



La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national
(obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 14 mai 2020, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367)

Aikaterini Angelaki

ABSTRACT

In *FMS and others*, the Grand Chamber of the Court of Justice decides in turn on the placement of asylum seekers or third-country nationals subject to a return decision in the Röske transit zone at the Serbian-Hungarian border. The Court held that the stay in this area results in such a restriction of the freedom of movement that it must be qualified as "detention" within the meaning of secondary Union law. If, following judicial review of such detention, it is established that the persons concerned have been unlawfully detained, the national courts should release them with immediate effect. Delivered on a preliminary ruling, the judgment had a significant impact as it led to the closure by Hungary of the transit zones.

RESUME

Dans l'arrêt *FMS e.a.*, la Grande chambre de la Cour de justice se prononce à son tour sur le placement des demandeurs d'asile ou des ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de retour dans la zone de transit de Röske, à la frontière serbo-hongroise. Pour la Cour, le séjour dans cette zone se traduit par une restriction de la liberté de mouvement d'une ampleur telle qu'elle doit être qualifiée de « rétention » au sens du droit dérivé de l'Union. Si, à l'issue du contrôle d'une telle rétention, il est établi que les personnes concernées ont été irrégulièrement retenues, la juridiction nationale devrait les libérer avec effet immédiat. Rendu sur renvoi préjudiciel, l'arrêt a eu un retentissement important puisqu'il a conduit à la fermeture par la Hongrie des zones de transit.

MOTS-CLES: Espace de liberté de sécurité et de justice - RAEC - droit d'asile - droit à un recours effectif - demande de protection internationale

Pour citer l'article :

Aikaterini Angelaki, « La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national (obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 14 mai 2020, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367) », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, septembre 2020/2, pp. 310-320.

La reproduction ou représentation de cet article n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site de l'*Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© 2020 Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties

La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national

(obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 14 mai 2020, *FMS, FNZ, SA, SA junior*, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367)

Aikaterini Angelaki*

L'arrêt *FMS e.a.* témoigne de la dégradation constante du droit hongrois d'asile depuis la déclaration de « l'état d'urgence dû à une immigration massive » en septembre 2015¹. Sur le plan pratique, cette politique hostile à l'accueil des réfugiés a été marquée par la construction en 2015 d'une clôture de fil barbelé partiellement électrifiée au long de la frontière serbo-hongroise. Stoppés par cette barrière, les individus qui souhaitent entrer sur le territoire hongrois n'ont d'autre choix que de passer par l'une des deux « zones de transit » à Tompa et à Röszke². Les personnes admises dans ces zones situées à proximité de la clôture construite en 2015 sont légalement obligées d'y déposer leur demande de protection internationale et d'y attendre, enfermées, durant la procédure d'examen de leur demande³. Les conditions de vie dans ces camps ont fait l'objet de multiples critiques par les organisations de défense des droits de l'homme. Les experts du Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire (UNWGAD), après s'être vus refuser l'accès à ces zones, ont déclaré qu'« il ne fait aucun doute que la rétention de migrants dans ces 'zones de transit' s'analyse en une privation de liberté au sens du droit international »⁴.

Cette dégradation du traitement des migrants et des demandeurs de protection internationale en Hongrie s'inscrit dans le contexte plus large de la crise du respect par cet État membre des valeurs de l'Union européenne. Outre le déclenchement en 2018 du volet préventif du mécanisme prévu par l'article 7 TUE⁵, cette crise a fait l'objet d'une judiciarisation par la contestation, tant dans le cadre du recours en manquement que dans le cadre du renvoi préjudiciel, des réformes hongroises. Parallèlement à l'activation de l'article 7 TUE, la Commission a en effet saisi la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour »)

* Maître de conférences en droit public à l'Université Paris Est-Créteil, Centre de recherche MIL.

¹ Prolongé à plusieurs reprises au motif de la pression migratoire aux frontières, « l'état d'urgence dû à une immigration massive » est actuellement en vigueur en Hongrie jusqu'au 7 mars 2021.

² L'admission dans ces zones s'effectue sur la base d'une liste d'attente informelle, qui serait transmise par des « chefs de communauté » aux autorités hongroises. Sur ce système, voy. le point 1.2 du [rapport de la visite d'information](#) de l'ambassadeur Tomás Boček, représentant spécial du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe sur les migrations et les réfugiés, en Serbie et dans deux zones de transit en Hongrie, du 12 au 16 juin 2017 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

³ En 2019, le taux de rejet des demandes est de 91,5 %.

