Décision de transfert Dublin anticipée : la CJUE souligne le détournement de procédure des préfectures françaises

Antoine Guérin

Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/4443>

DOI: 10.4000/revdh.4443

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Antoine Guérin, « Décision de transfert Dublin anticipée : la CJUE souligne le détournement de procédure des préfectures françaises », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 16 July 2018, connection on 19 April 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4443> ; DOI : 10.4000/revdh.4443

This text was automatically generated on 19 April 2019.

Tous droits réservés

Décision de transfert Dublin anticipée : la CJUE souligne le détournement de procédure des préfectures françaises

Antoine Guérin

- 1 Le 15 février 2018, l'Assemblée nationale a adopté la « proposition de loi permettant une bonne application du régime d'asile européen »¹ déposée par le député Jean-Luc Warsmann. Votée en première lecture à une large « majorité », c'est-à-dire 41 voix contre 11², elle a définitivement été adoptée en seconde lecture après que le Sénat eut modifié trois de ses articles : le premier, relatif aux critères établissant un « risque non négligeable de fuite » justifiant le placement en rétention d'un demandeur d'asile « dubliné »³, le deuxième, relatif à la nouvelle possibilité pour les préfectures de placer un « dubliné » en rétention avant une décision de transfert, c'est-à-dire dès la phase de détermination de l'État membre responsable, et le troisième, relatif à l'assignation à résidence des étrangers faisant l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire français. Ces articles ont également été approuvés à une large « majorité », c'est-à-dire respectivement 48 voix contre 5⁴, 51 voix contre 6⁵ et 56 voix contre 7⁶ (soit dit en passant, l'Assemblée nationale est composée de 577 députés).
- 2 L'arrêt *Adil Hassan contre Préfet du Pas-de-Calais* rendu le 31 mai 2018 par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) fait directement écho à ce projet de loi. Le premier comme le second viennent mettre un terme à un imbroglio juridique entre préfectures, tribunaux administratifs, cours administratives d'appel, Cour de cassation et Conseil d'État qui dure depuis voilà presque deux ans. Le tribunal administratif de Lille, par une question préjudicielle déposée à la CJUE le 15 décembre 2016⁷, a pris l'initiative, après plusieurs atermoiements de la part des autres juridictions nationales, d'y mettre un terme. Néanmoins, la sollicitation du tribunal administratif de Lille s'apparente davantage à une requête en évaluation de conformité de la pratique préfectorale française plutôt qu'à une réelle demande d'interprétation du droit de l'Union.

- 3 M. Adil Hassan, ressortissant irakien, a été interpellé par la police de l'air et des frontières du Pas-de-Calais le 26 novembre 2016, alors qu'il se trouvait dans la zone d'accès restreint du port de Calais. Depuis l'adoption de la loi dite « pour l'économie bleue »⁸ en 2016, s'y introduire constitue un délit puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende⁹. M. Hassan n'ayant apparemment pas déposé de demande de protection internationale auprès des autorités françaises et ces dernières ne lui ayant pas délivré de titre de séjour, ses empreintes ont été relevées conformément à l'article 24 du règlement Dublin III, intitulé « Présentation d'une requête aux fins de reprise en charge lorsque aucune nouvelle demande a été introduite dans l'État membre requérant » (*sic*). La consultation du fichier Eurodac a donné un résultat positif (« *hit* ») et révélé que M. Hassan avait déjà déposé une demande d'asile en Allemagne. Le jour de cette interpellation et de cette consultation, le préfet du Pas-de-Calais a saisi les autorités allemandes d'une demande de reprise en charge ; au même moment, le préfet a décidé de placer M. Hassan en rétention administrative ainsi que de le transférer vers l'Allemagne. Alors que les autorités allemandes n'avaient pas répondu à cette requête et qu'elles bénéficiaient d'un délai de deux semaines pour le faire¹⁰, M. Hassan s'est vu remettre une notification de décision de transfert vers l'Allemagne.
- 4 M. Hassan a tout d'abord contesté son placement en rétention auprès du juge de la liberté et de la détention du tribunal de grande instance de Lille qui, trois jours après que M. Hassan a reçu sa notification, a ordonné la mainlevée¹¹ de ladite mesure de rétention. En outre, il a demandé au tribunal administratif de Lille d'annuler la décision du préfet ordonnant son transfert vers l'Allemagne, comme le permet l'article L. 742-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Entre autres arguments, M. Hassan a soutenu que la décision de transfert le visant violait l'article 26 du règlement Dublin III en ce qu'elle avait été prise avant même que l'Allemagne n'ait répondu implicitement ou explicitement à la requête de la France. Le préfet du Pas-de-Calais, quant à lui, a d'abord avancé que ni le droit français ni le droit de l'Union européenne ne l'empêchait, dès le placement en rétention de M. Hassan, de prendre une décision de transfert le concernant ; il a même affirmé que le droit français le contraignait à adopter cette décision de transfert, sans quoi il aurait été dans l'impossibilité de placer M. Hassan en rétention. Enfin, il a soutenu que cette décision de transfert n'aurait, quoi qu'il en soit, pas été exécutée sans acceptation, explicite ou implicite, de l'Allemagne.
- 5 Le tribunal administratif de Lille constate que « tant la lecture littérale de l'article 26 du règlement n° 604/2013 [...] qu'une lecture téléologique des dispositions dans lesquelles il s'insère vont dans le sens d'une lecture selon laquelle une décision de transfert ne peut être prise par les autorités de l'État membre requérant et notifiée à la personne concernée qu'après acceptation, expresse ou implicite, de l'État membre requis »¹². Et il relève être en présence d'une « difficulté sérieuse » qui a, par le passé, divisé les juridictions administratives françaises. Si la CJUE a déjà consacré quelques lignes à ce problème dans un arrêt antérieur¹³, il n'a jamais fait l'objet d'une question préjudicielle à part entière. À la lecture de la dernière évaluation de la mise en œuvre du règlement Dublin, la Commission européenne ne fait jamais état de cette défaillance chez les États membres¹⁴. C'est pourquoi le tribunal choisit de saisir la CJUE d'une question préjudicielle, comme le lui permet l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), pour clarifier le positionnement juridique de la pratique de la « décision de transfert anticipée ».

- 6 L'issue d'une telle question préjudicielle, c'est-à-dire la non-conformité de la décision de transfert anticipée au droit de l'Union, semble si évidente qu'il est permis de s'attendre à un arrêt concis, lapidaire, recadrant simplement les autorités françaises en leur rappelant l'esprit du règlement Dublin III. Pourtant, la grande rigueur et l'exhaustivité des conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi ainsi que de l'arrêt lui-même démontrent la gravité de la pratique de la « décision de transfert anticipée ». Cet arrêt didactique est une occasion pour la Cour de désamorcer toute tentative de justification d'une telle pratique en insistant sur son incompatibilité totale avec tous les aspects du règlement Dublin (1°). Elle met du soin à expliquer ses conséquences potentiellement dangereuses bien que cet effort soit, au moment où elle prononce son arrêt, probablement déjà vain (2°).

1° - Une pratique aux antipodes de la philosophie du règlement Dublin

- 7 Comme à l'accoutumée, la Cour débute sa réflexion par un raisonnement en quatre temps qu'elle a posé comme principe pour toute interprétation du droit de l'Union depuis l'arrêt CILFIT¹⁵ de 1982 pour trois d'entre eux et depuis l'arrêt Pringle¹⁶ de 2012 pour le dernier. Le règlement Dublin étant questionné en l'espèce, elle va en analyser les termes, la genèse et le contexte ainsi que les objectifs¹⁷. L'analyse minutieuse de ces éléments par la Cour l'amène à démontrer en quoi cette pratique est incohérente avec la logique même du règlement (A), pour ensuite mettre en évidence le détournement d'objectifs en lequel elle consiste (B).

