Rétention des demandeurs d'asile et droit à la liberté et à la sûreté : Les errements stratégiques de la Cour de justice

Droit d'asile et droit à la liberté et à la sûreté (UE et CEDH)

Chloé Peyronnet

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2070>

DOI : 10.4000/revdh.2070

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Chloé Peyronnet, « Rétention des demandeurs d'asile et droit à la liberté et à la sûreté : Les errements stratégiques de la Cour de justice », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 mars 2016, consulté le 02 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2070> ; DOI : 10.4000/revdh.2070

Ce document a été généré automatiquement le 2 mai 2019.

Tous droits réservés

Rétention des demandeurs d'asile et droit à la liberté et à la sûreté : Les errements stratégiques de la Cour de justice

Droit d'asile et droit à la liberté et à la sûreté (UE et CEDH)

Chloé Peyronnet

- 1 En refondant le régime européen de l'asile, les directives 2013/32/UE (directive « procédures ») et 2013/33/UE (directive « accueil ») du 26 juin 2013 ont précisé les hypothèses dans lesquelles les demandeurs d'asile peuvent être placés en rétention. Auparavant, cette privation de liberté faisait l'objet d'une disposition laconique : l'article 18 de l'ancienne directive « procédures »¹ se bornait à interdire aux États membres d'ériger l'introduction d'une demande d'asile en motif de placement en rétention et à les obliger à prévoir la possibilité un recours juridictionnel rapide contre une telle mesure. L'article 8 de la nouvelle directive « accueil » devait imposer aux États membres un degré de sécurité juridique supérieur en matière de rétention. S'il faut saluer l'introduction d'une référence aux principes de nécessité et de proportionnalité ainsi qu'à l'obligation de prévoir des mesures alternatives à la rétention, reste que les hypothèses de placement visées par l'article 8 § 3 sont particulièrement vagues, comme en témoigne sa dernière phrase selon laquelle « les motifs du placement en rétention sont définis par le droit national ». Ainsi, bien que le titre de la directive vise l'établissement de « normes » et non plus de « normes minimales », la distinction entre les « hypothèses » (cadres généraux limitativement énumérés par l'article 8 § 3) et les « motifs » (cadres possiblement plus précis prévus par les droits nationaux) de placement en rétention minore largement la valeur ajoutée de cette disposition.
- 2 Le 15 février 2016, la Cour de justice a répondu à son premier renvoi préjudiciel relatif à la nouvelle version de la directive « accueil ». Le Conseil d'État néerlandais (*Raad van State*) l'interrogeait sur la conformité au droit à la liberté et à la sûreté de son l'article 8 § 3 e),

qui vise l'hypothèse dans laquelle « la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public [exige le placement en rétention] ».

- 3 En l'espèce, la juridiction de renvoi devait statuer sur le sort de J. N., ressortissant tunisien. Depuis son arrivée au Pays-Bas en 1995, J. N. avait été condamné à vingt-et-unes reprises pour des infractions mineures (principalement des vols) et avait introduit quatre demandes d'asile. Suite au rejet de sa troisième demande, il avait fait l'objet d'une décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée, que la jurisprudence nationale considérait comme caduque du fait de l'introduction de sa quatrième et dernière demande d'asile². Dans l'attente d'une décision définitive sur son cas, J. N. avait été placé en rétention sur le fondement de la loi néerlandaise transposant la directive « accueil »³. Le secrétaire d'État à la justice justifiait cette mesure par la nécessité de protéger de la sécurité nationale ou l'ordre public, motif de placement visé par l'article 59 b. § 1 d) de la loi de 2000 sur les étrangers transposant fidèlement (et donc sans la préciser) l'hypothèse prévue par l'article 8 § 3 e) de la directive. Devant le Conseil d'État, J. N. contestait la légalité de son placement en rétention au motif que sa base juridique violerait l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) lue à la lumière de l'article 5 § 1 f) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).
- 4 La question de la conformité de l'art. 8 § 3 e) de la directive « accueil » au droit à la liberté et à la sûreté impliquait de clarifier la teneur de ce droit, auquel la CDFUE et CEDH accordent une protection différenciée. Renvoyant implicitement à son avis 2/13⁴, la Cour de justice a écarté sans ambages l'article 5 de la CEDH pour proposer une interprétation autonome de l'article 6 de la CDFUE. Cette théorie de la « Charte-écran » ne doit pas tromper : possible symptôme d'une volonté d'émancipation, elle permet surtout d'éviter la circonscription de la rétention des demandeurs d'asile aux hypothèses liées à une procédure pénale (1°), conséquence inévitable d'un contrôle au regard de la Convention (2°).

