également suivi, *mutatis mutandis* lorsqu'il s'agit d'un réfugié reconnu » (point 6 dudit arrêt). En l'espèce, le Conseil avait jugé qu'il ressortait « d'un examen *ex nunc* des informations communiquées par le requérant qu'il est à ce stade plausible qu'il ait subi des traitements inhumains et dégradants en Grèce. Cette question nécessite toutefois une instruction que le Conseil n'a pas le pouvoir de mener. Il convient notamment de vérifier s'il peut être démontré que le requérant n'aurait pas accès à une protection effective des autorités grecques contre les atteintes graves qu'il dit avoir subies » (point 10 dudit arrêt). Le C.C.E. avait donc annulé, pour ce motif, la décision du C.G.R.A. Dans son arrêt [n°211.557 du 18 octobre 2018](#), toujours rendu par une chambre francophone, le C.C.E. confirme cette jurisprudence en annulant une décision d'irrecevabilité d'une demande d'asile prise par le C.G.R.A. au motif qu'il n'avait pas été tenu compte, dans la motivation de ladite décision, du fait que le requérant avait « déclaré qu'il a dû vivre dans la rue à Athènes, qu'il faisait froid, qu'il n'avait pas de soins médicaux et qu'il ne mangeait pas » (point 14.3 de l'arrêt).

Du côté des chambres néerlandophones du C.C.E., les arrêts [n°209.051 du 10 septembre 2018](#), [n°208.937 du 6 septembre 2018](#) ou encore [n°211.557 du 25 octobre 2018](#) semblent aller dans un sens différent, confirmant des décisions d'irrecevabilité prises par le C.G.R.A. pour des demandeurs d'asile ayant déjà obtenu une protection internationale en Grèce sans demander de mesures d'instructions complémentaires, malgré les déclarations des requérants. Toutefois, un récent arrêt du C.C.E. [n°217.624 du 27 février 2019](#), rendu par une chambre néerlandophone, attire l'attention, en ce qu'il annule une décision d'irrecevabilité d'une demande d'asile introduite par un demandeur asile afghan, bénéficiaire de la protection subsidiaire en Italie, qui invoquait une possible violation de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en cas de renvoi dans ce pays, en raison essentiellement de graves problèmes psychiatriques et du nécessaire soutien familial de sa sœur et de son beau-frère dont il pourrait se prévaloir en Belgique.

Il est aujourd'hui certain que le C.C.E. va devoir intégrer la jurisprudence européenne commentée et imposer au C.G.R.A. une analyse se basant sur des « éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés », pour reprendre les termes utilisés dans les arrêts commentés, avant qu'il ne puisse déclarer irrecevable une demande d'asile introduite par un bénéficiaire de protection internationale dans un autre Etat membre de l'UE.

Les arrêts commentés sont importants, en ce qu'ils rappellent que le fait de déclarer une demande d'asile irrecevable au motif que le demandeur bénéficie déjà d'une protection internationale dans un autre Etat membre, est tout sauf automatique. La présomption de traitement d'un réfugié ou d'un protégé subsidiaire conformément aux exigences de la Charte n'est pas irréfragable. La Cour insiste sur la nécessaire prise en compte tant de la prise en charge sociale et matérielle des bénéficiaires d'une protection internationale, que des éventuels obstacles procéduraux qui pourraient ressortir de la pratique administrative de certains Etats membres visant à empêcher l'application des garanties

prévues à l'article 18 de la Charte, soit le droit de demander l'asile (voy. *supra*, arrêt *Ibrahim e.a.*, §98).

Certes, le seuil de gravité à atteindre pour que la situation d'un bénéficiaire de la protection internationale dans un Etat membre corresponde à une situation de « dénuement matériel extrême » est élevé. Il s'agit d'une forme d'atteinte au « noyau dur » des droits fondamentaux, à la dignité humaine. Mais une analyse précise et rigoureuse doit être faite, justement parce qu'on touche là à ce noyau dur des droits humains.

