

Pierre d'Huart

Sylvie Saroléa (dir.)

**LA RÉCEPTION DU DROIT
EUROPÉEN DE L'ASILE
EN DROIT BELGE :
LA DIRECTIVE RETOUR**

2^e édition revue et mise à jour

Louvain-la-Neuve

Décembre 2014

Equipe de recherche :

Prof. Sylvie Saroléa

Prof. Jean-Yves Carlier

Dr. Emmanuelle Néraudau

Luc Leboeuf

Pierre d'Huart

Lilian Tsourdi

Sahra Datoussaid

Hélène Gribomont

Matthieu Lys

Trésor Maheshe

L'usage de la présente peut utilement être accompagné de celui du répertoire de jurisprudence de l'Équipe droits européens et migrations (ci-après EDEM) contenant également les différents arrêts, tant européens que nationaux, relatifs aux questions de qualification, d'accueil, de procédure et de renvois Dublin. Ledit répertoire figure l'adresse suivante : www.uclouvain.be/418491.

© Sylvie Sarolea, Pierre d'Huart

Publié en Belgique par:
Université catholique de Louvain
CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen
Collège Thomas More
Place Montesquieu, 2 (boîte L2.07.01)
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique
www.uclouvain.be/cedie
Contact : cedie@uclouvain.be

SOMMAIRE

Préface. Le temps des juges.....	7
Introduction générale.....	9
Le contexte européen.....	9
La recherche.....	12
Introduction.....	13
Titre 1. Dispositions générales.....	15
Chapitre 1. Objet et champs d'application de la directive (art. 1, 2 et 4, § 4).....	15
Chapitre 2. Dispositions plus favorables (art. 4, §§ 1, 2 et 3).....	30
Chapitre 3. Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale et état de santé (art. 5).....	30
Titre 2. Fin du séjour irrégulier.....	35
Chapitre 1. Décision de retour (art. 6).....	35
Chapitre 2. Départ volontaire (art. 7).....	50
Chapitre 3. L'éloignement (art. 8, 9 et 10).....	65
Chapitre 4. Interdiction d'entrée (art. 11).....	74
Titre 3. Garanties procédurales.....	87
Chapitre 1. Exigences de forme pour les décisions de retour (art. 12).....	87
Chapitre 2. Voies de recours (art. 13).....	90
Chapitre 3. Garanties dans l'attente du retour (art. 14).....	95
Titre 4. Rétention à des fins d'éloignement.....	99
Chapitre 1. Conditions pour procéder à la rétention (art. 15).....	99
Chapitre 2. Les conditions de la rétention (art. 16).....	136
Chapitre 3. La rétention des mineurs et des familles (art. 17).....	141
Chapitre 4. Les situations d'urgence (art. 18).....	151
Conclusion.....	153
Conclusions générales.....	155
Bibliographie.....	163
Annexe 1 Directive retour : Chronique de jurisprudence.....	177
Annexe 2. Tableau de jurisprudence.....	193

Cette étude consacrée à la mise en œuvre en droit belge du système européen d'asile commun se compose de cinq volumes. Ils couvrent ainsi tout le parcours du demandeur d'asile une fois qu'il s'est adressé aux autorités belges aux fins d'obtenir une protection. Les normes européennes et de droit interne, interprétées par la jurisprudence, vont déterminer :

- si la Belgique est compétente (Règlement Dublin – Tome I),
- comment le demandeur est accueilli (Directive accueil - Tome II),
- le régime procédural applicable à la détermination de son statut (Directive procédures – Tome III),
- s'il satisfait aux conditions matérielles définissant les personnes protégées comme réfugiées ou au titre de la protection subsidiaire (Directive qualification – Tome IV),
- et, le cas échéant, quel régime est applicable au retour en cas de décision négative (Directive retour – Tome V).

L'introduction et les conclusions générales sont communes aux cinq tomes, qui contiennent également chacun une introduction et des conclusions spécifiques à la question traitée.

L'usage de la présente peut utilement être accompagné de celui du répertoire de jurisprudence de l'EDEM contenant également les différents arrêts, tant européens que nationaux, relatifs aux questions de qualification, d'accueil, de procédure, de retour et de renvois Dublin. Ledit répertoire figure l'adresse suivante : www.uclouvain.be/418491.

Cette recherche est un véritable travail d'équipe. Grâce à un financement conjoint du Fonds européen pour les réfugiés et de l'U.C.L., **l'EDEM (Équipe droits européens et migrations)** a pu être constituée au sein du Centre Charles de Visscher pour le droit international et européen (CeDIE). Elle se compose des Professeurs Jean-Yves Carlier et Sylvie Saroléa, du Docteur Emmanuelle Néraudau, de Messieurs Luc Leboeuf et Pierre d'Huart, de Mesdames Lilian Tsourdi, Sahra Datoussaid et Hélène Gribomont. Ont été ou sont également associés Messieurs Yves Pascouau, Matthieu Lys et Trésor Maheshe.

Un travail fastidieux de relecture et de mise en forme de ces ouvrages a été effectué par Mesdames Annie Fourny et Hélène Gribomont, avec la collaboration de Mesdames Stéphane Saroléa et Geneviève François. Qu'elles en soient chaleureusement remerciées.

Sylvie Saroléa

PREFACE.

LE TEMPS DES JUGES

Les études très complètes ici présentées du système européen commun d'asile en général, et de son application en Belgique en particulier révèlent un constat majeur : plus encore que d'autres pans du droit, ce droit ne trouve son sens – c'est-à-dire à la fois sa direction et son intelligibilité – que dans sa mise en œuvre par la pratique administrative et, surtout, par le juge. Cela résulte principalement du fait que, à la différence d'autres catégories de populations minoritaires ou minorisées, les destinataires de ce droit que sont les demandeurs d'asile ne disposent d'aucun relais politique dans la société, d'aucune voix autre que celles de quelques charités militantes. Le juge est la seule voie d'accès aux droits et la seule voix qui peut imposer à l'autorité souveraine le respect des droits fondamentaux.

Faut-il craindre ce pouvoir des juges ? La question n'est pas neuve. Défendant cette liberté, Montaigne affirmait déjà, en pleine période d'horreurs liées aux guerres de religion : « il y a autant de liberté et d'étendue à interpréter les lois qu'à les faire »¹. Les craintes d'abus d'interprétation par le juge, en rigueur comme en candeur, sont peu fondées à l'époque contemporaine. C'est que le juge s'inscrit, d'une part dans un espace juridique à la fois restreint et large et d'autre part dans un temps d'expression du droit à la fois éphémère et long. De cette complexité naît la mesure, faite de poids et de contrepoids posés sur la balance de la justice.

En premier lieu, l'espace du juge est à la fois restreint et large. Il est restreint car il est situé dans un contexte régional et national précis. Le juge connaît le droit mais aussi le contexte de son État. Il ne dit pas le droit depuis un lieu isolé. Dans le même temps, cet espace est large. D'une part, procéduralement, le juge, particulièrement en Europe, est assisté – par voie de questions préjudicielles – et encadré – par voie de recours – par d'autres juges nationaux et supra nationaux. Si ces derniers ne doivent intervenir qu'à titre subsidiaire, leur rôle de regard extérieur, d'ultime garant des droits, est fondamental. D'autre part, sur le fond, cet espace large conduit aussi à l'invocation de sources du droit diverses : nationales, de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe, internationales. Utilisé avec mesure, ce « cosmopolitisme normatif »² insère le droit national et le droit européen qu'il met en œuvre dans un cadre universel qui paraît fondamental

¹ MONTAIGNE, *Essais*, Livre III, chapitre XIII, Éd. Gallimard, la Pléiade, 1962, p. 1042.

² L. BURGORGUE-LARSEN, « *Nothing is perfect*. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne » in *L'homme et le droit, Mélanges en hommage à Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, p. 129 ici p. 132, reprenant l'expression qu'elle a inaugurée dans « Le destin judiciaire strasbourgeoise de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif » in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 145.

lorsqu'il s'agit en particulier de reconnaître les droits des personnes qui ne disposent plus d'une protection nationale.

En deuxième lieu, le risque d'abus d'interprétation est aussi limité parce que le temps du juge est à la fois éphémère et long. Il est éphémère car la décision du juge tranche *hic et nunc* un cas d'espèce. Cette décision est située parmi d'autres et susceptible de corrections ultérieures avant de s'inscrire dans la cohérence des précédents³. Cette cohérence, elle, s'inscrira dans un deuxième temps, long, qui permet au droit écrit de devenir un droit vivant. Pour cela, le législateur, tant national qu'européen, doit apprendre à modérer la cadence des révisions de textes qui nuisent à leur mise en œuvre correcte. Plus que le juge dans ses interprétations successives et évolutives, c'est le législateur dans ses modifications répétées qui nuit à la cohérence du droit. Avec prudence et cohérence, dans le respect des textes, le juge doit pouvoir exercer son rôle de « ministre du sens »⁴. Tel est le service du juge à l'État, par lequel il met en œuvre le principe selon lequel « l'État doit servir et non asservir la personne humaine »⁵. Oui, le temps des juges est venu. Il sera fait de saisons diverses et de vents variables comme toute vie, mais, pour incarner le droit, il offrira, nécessairement, quelques rayons de soleil.

Jean-Yves Carlier

³ Fr. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997.

⁴ *Idem* et dans *Justice et argumentation - Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Éd. de l'ULB, 1986.

⁵ Ch. DE VISSCHER, « Droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international » in *Travaux de l'Institut de droit international*, 1947.