⁴ UNWGAD, [« UN Human Rights Experts Suspend Hungary Visit after Access Denied »](#), 15 novembre 2018 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

⁵ S'agissant du sort réservé aux réfugiés et aux migrants, voy. les points 62 à 72 de la Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)), P8_TA(2018)0340.

de plusieurs recours en manquement, parmi lesquels trois sont directement liés aux problèmes posés par le traitement accordé aux demandeurs de protection internationale. Dans ce cadre, la Cour a déjà constaté le non-respect par la Hongrie, ainsi que par la Pologne et la République tchèque, de leurs obligations au titre des décisions afférentes au mécanisme de relocalisation temporaire des demandeurs de protection internationale⁶. Deux autres recours en manquement sont toujours pendants. D'un côté, le recours introduit le 8 novembre 2019⁷ met en cause un paquet législatif adopté le 20 juin 2018, connu sous le nom « Stop Soros », qui introduit au droit national un nouveau motif d'irrecevabilité des demandes d'asile fondé sur le concept hybride de « pays de transit sûr » et pénalise l'aide à l'immigration illégale. De l'autre côté, le recours introduit le 21 décembre 2018⁸ invoque plusieurs manquements aux obligations imparties par la directive 2013/33⁹ (« directive Accueil »), la directive 2013/32¹⁰ (« directive Procédures ») et la directive 2008/115¹¹ (« directive Retour »). Les réformes hongroises ont également donné lieu à deux arrêts rendus à titre préjudiciel par la Cour. Dans l'arrêt *L.H. ou Tomba*¹², la première chambre de la Cour a jugé que le nouveau motif d'irrecevabilité introduit par la réglementation hongroise irait à l'encontre de la directive Procédures. Deux mois après, la formation de Grande chambre de la Cour s'est prononcée dans les affaires jointes *FMS e.a.*

Les faits ayant donné lieu à ces affaires réunissent le destin des ressortissants afghans (affaire C-924/19 PPU) et iraniens (affaire C-925/19 PPU) qui sont arrivés en Hongrie par la Serbie et ont introduit des demandes d'asile depuis la zone de transit de Röszke. En application de la réglementation nationale, ces demandes ont été rejetées comme irrecevables et des décisions de retour vers la Serbie ont été adoptées, car la Serbie est considérée comme un « pays de transit sûr » par la Hongrie. La Serbie a néanmoins refusé la réadmission des intéressés sur son territoire, au motif que les conditions prévues par l'accord de réadmission conclu avec l'Union n'étaient pas réunies¹³. À la suite de cette décision, les autorités hongroises n'ont pas procédé à l'examen au fond des demandes d'asile mais ont modifié le pays de destination mentionné dans les décisions de retour, en ordonnant aux intéressés de quitter le territoire hongrois pour l'Afghanistan et l'Iran. Les intéressés ont alors formé opposition à l'encontre des décisions modificatives de

⁶ CJUE, 2 avril 2020, *Commission c. Hongrie*, aff. jtes C-715/17, C-718/17, C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

⁷ Aff. *Commission c. Hongrie*, C-821/19.

⁸ Aff. *Commission c. Hongrie*, C-808/18.

⁹ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO L 180 du 29 juin 2013, p. 96.

¹⁰ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013, p. 60.

¹¹ 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, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98.

¹² CJUE, 19 mars 2020, *L.H.*, aff. C-564/18, ECLI:EU:C:2020:218. Voy. P. Dumas, « L'arrêt L.H. ou la fragilité des garanties liées à la mise en œuvre du concept de 'pays tiers sûr' », *Revue des Affaires Européennes*, n° 1, 2020, pp. 239-250.

¹³ Voy. Décision du Conseil du 8 novembre 2007 concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334 du 19 décembre 2007, p. 45.

l'administration, laquelle a été rejetée. Ils ont par la suite saisi le juge national en vue de faire annuler les décisions rejetant leur opposition et d'enjoindre à l'autorité chargée de l'asile de mener une nouvelle procédure d'asile. Ils ont parallèlement introduit des recours en carence liés à leur placement et leur maintien dans la zone de transit de Röszke. La juridiction nationale saisie de ces recours a posé à la Cour de nombreuses questions tenant à l'interprétation des directives Retour, Procédures et Accueil. Les affaires ont été soumises à la procédure préjudicielle d'urgence (PPU)¹⁴, ce qui a posé à la Cour une difficulté au vu du contexte de la crise sanitaire¹⁵. En effet, dans le cadre des affaires soumises à cette procédure, l'audience de plaidoiries est en principe obligatoire, afin de permettre à l'ensemble des intéressés visés à l'article 23 du Statut de la Cour de se positionner sur les questions posées par la juridiction de renvoi. L'audience s'est finalement tenue, le 13 mars 2020, soit le jour même où fut prise la décision d'annuler ou de reporter toutes les audiences programmées pour les semaines à venir.