A cet égard, si un demandeur d'asile ne peut se prévaloir d'une situation de prise en charge sociale moins favorable dans l'Etat membre normalement responsable pour justifier une situation de « dénuement matériel extrême », ni même de l'unique absence de prestation de subsistance, il est néanmoins intéressant de constater que la Cour rappelle clairement qu'il ne pourrait exister, dans cet Etat membre, de différence de traitement non justifiée dans l'accès aux prestations sociales entre un bénéficiaire de protection internationale et un ressortissant de l'Etat membre en question (voy. *supra*, arrêt *Ibrahim e.a.*, §93).

Reste enfin à pointer l'émergence d'une possible difficulté. Les arrêts commentés rendent possible l'analyse au fond d'une demande d'asile par un Etat membre de l'UE, alors qu'un autre Etat membre avait déjà réalisé cette analyse et décidé d'octroyer un statut de protection internationale au demandeur. Qu'advierait-il si d'aventure les autorités belges ne déclaraient pas une demande de protection internationale irrecevable, malgré l'octroi d'un statut de protection internationale dans un autre Etat membre de l'Union, en raison du constat dans le chef du demandeur d'asile d'une situation de dénuement matériel extrême dans l'Etat membre normalement responsable, et qu'au bout de l'analyse au fond de sa demande d'asile, elles décidaient de lui refuser le bénéfice de la protection internationale ? On se retrouverait alors dans une situation où le demandeur de protection internationale ne bénéficierait d'aucun statut en Belgique, mais où il ne pourrait pas non plus retourner dans l'Etat membre de l'UE où il possède un statut de protection internationale car il y risquerait de subir des traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Nul doute qu'il faudra apporter une réponse coordonnée à cette question.

C. Pour aller plus loin

Lire les arrêts :

[C.J.U.E., 19 mars 2019, *Jawo*, C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218](#)

[C.J.U.E., 19 mars 2019, *Ibrahim, Sharqawi e.a. et Magamadov*, aff. jointes C-297/17, C-318/17 et C-428/17, ECLI:EU:C:2019:219](#)

Jurisprudence :

[Cour eur. D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011](#)

[C.J.U.E., 21 décembre 2011, *N.S. e.a.*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10](#)

Pour citer cette note : LYS, M., « Le risque qu'un demandeur d'asile soit exposé à une situation de dénuement matériel extrême empêche son transfert vers l'Etat membre normalement compétent pour le traitement de sa demande d'asile ou vers celui qui lui a déjà accordé une protection internationale », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2019.

2. CJEU, 23 January 2019, *M.A., S.A. and A.Z.*, C-661/17

Brexit and Dublin: the Court of Justice clarifies the implications for the Dublin System of the process of withdrawal from the EU of the United Kingdom

Francesco Luigi Gatta

A. Facts and Ruling

1. Principal facts and questions referred for a preliminary ruling

The case concerns two third-country nationals, S.A. and M.A., and their child, A.Z. In 2010 S.A. entered the UK on a student visa; a year later M.A. joined her after obtaining a dependent visa. Their child A.Z. was born in the UK in 2014. The parents renewed their visas every year until the college in which S.A. was studying closed down, which led to the expiry of their visas.

The family then moved to Ireland where, in 2016, applied for asylum, after having been residents in the UK for 6 years. The Irish Refugee Applications Commissioner sent a request to the UK – which accepted – to take charge of the asylum applications in accordance with the [Dublin III Regulation](#).

S.A. and M.A. unsuccessfully challenged their return to the UK by raising issues regarding medical and health problems affecting their child. The parents then appealed the transfer decision before the International Protection Appeals Tribunal invoking, *inter alia*, grounds relating to the UK's future withdrawal from the EU in light of the "Brexit" process.

The case eventually reached the Irish High Court, which, in order to resolve the dispute before it, decided to ask the Court of Justice of the EU (CJEU) to clarify a number of interpretative issues linked to the Brexit process and its implications for the Common European Asylum System (CEAS). The Irish referring court also asked guidance as regards the discretionary clause set out in Article 17(1) of the Dublin III Regulation, the best interests of the child and the right to an effective remedy.

2. Questions concerning Brexit: Admissibility

In its judgment, the CJEU first dispels the question of admissibility raised by the Irish government with regard to a preliminary ruling concerning Brexit. According to Ireland, since the Brexit situation is not clear at this stage and the precise legal consequences of the possible withdrawal of the UK from the EU are not known yet, all the questions surrounding Brexit must be regarded as merely hypothetical. Now, according to its well-established case-law, the Court does not deal with questions which are hypothetical or which seek an advisory opinion. Consequently, the questions here referred for preliminary ruling must be considered as inadmissible, the Irish government concludes.