A/ - Un reniement de la logique du règlement Dublin

- 8 Les juges luxembourgeois soulignent en premier lieu le phrasé limpide de l'article 26 du règlement Dublin, qui énonce « que, lorsque l'État membre requis accepte la prise en charge ou la reprise en charge d'un demandeur ou d'une autre personne visée à l'article 18, paragraphe 1, point c) ou d), de ce règlement, l'État membre requérant notifie à la personne concernée la décision de le transférer vers l'État membre responsable et, le cas échéant, la décision de ne pas examiner sa demande de protection internationale »¹⁸. La Cour rejoint l'avocat général dans ses conclusions en confirmant que « dans la quasi-totalité de ses versions linguistiques [*du règlement*], [...] la notification d'une décision de transfert à la personne concernée ne peut intervenir que si et, partant, après que l'État membre requis a répondu favorablement à la requête [...] »¹⁹. Il en ressort, selon la Cour, que « le législateur de l'Union a établi un ordre procédural précis entre l'acceptation de la requête aux fins de prise ou de reprise en charge par l'État membre requis et la notification de la décision de transfert à la personne concernée »²⁰.
- 9 Il semble que la méconnaissance, passive ou volontaire, de cet « ordre procédural précis » par les autorités françaises soit officieuse. En droit français, les circulaires font partie de l'ordre juridique et sont généralement définies comme des actes « à caractère unilatéral, interne[s] à l'administration et ne modifiant pas l'ordonnancement juridique, adressé[s] par une autorité administrative à ses subordonnés pour leur indiquer la manière d'appliquer certaines dispositions législatives ou réglementaires »²¹. Il en va de même des instructions, des notes et réponses ministérielles, qui font l'objet d'une publication

lorsqu'elles « comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives »²². Trois textes émanant du ministère de l'Intérieur relatifs à l'ordre procédural établi par le règlement Dublin ont fait l'objet d'une publication et soulignent de manière insistante à quel moment doit être adoptée ou notifiée une décision de transfert. La circulaire du 1^{er} avril 2011 relative au droit d'asile consacre son annexe n° 1 à « la procédure Dublin en préfecture » (la procédure Dublin était alors celle du règlement Dublin II). Il y est notamment écrit, au point 1.2.2 intitulé « L'attente de la réponse de l'État membre », que le préfet « convoque périodiquement le demandeur afin de recueillir des éléments complémentaires si nécessaire ou, le cas échéant, de lui notifier sa décision de transfert puis d'organiser son transfert vers l'État membre qui a reconnu sa responsabilité dans le traitement de sa demande d'asile ». Plus loin, il est précisé que même en cas de fuite du demandeur, il faut « poursuivre la procédure et lui notifier par voie postale, la décision de remise à l'État membre dès réception de sa réponse »²³.

- 10 Plus loin, sont considérées « Les relations avec l'État membre responsable ». Le point 3.1 s'intitule « La réponse de l'État requis » et se subdivise en trois points : « L'acceptation formelle du transfert » ; « La réponse négative et la demande de réexamen » ; et « L'absence de réponse de l'État requis dans les délais : l'accord implicite ». Vient ensuite le point 3.2 qui porte sur « Le transfert du demandeur d'asile vers l'État membre responsable ». C'est uniquement à ce stade-là de la procédure qu'il est précisé que « le préfet de département compétent notifie au demandeur d'asile, dès son prochain rendez-vous, une décision de remise aux autorités de l'État membre »²⁴.
- 11 De surcroît, il est indiqué au point 3.2.1 énonçant « Les modalités du transfert » que « si le demandeur d'asile n'a pas de lui-même quitté le territoire dans le délai raisonnable d'un mois après la notification de la décision de remise²⁵, vous [le préfet] organiserez son transfert, le cas échéant sous escorte »²⁶. La circulaire du 1^{er} avril 2011 établit donc qu'une décision de transfert ne peut pas intervenir avant la réponse explicite ou implicite de l'État membre requis. La possibilité d'un transfert sur une base volontaire, comme précisée dans la circulaire, existe toujours dans le règlement Dublin III. Ainsi, il est facilement compréhensible qu'une décision de transfert anticipée peut donc conduire un demandeur « dubliné » à rejoindre, par lui-même, l'État membre requis quand bien même ce dernier n'aurait pas répondu ou aurait possiblement répondu par la négative à une demande de prise ou de reprise en charge d'un préfet. Au regard du vocabulaire utilisé par les préfectures dans les arrêtés de transfert, par exemple en Île-de-France²⁷, le demandeur « dubliné » ne peut douter un seul instant que l'État membre requis n'aurait pas encore répondu à la requête aux fins de prise ou de reprise en charge.
- 12 Il en va de même des textes qui précisent l'application du règlement Dublin III : l'instruction relative à l'application du règlement (UE) n° 604/2013 dit Dublin III du 19 juillet 2016 affirme que « la notification de la décision de transfert doit intervenir dans les plus brefs délais à compter de la réception de la décision d'accord, qu'elle soit explicite ou implicite, de prise ou reprise en charge par l'État membre responsable »²⁸. Une information encore plus récente du 23 mars 2018 relative à l'application de la loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 permettant une bonne application du régime d'asile européen confirme cette interprétation : « Dans l'hypothèse où la réponse est positive, un arrêté de transfert devra être aussitôt pris »²⁹.
- 13 Cet ordre procédural transparent est confirmé par la genèse de l'article 26 du règlement Dublin relatif à la notification de la décision de transfert. La Cour reprend l'argument de l'avocat général selon lequel « le libellé de l'article 26 [...] reflète d'ailleurs l'intention du

législateur de l'Union, telle que celle-ci ressort des travaux préparatoires de ce règlement » ; « [...] la proposition initiale de la Commission [...] mentionnait l'exigence de "préciser davantage" la procédure de notification de la décision de transfert à la personne intéressée »³⁰. Elle se rallie à ses arguments en précisant aussi que « l'article 25 [...] devenu l'article 26 [...], qui contenait lesdites précisions, n'a subi, au cours de la procédure législative, aucune modification substantielle à cet égard »³¹. Au demeurant, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne relative à la refonte du règlement Dublin, qui a abouti à l'adoption du règlement Dublin III, se voulait bien plus explicite que la version actuelle, et abonde dans le sens voulu par l'avocat général et la Cour. Le paragraphe 1 de l'article 25 de la proposition, intitulé « Notification d'une décision de transfert », était ainsi rédigé : « Lorsque l'État membre requis accepte la prise en charge ou la reprise en charge d'un demandeur ou d'une autre personne visée à l'article 18, paragraphe 1, point d), l'État membre requérant notifie à l'intéressé la décision de le transférer vers l'État membre responsable et, le cas échéant, de ne pas examiner sa demande de protection internationale. Cette notification est faite par écrit, dans une langue dont on peut raisonnablement supposer que le demandeur la comprend et dans un délai n'excédant pas quinze jours ouvrables à compter de la date de réception de la réponse de l'État membre requis »³². Cette lecture a déjà été confirmée par la Cour dans son arrêt AS, où elle garantissait déjà le fait qu'« en application de l'article 26, paragraphe 1, du règlement Dublin III, une décision de transfert ne peut être notifiée à la personne concernée qu'après que l'État membre requis a accepté la prise en charge ou la reprise en charge de celle-ci »³³.

14 C'est donc avec beaucoup de minutie que la Cour s'emploie à démontrer qu'un ordre procédural précis est établi dans le cadre de l'adoption et de la notification d'une décision de transfert Dublin. Malgré cette affaire, la France a pourtant, par le passé, déjà démontré qu'elle avait bien intégré cette chronologie. Le rapport sur le projet de loi relatif à la réforme de l'asile, élaboré en 2014 au nom de la commission des Lois de l'Assemblée nationale mentionnait bien que « lorsque l'État membre requis accepte, implicitement ou explicitement, la prise ou la reprise en charge d'un demandeur, l'État requérant doit notifier au demandeur sa décision de transfert »³⁴. À titre de comparaison, le Royaume-Uni a également intégré cette organisation dans son interprétation de la procédure. Dans le guide d'application du règlement Dublin III diffusé par le *Home Office*, il est écrit que « l'État Dublin où la demande d'asile est déposée en premier envoie une demande à l'État Dublin qu'il juge responsable selon les critères [...]. Dès l'acceptation, que celle-ci soit donnée explicitement par l'État requis ou implicitement [...], l'État requis devient responsable de l'examen de cette demande »³⁵. Concernant la dernière proposition de loi « permettant une bonne application du régime d'asile européen »³⁶, on peut retrouver dans certains travaux parlementaires des schémas très explicites mentionnant chronologiquement les étapes de la procédure Dublin : « enregistrement de la demande d'asile en préfecture », « attestation de placement sous procédure Dublin », « requête aux fins de prise ou reprise en charge à un autre État Dublin », « réponse à la requête aux fins de prise ou de reprise en charge », « l'État Dublin répond positivement », « décision de transfert de la France »³⁷.