INTRODUCTION GENERALE

LE CONTEXTE EUROPEEN

Depuis quinze ans, sur la base des orientations du Conseil européen de Tampere, l'Union européenne qui a supprimé les contrôles aux frontières intérieures s'attelle à harmoniser les règles relatives au franchissement et au contrôle des frontières extérieures et à se doter d'une politique migratoire. Il s'agit notamment, sur fond de confiance mutuelle entre les États membres, d'harmoniser le droit d'asile afin de garantir aux demandeurs d'asile un traitement équivalent dans tous les États membres de l'Union et éviter l'*asylum shopping*. Le système européen commun d'asile (SECA) vise à « offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non-refoulement »¹. Il s'agit, à terme, de « déboucher sur une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile »². Dans ce cadre, le droit commun répartit les demandeurs d'asile entre les États membres de l'Union, en leur assurant les mêmes conditions d'accueil et l'application des mêmes règles tant de fond que procédurales pour bénéficier d'un statut de protection. Les principes applicables au retour font aussi l'objet d'une harmonisation. Bien que ne relevant pas du SECA en tant que telles, elles concernent les demandeurs d'asile en fin de procédure.

Les textes adoptés dans le cadre de la première phase d'harmonisation (1999-2004) se présentent comme la formalisation de normes minimales que les États membres doivent respecter en matière d'asile. La deuxième phase d'harmonisation, fixée par le Programme de la Haye (2004-2009), réaffirme la volonté des États de poursuivre la mise en place du SECA et ouvre les négociations pour revoir les outils existants. Plus que de rapprocher, il s'agit à présent d'adopter des normes communes³. Face aux difficultés rencontrées et constatées par la Commission européenne dans son livre vert sur le futur du SECA⁴, le Programme de Stockholm (2009-2014) réitère l'objectif d'établir un SECA à l'horizon 2012.

De 2011 à 2013, les cinq instruments du SECA ont été réformés, refondus selon l'expression communément utilisée au niveau institutionnel. Après la directive

¹ Art. 78 T.F.U.E.

² Sommet européen de Tampere, pt 15 (www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm).

³ Alors que les directives composant le SECA se présentaient comme des instruments dont l'objectif consiste à établir des « normes minimales », la refonte de ces directives annonce établir des « normes ».

⁴ Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007)301 fin, 6 juin 2007.

« qualification » en 2011, ce fut le tour des directives « accueil » et « procédures » ainsi que des règlements « Dublin » et « Eurodac », adoptés en juin 2013. Alors que les règlements Dublin et Eurodac sont d'application directe depuis le 1^{er} janvier 2014, le législateur national doit transposer les directives qualification, accueil et procédures nouvelles. La directive qualification refondue a dû être transposée pour le 21 décembre 2013; les directives accueil et procédures doivent l'être pour le 20 juillet 2015.

L'heure est donc aujourd'hui à la transposition et à la mise en œuvre de ces instruments par les États membres, que le Conseil européen de Bruxelles des 26 et 27 juin 2014 appelle de ses vœux⁵. Quant à la directive retour, incluse dans la présente étude en raison de ses liens étroits avec la procédure d'asile, elle a été adoptée en 2008 et devait être transposée avant le 20 décembre 2012.

L'harmonisation européenne se heurte à la volonté des États membres de garder la mainmise sur le contrôle de l'immigration, au nom de leur souveraineté. En matière d'asile, si l'harmonisation ne s'annonce plus minimale, elle demeure partielle. Les règles communes sont assorties de nombreuses exceptions. Il s'en suit un système complexe à mettre en œuvre par ces mêmes États, offrant une faible sécurité juridique à ses usagers. La voie à une interprétation extensive des exceptions aux droits garantis et à une lecture restrictive de certains d'entre eux, sur le plan matériel et procédural, demeure ouverte. Cette voie est toutefois celle-là même qui met en péril le caractère « commun » du système d'asile européen. En effet, la mise en commun ne s'accommode pas facilement d'une interprétation large des limites aux normes. Elle est au contraire favorisée par un recentrage vers ce qui constitue l'essentiel de celles-ci.

Cependant, la dynamique du cadre normatif de l'Union encourage l'harmonisation. Les particuliers peuvent invoquer devant le juge national les dispositions des directives européennes qui revêtent un « effet direct », c'est-à-dire qui sont suffisamment claires, précises et inconditionnelles pour conférer directement des droits aux individus. En se fondant sur l'objet des traités européens, qui instaurent un nouvel ordre juridique, la Cour de Justice a affirmé la primauté du droit européen sur le droit national. En droit belge, cette primauté du droit de l'Union a été consacrée par la Cour de cassation, à l'occasion de l'arrêt *Le Ski*, et par le Conseil d'État, à l'occasion de l'arrêt *Orfinger*. Les cours et tribunaux belges doivent écarter toute règle nationale contraire aux normes

⁵ Conseil européen de Bruxelles des 26 et 27 juin 2014, *Orientations stratégiques*, pt 7 : « La transposition intégrale et la mise en œuvre effective du régime d'asile européen commun (RAEC) constituent une priorité absolue. Ce processus devrait aboutir à la mise en place de normes communes élevées et à une coopération plus poussée, créant des conditions uniformes qui assurent aux demandeurs d'asile des garanties procédurales et une protection identiques dans toute l'Union » www.european-council.europa.eu/council-meetings?meeting=15c64c6d-a970-4735-bb5f-8bd7f0e75f03&tab=Agenda&lang=fr.

européennes de droit primaire et de droit dérivé invoquées par le particulier en raison de leur effet direct. Les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, applicable dans le champ d'application du droit de l'Union et juridiquement contraignante depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, peuvent également être invoquées. Cela soit parce qu'elles revêtent un effet direct, soit au titre de principes généraux de droit européen qui encadrent sa mise en œuvre par les autorités nationales.

Enfin, la procédure préjudicielle permet d'assurer une application uniforme du droit de l'Union. Selon l'article 267 T.F.U.E., les juridictions dont les décisions ne sont plus susceptibles de recours en droit interne, comme le Conseil d'État lorsqu'il statue en tant que juge de la cassation, doivent saisir la Cour de justice par renvoi préjudiciel dès que la validité ou l'interprétation du droit européen est en cause. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les juridictions de premier ressort comme le Conseil du contentieux des étrangers peuvent saisir la Cour de justice par voie préjudicielle. Cette obligation de poser une question préjudicielle connaît trois exceptions : la réponse est claire, non équivoque, elle n'est pas pertinente pour la résolution du litige ou la jurisprudence antérieure de la Cour de justice y répond déjà.

Le cadre européen est aussi pluriel. En effet, nul ne peut embrasser le droit européen de l'asile sans y intégrer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dont l'impact à la fois sur le droit de l'Union et sur les droits internes est majeur depuis les années 80 en matière d'asile. La Cour de Strasbourg a imprimé sa marque dans cette matière, s'intéressant tant à l'accès à la procédure aux frontières qu'aux violations par ricochet de la convention en cas d'éloignement en passant par les conditions d'accueil et la qualité des procédures. Le demandeur d'asile peut s'appuyer sur la Convention à tout moment de son parcours.

Ces deux ordres normatifs européens ne sont pas étrangers l'un à l'autre ; leurs influences mutuelles se reflètent dans la jurisprudence des deux Cours européennes. La Cour de justice s'appuie sur la Convention européenne des droits de l'homme pour identifier les persécutions fondées sur la liberté de religion ou l'orientation sexuelle. La Cour européenne des droits de l'homme utilise des concepts propres au droit des réfugiés, comme le réfugié sur place ou encore l'alternative de protection interne, pour évaluer un risque de torture en cas d'éloignement. Elle s'appuie aussi sur le droit de l'Union pour évaluer les conditions d'accueil. Les deux Cours réfléchissent simultanément à l'effectivité des recours. La proximité des termes de la Convention et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union⁶ et les liens institutionnels entre les deux systèmes qui

⁶ Sur ce point, voy. en particulier l'art. 52, §3, de la Charte selon lequel : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne

devraient s'accroître avec l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme conduisent à travailler naturellement en réseau.

LA RECHERCHE

L'Équipe droits européens et migrations (EDEM) est née le 1^{er} janvier 2011. Elle s'est agrandie en 2012 et 2013, élargissant son champ de recherche. Initialement dédié au règlement Dublin et à la directive qualification, il s'est étendu aux directives accueil, procédures et retour. Ces quatre années ont coïncidé avec la refonte des instruments européens qui doivent aujourd'hui être transposés en droit interne.

L'établissement progressif du SECA au travers des textes européens et de leur interprétation par la Cour de justice ainsi que le développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'asile ont été analysés. La transposition du SECA en droit belge, au fil des réformes législatives et de leur mise en œuvre jurisprudentielle, a été étudiée. Cette recherche a requis la consultation de nombreuses études et analyses, la lecture de centaines de décisions, la rencontre avec des professionnels et acteurs de cette matière au travers de séminaires de réflexion et d'autres rencontres plus ou moins formelles. L'analyse de la jurisprudence s'arrête au 30 octobre 2014 pour le règlement Dublin et la directive qualification ; pour les directives accueil, procédures et retour, la période du 1er juillet 2012 au 30 octobre 2014.

Cela a mené à l'élaboration de plusieurs outils qui poursuivent l'objectif d'acquérir une meilleure maîtrise des normes applicables, des techniques de mise en œuvre conforme du droit de l'Union, tout en y intégrant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Outre ces cinq précis, la recherche a permis la création d'une base de données de jurisprudence et d'un catalogue de newsletters mensuelles. L'évolution de la matière ne s'arrête pas et plus qu'un outil exhaustif, ce sont des bases et une méthode qui sont proposées.

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »

INTRODUCTION

1. La directive 2008/115/CE dite « retour » établit des normes et procédures communes applicables dans les États membres pour l'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Elle régit l'éloignement, encadre le placement en rétention lorsqu'il s'avère nécessaire et met en place des garanties procédurales. Le délai de transposition de cette directive par les États membres expirait à la date du 24 décembre 2010¹. La Belgique a toutefois tardé jusqu'au 19 janvier 2012 pour l'intégrer dans son ordre juridique². La législation belge était déjà en partie conforme à la directive, mais certains changements importants ont néanmoins été introduits.