D'une densité et d'une longueur importante qui ne permettent pas une analyse exhaustive dans le cadre de ce commentaire, l'arrêt rendu le 14 mai 2020 est intéressant à plus d'un titre. Il intervient dans le contexte tendu par l'épidémie qui n'a pas été sans impact sur le sort réservé aux réfugiés et aux migrants par la Hongrie. Depuis le 1^{er} mars 2020, l'accès des demandeurs d'asile aux zones de transit avait été fermé en raison des risques de propagation du covid-19. L'arrêt anticipe également le traitement de certaines questions posées dans le cadre du recours en manquement introduit par la Commission le 21 décembre 2018. En outre, la Cour est appelée à se prononcer après l'arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie* de la Cour européenne des droits de l'homme (« la CourEDH »)¹⁶, concernant précisément la situation de ressortissants de pays tiers ayant séjourné dans la zone de transit de Röszke. Aux yeux de l'avocat général de la Cour, cette circonstance conférerait aux affaires préjudicielles en question « un caractère sensible, les réponses à venir de la Cour revêtant un intérêt indiscutable tant d'un point de vue juridique qu'humanitaire »¹⁷. En effet, elles ont fourni l'occasion à la Cour de consolider les garanties procédurales de la directive Retour **(I)**. Dans le prolongement de l'arrêt *L.H.*, elles lui ont également permis de réitérer l'incompatibilité avec le droit de l'Union du nouveau motif d'irrecevabilité prévu par le droit hongrois et de préciser les conséquences de cette incompatibilité pour les procédures d'asile fondées sur ce motif **(II)**. L'élément le plus intéressant de l'arrêt – et qui occupe une partie importante du raisonnement – tient à la qualification du placement des individus en zones de transit comme une rétention au sens du droit dérivé de l'Union **(III)** et à l'interprétation des exigences de régularité d'une telle rétention. En cas d'irrégularité,

¹⁴ Les deux affaires rendent compte de situations de demandeurs d'asile particulièrement vulnérables. Il s'agit d'un couple marié de ressortissants afghans de plus de 60 ans et diabétiques, privés de liberté au sein du camp de Röszke depuis le 17 mai 2019 (aff. C-924/19 PPU) et d'un père iranien et son fils mineur dont la santé mentale et psychique s'est dégradée depuis qu'ils sont retenus dans la zone de transit (aff. C-925/19 PPU).

¹⁵ Voy. M.-A. Gaudissart, « La Cour de justice de l'Union européenne face à la crise sanitaire », *Revue des Affaires Européennes*, n° 1, 2020, pp. 97-107, spéc. pp. 102-103.

¹⁶ CourEDH, GC, 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15.

¹⁷ Conclusions de l'avocat général Priit Pikamäe, présentées le 23 avril 2020, dans les affaires C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, *FMS e.a.*, point 2.

le juge national est habilité à substituer sa décision à celle de l'autorité administrative l'ayant ordonnée pour prononcer, le cas échéant, la libération immédiate des personnes concernées (IV).

Partie I - La consolidation des garanties de protection juridictionnelle de la directive Retour

La cinquième question posée par le juge *a quo*, laquelle a été traitée en priorité par la Cour, a donné l'occasion de se prononcer sur la politique hongroise de contournement des contraintes procédurales de la directive Retour pour renvoyer les personnes retenues dans les zones de transit à leur pays d'origine. Comme il a déjà été indiqué, l'autorité chargée de l'asile avait rejeté, comme étant irrecevables, les demandes de protection internationale des requérants au principal et avait adopté, concomitamment, les décisions de retour leur enjoignant de quitter le territoire hongrois pour la Serbie. Après le refus de réadmission par la Serbie, l'autorité compétente avait alors remplacé le pays de destination dans les décisions de retour par le pays d'origine des intéressés. La réglementation nationale permet en effet la modification d'une décision de retour, cette modification n'étant pas susceptible de contrôle juridictionnel. Elle peut être contestée uniquement devant les autorités administratives. Les intéressés ont effectivement formé, sans succès, un tel recours administratif. Par la suite, ils ont saisi la juridiction de renvoi d'un recours en annulation contre les décisions administratives rejetant leur opposition, ce qui a soulevé la question de la recevabilité de ce recours.

La Cour a estimé que la modification de la destination dans une décision de retour est à ce point « substantielle »¹⁸ qu'elle doit être assimilée à une nouvelle décision de l'administration. L'autorité compétente pour son adoption devait ainsi veiller au respect de l'ensemble des garanties procédurales prévues par la directive Retour¹⁹, dont fait partie l'exigence d'une voie de recours effective qui est prévue par l'article 13 de la directive. Certes, l'objectif de cette disposition n'est pas une uniformisation des règles procédurales nationales. Elle laisse en effet la marge d'appréciation aux États membres de prévoir que les décisions de retour soient contestées devant des autorités autres que judiciaires. Elle doit néanmoins être interprétée à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »). Dans le respect du droit au recours effectif tel que garanti par l'article 47 de la Charte, le destinataire d'une décision de retour doit ainsi, à un certain stade de la procédure, pouvoir en contester la régularité devant au moins une instance juridictionnelle²⁰. Tel n'était pas le cas en l'espèce puisque les intéressés ne pouvaient contester les décisions modifiant leur pays de retour qu'en formant une opposition devant

¹⁸ Arrêt *FMS e.a.*, précité, point 116.