The Court rejects such argumentation, noting that it is solely for the national referring courts to determine, in light of all the relevant circumstances of the case and in order to be able to deliver their judgment, both the need for a preliminary ruling and the relevance of the questions to be referred. Questions on the interpretation of EU law enjoy a presumption of relevance and the CJEU, in principle, is bound to give a ruling, being entitled to refuse to rule on a question referred by a national court only in cases of an evident lack of relation to actual facts or where the problem raised is obviously hypothetical (*Eurosanamientos and Others*, 2016).

In the case at hand, the CJEU is satisfied with the explanations provided by the referring court as regards the need to analyse the consequences of the withdrawal of the UK from the EU in relation to the Dublin III Regulation. The interpretation requested is not irrelevant, therefore, the questions referred are admissible.

3. *Brexit and its implications for the Dublin System*

The CJEU addresses the first question concerning the Brexit implications for the functioning of the Dublin System. The referring court asks, in particular, whether the fact that the Member State designated as “responsible” in accordance with the Dublin III Regulation has triggered the withdrawal procedure under Article 50 TEU (here, UK), obliges the determining Member State (here, Ireland) to itself examine the asylum application at issue, to that end making use of the discretionary clause set out in Article 17(1) of that regulation.

The Court answers negatively, clarifying that a Member State’s notification of its intention to withdraw from the EU pursuant to Article 50 TEU does not have the effect of suspending the application of EU law, which continues in full force and effect in that Member State until the time of its actual withdrawal. Consequently, there is no obligation for the other Member State concerned to use the discretionary clause set out in Article 17(1) of the Dublin III Regulation and examine the asylum application.

Such provision, indeed, entails an optional character and its exercise is not subject to any particular condition or obligation, including the planned exit from the EU of a Member State designated as responsible for asylum purposes.

The referring Irish court also asks whether, according to the Dublin III Regulation, the decision relating to the determination of the State responsible for examining an asylum application and the one concerning the exercise of the discretionary clause under Article 17(1) must be taken by the same national authority. The CJEU observes that there are no provisions in the Dublin III Regulation specifying which national authority shall perform specific tasks and exercise specific powers with regard to its application. What the regulation does provide, under Article 35(1), is that Member States have to notify and inform the Commission about the national authorities responsible for fulfilling the obligations arising from it, but there is no restriction as regards the organisation of the tasks and competences to be allocated to the domestic authorities. Therefore, a Member State is able to entrust to different authorities the task of identifying the Member State responsible *and* the power to take a decision concerning the exercise of the discretionary clause set out in Article 17(1).

4. *The best interests of the child and the discretionary clause under Article 17(1) Dublin III Regulation*

The referring court raises a number of questions relating to the exercise of the discretionary clause in relation to the best interests of the child. In particular, it is asked whether a Member State, which is not responsible for the examination of an asylum application, may be obliged, by considerations relating to the best interests of the child, to make use of the discretionary clause set out in Article 17(1) and to itself examine that application.

The CJEU confirms that Article 17(1) provides for the exercise of an option, a discretionary power, which a Member State may sovereignly decide to use in light of the circumstances of the case. Thus, not even considerations regarding the best interests of the child can oblige Member States to use such discretionary clause.

The referring court also asks whether, under the Dublin III Regulation, a specific remedy shall be made available against the decision not to use the discretionary clause set out in Article 17(1). The Court answers negatively, on the basis of three considerations.

First, although under Article 27(1) of the Dublin III Regulation an applicant for international protection has the right to an effective remedy against a transfer decision, such provision does not expressly provide for a specific and additional appeal against the decision to not use the option set out in Article 17(1). Second, the Court observes that the Member State's decision not to use the discretionary clause under Article 17(1) necessarily implies that it must adopt a transfer decision, which may be challenged by the applicant: that is the time and the context in which the refusal to use the discretionary clause may be contested, without the need of an additional *ad hoc* remedy. Third, for the Court, in general terms, the overall objective of the Dublin III Regulation of ensuring the rapid processing of applications discourages the availability of multiple remedies.