15 Aucun élément de la sémantique du règlement Dublin ne plaide donc en faveur de la possibilité d'une décision de transfert anticipée. Néanmoins, la Cour poursuit avec opiniâtreté sa démonstration en abordant l'économie du règlement Dublin III, c'est-à-dire

ses intentions, son dessein, ses objectifs poursuivis. C'est une des parties les plus importantes de la décision en ce qu'elle interroge la raison d'être du règlement Dublin.

B/ - Un reniement des objectifs poursuivis par le règlement Dublin III

- 16 En 2008, la proposition de refonte faite par la Commission du règlement Dublin partait d'un constat qui était celui des lacunes du règlement Dublin II, et poursuivait deux objectifs essentiels, « renforcer l'efficacité du système » et « garantir que l'ensemble des besoins des demandeurs d'une protection internationale sont couverts par la procédure de détermination de la responsabilité »³⁸. Ces mêmes objectifs sont réaffirmés dans les considérations du règlement finalement adopté : « Au vu résultats des évaluations réalisées portant sur la mise en œuvre des instruments de la première phase, il convient, à ce stade, de confirmer les principes sur lesquels repose le règlement (CE) n° 343/2003, tout en apportant les améliorations nécessaires, à la lumière de l'expérience, à l'efficacité du système de Dublin et à la protection octroyée aux demandeurs au titre dudit système. »³⁹ Ces deux principes, ces deux « piliers » du système Dublin, vont être soulignés par la Cour pour figurer, à nouveau, l'illégalité de la pratique de la décision de transfert anticipée.
- 17 Or, il faut relever que la Commission européenne n'a pas le même avis sur les principes qui doivent présider au règlement Dublin. En effet, dans ses observations, elle prend position aux côtés de la France pour plaider en faveur des décisions de transfert anticipées. Comme le souligne l'avocat général, « malgré l'absence d'ambiguïté du libellé de l'article 26 [...], la Commission propose à la Cour, dans ses observations écrites, de répondre à la question préjudicielle en affirmant que cette disposition ne s'oppose pas à l'adoption et à la notification d'une décision de transfert anticipée. Une telle solution est, à son avis, cohérente avec l'objectif principal du règlement Dublin III — qui consisterait à établir une méthode efficace permettant la détermination rapide de l'État membre responsable, en empêchant les mouvements secondaires des demandeurs d'asile — et ne porte pas atteinte aux droits des personnes concernées »⁴⁰. La Commission semble donc nier qu'il existe, outre celui de l'efficacité, un autre objectif principal inhérent au règlement, celui de garantir aux demandeurs d'asile l'accès à leurs droits fondamentaux. C'est pourtant elle-même qui mettait ces deux objectifs sur un pied d'égalité dans sa proposition de refonte du règlement quelques années auparavant. Il y a lieu de s'inquiéter d'un tel revirement de la part de la Commission.
- 18 La Cour souligne que l'article 26, tout comme l'article 27, du règlement, figure parmi la section IV du texte, intitulée « Garanties procédurales ». Elle fait un rappel bien utile au sujet de l'intérêt même de la notification de transfert, qui est non pas de permettre une détermination de l'État responsable et un transfert efficaces, mais bien de « renforcer la protection des droits de cette personne [*le demandeur d'asile « dubliné »*] en assurant qu'elle est, lorsque le transfert est dans son principe acquis entre les États membres impliqués dans la procédure de prise ou de reprise en charge, informée de l'ensemble des motifs qui sous-tendent ladite décision, de façon à lui permettre, le cas échéant, de la contester devant le juge compétent et de demander la suspension de son exécution »⁴¹. Plusieurs juridictions administratives françaises ont elles aussi considéré que cette notification constituait non pas « une simple mesure d'exécution mais une garantie essentielle donnée au demandeur d'asile pour lui permettre de connaître ses droits »⁴². Le règlement Dublin III, comme tout règlement, étant d'effet direct⁴³, il n'est pas envisageable d'avoir

une quelconque influence sur sa traduction juridique. Si la notification d'une décision de transfert doit se faire après l'acceptation par l'État membre requis, c'est bien pour offrir une garantie au demandeur d'asile sur la sécurisation de son droit au recours, et non pas pour favoriser une meilleure efficacité des transferts Dublin.

- 19 Cette lecture est confirmée derechef par la Cour au point 56 de l'arrêt, explicitant le but du règlement Dublin III : « [...] établir une méthode claire et opérationnelle, fondée sur des critères objectifs et équitables tant pour les États membres que pour les personnes concernées, permettant une détermination rapide de l'État membre responsable afin de garantir un accès effectif aux procédures d'octroi d'une protection internationale et de ne pas compromettre l'objectif de célérité dans le traitement des demandes de protection internationale, tout en garantissant, conformément au considérant 19 dudit règlement, un recours effectif instauré par ledit règlement contre les décisions de transfert ». D'après cette formulation que la Cour avait déjà utilisée dans son arrêt Ghezelbash⁴⁴, l'objectif du règlement est donc clair : la garantie de l'accès à la protection internationale et la garantie de la rapidité du traitement des demandes, assorties d'une autre garantie à un droit à un recours effectif. Alors que la Commission, comme cela était précisé dans les conclusions de l'avocat général, semblait considérer que l'objectif principal du règlement était l'efficacité, la Cour la prend à revers et sacralise presque la protection juridictionnelle des demandeurs comme seul objectif principal du règlement.
- 20 C'est sur ce point qu'elle insiste en rappelant sa jurisprudence Ghezelbash, issue elle-même de la jurisprudence Petrosian (relative au règlement Dublin II), dans lesquelles elle avait souligné que « le législateur de l'Union n'a pas entendu sacrifier la protection juridictionnelle des demandeurs de protection internationale à ladite exigence de célérité »⁴⁵. La protection juridictionnelle des demandeurs d'asile « dublinés » n'étant pas négociable, elle en tire certaines conclusions relatives aux répercussions que la décision de transfert anticipée pourrait avoir sur quelques grands principes du droit de l'Union européenne ainsi que sur sa politique d'asile. La Cour va donc questionner, certes de manière un peu vaine, les conséquences importantes voire dangereuses qu'une telle pratique pourrait emporter.

2°/ - Une pratique dangereuse mais déjà dépassée

- 21 Outre son opposition à la rationalité du règlement Dublin, la pratique de la décision de transfert anticipée entraîne, par ricochet, des effets pernicieux sur les droits fondamentaux du demandeur d'asile ainsi que sur les soubassements de la politique d'asile de l'Union européenne (A). Si la pratique ne peut en être que plus inquiétante, il est fort plausible qu'à l'aune du contexte dans lequel elle s'inscrit et de son évolution, elle n'a désormais plus aucun intérêt (B).