2. La publication de ce rapport, trois ans après la transposition de la directive dans l'ordre juridique belge, a pour objectif d'examiner la conformité du droit belge avec le droit européen. Par droit belge, il convient d'entendre les dispositions de la loi du 15 décembre 1980 et ses arrêtés royaux relatifs au retour des étrangers en séjour irrégulier, mais également la jurisprudence des juridictions d'instruction ainsi que du Conseil du contentieux des étrangers (ci-après « C.C.E. ») et la pratique des autorités administratives y afférentes. Par droit européen, il convient d'entendre la directive retour et la jurisprudence y afférente de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « C.J.U.E. »), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, en droit du Conseil de l'Europe, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « Cour eur. D.H. »). L'exigence du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre effective du droit européen et la compréhension élargie qu'ils emportent des obligations qui y sont contenues en font un aspect essentiel de la présente étude.

3. Chaque article de la directive « retour » sera examiné afin d'évaluer la transposition qui en a été faite en droit belge. Le droit de l'Union européenne, avec notamment la Charte des droits fondamentaux, et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales (ci-après « C.E.D.H. ») éclaireront directement l'interprétation de chaque disposition de la directive. La jurisprudence belge, plus particulièrement celle des juridictions d'instruction, sera minutieusement dépouillée afin d'éclairer l'application qui est faite du droit belge.

4. La politique de retour des étrangers en séjour irrégulier et les mesures de détention prise dans ce cadre constituent probablement un des aspects les plus controversés de la politique migratoire. La directive « retour », en ce qu'elle incarne cette politique au niveau législatif européen, s'est retrouvée au cœur de la

¹ Art. 20, § 1, de la directive 2008/115/CE.

² Loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 17 février 2012.

controverse. La formule médiagénique de « directive de la honte » employée par le Président équatorien, Rafael Correa, a largement été relayée par les opposants du texte. Pourtant, au-delà des slogans, cette directive s'est avérée juridiquement féconde en termes de protection de l'étranger en séjour irrégulier sur le territoire belge. Certes, le principe de la détention afin d'éloignement s'y trouve consacré et un octroi plus systématique des interdictions d'entrée s'est trouvé induit. Néanmoins, la détention et l'éloignement se trouvent désormais plus rigoureusement encadrés à tel point que plusieurs aspects de la législation belge pourraient bien devoir être modifiés. Le régime légal du retour et son encadrement procédural se sont également révélés particulièrement précieux pour les nouveaux États membres dont les règles n'offraient parfois qu'une faible protection.

5. Les motifs, la subsidiarité et la durée de la détention, l'étendue du contrôle de légalité qui en est réalisé par les juridictions d'instruction et la notion de délit de séjour irrégulier sont autant d'aspects du droit belge qu'une lecture attentive de la directive retour pourrait bien amener à modifier. La présente étude a pour ambition de proposer une telle lecture.

TITRE 1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

6. Les premiers articles de la directive s'intitulent « dispositions générales ». Ils détaillent l'objet et le champ d'application de la directive (chapitre 1) et édictent les règles régissant sa relation avec les dispositions plus favorables contenues dans d'autres instruments (chapitre 2). Il y figure notamment l'obligation de tenir dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, de l'état de santé du ressortissant concerné ainsi que du principe de non-refoulement (chapitre 3).

CHAPITRE 1. OBJET ET CHAMPS D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE (ART. 1, 2 ET 4, § 4)

7. L'article 1^{er} de la directive pose les objectifs d'harmonisation et de respect des droits fondamentaux (section 1) et l'article 2 délimite les champs d'application *ratione loci* (section 2) et *ratione personae* (section 3) de la directive. L'article 4, § 4, impose pour sa part le respect de certains droits dans les cas d'exclusion du champ d'application *ratione personae*.

Section 1. Objectifs (art. 1)

8. La directive 2008/115/CE a pour objet de fixer « les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier »¹. Cet objectif d'harmonisation impose d'interpréter de façon limitative les exceptions contenues dans la directive, à défaut de quoi les harmonisations se réaliseraient en ordre dispersé. L'article 1^{er} dispose que la réalisation de l'objet du texte devra se faire « conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme »². Aucune disposition du texte ne pourra donc être interprétée en contradiction avec ces ordres juridiques.

Section 2. Champ d'application *ratione loci* (art. 2)

9. L'article 2 de la directive limite le champ d'application de celle-ci aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier *sur le territoire d'un État membre*. Dès lors que la directive s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen³, les États membres visés ne correspondent pas exactement à ceux de

¹ Art. 1 de la directive 2008/115/CE.

² Art. 1 de la directive 2008/115/CE.

³ Considérants 25, 26 et 27 de la directive 2008/115/CE.

l'Union européenne. L'Irlande et le Royaume-Uni ne sont pas parties à cet instrument et ne sont donc pas concernés par lui⁴. Le Danemark avait le choix et a décidé de transposer la directive dans son droit national⁵. L'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein étant parties au code frontières Schengen, ils sont liés par la directive⁶.

En droit belge

10. La loi de transposition utilise à plusieurs reprises le concept d'« État membre » sans en définir explicitement la portée. Il ressort toutefois clairement de l'exposé des motifs qu'il s'agit bien des mêmes États membres que ceux visés par la directive, à savoir les vingt-cinq États membres de l'Union européenne (à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande qui ne font pas partie de l'espace Schengen et qui ont décidé de ne pas appliquer cette directive) et des quatre États Schengen associés (la Suisse, la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande)⁷.

Section 3. Champ d'application *ratione personae* (art. 2, 3 et 4)

11. Le champ d'application *ratione personae* concerne les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (§ 1). Certaines de ces personnes peuvent toutefois en être exclues pour diverses raisons (§ 2). Dans ce cas, leur sort est régi par le droit national, mais le respect de certains principes minimums à leur égard est néanmoins prévu par la directive (§ 3).

§ 1. Application aux « ressortissants de pays tiers » en « séjour irrégulier » (art. 2, § 1, et 3)

12. Les notions de « ressortissants de pays tiers » et de « séjour irrégulier » sont définies à l'article 3 de la directive. On entend par « ressortissant d'un pays tiers » toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union⁸ ni une personne jouissant du droit communautaire à la libre circulation⁹⁻¹⁰. Cette dernière catégorie désigne

⁴ Considérants 26 et 27, de la directive 2008/115/CE.

⁵ Commission européenne, « Une politique humaine et efficace en matière de retour : 8 États membres doivent encore se conformer à la directive "retour" », *Communiqué de presse IP/11/1097*, 29 septembre 2011.

⁶ Considérants 28, 29 et 30, de la directive 2008/115/CE.

⁷ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 15.

⁸ Au sens de l'art. 9 T.U.E. (anciennement art. 17, § 1 C.E.) : « Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. »

⁹ Art. 3, § 1, de la directive 2008/115/CE.

¹⁰ Notons que la directive exclut doublement de son champ d'application ces personnes jouissant du droit communautaire à la libre circulation puisqu'elle en fait également mention dans son art. 2, § 3 :

les ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen U.E. ainsi que les ressortissants de pays tiers et les membres de leur famille jouissant, en vertu d'accords, de droits équivalents en matière de libre circulation¹¹. Ces droits équivalents concernent les citoyens de Suisse¹², de Norvège, d'Islande et du Liechtenstein¹³. On entend par « citoyen de l'Union » toute personne ayant la nationalité d'un État membre¹⁴. La notion de « membre de la famille » recouvre quant à elle quatre groupes :

- le conjoint¹⁵ ou le partenaire enregistré équivalent¹⁶ ;
- les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire¹⁷ ;
- les ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire¹⁸.

13. On entend par « séjour irrégulier » le fait d'être présent sur le territoire d'un État membre sans y remplir les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence¹⁹. Ces conditions sont en partie déterminées par le code frontières Schengen²⁰.

« La présente directive ne s'applique pas aux personnes jouissant du droit communautaire à la libre circulation ».

¹¹ Voy. art. 2, § 5, pt b), du Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *J.O.U.E.*, L. 105, 13 avril 2006, p. 4.

¹² En vertu de l'Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes. Voy. Décision (Euratom) n°2002/309 du Conseil et de la Commission concernant l'Accord de coopération scientifique et technologique du 4 avril 2002 relative à la conclusion de sept accords avec la Confédération suisse, *J.O.C.E.*, L.114, 30 avril 2002, pp. 1-5.

¹³ En vertu de l'Accord sur l'Espace économique européen. Voy. Décision (CECA) n°94/1 du Conseil et de la Commission du 13 décembre 1993 relative à la conclusion de l'accord sur l'Espace économique européen entre les Communautés européennes, leurs États membres et la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, la Principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération suisse, *J.O.C.E.*, L.1, 3 janvier 1994, p. 1. (*N.B.* la Suisse a finalement rejeté cet accord.)

¹⁴ Art. 2, § 1, de la directive n°2004/38/CE du Parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n°1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O.U.E.*, L.229/35, 29 juin 2004.

¹⁵ Art. 2, § 2, pt a), de la directive 2004/38/CE.

¹⁶ Plus précisément, il s'agit du partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre, si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil. Voy. art. 2, § 2, pt b), de la directive 2004/38/CE.

¹⁷ Art. 2, § 2, pt c), de la directive 2004/38/CE.

¹⁸ Art. 2, § 2, pt d), de la directive 2004/38/CE.

¹⁹ Art. 3, § 2, de la directive 2008/115/CE.