Finally, the referring court raises a question about the examination of the situations of the child and the parents in the framework of the asylum procedures. The Court states that, in the absence of evidence to the contrary, the Dublin III Regulation establishes a presumption that it is in the best interests of the child to treat his/her situation as indissociable from that of his/her parents. Such conclusion, indeed, is consistent with the principles of respect for family life and the need to preserve the unity of the family.

B. Discussion

1. *Brexit and the "absolute discretion" of Member States as regards Article 17(1) of the Dublin III Regulation*

EU law still applies to the UK until Brexit actually happens. This finding is consistent with what the CJEU already affirmed in the other "Brexit case" concerning the surrender to the UK of a person subject to a European arrest warrant (*RO*, 2018): the mere notification of the intention to withdraw from the EU according to Article 50 TEU does not have the effect of suspending the application of EU law in the Member State that has given notice. Consequently, Article 50 TUE has no implications, as long as the withdrawal from the EU is not completed, for the application of EU law, whether in the field of police and judicial cooperation in criminal matters (transfer of a person subject to the European arrest warrant) or of the CEAS (transfer of an asylum seeker).

As for the discretionary clause set out in Article 17(1) of the Dublin III Regulation, the CJEU essentially confirms its previous case-law, reiterating its optional nature and the wide discretion enjoyed by Member States in that regard. The clause, indeed, leaves a Member State "absolute discretion" to decide, on the basis of political, humanitarian or practical considerations, whether to examine an

application for international protection even if it is not responsible according to the Dublin criteria (*Fathi*, 2018).

This assumption is explained by the Court, firstly, by clarifying that the “discretionary clause” set out in Article 17(1) of the Dublin III Regulation essentially corresponds to the old “sovereignty clause” contained in Article 3(2) of the [Dublin II Regulation](#). The terms of the two provisions, in essence, coincide, so that the interpretation of the “old clause” is transposable to the “new clause” (*C.K. and Others*, 2017).

Secondly, the CJEU states that it is clear from the wording of Article 17(1) that this provision has an optional character and its exercise is not subject to particular specific conditions (*Halaf*, 2013). Furthermore, the Court goes on to explain that the discretionary nature of the clause is consistent with its case-law relating, in general, to optional provisions, which confer “a wide discretionary power” to Member States (*Abdullahi*, 2013). Lastly, the discretionary power to exercise the clause is coherent with the objective of Article 17(1), as it allows Member States to sovereignly decide to examine an application for asylum and to maintain their prerogatives in the exercise of the right to grant international protection (*X*, 2018; *Abdullahi*).

2. The best interests of the child and the unity of the family

Member States, ultimately, remain free to decide *if* and *how* to activate the clause set out in Article 17(1). Considerations about the best interests of the child do not affect the “absolute discretion” enjoyed by Member States either. In this regard, the UNHCR has repeatedly called on EU Member States for a proactive use of the discretionary clauses of the Dublin III Regulation, considering, in particular, the one set out in Article 17(1) as a “vital safeguard” on account of its flexibility to respond to different situations, including, especially, those involving the unity of the family and the best interests of the child. Despite its potential, however, the discretionary clause under Article 17(1) has only received a limited application so far, the UNHCR observes.

The CJEU does not encourage a change in this trend, as it laconically affirms that Member States enjoy full discretion as regards the exercise of such clause, and not even considerations relating to the best interests of the child can oblige them to use it. While it is true that the Court lends great weight to the principle of the best interests of the child (*AS*, 2018) – which, moreover, is established in EU primary and secondary law (Article 24 of the Charter of fundamental rights of the EU; Article 6 of the Dublin III Regulation) –, such principle is not sufficient to affect the “absolute discretion” enjoyed by Member States and their power to exercise the discretionary clause under Article 17(1), so that, ultimately, the sovereign prerogatives of Member States prevail here.

The Court shows a more sensible approach when dealing with the question of the examination of the child’s situation in relation to that of the parents, as it establishes a presumption that, unless proven otherwise, the principle of the best interests of the child calls for the respect for family life and, more specifically, the preservation of the unity of the family group.

This finding is consistent with the recommendations stemming from the UNHCR and the European Asylum Support Office (EASO) on how to deal with the principle of the best interests of the child in asylum procedures. In particular, [EASO](#) highlights that it is of primary importance to assess the presence of potential conflicting interests between the child and the parents and, if it is the case, to

conduct separate examinations and take different decisions regarding their applications for international protection.