¹⁹ Ibid., point 122.

²⁰ Ibid., point 130. La Cour demeure fidèle aux enseignements de l'arrêt *Gnandi* où elle a déjà jugé que « la protection inhérente au droit à un recours effectif ainsi qu'au principe de non-refoulement doit être assurée en reconnaissant au demandeur de protection internationale un droit à un recours effectif suspensif de plein droit, au moins devant une instance juridictionnelle » (CJUE, GC, 19 juin 2018, *Gnandi*, ECLI:EU:C:2018:465, point 58).

l'autorité chargée de l'asile, laquelle est placée sous l'autorité du ministre chargé de la police. Puisqu'elle relève du pouvoir exécutif, elle ne remplit pas, pour la Cour, la condition d'indépendance pour qu'elle puisse être qualifiée de juridiction au sens de l'article 47 de la Charte. Comme l'on pouvait s'y attendre, pour apprécier la condition d'indépendance, la Cour applique les critères établis dans sa jurisprudence récente *ASJP* et *A.K.*²¹.

La privation des intéressés de tout recours juridictionnel conduit par la suite la Cour à tirer les conséquences pour l'office du juge hongrois. Comme à son accoutumée, elle va à cet effet au-delà d'un simple encadrement de l'autonomie procédurale nationale, jusqu'à définir elle-même les pouvoirs du juge interne²². Elle déduit ainsi du principe de primauté et du droit au recours effectif, tel que garanti par la Charte, une obligation pour la juridiction nationale de se déclarer compétente pour connaître ce recours²³. Les mêmes fondements seront mobilisés ultérieurement dans le raisonnement de la Cour pour renforcer les pouvoirs du juge interne en ce qui concerne également la justiciabilité d'une mesure de rétention²⁴.

Partie II - La précision des conséquences du rejet d'une demande d'asile sur la base d'un motif contraire au droit de l'Union

La Cour examine ensuite la conformité au droit de l'Union du motif d'irrecevabilité qui avait justifié le rejet des demandes d'asile des requérants au litige au principal. Il s'agit du concept controversé du « pays de transit sûr » qui permet le rejet d'une demande lorsque l'individu est arrivé en Hongrie par un pays dans lequel il n'est pas exposé à des persécutions ou à un risque d'atteintes graves, ou dans lequel est assuré un degré de protection adéquat. La Cour affirme sans difficulté que ce motif prévu par le droit national ne peut être considéré comme mettant en œuvre l'un des motifs d'irrecevabilité prévus de manière exhaustive par l'article 33 de la directive Procédures.

Elle examine plus précisément les motifs relatifs au pays tiers sûr et au premier pays d'asile en reproduisant quasiment mot par mot le raisonnement suivi dans l'arrêt *L.H.* ou *Tompa*, rendu à deux mois d'intervalle. Dans cet arrêt, il a déjà été jugé que la circonstance qu'un demandeur de protection internationale a transité par le territoire d'un pays tiers ne saurait, à elle seule, constituer un lien de connexion au sens de l'article 38, paragraphe 2, de la directive Procédures qui régit la notion du pays tiers sûr²⁵. Le motif prévu par le droit national ne pourrait non plus être considéré comme une transposition du motif de premier pays d'asile car son application n'était pas subordonnée à la jouissance par le demandeur d'une protection internationale, dans le pays concerné, du statut de réfugié ou d'une protection suffisante à un autre titre²⁶.

²¹ Ibid., points 132-137.

²² M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 2018, p. 634.

²³ Arrêt *FMS e.a.*, précité, point 146.

²⁴ Cet élément est analysé *infra* dans le IV.

²⁵ Arrêt *FMS e.a.*, précité, point 158. Cf. Arrêt *L.H.*, précité, point 45-47.

²⁶ Ibid., point 163.

Si la Cour reconnaît sans appel la non-conformité de la réglementation hongroise au droit de l'Union, elle reste particulièrement prudente quant aux conséquences à tirer pour l'introduction d'une nouvelle procédure d'asile concernant un individu dont la demande a déjà été rejetée sur le fondement de cette réglementation. En répondant à la deuxième question posée par le juge hongrois, elle estime qu'il ressort de la directive Procédures, combinée avec le principe de loyauté et le droit d'asile tel que garanti par l'article 18 de la Charte, que l'autorité ayant rejeté les demandes d'asile et dont le rejet a déjà été confirmé par une décision juridictionnelle définitive, n'est pas tenue de les réexaminer d'office. Elle s'appuie à cet égard sur le principe général de sécurité juridique en rappelant, dans la lignée de la position du Gouvernement hongrois, le sens des jurisprudences *Kühne et Heitz* et *Kempter*²⁷.