²⁰ Art. 5, § 1, du Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *J.O.U.E.*, L.105, 13 avril 2006, pp. 5-6 : « Pour un séjour n'excédant pas

14. La demande d'obtention ou de renouvellement d'un titre de séjour ne permet pas d'être considéré en séjour régulier²¹. Les États membres demeurent libres de considérer qu'une personne ayant introduit une telle demande est en séjour régulier le temps du traitement de sa demande dès lors qu'il revient à chaque État de déterminer les critères applicables à la régularité du séjour sur son territoire. Dans tous les cas, les États demeurent obligés d'examiner s'il y a lieu de s'abstenir de prendre une décision de retour à l'encontre de ces personnes²².

15. Par contre, le ressortissant d'un pays tiers qui a demandé l'asile dans un État membre ne devrait pas être considéré comme étant en séjour irrégulier sur le territoire de cet État avant qu'une décision négative sur sa demande ou une décision mettant fin à son séjour en tant que demandeur d'asile ne soit entrée en vigueur²³. La C.J.U.E. l'a confirmé, jugeant que la directive 2008/115/CE n'est pas applicable à un ressortissant de pays tiers qui a introduit une demande de protection internationale, et ce pendant la période courant de l'introduction de ladite demande jusqu'à l'adoption de la décision de premier ressort statuant sur cette demande ou, le cas échéant, jusqu'à l'issue du recours qui aurait été introduit contre ladite décision²⁴. L'emploi des termes « ou, le cas échéant » en lieu et place de « et, le cas échéant » signifie qu'il est obligatoire d'autoriser le séjour d'un demandeur de protection jusqu'à la décision de premier ressort. Par contre, cela n'est pas obligatoire lorsque l'étranger a introduit un recours à l'encontre d'une

trois mois sur une période de six mois, les conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers sont les suivantes:

- a) être en possession d'un document ou de documents de voyage en cours de validité permettant le franchissement de la frontière ;
- b) être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis en vertu du règlement (CE) n°539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, sauf s'ils sont titulaires d'un titre de séjour ou d'un visa de long séjour en cours de validité ;
- c) justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquérir légalement ces moyens ;
- d) ne pas être signalé aux fins de non-admission dans le SIS ;
- e) ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États membres et, en particulier, ne pas avoir fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans les bases de données nationales des États membres pour ces mêmes motifs. »

²¹ M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals » in K. HAILBRONNER (dir.), *Commentary on EU Regulation and Directives*, Munich, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2010, p. 1511.

²² Art. 6, § 5, de la directive 2008/115/CE. Voy. *infra* n°72.

²³ Art. 7, § 1, de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *J.O.C.E.*, L.326, 13 décembre 2005, p. 18 ; considérant 9 de la directive 2008/115/CE.

²⁴ C.J.U.E., 30 mai 2013 (*Mehmet Arslan c. République tchèque*), C-534/11, non encore publié au *Rec. C.J.U.E.*, § 64.

décision négative sur sa demande de protection. Cela demeure alors à la discrétion des États, ainsi que l'atteste l'emploi des termes « ou, le cas échéant ».

Cette latitude laissée aux États sera amenée à changer avec l'adoption de la refonte de la Directive 2005/85/CE relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres. L'article 46, § 5, de la refonte dispose en effet à l'égard du droit à un recours effectif à l'encontre des décisions relatives à l'octroi d'une protection internationale :

« les États membres autorisent les demandeurs à rester sur leur territoire jusqu'à l'expiration du délai prévu pour l'exercice de leur droit à un recours effectif et, si ce droit a été exercé dans le délai prévu, dans l'attente de l'issue du recours. »²⁵

L'adoption de cette nouvelle directive nous amènera à considérer qu'en cas de demande d'asile, le séjour doit au minimum être autorisé, et partant la directive retour ne pas s'appliquer, jusqu'à l'adoption de la décision de premier ressort statuant sur la demande d'asile *et, le cas échéant*, jusqu'à l'issue du recours qui aurait été introduit contre ladite décision.

16. Pour le reste, il revient à chaque État de déterminer les critères applicables à la régularité du séjour sur son territoire.

En droit belge

17. La définition du ressortissant d'un pays tiers contenue dans la directive a été transposée quasiment à l'identique dans la loi belge. Elle s'entend de « toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union, ni une personne jouissant du droit communautaire à la libre circulation tel que défini à l'article 2, point 5, du code frontières Schengen »²⁶. Elle se révèle plus étroite que la notion d'*étranger* définie comme « quiconque [qui] ne fournit pas la preuve qu'il possède la nationalité belge »²⁷.

18. Le législateur belge n'a pas transposé la définition du concept de « séjour irrégulier » et lui a préféré celui de « séjour illégal ». Celui-ci se définit toutefois de façon semblable, à savoir « la présence sur le territoire d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'accès au territoire ou de séjour »²⁸. On remarquera que les termes « séjour illégal » n'ont été

²⁵ 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, *J.O.U.E.*, L.180, p. 84. Voy. sur ce point le rapport EDEM « La réception de la directive procédure en droit belge ».

²⁶ Art. 1, 3°, de la loi du 15 décembre 1980.

²⁷ Art. 1, 1°, de la loi du 15 décembre 1980.

²⁸ Art. 1, 4°, de la loi du 15 décembre 1980.

utilisés qu'à une seule reprise dans la loi du 15 décembre 1980, dans l'intitulé du titre III*quater*, tandis que les termes « séjour irrégulier », pourtant non définis, ont été utilisés à trois reprises²⁹.

19. Conformément à l'article 39/70 de la loi du 15 décembre 1980, le ressortissant d'un pays tiers qui a demandé l'asile n'est pas éloigné avant qu'une décision négative sur sa demande ou qu'une décision mettant fin à son droit de séjour en tant que demandeur d'asile n'ait été prise et ne soit définitive³⁰. L'article 39/70 interdit ainsi l'exécution de mesures d'éloignement du territoire ou de refoulement pendant le délai fixé pour l'introduction du recours de pleine juridiction contre les décisions du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (ci-après : « C.G.R.A. ») et pendant l'examen de celui-ci. Le nouvel article 39/83 fait désormais de même pour les recours en annulation³¹. Sur la base de cela et conformément à l'article 75, § 2, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981³² et à l'article 52/3, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980³³, l'Office des étrangers (ci-après « O.E. ») délivre au demandeur d'asile ayant reçu une décision négative du C.G.R.A. une « Annexe 13*quinquies* Ordre de quitter le territoire – Demandeur d'asile ». Cet ordre de quitter le territoire (ci-après « O.Q.T. ») demeure non exécutoire jusqu'à ce que le recours introduit devant le C.C.E. ait été épuisé. Ensuite, l'O.Q.T. est prolongé de dix jours. Cette prolongation peut être renouvelée deux fois à condition que l'étranger collabore suffisamment au trajet de retour³⁴.

²⁹ Art. 53, 74/8, § 1, al. 2, et 74/16, § 1, de la loi du 15 décembre 1980.

³⁰ Art. 73-75 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981 ; art. 39/70 de la loi du 15 décembre 1980.

³¹ « Sauf accord de l'intéressé, il ne sera procédé à l'exécution forcée de la mesure d'éloignement ou de refoulement dont l'étranger fait l'objet, qu'après l'expiration du délai de recours visé à l'article 39/57, § 1, al. 3, ou, lorsque la demande de suspension en extrême urgence de l'exécution de cette mesure a été introduite dans ce délai, qu'après que le Conseil a rejeté la demande. »

³² Art. 75, § 2, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981 : « Si le Commissaire Général aux Réfugiés et aux Apatrides refuse de reconnaître le statut de réfugié et de protection subsidiaire à l'étranger, le ministre ou son délégué donne à l'intéressé un ordre de quitter le territoire, conformément à l'article 52/3, § 1^{er}, de la loi. Sans préjudice de l'effet suspensif prévu par l'article 39/70, de la loi, les décisions du Ministre ou de son délégué sont notifiées au moyen d'un document conforme au modèle figurant à l'annexe 13*quinquies*. »

³³ Art. 52/3, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 : « Lorsque le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ne prend pas en considération la demande d'asile ou refuse de reconnaître le statut de réfugié ou d'octroyer le statut de protection subsidiaire à l'étranger et que celui-ci séjourne de manière irrégulière dans le Royaume, le ministre ou son délégué doit délivrer sans délai un ordre de quitter le territoire motivé par un des motifs prévus à l'article 7, alinéa 1^{er}, 1^o à 12^o. Cette décision est notifiée à l'intéressé conformément à l'article 51/2. »

³⁴ Art. 52/3, § 1, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980.

À côté de cela, l'O.E. délivre une Annexe 35 « Document spécial de séjour » qui permet de demeurer sur le territoire, sans toutefois être autorisés au séjour³⁵. À la suite d'une circulaire du 30 août 2013, l'intéressé qui se voit délivrer une telle Annexe 35 est désormais radié des registres de la population pour perte du droit ou de l'autorisation de séjour, cette radiation devant intervenir à la date de l'O.Q.T.³⁶

Cette pratique des Annexes 13^{quinquies} et 35 a été entérinée par la Cour de cassation³⁷. Pourtant, elle est devenue discutable au regard du droit européen. Si la directive procédure 2005/85/CE limitait l'autorisation de séjour sur le territoire de l'État membre à la phase de premier ressort de la demande d'asile³⁸, cet état des choses a été modifié avec la refonte 2013/32/UE³⁹. Désormais, « les États membres autorisent les demandeurs à rester sur leur territoire jusqu'à l'expiration du délai prévu pour l'exercice de leur droit à un recours effectif et, si ce droit a été exercé dans le délai prévu, dans l'attente de l'issue du recours »⁴⁰. En d'autres termes, les demandeurs d'asile devront être autorisés à séjourner jusqu'à l'issue du recours introduit devant le C.C.E. Une conséquence directe de la transposition de cette nouvelle directive en droit belge devrait être la fin de la pratique de ces O.Q.T. asile (Annexe 13^{quinquies}) et Annexe 35 « Document spécial de séjour ». En effet, en contradiction avec la refonte 2013/32/U.E., ce document spécial de séjour stipule explicitement que « l'intéressé(e) n'est ni admis(e), ni autorisé(e) au séjour ». L'échéance pour cette modification législative est celle de la transposition de la directive dans l'ordre juridique belge, à savoir au plus tard le 20 juillet 2015⁴¹.