The CJEU's judgment is coherent in so far as it establishes a presumption that is rebuttable, as in circumstances which display that a joint treatment is in contrast with the principle of the best interests of the child, the child's situation shall be examined and treated separately from the one of the parents. The problem is, as the UNHCR points out, that such assessments are often carried out superficially, so that the best interests of the child is a principle that sometimes has a value only in theory, but not in practice.

C. Suggested Reading

To read the case : [CJEU, 23 January 2019, M.A, S.A. and A.Z, C-661/17, EU:C:2019:53](#)

Case law :

- [CJEU, 19 September 2018, RO, C-327/18 PPU, EU:C:2018:733](#)
- [CJEU, 16 February 2017, C.K. and others, C-578/16 PPU, EU:C:2017:127](#)
- [CJEU, 4 October 2018, Fathi, C-56/17, EU:C:2018:803](#)

Doctrine :

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

NERAUDAU, E., « Les obligations de l'État requérant avant transfert Dublin d'un demandeur d'asile gravement malade (absence de défaillances systémiques) : un écho à la jurisprudence de la Cour eur. D.H. », *Newsletter EDEM*, février 2017

MORGADES-GIL, S., "The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses After the Interpretations of the ECtHR and the CJEU?", *International Journal of Refugee Law*, 2015, Vol. 27, No 3, pp. 433-456

Other materials :

EUROPEAN PARLIAMENT, [The future relationship between the UK and the EU in the field of international protection following the UK's withdrawal from the EU](#), Study requested by the LIBE committee, 2018

EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE (EASO), [Practical guide on the best interests of the child in asylum procedures](#), EASO Practical Guide Series, 2019

UNHCR, [Left in limbo, UNHCR study on the implementation of the Dublin III Regulation](#), UNHCR, August 2017

To cite this contribution: F.L. GATTA, "Brexit and Dublin: the Court of Justice clarifies the implications for the Dublin System of the process of withdrawal from the EU of the United Kingdom", *Cahiers de l'EDEM*, March 2019.

3. CJEU, 13 December 2018, *Touring Tours und Travel & Sociedad de Transportes*, C-412/17 and C-474/17

Preserving and strengthening Schengen or circumventing the prohibition of border checks at the internal borders? The case of outsourced checks on persons performed by carriers.

Eleonora Frasca

A. Facts and Ruling

1. Facts and circumstances of the case

The parties in the main proceedings are in dispute about the conformity of German domestic legislation, which requires coach transport operators (private companies) to check passengers' passports and residence permits before they cross the German border (within the Schengen area) with [Article 20 and Article 21 of the Schengen Borders Code \(Regulation No 562/2006\)](#) and [Article 67\(2\) of the Treaty on the Functioning of the European Union](#).

The coach service companies operate regular travels across the border between Germany and the Netherlands and Germany and Belgium. Since 2013, those companies have transported a large number of third-country nationals to Germany who were not in possession of the requisite travel documents. The issue at stake in this ruling is the undesirability, from a Member State perspective, of the so-called "secondary movement". The latter is defined by the European Commission as "*the movement of migrants, including refugees and asylum seekers who, for different reasons, move from the country in which they first arrived to seek protection or permanent resettlement elsewhere. This movement is without the prior consent of the national authorities, without an entry visa, or with no or insufficient documentation normally required for travel purposes, or with false or fraudulent documentation*" ([EMN glossary](#)).

According to [Paragraph 63 of the Law on residence, employment and integration of foreign nationals in the German Federal Territory](#), the transport carriers' staff are required to check passengers' travel documents when checking tickets at the boarding point. As such, they shall refuse travel to the passengers without the said documents. The aim of the legislation is therefore to prevent the entry of these third-country nationals to Germany.

In compliance with the domestic legislation at issue, the German Federal Police first sent a "warning" to the coach service operators implicated, listing the cases of transport of unauthorised passengers to Germany. As they persisted in their conduct, the warning was followed by prohibition orders, accompanied by a fine of 1,000 EUR per new infringement.