A/ - Des conséquences multiples et potentiellement nuisibles

- 22 La pratique de la décision de transfert *anticipée*, motivée uniquement pour pouvoir prononcer une rétention *anticipée*, pose une difficulté évidente : celui du recours *anticipé*. Le premier problème majeur inhérent à la décision de transfert anticipée est donc celui d'un phénomène d'anticipation généralisé. La Cour expose un cas concret (point 59 de l'arrêt) : si la pratique de la décision de transfert anticipée devait être admise, il faudrait évidemment qu'un demandeur puisse la contester. En France, à l'époque des faits, à partir

de la remise de la notification, un demandeur « dubliné » avait 15 jours pour exercer son recours, le tribunal disposant de 15 jours pour statuer, audience comprise⁴⁶. Étant donné qu'il y a eu un « hit » Eurodac, l'État membre requis dispose de 15 jours également pour répondre à la sollicitation de l'État membre requérant⁴⁷. La Cour souligne l'anormalité de la chose : « [...] il pourrait en résulter que cette personne soit tenue, pour contester cette décision, d'introduire un recours dans un délai expirant au moment où l'État membre requis est censé fournir sa réponse ». Pis, si la décision de transfert a été assortie d'un placement en rétention, comme c'est le cas de M. Hassan, le demandeur aurait 48 heures pour exercer son droit de recours, le tribunal ayant 72 heures, audience comprise, pour statuer⁴⁸. Le tribunal pourrait donc statuer sur le recours contre la décision de transfert avant que l'État membre requis ait donné sa réponse sur la requête aux fins de prise ou de reprise en charge. La Cour relève qu'elle a déjà dit pour droit que ce « recours préventif » était impossible⁴⁹. Cette volonté d'optimisation de la procédure — qui se traduit par l'adoption de mesures de manière préventive — s'accompagne ainsi d'une réelle précarisation de la situation du demandeur, au détriment de ses droits fondamentaux. S'effondre alors l'argument avancé par le préfet du Pas-de-Calais, selon lequel l'article 26 du règlement Dublin ne s'opposerait pas à une telle pratique, étant donné que le demandeur « dubliné » bénéficie des voies de recours prévues à l'article 27 du même règlement⁵⁰.

- 23 La Cour pointe le deuxième risque lié à cette pratique, qui découlerait de l'absence, dans la décision de transfert, des éléments de preuve et des indices recueillis par l'État membre requis, « tels que la date de sa réponse à la requête aux fins de prise ou de reprise en charge ou la teneur des motifs l'ayant conduit à accepter cette requête, lorsque sa réponse est explicite »⁵¹, qui sont, comme l'a relevé l'avocat général, « d'une importance particulière »⁵². Ces deux dangers le sont évidemment et d'abord pour la protection juridictionnelle du demandeur, mais également pour la sécurité juridique dont il doit pouvoir se prévaloir. La sécurité juridique, principe général du droit communautaire, « exige que tout acte des institutions qui produit des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel ledit acte existe et commence à produire ses effets juridiques »⁵³, selon le tribunal de l'Union européenne. Ce principe s'impose également aux autorités nationales dès lors qu'elles mettent en œuvre le droit de l'Union⁵⁴. En l'occurrence, une décision de transfert anticipée viole clairement un tel principe.
- 24 La Cour fait tomber par la suite un autre argument avancé par le préfet, selon lequel une décision de transfert anticipée ne serait pas illégale car le transfert ne serait pas exécuté tant que l'État membre requis, en l'espèce l'Allemagne, n'aurait pas accepté de prendre ou de reprendre en charge la personne concernée⁵⁵, puisque le recours, en France, est suspensif de la mesure de transfert. La Cour rappelle en effet qu'« aucune disposition du règlement Dublin ne prévoit une telle suspension » et que si elle admettait que « la notification d'une telle décision [...] puisse intervenir avant la réponse de l'État membre requis », cela « reviendrait, dans des ordres juridiques qui, à la différence de celui en cause au principal, ne prévoient pas la suspension d'une telle décision avant ladite réponse, à exposer la personne concernée au risque d'un transfert vers cet État membre avant même que celui-ci n'y ait consenti dans son principe »⁵⁶. La Cour répète le principe d'uniformité du droit de l'Union européenne, ce droit ayant à s'appliquer de la même manière dans tous les États membres. L'argument préfectoral révèle la tendance française à vouloir appliquer le droit de l'Union au gré de la législation en vigueur en France, et fait

directement écho aux propos du député Jean-Luc Warsmann dans son rapport sur la proposition de loi permettant une bonne application du régime d'asile européen. Le député expliquait que ladite proposition faisait suite à deux décisions de justice récentes, l'une de la CJUE⁵⁷ et l'autre de la Cour de cassation⁵⁸, qui avaient affirmé qu'on ne pouvait pas placer un demandeur d'asile en rétention pour risque non négligeable de fuite si la notion n'était pas définie en droit national⁵⁹. Le député rapporteur conclut sa phrase par cette formule révélatrice : « Précisons tout de même que la décision de la CJUE concernait la République tchèque, et non la France... »⁶⁰, alors même qu'une décision préjudicielle s'impose à la juridiction nationale de renvoi mais également à toutes les juridictions nationales qui auraient à connaître d'une affaire similaire.

- 25 La Cour termine son propos en affirmant qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre l'adoption et la notification d'une décision de transfert, étant donné que « la décision de transfert doit contenir des informations sur les voies de recours disponibles, y compris sur le droit de demander un effet suspensif, le cas échéant, et sur les délais applicables à l'exercice de ces voies de recours et à la mise en œuvre du transfert et comporte, si nécessaire, des informations relatives au lieu et à la date auxquels la personne concernée doit se présenter si cette personne se rend par ses propres moyens dans l'État membre responsable »⁶¹, informations qui dépendent « tant du moment auquel l'État membre requis répond à la requête [...] que de la teneur de ladite réponse »⁶², comme le relève l'avocat général.
- 26 De manière assez marginale, la Cour rappelle une évidence : en l'espèce, une réponse positive de la part de l'Allemagne n'était pas forcément automatique, puisque « l'État membre peut être amené, même en cas d'un résultat positif Eurodac, à répondre par la négative à une requête aux fins de prise ou de reprise en charge »⁶³. Cela amène une première question qui est celle de savoir si une rétention est justifiée alors même qu'il est possible que le transfert ne se fasse jamais. Il serait donc envisageable d'être placé en rétention sans jamais être éloigné du territoire français, question à laquelle la loi permettant une bonne application du régime d'asile européen semble avoir répondu⁶⁴. Une seconde question se pose, celle du respect des principes de solidarité, de coopération loyale et de confiance mutuelle par la France envers ses partenaires européens. D'abord, l'article 80 du TFUE prévoit que « les politiques de l'Union visées au présent chapitre [contrôles aux frontières, asile, immigration] et leur mise en œuvre sont régies par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier ». Malcolm Ross identifie cinq domaines dans lesquels la solidarité a été invoquée par la Cour⁶⁵. Le premier trouve sa source dans l'article 4 du traité sur l'Union européenne (TUE). Le rôle de la solidarité s'exprime par l'obligation faite aux États membres de garantir l'efficacité du droit de l'Union. Très tôt, la Cour a reconnu « qu'on ne saurait [...] admettre qu'un État membre applique de manière incomplète ou sélective les dispositions d'un règlement de la Communauté, de manière à faire échec à certains éléments de la législation communautaire à l'égard desquels il aurait manifesté son opposition ou qu'il estimerait contraires à certains intérêts nationaux »⁶⁶. Si la France n'a pas manifesté son opposition à certains éléments du règlement Dublin III, elle a clairement affiché l'« efficacité » comme leitmotiv de sa politique d'asile, en témoigne les travaux législatifs de l'Assemblée nationale et du Sénat : « D'après notre collègue Jean-Luc Warsmann, il s'agit, “au nom de l'intérêt général comme de l'efficacité” de “donner [...] au gouvernement les moyens d'action nécessaires” pour accroître le nombre de transferts réalisés par la France vers d'autres États

“Dublin” »⁶⁷. Du fait que les États doivent « pr[endre] toute mesure générale ou particulière propre à assurer l’exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l’Union » et « facilite[r] l’accomplissement par l’Union de sa mission et s’abst[enir] de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l’Union » découle ainsi une obligation de coopération loyale, qui implique « d’assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l’Union, l’article 19, paragraphe 1, TUE imposant, par ailleurs, aux États membres d’établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l’Union »⁶⁸. Ce n’est pas le cas en l’espèce dans l’affaire *Hassan*. *A fortiori*, il y a lieu de se questionner sur le fait de savoir si prendre une décision de transfert sans avoir obtenu l’accord de l’État requis respecte bien cette obligation de coopération loyale au sens de l’obligation d’assistance mutuelle, comme l’article 4 § 3 du TUE l’impose⁶⁹. Ces questions ne sont pourtant jamais abordées par la Cour de justice dans son arrêt.