20. En cas de nouvelle demande d'asile introduite pendant la période de détention afin d'éloignement, la Cour de cassation considère :

« Il résulte des directives 2003/9/CE et 2005/85 du Conseil que, lorsque le ressortissant d'un pays tiers a introduit une demande de protection internationale après avoir été placé en rétention en vertu de l'article 15 de la directive 2008/115, sa privation de liberté ne peut être maintenue

³⁵ Art. 111 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981.

³⁶ Circulaire du 30 août 2013 abrogeant la circulaire du 20 juillet 2001 relative à la portée juridique de l'annexe 35 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. – Radiation des registres. – Inscription, *M.B.*, 6 septembre 2013.

³⁷ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.14.0586.F, 23 avril 2014.

³⁸ C.J.U.E., 30 mai 2013 (Mehmet Arslan c. République tchèque), C-534/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*, § 48.

³⁹ 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, *J.O.U.E.*, L.180, p. 84.

⁴⁰ Art. 46, § 5, de la directive 2013/32/U.E. Voy. *supra* n°15.

⁴¹ Art. 51, § 1, de la directive 2013/32/U.E.

que si elle apparaît objectivement nécessaire pour éviter que l'étranger se soustraie définitivement à son retour. »⁴²

Lorsqu'il est considéré que la demande d'asile a été formée dans l'unique but de compromettre ou de retarder l'exécution de la décision de retour, un nouvel ordre de quitter le territoire et une nouvelle décision de maintien dans un lieu déterminé sont délivrés sur la base de l'article 74/6, § 1^{er} *bis*, 9°, de la loi du 15 décembre 1980⁴³. Il a ainsi été jugé que :

« L'introduction d'une demande d'asile ne constitue pas une ultime voie de recours contre un refus de séjour sur le territoire et n'implique pas que l'intéressé puisse, à dater de cette demande, être considéré comme étant provisoirement en séjour légal sur le territoire du Royaume, vu que pareille démarche n'a pas pour vocation à constituer un titre de séjour subsidiaire. »⁴⁴

Dans le cas d'un requérant détenu plus de huit mois, la Chambre des mises en accusation a considéré :

« néanmoins cette situation n'est pas contraire à l'article 74/6 §2 de la loi du 15 décembre 1980 précitée, puisque les quatre dernières décisions de maintien dans un lieu déterminé, dont la décision contestée, font chacune suite à une nouvelle demande d'asile de l'intéressé et à un nouvel ordre de quitter le territoire pris à son encontre. C'est donc Monsieur lui-même qui est à l'origine de la prolongation de sa détention. »⁴⁵

21. De même, la simple demande d'obtention ou de renouvellement d'un titre de séjour ne permet pas d'être considéré en séjour régulier. Il a ainsi été considéré que le seul fait que l'étranger en séjour illégal qui en est l'objet a adressé au bourgmestre de la localité où il réside une demande d'autorisation de séjour invoquant l'article 9, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980⁴⁶ ne prohibe pas la délivrance d'un ordre de quitter le territoire avec décision de remise à la frontière et privation de liberté à cette fin⁴⁷. Ces éléments doivent toutefois être pris en considération dans la motivation de la décision⁴⁸. Ainsi, dans un arrêt de juillet 2013, la Chambre des mises en accusation de Bruxelles a mis fin à la

⁴² Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.14.1415.F, 1^{er} octobre 2014.

⁴³ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2567, 25 juillet 2014.

⁴⁴ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2584, 28 juillet 2014.

⁴⁵ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1147, 28 mars 2014.

⁴⁶ L'art. 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980 – anciennement art. 9, al. 3 – ouvre une possibilité de solliciter directement en Belgique une autorisation de séjour de plus de trois mois lorsque des circonstances exceptionnelles empêchent ou rendent particulièrement difficile un retour dans le pays d'origine ou de résidence de l'étranger pour y lever l'autorisation de séjour par la voie normale.

⁴⁷ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.08.0235.F, 5 mars 2008 ; C.C.E., arrêt n°14.727, 31 juillet 2008, § 3.1.2 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°632, 15 février 2013.

⁴⁸ Art. 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991 : « La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate. »

rétenition d'un étranger en séjour irrégulier au motif que son séjour au-delà du terme fixé par l'O.Q.T. s'expliquait par l'attente de l'issue d'une demande 9bis et ne témoignait pas d'une volonté de se soustraire à la procédure de retour. Dans cette optique, la Cour était d'avis que des mesures autres que la privation de liberté étaient envisageables⁴⁹.

§ 2 – Exclusions (art. 2, §§ 2 et 3)

22. La faculté est laissée aux États de ne pas appliquer la directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'un refus d'entrée, conformément au code frontières Schengen ainsi qu'à ceux interceptés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière et qui n'ont pas obtenu par la suite de droit de séjour⁵⁰ (a). La même faculté est prévue à l'endroit des ressortissants ayant fait l'objet d'une sanction pénale assortie d'une obligation de retour (b) ou qui jouissent du droit à la libre circulation (c).

A. Refus d'entrée ou interception à la frontière (art. 2, § 2, pt a))

23. Les cas d'exclusions de ressortissants faisant l'objet d'un refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen ne soulèvent pas réellement de question⁵¹. Il s'agit d'hypothèses assez classiques de personnes qui ne disposent pas de visa, de droit à la libre circulation, etc.⁵².

24. Par contre, l'exclusion des ressortissants de pays tiers interceptés « par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier [...] de la frontière [...] et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner »⁵³ (nous soulignons) apparaît moins claire. Aucune précision supplémentaire n'est donnée par la directive. De nombreux auteurs semblent toutefois s'accorder pour considérer qu'une interprétation étroite doit prévaloir⁵⁴.

⁴⁹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2536, 12 juillet 2013.

⁵⁰ Art. 2, § 2, pt a), de la directive 2008/115/CE.

⁵¹ D. ACOSTA ARCARAZO, « Returns Directive: Possible Limits and Interpretation » in K. ZWAAN (dir.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, p. 10 ; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 564.

⁵² Art. 13 du Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *J.O.U.E.*, L.105, 13 avril 2006, pp. 9-10.

⁵³ Art. 2, § 2, pt a), de la directive 2008/115/CE.

⁵⁴ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, *op. cit.*, pp. 564-565 ; K. HAILBRONNER, *EU Immigration and Asylum Law: Commentary of EU Regulations and Directives*, München, Beck, 2010, p. 1513 ; D. ACOSTA ARCARAZO, « Returns Directive: Possible Limits and Interpretation », *op. cit.*, pp. 10-11 ; A. BALDACCINI, « The EU Directive on Return: Principles and Protections », *Refugee Survey Quarterly*, vol. 28, n°4, 1 janvier 2009, p. 3 ; M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *op. cit.*, p. 1512. *Contra* :

Cela serait en effet conforme à l'esprit du texte qui vise à arrêter des règles applicables à tous les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre⁵⁵. Il conviendrait dès lors de retenir que c'est aux ressortissants d'État tiers interpellés par des gardes-frontières à la frontière ou près de la frontière que l'exclusion peut s'appliquer⁵⁶. Si le ressortissant n'est plus dans une démarche directement reliée à son franchissement irrégulier de la frontière, il tombe alors dans le champ d'application de la directive. Il s'agira le plus souvent des étrangers sans documents valables à qui l'accès au territoire est refusé à la frontière ainsi que ceux qui déposent une demande d'asile à l'aéroport au sortir de l'avion et dont la procédure se clôture négativement.

25. Précisons qu'il s'agit du franchissement de la frontière « extérieure d'un État membre » qui est visée⁵⁷. Cela signifie que les migrants interceptés lors du franchissement d'une frontière entre États membres ne sont pas visés par l'exception.

En droit belge

26. La législation belge a fait usage de cette faculté d'exclusion contenue dans la directive. L'article 74/10 de la loi du 15 décembre 1980 dispose ainsi que :

« À l'exclusion des dispositions visées à l'article 74/17, § 1^{er}, les dispositions du présent Titre ne s'appliquent pas au ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du Code frontières Schengen ou qui est arrêté ou intercepté par les autorités compétentes *lors du franchissement* irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'a pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre »⁵⁸ (nous soulignons).

On relèvera qu'il s'agit d'une interprétation étroite de l'exception proposée dans la directive. Les termes utilisés sont en effet ceux d'une interception « lors du franchissement » et non pas « à l'occasion du franchissement », ce qui corrobore la compréhension restrictive qui nous semblait devoir prévaloir dans le texte européen. La version néerlandaise du texte est à cet égard encore plus claire : « op het ogenblik *dat hij op irreguliere wijze [...] de buitengrens van*

F. MARTUCCI, « La directive "retour" : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 45, n°1, p. 50.

⁵⁵ Considérant 5 de la directive 2008/115/CE.

⁵⁶ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, op. cit., p. 565.

⁵⁷ Art. 2, § 2, pt a), de la directive 2008/115/CE.

⁵⁸ Art. 74/10 de la loi du 15 décembre 1980.

een lidstaat overschrijdt » (nous soulignons).

27. Seules les interceptions aux frontières extérieures du territoire Schengen sont visées par l'exception, et non celles aux frontières avec les autres États membres. Les frontières extérieures belges du territoire Schengen sont :

- Les aéroports internationaux de Zaventem, Deurne, Ostende, Gosselies, Bierset et Wevelgem ;
- Les ports d'Anvers, Ostende, Zeebrugge, Gand, Nieuport et Blankenberge ;
- Le terminal Eurostar de la gare de Bruxelles-midi⁵⁹.