1° / - Le refus d'un contrôle au regard de la CEDH : une théorie de la « Charte-écran » opportuniste

- 5 Appelée à clarifier la teneur du droit à la liberté et à la sûreté, la Cour de justice évoque les liens privilégiés entre Union européenne et CEDH pour mieux les écarter. Faisant une application extensive du principe de l'interprétation conforme, elle neutralise délibérément la technique des droits correspondant issue de l'article 52 de la CDFUE (A). Cette position opportuniste, qui ébranle la règle de la protection équivalente, recèle des implications théoriques dangereuses dépassant le cadre de la rétention des demandeurs d'asile (B).

A - Une application extensive du principe d'interprétation conforme neutralisant la technique des droits correspondants

- 6 Le principe de l'interprétation conforme impose que le droit dérivé soit interprété « dans la mesure du possible, d'une manière qui ne [remette] pas en cause sa validité » (§ 48). En présence de plusieurs interprétations possibles, ce principe général impose de « privilégier celle qui est de nature à sauvegarder son effet utile »⁵. Destiné à garantir les

principes de primauté, d'effectivité et d'unité du droit de l'Union, il doit s'articuler avec l'article 52 § 3 de la CDFUE⁶ selon lequel le sens et la portée des droits protégés par la Charte qui correspondent à des droits garantis par la CEDH sont les mêmes que ceux que leur confère cette dernière, sans préjudice d'une protection plus étendue accordée par le droit de l'Union⁷. Cette technique vise à assurer que le degré de protection de tels droits reçoive un degré de protection alignée sur le standard le plus élevé⁸.

- 7 En l'espèce, la Cour de justice identifie le droit à la liberté et à la sûreté comme droit correspondant (§ 44), mais refuse de tirer les conséquences de la technique afférente. En effet, après l'avoir évoquée et rappelé que les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principe généraux du droit, elle affirme que la CEDH « ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union » (§ 45). Partant, elle considère que l'appréciation de la validité de la disposition litigieuse « doit être opérée uniquement au regard des droits fondamentaux garantis par la Charte » (§§ 45-46), laquelle ferait écran entre la directive « accueil » et la CEDH. Cette méconnaissance ostensible de l'article 52 de la CDFUE résulte d'une application extensive du principe de l'interprétation conforme, laquelle permet de maximiser la marge d'appréciation de la Cour de justice dans le cadre de son appréciation de la validité de l'article 8 § 3 e) de la directive « accueil ». En effet, la CDFUE vise deux notions au titre des buts légitimes permettant une ingérence dans les droits et libertés qu'elle garantit : la poursuite « d'objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union » et le « besoin de protection des droits et libertés d'autrui »⁹. Ces notions vagues au contenu juridique indéterminé contrastent avec l'article 5 de la CEDH, lequel énumère expressément et définit précisément les buts légitimes à même de justifier une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté et à la sûreté.
- 8 Ainsi, en refusant d'interpréter le droit à la liberté et à la sûreté protégé par l'article 6 de la CDFUE à la lumière de la CEDH, la Cour de justice ne se contente pas d'évoquer la lutte d'influence entre Luxembourg et Strasbourg sur le terrain des droits fondamentaux. Il s'agit davantage de modifier les prémisses au regard desquelles la disposition litigieuse doit être appréciée afin d'éviter les conséquences d'une confrontation qui, comme le montrent les conclusions de l'avocat général Sharpston, remettraient en cause la validité de certaines hypothèses de rétention visées par la directive « accueil ».
- 9 Si cette théorie de la Charte-écran opportuniste trouve une explication stratégique dans le cadre de la directive « accueil », ses implications dépassent largement le cadre de l'affaire en cause.