The two coach service companies, *Touring Tours und Travel* and *Sociedad de Transportes*, brought actions against those orders, which the German Administrative Court subsequently annulled. The Court deemed that Paragraph 63 is contrary to Article 67(2) TFEU and Article 20 and 21 of the Schengen Borders Code (in the version applicable in 2014). According to the German Administrative

Court, the controls imposed on the coach service operators constitute “*measures having an effect equivalent to border checks*” for the purposes of Article 21 and are therefore prohibited.

The Federal Republic of Germany brought an appeal against that judgment before the referring Court. Germany argues that the controls imposed by Paragraph 63 on the transport carriers comply with a set of EU legislation to counter illegal migration, which, among other measures, seek to impose penalties for the facilitation of illegal migration. Germany claims that those measures act as special provisions compared to the Schengen Borders Code and that they justify the imposition of penalties for infringements of transport prohibitions such as Paragraph 63.

In the context of this dispute, the German Federal Administrative Court decided to stay the proceedings and to refer two main questions (with additional sub-questions), identical in case C-412/17 and case C-474/17, to the Court of Justice of the European Union concerning [the interpretation of Article 67\(2\) TFEU and Articles 20 and 21 of Regulation N° 562/2006](#). The two main questions are formulated as follows:

- Do Article 67(2) TFEU and [Articles 20 and 21 of Regulation N° 562/2006](#) preclude a provision of national law of a Member State which has the effect of requiring coach transport undertakings operating regular services across a Schengen internal border to check their passengers’ travel documents before crossing an internal border in order to prevent foreign nationals not in possession of a passport or residence permit from being brought into the territory of the Federal Republic of Germany?
- Do [Articles 20 and 21 of Regulation N° 562/2006](#) permit provisions of national law under which, for the purposes of ensuring compliance with that duty to carry out checks as referred to in question 1, an order imposing a prohibition and a threat of a recurring fine against a coach transport undertaking in cases where the failure to carry out checks has enabled even foreign nationals not in possession of a passport or residence permit to be brought into the territory of the Federal Republic of Germany?’

2. Judgment and reasoning of the Court

The Court finds that European law precludes national legislation that requires coach transport services to check the passports and residence permits of passengers before they cross an internal border of the Schengen Area.

The Court proceeds with an overall assessment of the German legislation based on the relative weight of the indicators listed in the Article 21(a) Schengen Borders Code. The Court analyses if the controls required by the domestic provision (the above-mentioned Paragraph 63) constitute a “*measure having effects equivalent to border checks*”. Because of the absence of sufficient, detailed rules and limitations with regard to the intensity, selectivity and frequency of the checks imposed under the German legislation, the imposition of such checks constitute a violation of Article 21 of the Schengen Borders Code.

B. Discussion

The interest of this case-law resides in the interplay of the Court's arguments and the opinion of the Advocate General Bot as well as in the interpretation of the prohibition of border checks in light of the Court's previous case-law concerning the Schengen Borders Code.

I. The argument of the German government: compliance with legislation on the fight against irregular migration

The German government argues that the legislation in question complies with "special" legislation of the European Union, namely [Directive 2002/90 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence](#), [Framework Decision 2002/964](#) and [Directive 2001/51 supplementing the provisions of Article 26 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985](#). This set of measures aims to counter irregular migration by imposing penalties for the aiding of illegal migration. Indeed, the German Government has used this argument in its written observations, at the hearing at the Court of Justice and as a base for its appeal against the domestic judgment, the object of the dispute in the main proceedings.

However, the Court of Justice considers that the national referring Court did not need any clarification in reply to this line of argument of Germany regarding the possible effect of this body of legislation (§28). Therefore, it did not embark in the interpretation of the border checks in light of those provisions and decided not to extend the scope of the questions referred. Yet, the Court recalls that any obligation emanating from those provisions should be implemented *as part of* the Schengen Borders Code.

On the contrary, the Advocate General Bot in his [opinion in joint cases C-412/17 and C-474/17](#) analyses the compliance of the obligation to check travel documents with the provisions of EU legislation aimed at fighting illegal immigration. He concludes that this body of legislation does not establish the legality of those checks. Moreover, the Advocate General recalls a series of means and measures that the Member States can use to (lawfully) counter irregular migration into their territory. Among those, operation cooperation ([Article 16 of the Schengen Borders Code](#)) obliges Member States *"to exchange all relevant information, assist each other and maintain close cooperation with a view to the effective implementation of the external border control"* (§108).