28. Les personnes ainsi interceptées peuvent être détenues dans des lieux à l'intérieur du territoire belge qui sont fictivement associés à des lieux situés aux frontières⁶⁰. Ils ne sont alors pas considérés comme ayant été autorisés à entrer sur le territoire du Royaume⁶¹. La durée de leur détention est régie par l'article 74/5, § 3, de loi du 15 décembre 1980.

B. Sanction pénale assortie d'une obligation de retour (art. 2, § 2, pt b)

29. Une deuxième exception permet d'écarter du champ d'application de la directive les personnes faisant l'objet d'une sanction pénale assortie d'une obligation de retour, conformément au droit national, ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure d'extradition⁶². Cette disposition ne peut pas être utilisée pour contourner l'application de la directive en pénalisant le séjour illégal et en le sanctionnant d'une obligation de retour, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la C.J.U.E.

Dans l'affaire *El-Dridi*⁶³, la C.J.U.E. était appelée à vérifier si les articles 15 et 16 de la directive « retour » étaient compatibles avec la détention pénale d'un ressortissant d'un pays tiers au cours de la procédure de retour pour le seul motif que celui-ci demeurait sur ledit territoire en violation d'un ordre de l'autorité administrative de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé. Elle a estimé que la détention pénale d'un ressortissant d'un pays tiers au cours de la procédure de retour pour le seul motif que celui-ci demeurait sur ledit territoire en violation d'un O.Q.T. n'était pas compatible avec le champ d'application de la directive – à savoir la mise en place d'une politique de retour efficace dans le

⁵⁹ Voy. <https://dofi.ibz.be> (dern. consult. mai 2012).

⁶⁰ Art. 74/5, § 2, de la loi du 15 décembre 1980.

⁶¹ Art. 74/5, § 2, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980.

⁶² Art. 2, § 2, b) de la directive 2008/115/CE.

⁶³ C.J.U.E., 28 avril 2011 (*El Dridi c. Italie*), C-61/11, *E.C.L.I. EU:C:2011:268*.

respect des droits fondamentaux – et ne contribuait pas à la réalisation de l'éloignement du ressortissant de pays tiers hors de l'État membre de l'U.E. concerné⁶⁴.

Dans l'affaire Achughbabian, la C.J.U.E. a examiné si les principes établis dans l'affaire El Dridi s'appliquaient également à la peine d'emprisonnement infligée à un ressortissant d'un pays tiers en raison d'une entrée irrégulière ou d'un séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre de l'U.E. La C.J.U.E. a en effet rappelé à cet égard que l'article 2, § 2, point b), ne peut « manifestement pas, sous peine de priver cette directive de son objet et de son effet contraignant, être interprété en ce sens qu'il serait loisible aux États membres de ne pas appliquer les normes et les procédures communes énoncées par ladite directive aux ressortissants de pays tiers n'ayant commis que l'infraction de séjour irrégulier »⁶⁵. En d'autres termes, cette exclusion par le biais d'une sanction pénale assortie d'une obligation de retour ne peut concerner les infractions fondées sur le seul séjour illégal⁶⁶.

En droit belge

30. Pas de transposition de cette exception. L'application de la directive retour n'est donc pas écartée dans l'hypothèse où un étranger en séjour irrégulier se verrait condamner pénalement à une sanction pénale accompagnée d'une obligation de retour.

C. Personnes jouissant de la libre circulation (art. 2, § 3)

31. L'article 2, § 3, dispose que la directive retour ne s'applique pas aux personnes jouissant du droit communautaire à la libre circulation, telles que définies à l'article 2, point 5), du code frontières Schengen. Cette disposition fait double emploi avec l'article 3, § 1^{er} qui définit les personnes visées par la directive⁶⁷. Il s'agit en effet des ressortissants de pays tiers définis par exclusion des personnes jouissant du droit communautaire à la libre circulation, telles que définies à l'article 2, point 5), du code frontières Schengen.

⁶⁴ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et conseil de l'europe, *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Belgique, juin 2014, pp. 163-164.

⁶⁵ C.J.U.E., 6 décembre 2011 (*Achughbabian c. France*), C-329/11, non encore publié au Rec. C.J.U.E., § 41.

⁶⁶ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, op. cit., p. 565 ; D. ACOSTA ARCARAZO, « Returns Directive: Possible Limits and Interpretation », op. cit., pp. 11-12.

⁶⁷ Art. 2, § 1, de la directive 2008/115/CE.

En droit belge

32. Pas de transposition de cette exception. De l'avis du Conseil d'État, cela n'était pas nécessaire parce qu'elle est déjà comprise dans le champ d'application de la directive qui a, pour sa part, été transposé⁶⁸.

D. Effets de l'exclusion (art. 4, § 4)

33. Si un État membre décide – il s'agit d'une faculté – de transposer certaines des exceptions étudiées ci-dessus, les ressortissants de pays tiers concernés se retrouveront hors du régime légal harmonisé de la directive. Leur cas sera alors en principe régi par le droit national de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent et, le cas échéant, par les instruments internationaux auxquels celui-ci est partie ainsi que par l'acquis communautaire en matière d'asile et d'immigration.

34. Précisons toutefois qu'en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers exclus lors d'un refus d'entrée ou d'une interception à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière⁶⁹, les États membres doivent veiller à ce que le traitement et le niveau de protection qui leur sont accordés ne soient pas moins favorables que ceux prévus à :

- l'article 8, §§ 4 et 5, de la directive (limitations du recours aux mesures coercitives) ;
- l'article 9, § 2, point a), de la directive (report de l'éloignement) ;
- l'article 14, § 1, points b) et d), de la directive (situations médicales d'urgence et prise en considération des besoins des personnes vulnérables⁷⁰) ;
- aux articles 16 et 17, de la directive (conditions de rétention)⁷¹.

35. Les États membres doivent en outre veiller à respecter à l'égard de ces personnes le principe de non-refoulement⁷².

⁶⁸ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 56.

⁶⁹ Art. 2, § 2, a), de la directive 2008/115/CE.

⁷⁰ La notion de personne vulnérable recouvre « les mineurs, les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs et les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle ». Art. 3, 9), de la directive 2008/115/CE.

⁷¹ Art. 4, § 4, a), de la directive 2008/115/CE.

⁷² Art. 4, § 4, b), de la directive 2008/115/CE. Sur le principe de non refoulement, voy. Cour eur. D.H., *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, 21 oct. 2014, req. n°16643/09 ; Cour eur. D.H., arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09.

En droit belge

36. En droit belge, le ressortissant d'un État tiers intercepté lors de son franchissement irrégulier de la frontière n'est pas couvert par le titre III^{quater} de la loi du 15 décembre 1980 qui transpose la directive retour⁷³. Ce ressortissant doit introduire sa demande d'asile auprès des gardes-frontières qui l'ont arrêté⁷⁴. En vertu de l'article 74/5, il peut ensuite être maintenu dans un lieu à la frontière. Il ne sera pas considéré comme ayant été autorisé à entrer sur le territoire⁷⁵.

37. Il semble toutefois possible qu'il retombe dans le régime du titre III^{quater} si après l'écoulement d'un délai deux mois (prolongeable jusqu'à cinq mois conformément à l'article 74/5, §3), il n'a pas fait l'objet d'un refoulement⁷⁶. Dans ce cas, le ressortissant est autorisé à entrer sur le territoire⁷⁷ et devrait normalement tomber dans la situation d'une personne qui a « obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner » au sens de l'article 74/10 précité⁷⁸.

38. Pour ce qui concerne le niveau de protection des personnes exclues qui ne peut être inférieur à celui des dispositions référencées à l'article 4, § 4, point a), de la directive, seul le respect du principe de non-refoulement a fait l'objet d'une transposition explicite dans la loi belge⁷⁹. Les autres garanties semblent devoir ressortir de la combinaison de plusieurs dispositions figurant précédemment dans le droit belge. On peut ainsi relever :

- pour ce qui concerne les limitations du recours aux mesures coercitives pour procéder à l'éloignement : articles 1^{er} et 37 de la loi du 8 août 1992⁸⁰ ;
- pour ce qui concerne l'éloignement par voie aérienne : art. 74/4 de la loi du 15 décembre 1980 ; décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril

⁷³ Art. 74/10 de la loi du 15 décembre 1980.

⁷⁴ Art. 50^{ter} de la loi du 15 décembre 1980.

⁷⁵ Art. 74/5, § 2, de la loi du 15 décembre 1980.

⁷⁶ Art. 74/5, § 4, de la loi du 15 décembre 1980 : « Est autorisé à entrer dans le Royaume :

1° l'étranger visé au § 1^{er} qui, à l'expiration du délai de deux mois, n'a fait l'objet ;

2° l'étranger visé au § 1^{er}, qui fait l'objet [d'une mesure de refoulement exécutoire], lorsque, à l'expiration du délai de deux mois, éventuellement prolongé, le Ministre ou son délégué ne prend aucune décision de prolongation du délai ;

3° l'étranger visé au § 1^{er} dont la durée totale du maintien atteint respectivement cinq ou huit mois. »

⁷⁷ Art. 74/5, § 4, de la loi du 15 décembre 1980.

⁷⁸ Art. 74, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 27 octobre 1981.

⁷⁹ Art. 74/17, § 1, et 74/10 de la loi du 15 décembre 1980.

⁸⁰ Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, M.B., 22 décembre 1992, modifiée en dernier lieu par la loi du 29 décembre 2010, M.B., 31 décembre 2010.