- 27 Les conséquences de la pratique française de la décision de transfert anticipée sur de tels principes sont évidemment majeures. Il s’agit ensuite de lire entre les lignes et de questionner les raisons d’une telle pratique. Car si là n’est pas le rôle de la Cour de justice, il faut chercher quels objectifs poursuit la décision de transfert anticipée, « qui correspondrait à une pratique répandue des autorités compétentes françaises »⁷⁰. Une fois son contexte mis en lumière, il est permis de douter que quiconque fasse grand cas, en France, de la décision rendue par la Cour.

B/ - Un coup d’épée dans l’eau

- 28 S’il n’est pas le sujet central de cet arrêt, le placement en rétention des demandeurs d’asile en procédure Dublin occupe une place prépondérante dans la décision de la CJUE. En effet, en l’espèce, le placement en rétention de M. Hassan n’est pas au cœur du questionnement du tribunal administratif de Lille, mais il est pourtant indispensable de l’évoquer, comme le font assez brièvement les juges de Luxembourg, pour d’abord connaître les raisons d’une question préjudicielle au contenu si surprenant et pour ensuite savoir quelle influence aura cette décision préjudicielle dans le contexte français.
- 29 Lors de l’interpellation de M. Hassan, ses empreintes ont été relevées pour consultation du fichier Eurodac. Le résultat étant positif, le préfet du Pas-de-Calais a envoyé aux autorités allemandes une demande de reprise en charge le concernant et décidé son placement immédiat en rétention. Comme le lui permet l’article L. 512-1 du CESEDA, M. Hassan a contesté son placement en rétention auprès du juge des libertés et de la détention, qui a ordonné la mainlevée de cette mesure. Ce placement en rétention, s’il ne fait pas l’objet de plus de 10 % de l’arrêt de la CJUE, est pourtant la pièce maîtresse de la question préjudicielle. En effet, le préfet a pris sa décision, comme le relève l’arrêt du tribunal lillois, sur le fondement de l’article L. 551-1 du CESEDA, qui prévoit que dans les sept cas énumérés à l’article L. 561-2, un étranger qui risque de se soustraire à l’obligation de rester sur le territoire français peut être placé en rétention administrative. Parmi eux, le 1^{er} précise que peut faire l’objet d’un placement en rétention l’étranger qui « doit être remis aux autorités compétentes d’un État membre de l’Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ou fait l’objet d’une décision de transfert en application de l’article L. 742-3 »⁷¹. Ainsi, dans la version en vigueur du CESEDA au 1^{er} novembre 2016, le placement en rétention d’un « dubliné » n’était possible que dans la perspective de son

transfert vers l'État membre responsable ou après l'adoption d'une décision de transfert à son égard, à condition qu'il existe un risque qu'il n'obéisse pas à l'injonction qui lui est faite de quitter le territoire français.

- 30 Le préfet reconnaît lui-même que la raison ayant motivé l'adoption de cette décision de transfert tenait principalement à ce qu'elle était la condition *sine qua non* du placement en rétention de M. Hassan⁷². À la lecture de l'arrêt du tribunal administratif de Lille, il semble que le préfet paraissait considérer les dispositions précitées comme une « transposition » du règlement Dublin. Le tribunal souligne que « contrairement à ce que soutient le préfet du Pas-de-Calais, les dispositions précitées des articles L. 551-1 et de l'article L. 742-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui n'ont pas et ne sauraient avoir pour objet de "transposer" un texte qui n'a pas à l'être, ne l'obligeaient pas à prendre une telle décision de transfert pour pouvoir légalement ordonner le placement en rétention »⁷³. Le placement en rétention est en effet rendu possible par l'article 28 du règlement Dublin III, même avant toute décision de transfert, mais seulement, comme le précise l'arrêt, « lorsque les conditions prévues à cet article sont remplies »⁷⁴.
- 31 Ces « conditions » dont parle l'arrêt sont relatives au « risque non négligeable de fuite ». Dans son arrêt *Al Chodor* du 27 septembre 2017, la CJUE a affirmé qu'un État a la possibilité de placer un « dubliné » en rétention à condition qu'il ait, au préalable, fixé « dans une disposition contraignante de portée générale, les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert »⁷⁵. À la suite de cette décision, la Cour de cassation a tiré les conclusions de cette jurisprudence et jugé qu'en France le placement en rétention au titre de l'article 28 du règlement Dublin III était impossible en raison de « l'absence [*dans la législation française*] de disposition contraignante de portée générale, fixant les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert »⁷⁶. Cet arrêt a mis (ou aurait dû mettre) un terme à la pratique habituelle des préfetures consistant à utiliser ce règlement pour placer les « dublinés » en rétention⁷⁷.
- 32 À partir de là, la réponse de la Cour dans l'affaire *Hassan* soulève une question subsidiaire : même si la CJUE n'a statué sur la question des critères relatifs au « risque non négligeable de fuite » qu'après la question préjudicielle en l'espèce, le préfet a-t-il fondé sa décision de placement en rétention sur les dispositions du CESEDA le contraignant à prendre une décision de transfert parce qu'il ignorait la possibilité que lui offrait le droit de l'Union européenne ou, au contraire, parce qu'il savait parfaitement qu'il lui était impossible de se prévaloir du droit de l'Union européenne étant donné l'absence de définition du risque de fuite en droit français ? En tout état de cause, que le préfet ait ignoré passivement ou volontairement le droit de l'Union européenne, la décision de transfert anticipée poursuivait un seul but : un placement en rétention rapide. Il est vrai que cette position fut clairement assumée par plusieurs tribunaux administratifs⁷⁸, dont celui de Lille par le passé. Celui-ci a ainsi jugé qu'une décision de transfert anticipée était un « préalable nécessaire à l'édition de toute mesure visant à en garantir l'exécution, placement en rétention administrative ou assignation à résidence, qui peut elle-même, ainsi que le rappellent les dispositions précitées de l'article 28, intervenir avant la notification de la décision de transfert »⁷⁹.
- 33 Cependant, cette question a été tranchée par le Conseil d'État à la suite d'une affaire très similaire à celle de l'espèce. La plus haute juridiction administrative française a en effet

jugé qu'« en l'absence de dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile organisant une procédure différente, l'autorité administrative doit obtenir l'accord de l'État responsable de l'examen de la demande d'asile avant de pouvoir prendre une décision de transfert du demandeur d'asile vers cet État »⁸⁰. Comme le relève l'avocat général dans ses conclusions, « l'intervention du Conseil d'État devrait donc mettre un terme à la pratique administrative en cause au principal, ainsi qu'aux divergences jurisprudentielles mentionnées par la juridiction de renvoi »⁸¹. Preuve supplémentaire de l'objectif d'accroissement des placements en rétention recherché par la pratique de la décision de transfert anticipée, le Conseil d'État a également souligné qu'à l'époque, si le règlement Dublin III permettait effectivement à un État de placer un demandeur d'asile « dubliné » en rétention, « le législateur n'a pas entendu que l'autorité administrative puisse placer en rétention administrative le demandeur d'asile faisant l'objet d'une procédure de transfert avant l'intervention de la décision de transfert »⁸². C'est exactement, en l'espèce, ce qu'a fait le préfet du Pas-de-Calais. Le Conseil d'État n'accorde, dans son avis, aucune importance à la question des critères relatifs au risque non négligeable de fuite. Ce n'est qu'un peu moins d'un an plus tard, le 5 mars 2018, qu'il va annuler l'instruction du 19 juillet 2016 du ministère de l'Intérieur, dans laquelle le ministre préconisait un recours très large à l'assignation à résidence en cas de risque non négligeable de fuite. Le Conseil d'État estime, comme la Cour de cassation avant lui, que les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert, contenus dans une disposition de portée générale, ne pouvaient être considérés comme existants dans la législation française⁸³. Cette décision arrive toutefois un peu tard, à quelques jours de l'entrée en vigueur d'une loi qui définit les critères faisant défaut.