Si le droit de l'Union n'impose pas à l'autorité nationale chargée de l'asile de se ressaisir d'office, les intéressés dont la demande a été déclarée irrecevable peuvent toujours déposer une nouvelle demande à leur propre initiative, laquelle sera qualifiée de « demande ultérieure », au sens de la directive Procédures. Certes, l'article 33, paragraphe 2, sous d), de la directive prévoit qu'une telle demande ne faisant état d'aucun élément ou fait nouveau peut être considérée comme irrecevable. L'existence d'un arrêt de la Cour constatant qu'une réglementation nationale est contraire au droit de l'Union doit néanmoins être considérée comme un élément nouveau²⁸. En outre, de manière plus générale, la Cour a jugé que l'effet utile du droit d'asile serait gravement compromis si ce motif d'irrecevabilité prévu par la directive était applicable lorsque l'autorité chargée de l'asile constate que le rejet définitif de la première demande est intervenu en méconnaissance du droit de l'Union²⁹. Il est indifférent sur ce point que l'autorité en question s'appuie, comme c'était le cas en l'occurrence, sur la jurisprudence de la Cour ou sur un constat d'incompatibilité au droit de l'Union opéré, à titre incident, par une juridiction nationale³⁰.

Partie III - La qualification du placement en zone de transit comme rétention au sens du droit dérivé

S'agissant du placement des intéressés dans la zone de transit de Röske, la Cour s'interroge à titre liminaire sur la norme de référence par rapport à laquelle leur situation devrait être appréhendée. Elle décide ainsi de prendre en compte tant la directive Retour que la directive Accueil car certains requérants au principal ont pu présenter une nouvelle demande d'asile et ont été à nouveau considérés comme des demandeurs de protection internationale. À

²⁷ Ibid., point 186. Il est notable que, lors de l'audience, un juge de la formation a remarqué que le Gouvernement invoquait là une affaire concernant les cuisses de volaille et s'est demandé si le principe de sécurité juridique ne devait pas être interprété autrement dans le cas de l'espèce. Voy. le compte rendu de l'audience fourni par E. Stoppioni, [« Questionnements autour de la pratique hongroise de rétention systématique des demandeurs d'asile en zone de transit »](#), disponible sur le blogdroiteuropéen [dernière consultation le 15 septembre 2020].

²⁸ Ibid., point 194.

²⁹ Ibid., point 196.

³⁰ Ibid., point 198.

l'aide d'une interprétation littérale, historique et conceptuelle des dispositions de la directive Accueil, la Cour précise par la suite que la notion de « rétention » au sens de la directive doit être comprise comme « une mesure coercitive qui prive [l]e demandeur de sa liberté de mouvement et l'isole du reste de la population, en lui imposant de demeurer en permanence dans un périmètre restreint et clos »³¹. La même interprétation est transposée dans le contexte de la directive Retour qui ne contient pas, quant à elle, une définition de la notion de rétention.

Ainsi interprétée, la notion de rétention convient à la situation des requérants dans les deux affaires sous examen. À cet égard, la Cour rejette l'argument soulevé par la Hongrie selon lequel les intéressés étaient libres de quitter volontairement la zone de transit, car ces derniers ne pourraient pas « *légalement* quitter volontairement » cette zone, « en quelque direction que ce soit »³². En sus des conditions de vie assimilables à une privation de liberté, ils ne pourraient pas en effet se rendre en Serbie sans que leur entrée ne soit considérée comme illégale par les autorités serbes. En outre, en quittant le territoire hongrois, ils risquaient de perdre toute chance d'obtenir le statut de réfugié en Hongrie. Le séjour dans les zones de transit se traduirait alors par une restriction de la liberté de mouvement d'une ampleur telle qu'elle devrait être assimilée à une rétention au sens du droit dérivé de l'Union.