B - Une remise en cause de la règle de la protection équivalente aux implications théoriques dangereuses

- 10 La règle de la protection équivalente est issue de la lutte entre la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et la Cour constitutionnelle allemande sur la question de la primauté du droit communautaire. À une époque où ce dernier imposait la libération des flux commerciaux sans protéger les droits fondamentaux, reconnaître « l'impossibilité pour les États de faire prévaloir [une mesure unilatérale] contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité » impliquait que les Cours constitutionnelles renoncent à contrôler la conformité du droit dérivé aux Constitutions qu'elles protègent. Du point de vue théorique, cela revenait à consacrer la primauté du libéralisme économique sur les droits et libertés consacrés par ces Constitutions. Pour

allier principe de primauté et protection des droits fondamentaux, il était donc nécessaire que le droit communautaire assure lui-même une telle protection. Dans son arrêt *Solange I* du 29 mai 1974, la Cour constitutionnelle allemande a opposé cette primauté conditionnelle à la primauté absolue défendue par la CJCE, laquelle a progressivement intégré la protection des droits fondamentaux au droit communautaire en tant que principes généraux du droit¹⁰. Ce n'est qu'après avoir jugé satisfaisante l'application desdits principes que la Cour constitutionnelle allemande a rendu son arrêt *Solange II* du 22 octobre 1986, acceptant de se déclarer incompétente pour contrôler la conformité du droit dérivé aux droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale allemande « aussi longtemps que » le droit communautaire leur assurerait une protection équivalente.

- 11 Comme la CJCE l'a affirmé plus tard, la CEDH revêt « une signification particulière » parmi les « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré » dont elle doit tenir compte dans l'identification des droits fondamentaux intégrant les principes généraux du droit communautaire¹¹. Dès lors que tous les États membres des Communautés européennes étaient parties à la CEDH¹², une telle solution s'imposait pour respecter la règle de la protection équivalente. Les États membres ont confirmé la place spécifique reconnue à la Convention en adoptant le traité de Maastricht, dont l'article F § 2¹³ dispose que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [CEDH] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».
- 12 Du fait de la superposition du droit de l'Union et de la CEDH dans les droits nationaux, la coexistence pacifique entre primauté du droit de l'Union sur ces derniers et primauté des Constitutions sur les normes internationales auxquelles elles donnent leur valeur dépend en partie de l'harmonie entre les obligations issues des deux ordres juridiques européens. La possibilité pour l'Union d'adopter des actes juridiques non conformes à la CEDH plonge les États membres dans une insécurité juridique à laquelle la « doctrine *Bosphorus* »¹⁴ pallie péniblement. L'adhésion de l'Union à la CEDH devait y remédier tout en rendant la règle de la protection équivalente inutile. Cependant, ce projet semble moribond depuis l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 par lequel la Cour de justice y a manifesté son opposition¹⁵.
- 13 La théorie de la Charte-écran utilisée par la Cour de justice au soutien de la directive « accueil » peut n'être qu'opportuniste. Intervenant dans une affaire relative à la politique d'immigration et d'asile, elle ne sera sans doute pas contestée par des États membres plus que jamais désireux de conserver une marge d'appréciation maximale en la matière. Cependant, sur le plan théorique, elle met à mal l'édifice juridique construit sur la règle de la protection équivalente. Dans un contexte où la gestion des flux migratoires génère une tension paroxystique autour des droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers, une telle solution peut être considérée comme un danger pour la stabilité de l'Union. À tout le moins, elle le serait si elle devait être pérennisée.
- 14 En toutes hypothèses, c'est bien dans l'optique d'éviter la confrontation de la disposition litigieuse à la CEDH que la Cour de justice retient cette solution dans l'affaire *J. N.*

2° / - Les conséquences d'un contrôle au regard de la CEDH : une circonscription des hypothèses de rétention des demandeurs d'asile

- 15 L'avocat général Sharpston a rigoureusement contrôlé la validité de l'article 8 § 3 e) de la directive « accueil » au regard de l'article 5 de la CEDH. Par contraste, ses conclusions mettent en exergue le caractère feint du contrôle opéré par la Cour de justice (A), qui s'explique par le résultat d'une véritable appréciation : si la confrontation de la disposition litigieuse à l'article 5 permet de conclure à sa validité conditionnelle, elle implique également la non validité des hypothèses de rétention étrangères à une procédure pénale (B).