³⁴ Car la loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 est une vraie prise de conscience, compte tenu de ces jurisprudences, de la situation qui pourrait découler de ces dernières : plusieurs placements en rétention pourraient en effet être illégaux et le contentieux qui y est lié serait susceptible d'exploser. En 2017, un retenu sur cinq dans les centres de rétention administrative (CRA) l'était pour ce motif (risque non négligeable de fuite)⁸⁴. Leur placement en rétention aurait pu être potentiellement annulé au vu de cette faille. La loi permet donc aux préfetures de retrouver les moyens qui étaient à leur disposition avant la jurisprudence de la CJUE et de la Cour de cassation. Mieux, elle leur en offre de nouveaux : elles ont désormais la possibilité de placer en rétention un demandeur « dubliné » dès le début de la phase de détermination de l'État membre, ce qui n'est pas contraire au droit de l'Union, puisque, comme le précise la Cour, « les États membres sont autorisés à placer les personnes concernées en rétention avant même que la requête aux fins de prise ou de reprise en charge soit présentée à l'État membre requis, lorsque les conditions prévues à cet article sont remplies, la notification de transfert ne constituant ainsi pas un préalable nécessaire à un tel placement »⁸⁵.

³⁵ Ainsi, comme cela a été relevé précédemment, il est désormais envisageable d'être placé en rétention sans pourtant ne jamais quitter le territoire français, puisqu'il n'est pas garanti que la demande ne sera pas traitée en France, l'État requis pouvant opposer son refus. Comme l'a relevé le Défenseur des droits, cela révèle un « changement total de philosophie »⁸⁶ en France vis-à-vis de la rétention administrative. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi en question, seuls les étrangers en situation irrégulière faisant l'objet d'une décision d'éloignement pouvaient être placés en rétention. Désormais, la loi permet de placer en rétention un demandeur d'asile dès le début de la

phase de détermination de l'État membre responsable, soit un étranger qui ne fait l'objet d'aucune mesure d'éloignement. Une mesure d'éloignement imminente était pourtant, au sens du Conseil constitutionnel depuis les années 1980, une condition indispensable au placement d'un étranger en rétention⁸⁷. La nouvelle loi permet également de placer en rétention un étranger qui n'est pas en séjour irrégulier, puisqu'en vertu de l'article de l'article L. 742-1 du CESEDA, le demandeur d'asile en procédure Dublin a le droit de se maintenir sur le territoire français jusqu'à la fin de la procédure de détermination de l'État membre responsable. Le Défenseur des droits caractérise cela comme « un tournant parfaitement inédit qui semble peu conforme à la Constitution »⁸⁸.

- 36 Contre toute attente, le Conseil constitutionnel a validé la conformité du projet de loi à la Constitution, la justifiant par la nécessité de « sauvegarde de l'ordre public », nouvelle ritournelle pour désigner l'efficacité administrative prônée le gouvernement. Le Conseil se justifie en précisant que « ce placement en rétention ne peut concerner qu'un demandeur d'asile faisant l'objet soit d'une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge par un autre État, soit d'une décision de transfert vers l'État responsable de l'examen de sa demande »⁸⁹. Étant donné qu'il est désormais connu que les préfectures ont déjà, par le passé, détourné la procédure pour placer en rétention plus rapidement, rien ne garantit qu'elles respecteront cet impératif chronologique-là. Il est d'ailleurs fort probable qu'à terme, elles pourront ordonner un placement en rétention avant même la requête aux fins de prise ou de reprise en charge. En effet, d'après le gouvernement français, « l'article 28 du règlement "Dublin III" non seulement ne comporte en son paragraphe 2 [...] aucune restriction chronologique, mais encore envisage expressément l'hypothèse d'un placement antérieur à la décision de transfert, et même à la requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge de la personne concernée, puisqu'il précise au deuxième alinéa de son paragraphe 3 qu'en pareil cas, la requête aux fins de prise en charge et la réponse de l'État membre concerné doivent être formulées dans des délais accélérés »⁹⁰.
- 37 Le Conseil poursuit en affirmant que le placement en rétention « intervient à un stade de la procédure où l'autorité administrative dispose d'indices sérieux que l'examen de la demande d'asile échouerait à un autre État en application du règlement européen du 26 juin 2013 »⁹¹. Ainsi, le Conseil considère que ces « indices » dont dispose l'autorité administrative justifient le placement en rétention d'un demandeur d'asile « dubliné » sans attendre la réponse de l'État membre requis, alors que la Cour de justice, dans l'arrêt en espèce, considère que ces « indices » ne sont même pas suffisants pour pouvoir permettre l'adoption d'une décision de transfert sans avoir la réponse en question !
- 38 Ce placement en rétention n'est possible, insiste le Conseil constitutionnel, « qu'à l'encontre d'un étranger qui présente un risque non négligeable de fuite, alors qu'il est susceptible d'être transféré vers un autre État », précisant que « cette mesure est donc motivée par la sauvegarde de l'ordre public »⁹². Le Conseil valide donc ici le principe de la « rétention préventive », ou « rétention précoce »⁹³ d'après l'appellation du gouvernement français. En effet, alors qu'au stade de l'envoi de la requête de prise ou de reprise en charge, il n'est absolument pas garanti que l'État requis donne son accord, le Conseil constitutionnel préfère, dans le doute, autoriser le placement en rétention. Notons quand même qu'en 2015 le Conseil d'État avait jugé impossible le principe de la « rétention préventive » à l'égard des « fichés S », soulignant qu'« au plan constitutionnel et au plan conventionnel, il n'est pas possible d'autoriser par la loi, en dehors de toute procédure pénale, la rétention, dans des centres prévus à cet effet, des personnes

radicalisées, présentant des indices de dangerosité et connues comme telles par les services de police, sans pour autant avoir déjà fait l'objet d'une condamnation pour des faits de terrorisme »⁹⁴. Il avait rappelé également la position du Conseil constitutionnel, qui a, par le passé, déjà validé le principe d'une rétention préventive, mais seulement « dès lors que celle-ci comporte toute une série de garanties et que le dispositif prévu répond à la spécificité de la dangerosité en cause par la liste des infractions pouvant donner lieu à cette rétention et par la nature appropriée des mesures d'évaluation et de prise en charge »⁹⁵.