Le raisonnement de la Cour mérite l'attention car il parvient à une solution plus favorable que celle de l'arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie* tout en évitant une opposition avec la Cour de Strasbourg. Rappelons sur ce point que, dans un arrêt de 2017, la quatrième chambre de la CourEDH avait condamné la Hongrie tant sur le fondement des articles 13 et 3 de la ConvEDH, que sur le fondement de l'article 5 en estimant que le confinement des requérants dans cette même zone de transit de Röszke équivalait à des privations de liberté de fait³³. Dans l'arrêt du 21 novembre 2019, la Grande chambre de la CourEDH a par la suite partiellement confirmé l'arrêt de la chambre en ce qui concerne la méconnaissance par la Hongrie de ses obligations découlant des articles 13 et 3 de la ConvEDH. Faisant preuve d'un exercice d'équilibrisme, elle s'est néanmoins abstenue de condamner la Hongrie sur la base de l'article 5 ConvEDH en estimant que les conditions de l'applicabilité *ratione materiae* de cet article n'étaient pas réunies dans le cas de l'espèce. Pour parvenir à cette conclusion, la CourEDH endosse l'argument de la Hongrie selon lequel les requérants ne pouvaient être considérés comme « privés de liberté » au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la ConvEDH car leur séjour dans la zone de transit ne pouvait être considéré comme involontaire. Elle admet que les requérants avaient une possibilité pratique de retourner en Serbie, vers une situation d'illégalité³⁴.

³¹ Ibid., point 223.

³² Ibid., point 231 [italiques ajoutés].

³³ CourEDH, 14 mars 2017, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15, § 56.

³⁴ Arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, précité, § 237. Voy. Ch. Giannopoulos, « [La \(re\)mise en cause de la présomption du 'pays tiers sûr' et le confinement dans les 'halls d'attente'](#) » (obs. sous CourEDH, GC, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21 novembre 2019, n° 45287/1 », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, mars 2020/1, pp. 176-184, spéc. pp. 182-184.

Cette position – qui n’a pas été sans contestations au sein de la CourEDH³⁵ – contraste avec la qualification des conditions prévalant dans la zone de Rözske laquelle a été effectuée par la Cour de Justice. Pour le juge de l’Union, l’impossibilité de partir volontairement dans la légalité vers la Serbie peut être assimilée à « une privation de liberté » laquelle est caractéristique d’une rétention au sens des directives Accueil et Retour³⁶. La Cour n’estime pas nécessaire de rappeler ici que ces dispositions du droit dérivé sur la rétention constituent une limitation de l’exercice du droit à la liberté et à la sûreté consacré à l’article 6 de la Charte. Or, ce dernier correspond à l’article 5 de la Convention et devrait alors être interprété comme ayant le même sens et la même portée que ce dernier conformément aux dispositions horizontales de la Charte. La Cour a en outre déjà fait appel à de nombreuses reprises à l’article 52, paragraphe 3, de la Charte pour justifier l’interprétation de ce même article 6 de la Charte en conformité avec la Convention³⁷.

Qui dit interprétation conforme, ne dit toutefois pas nivellement vers le bas, puisque la dernière phrase du paragraphe 3 de l’article 52 de la Charte précise que « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l’Union accorde une protection plus étendue [que la ConvEDH] ». Certes, le juge de l’Union n’a pas encore explicitement eu recours à cette faculté de dépassement du niveau de protection offert par la Convention, malgré les exhortations de certains avocats généraux³⁸. Mais il se montre habituellement plus explicite lorsqu’il s’agit de promouvoir l’autonomie du droit de l’Union. Il a déjà mobilisé cet argument dans le cadre de l’interprétation de l’article 6 de la Charte, en soulignant qu’aux termes des Explications ad article 52, l’obligation d’interpréter les dispositions de la Charte au regard des articles correspondants de la ConvEDH doit être assurée « sans que cela porte atteinte à l’autonomie du droit de l’Union et de la Cour de Justice de l’Union européenne »³⁹. C’est ainsi que, dans ses conclusions présentées dans les affaires jointes *FMS e.a.*, l’Avocat général avait invité la Cour à délaissier au nom de l’autonomie la jurisprudence de la CourEDH afin d’offrir un niveau de protection plus élevé que celui garanti par la Convention⁴⁰. En s’abstenant prudemment de mobiliser l’article 6 de la Charte sur ce point du raisonnement, la Cour évite toutefois de désapprouver (ouvertement) la jurisprudence conventionnelle sur l’inapplicabilité de l’article 5 ConvEDH. Reste à vérifier

³⁵ Cela s’exprime sur le résultat des votes, puisqu’il s’agit du seul élément de l’arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie* qui a été adopté à la majorité et pas à l’unanimité ou la quasi-unanimité. L’opinion partiellement dissidente du juge albanais, à laquelle s’est rallié son homologue le juge de Monténégro, exprime également sa position en faveur de l’applicabilité de l’article 5 dans le cas de l’espèce (voy. not. arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, précité, § 86).

³⁶ Arrêt *FMS e.a.*, précité, point 231.

³⁷ Voy. not. CJUE, 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84.

³⁸ Sur ce point, voy. A. Bailleux, « Article 52-2. - Portée et interprétation des droits et principes », in F. Picod et al. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 1287-1319, spéc. p. 1304.