A - Une appréciation de validité au regard de la CEDH feinte révélée par l'avocat général

- 16 Devant le Conseil d'État néerlandais, J. N. contestait la validité de l'article 8 § 3 e) de la directive « accueil » au regard de l'article 6 de la CDFUE lu à la lumière l'article 5 § 1 f) de la CEDH. Après avoir qualifié la mesure de rétention d'ingérence dans le droit à la liberté et à la sûreté, la juridiction de renvoi a transmis ce moyen à la Cour de justice sans le reformuler. Or, il est évident qu'une mesure privative de liberté fondée sur la directive accueil ne saurait trouver sa justification dans le but légitime visé par cette disposition. En effet, l'article 5 § 1 f) vise l'hypothèse ou une ingérence dans le droit à la liberté et à la sûreté est nécessaire afin « d'empêcher [une personne] de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ». Or, le champ d'application *rationae personae* de la directive « accueil » s'étend aux seuls demandeurs d'asile, qui ont par définition déjà « [pénétré] [...] dans le territoire » et ne peuvent faire l'objet d'une « procédure d'expulsion ». En effet, une décision de retour ne peut être adoptée qu'à l'encontre d'une personne en situation irrégulière, ce qui exclut les demandeurs d'asile qui se trouvent en situation régulière¹⁶.
- 17 En l'espèce, J. N. s'était trouvé en situation régulière chaque fois qu'il avait introduit une demande d'asile, puis en situation irrégulière lorsque ses demandes avaient été rejetées par une décision définitive, lui faisant perdre son statut de demandeur. Au moment du renvoi préjudiciel, sa quatrième demande n'avait pas fait l'objet d'une décision définitive, de sorte qu'il se trouvait en situation régulière : son placement en rétention était donc à juste titre fondé sur la directive « accueil », et non sur la directive « retour »¹⁷ dont le champ d'application *rationae personae* correspond à l'article 5 § 1 f). Certes, J. N. avait auparavant fait l'objet d'une décision de retour et d'une interdiction d'entrée. Cependant, si l'introduction d'une demande d'asile n'implique pas la remise en liberté d'une personne placée en rétention sur le fondement de la directive « retour », elle entraîne nécessairement la suspension d'une mesure de retour et l'application du régime de rétention issu de la directive « accueil » jusqu'à ce que la demande d'asile ait fait l'objet d'une décision définitive¹⁸. Cette exigence est même dépassée par la jurisprudence néerlandaise, selon laquelle l'introduction d'une demande d'asile par le destinataire d'une décision de retour entraîne non pas la simple suspension mais la caducité de cette dernière. À l'occasion de l'affaire J. N., la Cour de justice a incidemment fustigé ce

cloisonnement renforcé entre les statuts de demandeurs d'asile et de personne en situation irrégulière au motif qu'il entraverait l'effet utile de la directive « retour » (§§ 75-76).

- 18 En toutes hypothèses, il n'était point besoin d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de la rétention des demandeurs d'asile au regard du but légitime visé par l'article 5 § 1 f) pour constater qu'il était inopérant, car ne pouvant fonder la privation de liberté de personnes en situation régulière. Ainsi, en se contentant d'exposer l'erreur de la juridiction de renvoi sans rechercher si la rétention des demandeurs d'asile peut être justifiée par un autre des buts légitimes visés par l'article 5 § 1, la Cour de justice fait mine d'accepter la technique des droits correspondant tout en l'ignorant ostensiblement.
- 19 Contrairement à la Cour de justice, l'avocat général Sharpston s'est livré à un contrôle rigoureux de la validité de l'article 8 § 3 e) au regard de l'article 5 § 1 de la CEDH pour identifier les buts légitimes à même de justifier la rétention des demandeurs d'asile fondée sur la nécessité d'assurer « la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public ». Il en résulte qu'une ingérence dans le droit à la liberté et à la sûreté de personnes en situation régulière ne saurait être justifiée que par son lien avec une procédure pénale.