- 39 Cette « rétention préventive » permettra, *de facto*, un enfermement des « dublinés » pendant plusieurs semaines : d'après l'article 28 du règlement Dublin III, l'État requis doit donner sa réponse dans un délai d'un mois après réception de la requête (deux semaines en cas de « hit » Eurodac). Le transfert doit avoir lieu dans un délai de 6 semaines à compter de l'acceptation explicite ou implicite de l'État membre requis. D'après le projet de loi « pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie » en cours d'examen au Parlement, la durée de rétention maximum d'un demandeur « dubliné » qui fait l'objet d'une décision de transfert ou d'une requête aux fins de prise ou de reprise en charge serait de 60 jours. Elle pourrait être allongée, en cas d'obstruction de la part du demandeur, de trois fois 15 jours⁹⁶. Cette extension de la durée de rétention a notamment été critiquée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son avis sur le projet de loi⁹⁷. Enfin, si le gouvernement français souligne, dans ses observations auprès du Conseil constitutionnel, « que la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions est nécessaire au respect par la France de ses engagements européens »⁹⁸, il convient de rappeler que le règlement Dublin n'impose en aucun cas le recours à la rétention et se contente de permettre aux États membres d'y avoir recours.
- 40 La « rétention préventive » a deux visées, l'une pratique et l'autre dissuasive : son premier intérêt est qu'en cas de placement en rétention, l'État requérant demande à l'État requis une « réponse urgente » qui doit intervenir sous deux semaines (plutôt qu'un mois) à partir de la réception de la requête, l'absence de réponse valant acceptation⁹⁹. Le premier objectif est donc d'augmenter le nombre de transferts et de le faire vite. Ensuite, second objectif, elle augmentera probablement le nombre de « dublinés » en fuite qui voudront éviter le placement en rétention, et fera le tri entre ceux qui auront la possibilité de subsister sur le territoire pendant dix-huit mois en situation irrégulière afin que leur demande d'asile soit examinée par la France¹⁰⁰ et ceux qui n'en auront pas les moyens.
- 41 Preuve que l'issue de la question préjudicielle en l'espèce n'allait provoquer aucune surprise, la France ne l'a pas attendue pour modifier sa législation. *In fine*, tant la question préjudicielle du tribunal administratif de Lille que la réponse de la Cour de justice n'auront servi à rien. En effet, la pratique de la décision de transfert anticipée était seulement un moyen pour les préfetures de contourner l'interdiction qui leur était faite de placer un demandeur d'asile « dubliné » en rétention avant la décision de transfert ; la nouvelle possibilité de placement en rétention avant une décision de transfert dans la loi en témoigne. La stratégie consistait donc à prendre cette décision immédiatement, sans l'accord de l'État requis, pour pouvoir prononcer un placement en rétention le plus vite possible. Néanmoins, grâce à la loi du 20 mars 2018, les préfetures ont désormais l'autorisation de placer un demandeur « dubliné » en rétention avant la décision de transfert. Il y a donc fort à parier que plus aucune préfeture ne prendra de décision de transfert sans avoir obtenu l'accord de l'État requis !

NOTES

1. Assemblée nationale, texte adopté n° 90, proposition de loi permettant une bonne application du régime d’asile européen (texte définitif), 15 fév. 2018.
2. Analyse du scrutin n° 341, troisième séance du 07/12/2017, scrutin public sur l’ensemble de la proposition de loi permettant une bonne application du régime d’asile européen (première lecture).
3. Demandeur d’asile à qui s’applique la procédure prévue par le règlement européen n° 604/2013, dit « règlement Dublin III ».
4. Analyse du scrutin n° 404, troisième séance du 15/02/2018, scrutin public sur l’article premier de la proposition de loi permettant une bonne application du régime d’asile européen (deuxième lecture).
5. Analyse du scrutin n° 405, troisième séance du 15/02/2018, scrutin public sur l’article deux de la proposition de loi permettant une bonne application du régime d’asile européen (deuxième lecture).
6. Analyse du scrutin n° 406, troisième séance du 15/02/2018, scrutin public sur l’article trois de la proposition de loi permettant une bonne application du régime d’asile européen (deuxième lecture).
7. « Demande de décision préjudicielle présentée par le tribunal administratif de Lille (France) le 15 décembre 2016 — Adil Hassan/Préfet du Pas-de-Calais », JOUE, 6 mars 2017, C 70/11.
8. Loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l’économie bleue, JORF, 21 juin 2016, art. 71, p. 19.
9. Code des transports, art. L. 5336-10.
10. Règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’État membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), dit « Dublin III », 26 juin 2013, JOUE, L 180, 29 juin 2013, art. 25, § 1, p. 45.
11. En droit, une mainlevée consiste en un acte judiciaire qui suspend les effets d’une mesure prise à l’encontre d’une personne.
12. TA Lille, 1^{er} déc. 2016, n° 1609141, § 16, p. 6.
13. CJUE, *AS contre Republika Slovenija*, 26 juil. 2017, C-490/16, § 33.
14. Commission européenne, *Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation, Final Report*, 18 mars 2016, pp. 51 à 55 [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/docs/evaluation_of_the_implementation_of_the_dublin_iii_regulation_en.pdf].
15. CJCE, *SRL CILFIT et Lanificio di Gavardo SPA contre Ministère de la Santé*, 6 oct. 1982, 283/81, § 20.
16. CJUE, ass. plén., *Thomas Pringle contre Gouvernement of Ireland e.a.*, 27 nov. 2012, C-370/12, § 125.
17. §§ 40 à 56 de l’arrêt.
18. § 41 de l’arrêt.
19. § 42 de l’arrêt.
20. § 43 de l’arrêt.

21. « Circulaire », fiche d'orientation, *Dalloz*, février 2018 [<https://www.dalloz-avocats.fr/documentation/Document?id=DZ/OASIS/000182>].
22. Code des relations entre le public et l'administration, art. L. 312-2.
23. Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, secrétariat général à l'Immigration et à l'Intégration, circulaire n° NOR IOCL1107084C relative au droit d'asile – Application du règlement (CE) n° 343/2003 dit « règlement Dublin » – Mise en œuvre des procédures d'examen prioritaire de certaines demandes d'asile mentionnées à l'article L. 741-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), 1^{er} avr. 2011, point 1.2.2.
24. *Idem*, point 3.2.
25. Les termes « décision de transfert » sont « la nouvelle terminologie pour désigner les décisions de remise qui tient compte des ajustements nécessaires pour la mise en œuvre du règlement Dublin III du 26 juin 2013 ». Cf. Julien IGGERT, « Les procédures de transfert », intervention au colloque « Le contentieux des étrangers entre contraintes et complexité », tribunal administratif de Strasbourg, barreau de Strasbourg, 27 nov. 2015 [http://www.conseil-etat.fr/tacaa_str/content/download/53114/469371/version/1/file/Colloque%20étrangers.pdf].
26. *Id.*, point 3.2.1.
27. CIMADE, « Dublin : état des lieux et conseils pratiques en Île-de-France », « Préfecture du Val-de-Marne », 25 avr. 2018 [<https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2017/10/convoc-Dublin-pref-94.jpg>].
28. Ministère de l'Intérieur, instruction n° NOR INTV1618837 relative à l'application du règlement (UE) n° 604/2013 dit Dublin III – Recours à l'assignation à résidence et à la rétention administrative dans le cadre de l'exécution des décisions de transfert, 19 juil. 2016, p. 3.
29. Ministère de l'Intérieur, information n° NOR INTV1808045N relative à l'application de la loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 permettant une bonne application du régime d'asile européen, 23 mars 2018, p. 3.
30. Paolo MENGOZZI, conclusions sur CJUE, *Adil Hassan contre Préfet du Pas-de-Calais*, 31 mai 2018, C-647/16, 20 déc. 2017, § 36.
31. § 45 de l'arrêt.
32. Commission des Communautés européennes, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), 3 déc. 2008, COM(2008) 820 final, art. 25, § 1, p. 46 [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0820&qid=1529565069764&from=EN>].
33. CJUE, GC, *AS contre Republika Slovenija*, 26 juil. 2017, C-490/16, § 33.
34. Assemblée nationale, commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République, rapport n° 2407 relatif à la réforme de l'asile, M^{me} Sandrine MAZETIER (rapporteur), 26 nov. 2014, p. 259 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r2407.pdf>].
35. Bureau de l'Intérieur (Royaume-Uni), *Dublin III Regulation*, 2 nov. 2017, p. 22 [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/656666/dublin-III-regulation-v1_0.pdf].
36. Assemblée nationale, texte adopté n° 90, proposition de loi permettant une bonne application du régime d'asile européen (texte définitif), 15 fév. 2018 [<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/ta/ta0090.pdf>].