³⁹ Arrêt *J.N.*, précité, point 47.

⁴⁰ Conclusions dans les affaires *FMS e.a.*, précitées, points 149-151.

si ce stratagème sera maintenu dans le cadre du recours en manquement introduit par la Commission le 21 décembre 2018⁴¹.

Partie IV - L'irrégularité de la rétention au regard des exigences imposées par le droit de l'Union

En interprétant les exigences imposées par les directives Procédures, Accueil et Retour, la Cour fournit également au juge national les éléments nécessaires pour le guider dans l'appréciation de la régularité de la rétention dans les zones de transit. Elle se prononce avant tout sur l'interprétation de l'article 43 de la directive Procédures qui offre aux États membres la possibilité d'imposer aux demandeurs de protection internationale de demeurer à leurs frontières ou dans les zones de transit afin notamment de se prononcer sur la recevabilité de leur demande dans un délai raisonnable. Le traitement d'une demande ne peut dépasser les quatre semaines que dans la situation spécifique d'un afflux massif des demandeurs d'asile, auquel cas les personnes intéressées doivent toutefois être hébergées dans des conditions normales⁴². La possibilité offerte par cet article n'autorise alors en aucun cas une rétention de plus de quatre semaines. On notera que la durée moyenne de rétention dans les zones de transit situées aux frontières de la Hongrie s'élevait à plusieurs mois⁴³.

La Cour s'attelle ensuite à examiner les exigences liées au placement en rétention au regard des directives Accueil et Retour. Elle affirme que les directives s'opposent à ce qu'un demandeur de protection internationale ou un ressortissant de pays tiers faisant l'objet d'une décision de retour soit placé en rétention au seul motif qu'il ne peut pas subvenir à ses besoins⁴⁴. Les directives s'opposent également à ce que la personne intéressée soit placée en rétention sans l'adoption préalable d'une décision motivée ordonnant ce placement et sans qu'aient été examinées la nécessité et la proportionnalité d'une telle mesure⁴⁵. En ce qui concerne la durée de la rétention, la Cour diffère nécessairement sa réponse en fonction de la directive applicable. S'agissant de la directive Accueil, bien que

⁴¹ Lors de l'audience de cette affaire, les parties ont été invitées à prendre position sur la pertinence de l'arrêt de la CourEDH. Contrairement à la Commission, la Hongrie a estimé que la solution de la CourEDH était transposable à l'affaire car si le placement des demandeurs d'asile en zone de transit n'est pas une privation de liberté au sens de l'article 5 de la ConvEDH, il va de soi qu'il ne peut pas non plus être qualifié de rétention au sens du droit dérivé de l'Union, dès lors que cette dernière notion présuppose l'existence d'une privation de liberté au sens de l'article 6 de la Charte. De son côté, l'avocat général a rejeté cet argument en réitérant son argumentation sur l'interprétation autonome du droit de l'Union. Il a en outre estimé que la Cour a implicitement validé cette approche d'interprétation autonome dans l'arrêt *FMS e.a.* en ce qu'elle a conclu à l'existence d'une rétention à l'issue d'une analyse portant sur les seules conditions découlant de la directive Accueil (Conclusions de l'avocat général Priit Pikamäe, présentées le 25 juin 2020, dans l'affaire C-808/18, pt 131).

⁴² Arrêt *FMS e.a.*, précité, points 242-245.

⁴³ Voy. les données recueillies par l'ONG *The Hungarian Helsinki Committee*, disponibles sur le lien : <https://www.asylumineurope.org/reports/country/hungary/> [dernière consultation le 15 septembre 2020].

⁴⁴ Ce motif n'est pas susceptible de justifier un placement en rétention ni sur le fondement de l'article 8 de la directive Accueil (arrêt *FMS e.a.*, précité, point 256), ni sur le fondement de l'article 15 de la directive Retour (arrêt *FMS e.a.*, précité, point 270).

⁴⁵ *Ibid.*, points 259 et 275.

l'article 9 de la directive n'impose pas que les États membres fixent une durée maximale à la rétention, le droit national doit toutefois, pour la Cour, garantir que la rétention ne dure que tant que le motif qui la justifie demeure d'application et que les procédures administratives liées à ce motif soient exécutées avec diligence. Cette interprétation prend appui sur les exigences imposées par l'article 6 de la Charte, la Cour ne manquant pas cette fois-ci de citer par analogie l'arrêt *S.M.M. c. Royaume-Uni* de la CourEDH⁴⁶. S'agissant de la directive Retour, l'article 15 de la directive prévoit un délai de rétention aux fins d'éloignement. Même lorsqu'elle est prolongée, elle ne peut excéder dix-huit mois et ne peut être maintenue que tant que le dispositif d'éloignement est en cours et est exécuté avec toute la diligence requise.