2004 ;

- pour ce qui concerne le report de l'éloignement en raison de l'état physique ou mental du ressortissant : art. 61 de l'arrêté royal du 2 août 2002⁸¹ ;
- pour ce qui concerne les soins médicaux d'urgence et la prise en considération des besoins des personnes vulnérables :
 - les soins médicaux d'urgence : art. 23 à 30 et 39 de la loi du 12 janvier 2007⁸² ; art. 53 de l'arrêté royal du 02 août 2002⁸³ ; art. 36 à 40 de l'arrêté royal du 14 mai 2009⁸⁴ ; art 57, § 2, de la loi du 08 juillet 1976⁸⁵ ; arrêté royal du 12 décembre 1996⁸⁶ ;
 - les besoins particuliers des personnes vulnérables : art. 36 de la loi du 12 janvier 2007⁸⁷ ; art. 68 de l'arrêté royal du 02 août 2002⁸⁸ ; art. 7 et 41 de l'arrêté royal du 14 mai 2009⁸⁹ ;

⁸¹ Art. 61 de l'arrêté royal du 02 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 12 septembre 2002.

⁸² Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 avril 2012, *M.B.*, 3 mai 2012.

⁸³ Arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 12 septembre 2002, modifié en dernier lieu par l'arrêté royal du 08 juin 2009, *M.B.*, 25 juin 2009.

⁸⁴ Arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 mai 2009, modifié par l'arrêté royal du 22 avril 2010, *M.B.*, 30 avril 2010.

⁸⁵ Loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'actions sociale, *M.B.*, 5 août 1976, modifiée en dernier lieu par la loi du 19 janvier 2012, *M.B.*, 17 février 2012.

⁸⁶ Arrêté royal du 12 décembre 1996 relatif à l'aide médicale urgente octroyée par les centres publics d'aide sociale aux étrangers qui séjournent illégalement dans le Royaume, *M.B.*, 31 décembre 1996, modifié par l'arrêté royal du 13 janvier 2003, *M.B.*, 17 janvier 2003.

⁸⁷ Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 avril 2012, *M.B.*, 3 mai 2012.

⁸⁸ Arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 12 septembre 2002, modifié en dernier lieu par l'arrêté royal du 08 juin 2009, *M.B.*, 25 juin 2009.

⁸⁹ Arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 mai 2009, modifié par l'arrêté royal du 22 avril 2010, *M.B.*, 30 avril 2010.

- pour ce qui concerne les conditions de rétention : articles 39/79 et 74/8, § 2, de la loi du 15 décembre 1980.

CHAPITRE 2. DISPOSITIONS PLUS FAVORABLES (ART. 4, §§ 1, 2 ET 3)

39. L'article 1^{er} dispose que la directive retour s'applique sans préjudice des dispositions plus favorables contenues dans des accords entre l'U.E. et/ou ses États membres avec des pays tiers⁹⁰, dans l'acquis communautaire en matière d'immigration et d'asile⁹¹ ou dans les législations nationales des États membres. Notons que ces législations nationales, contrairement aux autres instruments précités, doivent être compatibles avec la directive⁹². En d'autres termes, en cas de conflit entre la directive et un autre instrument, l'instrument le plus favorable au ressortissant concerné prévaut, sous réserve, pour les législations nationales, d'une compatibilité avec la directive.

CHAPITRE 3. NON-REFOULEMENT, INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT, VIE FAMILIALE ET ÉTAT DE SANTÉ (ART. 5)

40. Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres doivent dûment tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale et de l'état de santé du ressortissant⁹³. L'obligation pour les États de respecter le principe de non-refoulement est également répétée⁹⁴. La directive ne donne toutefois pas de définition de ce dernier principe. Trois références peuvent être envisagées : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la C.E.D.H. et la Convention de Genève de 1951.

41. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'applique aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union⁹⁵, notamment la directive retour. L'article 19, § 2, de cette Charte concerne la protection en cas d'éloignement ou d'expulsion et constitue une référence utile pour définir le principe de non-refoulement :

« Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

⁹⁰ Art. 4, § 1, de la directive 2008/115/CE.

⁹¹ Art. 4, § 2, de la directive 2008/115/CE.

⁹² Art. 4, § 3, de la directive 2008/115/CE.

⁹³ Art. 5, pts a), b) et c), de la directive 2008/115/CE.

⁹⁴ Art. 5, *in fine*, de la directive 2008/115/CE.

⁹⁵ Art. 51, § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

42. La directive retour ne limite pas le principe de non-refoulement à cette disposition. La jurisprudence de la Cour eur. D.H. peut également mener à une compréhension plus large du principe⁹⁶. La Cour considère depuis longtemps que la responsabilité d'un État peut être engagée s'il décide d'éloigner une personne vers un pays où elle est susceptible de subir de mauvais traitements constitutifs de violation de l'article 3 C.E.D.H.⁹⁷. Sont visés par cette hypothèse tant les refoulements directs qu'indirects⁹⁸. Il peut théoriquement en aller de même pour la violation flagrante d'autres dispositions de la C.E.D.H., comme cela a été le cas d'un éloignement réalisé en violation de l'article 4 du Protocole n° 4 de la C.E.D.H. (interdiction des expulsions collective)⁹⁹ ou de l'article 6 (droit à un procès équitable)¹⁰⁰.

43. Il peut également être fait référence à l'article 33 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés qui dispose :

« Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. »

Ce dernier article n'est toutefois pas absolu, contrairement à l'article 3 C.E.D.H. En effet, les personnes qui constituent un danger pour la sécurité du pays où elles se trouvent ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constituent une menace pour la communauté dudit pays, ne peuvent invoquer ce principe¹⁰¹. Il en va de même pour ceux qui ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre, un crime contre l'humanité, un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admis comme réfugiés ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies¹⁰². Au vu de ces exceptions, le principe de non-refoulement découlant de la protection absolue assurée par l'article 3 C.E.D.H. est plus large que celle prévue par l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés¹⁰³.

⁹⁶ M. MAES, « De terugkeerrechtlijn en onverwijderbare vreemdelingen », *T. Vreemd.*, n° 3, 2011, p. 256.

⁹⁷ Cour eur. D.H., *Soering c. Royaume Uni*, 7 juillet 1989, req. n°14038/88 ; Cour eur. D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n°30696/09 ; Cour eur. D.H., *Sufi et Elmi c. Royaume Uni*, 28 juin 2011, req. n°8319/07 et 11449/07.

⁹⁸ Cour eur. D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n°30696/09, § 286 ; Cour eur. D.H., *Singh et autres c. Belgique*, 2 oct. 2012, req. n°33210/11, § 56.

⁹⁹ Cour eur. D.H., *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., *Othman (Abu Qatada) c. Royaume Uni*, 17 janvier 2012, req. n°8139/09.

¹⁰¹ Art. 33, § 2, de la Convention de Genève de 1951.

¹⁰² Art. 1, F, de la Convention de Genève de 1951.

¹⁰³ Cour eur. D.H., *Ahmed c. Autriche*, 27 novembre 1996, req. n° 25964/94, § 41.

44. La directive ne règle pas la question du statut à octroyer aux personnes qui ne sont pas autorisées à séjourner légalement sur le territoire, mais qui sont protégées par le principe de non-refoulement. Elle n'oblige en effet pas les États à régulariser à défaut d'éloigner, mais seulement à régulariser à défaut de « prendre une décision de retour »¹⁰⁴.

En droit belge

45. L'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 reprend expressément les exigences de prise en compte des intérêts supérieurs de l'enfant, de la vie familiale et de l'état de santé du ressortissant lors de la prise de décision de l'éloignement.

Concernant la prise en compte de l'état de santé, il a notamment été considéré dans un arrêt de la Chambre des mises en accusation de Bruxelles¹⁰⁵ qu'il n'existait pas de rapport raisonnable entre, d'une part, une décision de privation de liberté à l'encontre d'un étranger en séjour irrégulier étant atteint d'une maladie dégénérante, nécessitant un suivi régulier multidisciplinaire, une réadaptation thérapeutique et un soutien psycho-social et, d'autre part, sa détention aux fins d'éloignement. Cette décision tenait notamment à ce que le requérant n'était jamais entré dans la clandestinité et que la continuité de ces soins indispensables, réguliers et spécifiques, au sein du centre fermé n'était pas garantie aux yeux de la Cour. Au vu de cela, la Chambre des mises en accusation a mis fin à la détention.

46. L'article 74/17, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 impose quant à lui de reporter « temporairement l'éloignement si la décision de reconduite ou d'éloignement aux frontières du territoire expose le ressortissant du pays tiers à une violation du principe de non-refoulement. » Le Conseil d'État (ci-après « C.E. ») a remarqué dans son avis sur le projet de loi que celui-ci aurait dû « contenir des dispositions spécifiques visant à transposer ces dispositions de la directive relatives à la prise en compte du principe de non-refoulement. Il ne suffit pas en effet, pour assurer la transposition correcte de la directive, de renvoyer à des normes internationales mais bien d'adopter, en droit interne, les dispositions adéquates. »¹⁰⁶ La Cour eur. D.H. va dans le même lorsqu'elle rappelle que l'effectivité du recours prévu à l'article 13 C.E.D.H. commande

¹⁰⁴ Voy. *infra* n°51.

¹⁰⁵ Bruxelles (mis. acc.), arrêt du 9 mars 2012, n°XXX.

¹⁰⁶ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 47.

des exigences de disponibilité et d'accessibilité des recours en droit comme en pratique¹⁰⁷.

Concrètement, deux voies de recours sont ouvertes à l'étranger en passe d'être victime d'une violation du principe de non-refoulement : soit il n'est pas détenu en vue de son éloignement et il peut alors introduire un recours en annulation ordinaire devant le C.C.E.¹⁰⁸, soit il est détenu en vue de son éloignement et il peut alors, d'une part, introduire un recours en annulation avec une demande de suspension en extrême urgence¹⁰⁹ et, d'autre part, introduire un recours devant les chambres d'instruction¹¹⁰.