37. Sénat, commission des Lois constitutionnelles, de la Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, rapport n° 218 sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, permettant une bonne application du régime d'asile européen, M. François-Noël BUFFET (rapporteur), 17 janv. 2018, p. 33 [<http://www.senat.fr/rap/l17-218/l17-2181.pdf>].
38. Commission des Communautés européennes, *op. cit.*, p. 2.
39. Règlement Dublin III, JOUE, L 180, 29 juin 2013, p. 32, cons. n° 9.
40. Paolo MENGOZZI, *op. cit.*, § 37.
41. § 53 de l'arrêt.
42. CAA Bordeaux, 4^e ch., 12 mars 2009, n° 08BX00063 et CAA Nantes, 4^e ch., 2 oct. 2009, n° 08NT02355.
43. TFUE, art. 288.
44. CJUE, GC, *Mehrdad Ghezelbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 7 juin 2016, C-63/15, § 42.
45. CJUE, *Migrationsverket contre Edgar Petrosian e.a.*, 29 janv. 2009, C-19/08, § 48 et CJUE, GC, *Mehrdad Ghezelbash contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 7 juin 2016, C-63/15, § 57.
46. CESEDA, art. L. 742-4, § 1. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-187 du 20 mars 2018, le délai de saisine a été ramené à 7 jours.
47. Règlement Dublin III, JOUE, L 180, 29 juin 2013, p. 45, art. 25, § 2.
48. CESEDA, art. L. 742-4, § 2.
49. CJUE, GC, *Tsegezab Mengesteab contre Bundesrepublik Deutschland*, C-670/16, § 60.
50. TA Lille, *op. cit.*, § 10 et § 33 de l'arrêt.
51. § 61 de l'arrêt.
52. § 62 de l'arrêt.
53. TPICE, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, 22 janv. 1997, T-115/94, § 124.
54. CJCE, *Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 13 juil. 1989, 5/88, § 19.
55. TA Lille, *op. cit.*, § 10 et § 33 de l'arrêt.
56. § 65 de l'arrêt.
57. CJUE, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contre Salah Al Chodor e.a.*, 15 mars 2017, C-528/15.
58. C. cass., 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 1130.
59. Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « Suite française. Les implications de l'affaire *Al Chodor* concernant la rétention des demandeurs d'asile dublinés », *European Database of Asylum Law*, 27 nov. 2017, [<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/suite-française-les-implications-de-l'affaire-al-chodor-concernant-la-rétention-des>].
60. Assemblée nationale, commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République, rapport n° 637 sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, permettant une bonne application du régime d'asile européen, M. Jean-Luc WARSMANN (rapporteur), 7 fév. 2018, p. 7 [<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rapports/r0637.pdf>].
61. § 71 de l'arrêt.
62. § 72 de l'arrêt.
63. § 63 de l'arrêt.
64. Cf. B. *Un coup d'épée dans l'eau*.

65. Malcolm ROSS, « *Solidarity—A New Constitutional Paradigm for the EU?* », in Yuri BORGSMANN-PREBIL, Malcolm ROSS, *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, 2010, p. 41.
66. CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, 7 fév. 1973, 39/72, § 20.
67. Sénat, *op. cit.*, M. François-Noël BUFFET (rapporteur), 17 janv. 2018, p. 32 [<http://www.senat.fr/rap/l17-218/l17-2181.pdf>].
68. CJUE, *Moussa Sacko contre Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione internazionale di Milano*, 26 juil. 2017, C-348/16, § 29.
69. « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. »
70. Paolo MENGOZZI, *op. cit.*, § 20.
71. Le tribunal administratif de Lille commet d'ailleurs une erreur, puisqu'il affirme qu'en vertu de l'article L. 561-2 peut être placé en rétention « l'étranger [qui] doit être [...] transféré vers l'État membre responsable de sa demande d'asile en application de l'article L. 742-3 ». Or, cette disposition n'est pas celle de l'article L. 561-2, cité précédemment, mais celle de l'article L. 561-1, relatif à l'assignation à résidence de l'étranger qui justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français et de rejoindre quelque pays que ce soit.
72. TA Lille, *op. cit.*, § 12, p. 5 et § 33 de l'arrêt.
73. TA Lille, *op. cit.*, § 12, p. 5.
74. § 67 de l'arrêt.
75. CJUE, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contre Salah Al Chodor e.a.*, 15 mars 2017, C-528/15, § 47.
76. C. cass., 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 1130.
77. Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, *op. cit.*
78. TA Lille, 23 sept. 2016, n° 1607048, § 4, p. 3 ; TA Rouen, 5 oct. 2016, n° 1603199, § 9, pp. 3 et 4 et 19 nov. 2016, n° 1603674, § 11, p. 3.
79. TA Lille, 26 août 2016, n° 1606297, § 3, p. 3.
80. CE, 19 juillet 2017, avis n° 408919, JORF, 22 juillet 2017, texte 81 sur 129.
81. Paolo MENGOZZI, *op. cit.*, § 30.
82. CE, *op. cit.*
83. CE, 5 mars 2018, n° 405474.
84. Maryline BAUMARD, « La Cour de cassation juge la rétention illégale pour une catégorie de migrants », *Le Monde*, 28 sept. 2017 [https://www.lemonde.fr/immigration-et-diversite/article/2017/09/28/la-cour-de-cassation-juge-la-retention-illegale-pour-une-categorie-de-migrants_5192943_1654200.html].
85. § 67 de l'arrêt.
86. Défenseur des droits, « Régime d'asile européen : le Défenseur des droits dénonce une proposition de loi qui permet de priver de liberté les demandeurs d'asile », communiqué de presse, 7 déc. 2017, p. 1 [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/cp-defenseur_des_droits_-_regime_dasile_europeen.pdf].
87. CC, décision n° 86-216 DC, 3 sept. 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ; décision n° 97-389 DC, 22 av. 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* ; décision

n° 2003-484 DC, 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* ; décision n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, l'intégration et à la nationalité*.

88. Défenseur des droits, avis n° 18-02, 10 janv. 2018, p. 4 [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17109].

89. CC, décision n° 2018-762 DC, 15 mars 2018, *Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen*, § 12.

90. Observations du Gouvernement sur la loi permettant une bonne application du régime d'asile européen, JORF, 21 mars 2018, texte n° 4 [https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000036728722].

91. CC, *op. cit.*, § 13.

92. *Idem*, § 14.

93. Observations du Gouvernement sur la loi permettant une bonne application du régime d'asile européen, *op. cit.*

94. CE, avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme, n° 390867, 17 déc. 2015, p. 4.

95. *Idem*, p. 5.

96. Assemblée nationale, projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif (procédure accélérée), présenté au nom de M. Édouard PHILIPPE par M. Gérard COLLOMB, 21 fév. 2018, art. 20, p. 51 [www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl0714.pdf].

97. C.N.C.D.H., avis sur le projet de loi « pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif », 2 mai 2018, p. 29, [www.cncdh.fr/sites/default/files/180502_avis_pjl_asile_et_immigration.pdf].

98. Observations du Gouvernement sur la loi permettant une bonne application du régime d'asile européen, *op. cit.*

99. Règlement Dublin III, JOUE, L 180, 29 juin 2013, p. 45, art. 25, § 1.

100. Règlement Dublin III, JOUE, L 180, 29 juin 2013, p. 47, art. 29, § 2.

ABSTRACTS

Pour satisfaire à l'exigence d'efficacité imposée par la réforme de la politique d'asile française, les préfectures avaient pris pour habitude d'adopter, à l'encontre des demandeurs d'asile « dublinés » présentant un « risque non négligeable de fuite », des notifications de transfert « anticipées ». Autrement dit, avant même que l'État membre auquel elles adressaient leur requête de prise ou de reprise en charge n'ait le temps d'y répondre, elles adoptaient une décision de transfert de manière unilatérale, et ce dans un seul but : pouvoir placer plus rapidement en rétention le demandeur d'asile en question. Si l'illégalité de cette pratique saute aux yeux, elle a divisé les juridictions administratives françaises jusqu'à ce que l'une d'entre elles décide de requérir un arbitrage auprès de la Cour de justice de l'Union européenne, dont l'issue n'est pas décevante. Elle dissèque réellement la pratique des préfectures françaises pour d'abord montrer comment elles détournent gravement le règlement Dublin III lui-même. Elle aborde

ensuite le risque important d'altération qu'elle fait peser sur la politique d'asile européenne de manière générale. Preuve que les préfectures n'ignoraient pas l'illégalité de leur pratique, les mises en garde de la Cour se retrouvent privées d'une quelconque utilité à l'aune du changement, entretemps, de la législation française.

AUTHOR

ANTOINE GUÉRIN

Doctorant en droit public à l'université Jean Moulin Lyon III