B - La non validité des hypothèses de rétention étrangères à une procédure pénale implicitement reconnue par l'avocat général

- 20 En confrontant l'article 8 § 3 e) de la directive « accueil » à la CEDH, l'avocat général Sharpston a identifié une possible justification sur le fondement des buts légitimes visés par l'article 5 § 1 b) et c). Le premier cas vise les privations de liberté liées au non respect d'une décision juridictionnelle ou nécessaires pour « garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ». Le second renvoie à celles qui suivent une arrestation et visent à assurer la traduction de la personne devant l'autorité judiciaire, à la double condition qu'il y ait des raisons plausibles de la soupçonner d'avoir commis une infraction et de vouloir soit en commettre une, soit s'enfuir après en avoir commis une : il s'agit des mesures de garde à vue et de détention provisoire. Dans les deux cas, les ingérences dans le droit à la liberté et à la sûreté doivent d'une part avoir une nature préventive, d'autre part être liées à l'existence d'une procédure pénale portant sur une infraction déterminée¹⁹. Les personnes privées de liberté en vertu de l'article 5 § 1 c) bénéficient en outre de garanties procédurales renforcées : en sus des exigences de régularité, de nécessité et de proportionnalité, la mesure qui les frappe doit encore faire l'objet d'un contrôle de légalité immédiat et automatique par l'autorité judiciaire. Par contraste, les autres hypothèses visées par l'article 5 § 1 f) impliquent seulement la possibilité d'un recours devant l'autorité judiciaire : les conditions d'immédiateté et d'automaticité ne s'imposent donc pas.
- 21 Comme le rappelle l'avocat général Sharpston, la rétention des demandeurs d'asile fondée sur les nécessités de protection de la sécurité publique ou de l'ordre public ne peut avoir pour but que de prévenir des atteintes à ces intérêts. La répression de telles atteintes ne doit être assurée que par des condamnations pénales, lesquelles ne peuvent être suivies d'une privation de liberté de nature administrative que dans le but d'empêcher la commission d'une nouvelle infraction ou d'en identifier l'auteur²⁰. Ainsi, la circonstance que J. N. ait fait l'objet de multiples condamnations pénales ne saurait être une motivation pour l'adoption d'une mesure de rétention. De même, le fait qu'il ne se soit

pas conforme à une obligation de retour assortie d'une interdiction d'entrée ne suffit pas à justifier son placement, l'article 5 § 1 b) impliquant également la nécessité de prévenir la commission d'une nouvelle infraction ou la fuite après sa réalisation.

- 22 Ainsi, la conformité de l'article 8 § 3 e) de la directive « accueil » à l'article 5 de la CEDH est soumise à la double condition qu'elle ne soit utilisée que pour prévenir la commission d'une infraction déterminée (soit dans le cadre d'une procédure pénale) et qu'elle n'impose pas aux États membres les obligations les empêchant de respecter les exigences nécessaires à la justification d'une ingérence au regard des buts légitimes invoqués²¹.
- 23 La démonstration de l'avocat général Sharpston aboutit à une validité conditionnelle de l'article 8 § 3 e) au regard de l'article 6 de la CDFUE lu à la lumière de l'article 5 de la CEDH. Si cette solution est clairement affirmée²², sa conséquence la plus importante n'est pas assumée : les hypothèses de placement en rétention des demandeurs d'asile n'étant pas liées à une procédure pénale constituent une ingérence dans le droit à la liberté et à la sûreté qui ne s'appuie sur aucun des buts légitimes visés par l'article 5 § 1 de la CEDH et, par là-même, violent l'article 6 de la CDFUE. Cette nécessaire circonscription des hypothèses de rétention des demandeurs d'asile explique pourquoi la Cour de justice a choisi de ne pas reprendre les conclusions de l'avocat général et d'écarter la technique des droits correspondant : il s'agissait non pas tant d'assurer la validité de l'article 8 § 3 e) de la directive « accueil » que de sauver l'ensemble des hypothèses de rétention des demandeurs d'asile visées par l'article 8 § 3.

*

- 24 CJUE [GC], 15 février 2016, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justicie*, C-601/15 PPU

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres.
2. V. infra.
3. Loi de 2000 sur les étrangers (*Vreemdelingenwet 2000*). Son article 59 b. § 1 d) transpose fidèlement l'article 8 § 3 e) de la directive « accueil ».