In its latest [Progress Report on the implementation of the European Agenda on Migration](#) (March 2019), the European Commission affirms: *"there is a clear correlation between strong border and migration policies and our ability to preserve the benefits of the Schengen area (...). The Commission has set out how security can be intensified through proportionate police checks and cooperation, **without requiring border controls**, and proposed changes to the rules on the temporary reintroduction of border controls at internal borders. (...) It is time to take stock of the situation with a view to having the internal border controls lifted and restoring a fully functioning Schengen area"*.

II. A matter of perspective: border checks or checks within the territory?

The Advocate General Bot and the Court looked at the obligation that requires coach transport operators to check the passports and residence permits of passengers (before they cross an internal border of the Schengen Area) from two different perspectives, reaching, in any case, the same conclusion.

According to the Advocate General, the obligation at issue should be understood in light of Article 20 of the Schengen Borders Code titled “Crossing internal borders”. According to Article 20 “*internal borders may be crossed at any point without a border check on persons, irrespective of nationality, being carried out*”. The checks that coach service operators were required to conduct are comparable to border checks, prohibited within the Schengen Area.

The checks take place *before the border is crossed*, when the passengers aboard the coach. In the view of the Advocate General, even if not performed at the physical internal border, those checks work as “remote checks” or “outsourced checks” (§85). Border control is therefore doubly externalised. On the one hand, border control is externalised beyond the physical border, outside the territory of the Member State concerned (at the coach boarding point in another Member State within the Schengen Area, e.g. in Belgium or The Netherlands). On the other hand, border control is externalised to private actors and therefore privatized (because the coach service’s staff performs the checks).

The opinion of the Advocate General is not entirely shared by the Court. According to the latter, the obligations should be understood in light of Article 21(a) Schengen Borders Code titled “Check within the territory”. Since the checks are carried when the passengers aboard the coach, at the start of a cross-border journey, they happen *within the territory* of a Member State.

III. Measure having an effect equivalent to border checks: an assessment framework

A preliminary point made by the Court in reply to the referring court is that Article 21(a) Schengen Borders Code is applicable to transporters and not only to police authorities. This is true particularly when the power of the transporters stems from a general obligation (the national provision) or from a police order (the prohibiting orders following the “warning”). The transporters carry out the checks on the instruction and under the control of the authorities. The Court explains, “*if that were not the case, that provision could easily be circumvented and its effectiveness compromised*” (§50).

The Court also explains that, in the present case, “*the checks at issue (...) are characterised by the particularly close connection which they have with the crossing of an internal border, inasmuch as that is specifically the event which triggers those checks*” (§67). In order to assess whether the provision requiring coach services to check passports and residence permits of the passenger is a measure having an effect equivalent to border checks (and is, therefore, prohibited), the Court undertakes a comprehensive analysis of the indicators listed in Article 21(a) Schengen Borders Code.

The Court examines the indicators listed in Article 21(1) Schengen Borders Code whereby the exercise of police power (in this case delegated to transporters) should not be considered equivalent to the exercise of border checks when the measures:

I. Do not have border control as an objective

The purpose of the checks in question is precisely border control with the aim of “preventing passengers from entering the territory of that State if they do not have the requisite travel documents” (§59). This is clear from the wording of the obligation at Paragraph 13 of the German legislation entitled “Crossing Borders”; it is compulsory for “all foreign nationals to have in their possession a recognised valid passport or a document replacing a passport on entering or leaving the national territory and to submit to police checks on cross-border traffic” (§57). The staff of the coach services are therefore required by Paragraph 63 to verify, at the coach boarding point, if the passengers are in possession of the documents to comply with those conditions for entering Germany.

II. Are based on general police information and experience regarding possible threats to public security and aim, in particular, to combat cross-border crime.

The German Police issued prohibiting orders to the coach service operators where it is ascertained that third-country nationals are entering the German territory without the requisite travel document. Those orders are, as a matter of fact, based on general police information and experience regarding possible threats to public order. However, this is not true when checks are imposed on coach service operators based on a general obligation (§60 and §61).