La Cour précise enfin les conséquences de l'irrégularité de la rétention en faisant à nouveau évoluer l'office du juge interne sur le fondement du principe de primauté et du droit à une protection juridictionnelle effective. En l'absence de dispositions nationales prévoyant un contrôle de légalité d'une mesure de rétention, il appartient à la juridiction nationale saisie de se déclarer compétente pour se prononcer à ce sujet. Si, à l'issue de son contrôle, cette dernière estime que la mesure de rétention en cause est contraire au droit de l'Union, elle doit pouvoir substituer sa décision à celle de l'autorité administrative l'ayant ordonnée et prononcer la libération immédiate des personnes concernées, ou une mesure alternative à la rétention⁴⁷. Compte tenu des dysfonctionnements de la justice en Hongrie, on perçoit l'ampleur de la charge que fait peser la Cour sur le juge national de l'asile « qui est sommé contre 'vents et marées' de veiller au respect des droits fondamentaux des personnes »⁴⁸. En matière d'asile, il ne s'agit en outre pas de la première fois que la Cour investit les juridictions nationales d'un pouvoir qu'elles n'avaient pas en droit hongrois⁴⁹.

* * *

En définitive, au moyen d'une interprétation autonome du droit de l'Union et du renforcement des pouvoirs du juge national en tant que juge de droit commun du droit de l'Union, l'arrêt *FMS e.a.* permet de remettre en question une partie substantielle du droit hongrois d'asile. Il n'est pas ainsi surprenant qu'il ait été accueilli avec enthousiasme par des ONG, comme *The Hungarian Helsinki Committee* dont les avocats ont représenté les requérants au principal. Il n'est pas non plus surprenant que les autorités hongroises se soient initialement opposées à l'arrêt de la Cour⁵⁰. Au lendemain de la publication de l'arrêt

⁴⁶ Ibid., point 264.

⁴⁷ Ibid., point 293.

⁴⁸ F. Gazin, « Procédure de demande de protection internationale en Hongrie », *Europe*, 2020, comm. 217.

⁴⁹ C'était le cas également dans l'arrêt *Torubarov* en ce qui concerne le pouvoir de reformation d'une décision administrative par une juridiction (CJUE, GC, 29 juillet 2019, *Alekszij Torubarov/Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626). Pour un commentaire de l'arrêt, voy. A. Caiola, « Contre le ping-pong procédural : un arrêt sur la logique du droit à un recours effectif », *Revue des Affaires Européennes*, n° 3, 2019, pp. 627-637.

⁵⁰ « [Hungary reacts to German constitutional court ruling](#) », *Euractiv*, 15 mai 2020 [dernière consultation le 1^{er} octobre 2020].

et dans le sillage de l'arrêt PSPP de la Cour constitutionnelle allemande, le Premier ministre hongrois a déploré dans son interview radiophonique hebdomadaire une tentative par le juge de l'Union de contourner la Constitution hongroise⁵¹. Une semaine après la publication de l'arrêt, le gouvernement hongrois a néanmoins décidé de s'y conformer sans même attendre la décision du juge interne qui devrait se prononcer *in fine* sur la régularité de la rétention. Les zones de transit ont ainsi été évacuées par le transfert, les 20 et 21 mai, d'environ 300 personnes dans des centres d'accueil ouverts. En parallèle, la Hongrie a annoncé la fermeture des zones de transit⁵². Il n'est toutefois pas certain que cette évolution témoigne d'une volonté de la Hongrie de s'aligner sur les obligations relatives à l'accès effectif à une procédure d'asile qui sont issues du droit international et du droit de l'Union. En effet, non seulement il n'est plus possible d'accéder aux zones de transit pour déposer une demande de protection internationale, mais un nouveau système a été mis en place par décret qui exige désormais que les demandes doivent être préalablement enregistrées dans des représentations diplomatiques hongroises en dehors du territoire hongrois. Dans le sillage de l'arrêt *FMS e.a.*, le gouvernement Orbán semble avoir ainsi créé un système encore moins tenable que celui critiqué dans l'arrêt⁵³ en jetant les germes d'un nouveau bras de fer avec l'Union.

⁵¹ « La Hongrie libère des migrants détenus illégalement depuis des années à la frontière », *Le Monde* du 23 mai 2020, p. 20.

⁵² Ibid.

⁵³ Sur les suites de l'arrêt *FMS e.a.* et la critique des réformes apportées par l'exécutif hongrois, voy. B. Nagy, [« A – Pyrrhic? – Victory Concerning Detention in Transit Zones and Procedural Rights: FMS & FMZ and the Legislation Adopted by Hungary in its Wake »](#), 15 juin 2020 [dernière consultation le 15 septembre 2020].