4. V. A. POPOV, « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 24 février 2015.
5. V. CJCE, *Land de Sarre et al.*, 22 septembre 1988, 187/27, § 19 ; CJCE, *Christopher Sturgeon et al.*, 19 septembre 2009, C-402/07 et C-432/07, § 47.
6. Art. 52 de la CDFUE : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »
7. Sur l'identification des droits correspondants, v. R. TINIÈRE, « Le principe de l'alignement sur le standard », in C. PICHERAL, L. COUTRON (dirs.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruyant, 2012, coll. « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », pp. 3-19.
8. V. D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015, en particulier sous-section 2 « L'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », pts. 80 s.
9. Art. 52 § 1 de la CDFUE.
10. Au début des années 70, la CJCE a successivement jugé que le respect des droits fondamentaux faisait partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont elle assurait le respect (CJCE, *Stauder*, 12 novembre 1969, 29/69, § 7), que ces principes généraux étaient déterminés par références aux traditions constitutionnelles communes aux États membres dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté (CJCE, *Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, § 4), qu'elle ne saurait « admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États » et qu'elle devait tenir compte des « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré » (CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, 4-73, § 13).
11. CJCE, *Marquerite Johnston*, 15 mai 1986, 222/84, § 18 et CJCE, *ERT*, 18 juin 1991, C-260/89, § 41.
12. V. l'état des ratifications sur le site Internet du Conseil de l'Europe [http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=6liiByqn].
13. Aujourd'hui article 6 § 3 du Traité sur l'Union européenne.
14. En vertu de la « doctrine *Bosphorus* » issue de l'arrêt éponyme (Cour EDH [GC], *Bosphorus*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98), les États membres de l'Union sont responsables devant la Cour EDH des violations de la Convention commises sous l'empire d'une règle communautaire si cette dernière leur laisse une marge d'appréciation. V. F. KAUFF-GAZIN, « L'arrêt *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme : quand le juge de Strasbourg pallie le retard du constituant de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux », in *L'Europe des libertés*, n° 17 [http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=2&id_rubrique=3].
15. V. note 4.
16. V. conclusions de l'A. G. Sharpston, § 52.
17. Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.
18. CJUE, *Mehmet Arslan*, 30 mai 2013, C-534/11, § 63.
19. CEDH [CP], *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, req. n° 5310/71, § 196 ; CEDH, *Ostendorf c. Allemagne*, 7 mars 2013, req. n° 15598/08, §§ 93-94.

20. Conclusions de l'A.G. Sharpston, § 97 : « une conclusion différente poserait difficulté au regard du principe *non bis in idem*, puisqu'elle rendrait possible une situation dans laquelle une personne, après avoir été condamnée pour une ou plusieurs infractions et purgé les peines y afférentes, serait susceptible d'être "sanctionnée" une nouvelle fois pour ces mêmes faits par un placement en rétention au titre de la disposition litigieuse. »

21. Aux §§ 126-136, l'avocat général Sharpston confronte l'article 8 § 3 e) à chacune de ces exigences de manière rigoureuse pour en conclure à juste titre qu'il n'empêche pas les États membres de s'y conformer. Bien que cela n'impacte pas la validité de la disposition au regard de l'article 5 de la CEDH, on peut cependant regretter qu'elle ne leur impose pas de les respecter.

22. Conclusions de l'A. G. Sharpston, § 137.

RÉSUMÉS

Si les renvois préjudiciels en appréciation de validité permettent de contrôler la conformité du droit dérivé au droit primaire, ils sont aussi l'occasion de préciser les contours de ce dernier. Dans l'affaire J. N., le Conseil d'État néerlandais interrogeait la Cour de justice sur la conformité de la rétention des demandeurs d'asile telle qu'encadrée par la directive « accueil » au droit à la liberté et à la sûreté. Y répondre impliquait de clarifier la teneur de ce droit, auquel la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales accordent une protection différenciée. Renvoyant implicitement à son avis 2/13, la Cour de justice écarte sans ambages l'article 5 de la Convention EDH pour proposer une interprétation autonome de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux. Cette théorie de la « Charte-écran » ne doit pas tromper : possible symptôme d'une volonté d'émancipation, elle permet surtout d'éviter la circonscription de la rétention des demandeurs d'asile aux hypothèses liées à une procédure pénale, conséquence inévitable d'un contrôle au regard de la Convention.

AUTEUR

CHLOÉ PEYRONNET

Doctorante en droit public et chargée d'enseignements (Université Jean Moulin Lyon 3)