III. Are devised and executed in a manner clearly distinct from systematic checks on persons at the external borders

Although the checks performed by the staff of coach services operators are “less in-depth than that carried out by the police” (§63), they must be carried out systematically on all persons travelling on all cross-border coaches.

IV. Are carried out on the basis of spot-checks

Since the obligation is of a general character, the checks are clearly not carried out on the basis of spot-checks (§65).

IV. Reference to previous case-law on the Schengen Borders Code:

This ruling is the first where the Court expresses its views on the prohibition of measures having effects equivalent to border controls *operated by coach service companies*. However, the analysis of the Court is in line with its previous case-law interpretation of Article 21(a) in respect of checks

carried out within the territory of a Member State (at the border or at the border area) by State authorities exercising public powers.

The three cases (*A.*, *Melki and Abdeli*, *Adil*) concerned checks of identity, nationality and residence status within a limited distance from an internal border. In these cases, the Court established criteria which allow the national Court to determine if Article 67(2) TFEU and Article 20 and 21 of the Schengen Borders Code preclude national legislation conferring to police authorities the power to check the identity of any persons within a certain distance from a Member State's border. The principle drawn by the Court is that the Schengen Borders Code precludes such legislation "*unless that legislation lays down the necessary framework for that power ensuring that the practical exercise of it cannot have an effect equivalent to that of border checks*" (*A.*, §63).

The compliance of such checks with the Schengen Borders Code in respect of their nature and geographical scope must be subject to the verification of the national Court. The latter shall examine if national law enabling the exercise of certain checks is subject to detailed rules and limitations determining the intensity, frequency and selectivity of the checks.

The Court recalls that the checks imposed under Paragraph 63 and those carried out in the rest of Germany (within the territory) have distinct legal bases. The latter are directed to coach services which cover distances comparable or even larger to the one of companies offering cross-border travel service (§69). The circumstance that different rules apply to similar coach transport services is an additional indicator of the "*effect equivalent to border checks*" for the purposes of Article 21(a) Schengen Borders Code attached to the measure at issue.

V. External border control vs internal border control

The Advocate General stresses that, by introducing an obligation for carriers to carry out checks, Germany is using legislation originally intended for external border controls and is "*covertly and with less obvious effectiveness restoring borders where they have, in principle, been abolished and is circumventing the fundamental prohibition set out in Article 1 and 20 of the Schengen Borders Code*".

Conclusion

In an era where Member States call for the restoration of internal border controls to counter the undesirability of "secondary movements", the Court of Justice reiterates, with the ruling *Touring Tours und Travel and Sociedad de Transportes*, the importance of the prohibition of internal border controls within the Schengen Area. In line with its previous case-law, the Court addresses the issue of a national obligation imposing on coach travel operators the task of checking passengers' passports and residence permits on routes crossing internal borders as a "measure having an effect equivalent to border checks". Border checks at the internal borders of the Schengen Area can only be carried out in the presence of a clear framework, accompanied by detailed rules and limitations.

C. Suggested Reading

To read the case: CJEU, 13 December 2018, *Touring Tours und Travel and Sociedad de Transportes*, C-412/17 and C-474/17, EU: C:2018:1005

Opinion of the Advocate General, 6 September 2018, Joined Cases C-412/17 and C-474/17 EU: C:2018:671

Case law:

CJEU, 21 June 2017, *A.*, Case C-9/16, EU:C:2017:483;

CJEU, 19 July 2012, *Adil*, Case C-278/2012, EU:C:2012:508;

CJEU, 22 June 2019, *Melki and Abdeli*, Joint cases C-188/10 and C-189/10, EU:C:2010:363

Doctrine:

F. MC NAMARA, "Externalised and privatised procedures of EU migration control and border management: a study of EU member state control and legal responsibility" European University Institute PhD theses; Department of Law, European University Institute, Florence, 2017

Other materials :

EUROPEAN COMMISSION (2017) *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on preserving and strengthening Schengen*, Brussels, 27/9/2017 COM (2017) 570 final

EUROPEAN COMMISSION (2019) *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, Brussels, Brussels, 6/3/2019 COM(2019) 126 final

To cite this contribution: E. FRASCA, "Preserving and strengthening Schengen or circumventing the prohibition of border checks at the internal borders? The case of outsourced checks on persons performed by carriers.", *Cahiers de l'EDEM*, March 2019