La législation belge ne prévoit pas d'office un statut pour les personnes qui n'ont pas droit au statut de réfugié ou à la protection subsidiaire, mais qui ne peuvent pas non plus être refoulées. Seule la régularisation pour des raisons humanitaires semble pouvoir constituer une solution durable pour de telles personnes¹¹¹. Celle-ci est entièrement à la discrétion des autorités. La base légale pour une telle régularisation repose dans les articles 9 et 9bis de la loi du 15 décembre 1980¹¹². Une autre forme de solution temporaire consiste à allonger le délai de départ volontaire. Conformément à l'article 74/14, § 1^{er}, al. 3 et 5, de la loi du 15 décembre 1980, s'il est prouvé par le ressortissant d'un pays tiers que son retour volontaire ne peut se réaliser endéans le délai imparti, le Ministre ou son délégué prolonge le délai de départ octroyé. Le requérant en est alors informé par écrit¹¹³.

¹⁰⁷ Cour eur. D.H., *Singh et autres c. Belgique*, 2 octobre 2012, req. n°33210/11, § 90.

¹⁰⁸ Voy. *infra* n°190.

¹⁰⁹ Voy. *infra* n°189 et s.

¹¹⁰ Voy. *infra* n°250.

¹¹¹ M. MAES, « De terugkeerrichtlijn en onverwijderbare vreemdelingen », *op. cit.*, p. 266.

¹¹² Voy. *infra* n°71.

¹¹³ Voy. *infra* n°95 et s.

TITRE 2. FIN DU SÉJOUR IRRÉGULIER

47. La fin du séjour irrégulier, tel que prévu par la directive 2008/115/CE, est habituellement divisée en quatre étapes :

- une décision de retour est prononcée (chapitre 1) ;
- une période pour permettre au ressortissant un départ volontaire est normalement prévue (chapitre 2) ;
- s'il n'obtempère pas dans le délai de départ prévu, une procédure d'éloignement forcé est alors enclenchée (chapitre 3) ;
- selon les cas, une interdiction d'entrée sur le territoire pour une certaine période de temps peut ou doit être prononcée à l'égard du ressortissant éloigné (chapitre 4).

CHAPITRE 1. DÉCISION DE RETOUR (ART. 6)

48. La directive pose une alternative : soit l'État membre régularise le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur son territoire, soit il prend à son encontre une décision de retour (section 1). Certains tempéraments à cette obligation sont prévus par la directive (section 2).

Section 1. Principe : régulariser ou prendre une décision de retour (art. 6, § 1, et 3, §§ 3, 4 et 5)

49. La directive impose aux États membres de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice de certains tempéraments¹. Cela signifie que les États sont désormais placés devant une alternative : soit ils régularisent les ressortissants de pays tiers concernés afin qu'ils ne soient plus considérés comme « en séjour irrégulier »², soit ils prennent à leur encontre une décision de retour.

50. Les termes « décision de retour » sont entendus par la directive comme « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour »³. Le retour doit pour sa part se comprendre comme « le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer – que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé – dans son pays d'origine, ou un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de

¹ Voy. *infra* n°57 à 72.

² Cette possibilité reste toujours envisageable, ainsi que le précise l'art. 6, § 4, de la directive 2008/115/CE. Voy. *infra* n°69.

³ Art. 3, § 4, de la directive 2008/115/CE.

réadmission communautaires ou bilatéraux, ou un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné d'un pays tiers décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis »⁴. L'éloignement consiste quant à lui en « l'exécution de l'obligation de retour, à savoir le transfert physique hors de l'État membre »⁵.

51. L'article 6 de la directive 2008/115/CE impose aux États membres de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Cela a pour conséquence que les États sont placés devant une alternative : soit ils régularisent les ressortissants de pays tiers⁶, soit ils prennent à leur encontre une décision de retour. D'aucuns ont considéré que cet article 6 imposait une régularisation dans le cas où la décision de retour ne serait pas exécutée par l'État membre⁷.

L'arrêt *Mahdi* de la C.J.U.E. exclut désormais cette lecture. Une question préjudicielle a été posée par la Bulgarie afin de savoir si l'article 15 de la directive 2008/115 devait être interprété en ce sens qu'un État membre peut être obligé de délivrer un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour à un ressortissant d'un pays tiers n'étant pas en possession de documents d'identité et n'ayant pas obtenu de tels documents de son pays d'origine, après qu'un juge national a libéré ce ressortissant au motif qu'il n'existerait plus de perspective raisonnable d'éloignement. La C.J.U.E. a tranché par la négative, considérant :

« un État membre ne peut être obligé de délivrer un titre de séjour autonome à un ressortissant d'un pays tiers n'étant pas en possession de documents d'identité et n'ayant pas obtenu de tels documents de son pays d'origine, après qu'un juge national a libéré ce ressortissant au motif qu'il n'existerait plus de perspective raisonnable d'éloignement. Toutefois, cet État membre doit, dans un tel cas, délivrer audit ressortissant une confirmation écrite de sa situation. »⁸

Cela fait écho au considérant 12 de la directive dans lequel on pouvait déjà lire :

« Afin d'être en mesure de prouver leur situation spécifique en cas de vérifications ou de contrôles administratifs, [les ressortissants de pays tiers qui sont en séjour irrégulier, mais qui ne peuvent pas encore faire l'objet d'un éloignement] devraient se voir délivrer une confirmation écrite de leur situation. »

⁴ Art. 3, § 3, de la directive 2008/115/CE.

⁵ Art. 3, § 5, de la directive 2008/115/CE.

⁶ Cette possibilité reste toujours envisageable, ainsi que le précise l'art. 6, § 4, de la directive 2008/115/CE.

⁷ S. SLAMA, « La transposition de la directive "retour" : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers ? », *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, sous la direction de L. Dubin, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 332.

⁸ C.J.U.E., 5 juin 2014 (*Mahdi c. Bulgarie*), C 146/14 PPU, § 89.

Il revient donc aux États membres de délivrer une décision d'éloignement à tout étranger en séjour irrégulier et, à défaut de pouvoir les éloigner, de leur notifier une décision écrite de report de leur éloignement. Les États membres bénéficient d'une grande latitude pour déterminer la forme et le modèle de cette confirmation écrite⁹. Cela inclut l'octroi d'un titre de séjour, mais sans obligation.

52. Cette obligation de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier n'est pas sans conséquence sur le droit d'être entendu de l'étranger en séjour irrégulier avant la prise d'une telle décision. La France a interrogé la C.J.U.E. sur ce point afin de savoir si le droit d'être entendu dans toute procédure devait être interprété en ce sens qu'il impose à l'administration, lorsqu'elle envisage de prendre une décision de retour pour un étranger en situation irrégulière, de mettre en mesure l'intéressé de présenter ses observations. La C.J.U.E. a considéré que :

« Le droit d'être entendu dans toute procédure, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2008/115 et, notamment, de l'article 6 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une autorité nationale n'entende pas le ressortissant d'un pays tiers spécifiquement au sujet d'une décision de retour lorsque, après avoir constaté le caractère irrégulier de son séjour sur le territoire national à l'issue d'une procédure ayant pleinement respecté son droit d'être entendu, elle envisage de prendre à son égard une telle décision, que cette décision de retour soit consécutive ou non à un refus de titre de séjour. »¹⁰

Cette réponse est fondée sur le fait qu'en vertu de l'article 6 de la directive « retour », l'adoption d'une décision de retour découle nécessairement de celle constatant le caractère irrégulier du séjour de l'intéressé¹¹. Dès lors, pourvu que l'intéressé ait pu présenter, de manière utile et effective, ses observations au sujet de l'irrégularité de son séjour, l'obligation de l'entendre spécifiquement au sujet de la décision de retour avant d'adopter la décision d'éloignement aurait pour conséquence de prolonger inutilement la procédure administrative, sans accroître la protection juridique de l'intéressée¹².

⁹ C.J.U.E., 5 juin 2014 (Mahdi c. Bulgarie), C-146/14 PPU, § 88.

¹⁰ C.J.U.E., 5 novembre 2014 (Mukarubega c. France), C-166/13, § 82.

¹¹ *Ibid.*, § 59.

¹² *Ibid.*, § 70.

En droit belge

53. La loi du 15 décembre 1980 transpose de façon approximative les dispositions précitées de la directive. Le concept de « retour » semble devoir y trouver le même sens que dans la directive. Il s'entend ainsi comme :

« le fait pour le ressortissant d'un pays tiers de rentrer, que ce soit par obtempération volontaire après avoir fait l'objet d'une décision d'éloignement ou en y étant forcé, dans son pays d'origine ou dans un pays de transit conformément à des accords de réadmission communautaires ou bilatéraux ou dans un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il est autorisé ou admis au séjour »¹³.

54. La loi ne reprend pas le concept de « décision de retour » et choisit de lui substituer celui de « décision d'éloignement ». Celle-ci s'entend de « la décision constatant l'illégalité du séjour d'un étranger et imposant une obligation de retour »¹⁴. L'éloignement se définit quant à lui comme « l'exécution de la décision d'éloignement, à savoir le transfert physique hors du territoire »¹⁵.

55. L'obligation de régulariser ou de décider d'éloigner réside à l'article 7, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980. Celui-ci dispose que :

« Sans préjudice de dispositions plus favorables contenues dans un traité international, le ministre ou son délégué [...] *doit* délivrer dans les cas visés au 1°, 2°, 5°, 11° ou 12°, un ordre de quitter le territoire dans un délai déterminé.

1° s'il demeure dans le Royaume sans être porteur des documents requis par l'article 2¹⁶ ;

2° s'il demeure dans le Royaume au-delà du délai fixé conformément à l'article 6, ou ne peut apporter la preuve que ce délai n'est pas dépassé¹⁷ ; » (nous soulignons).

¹³ Art. 1, 5°, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁴ Art. 1, 6°, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁵ Art. 1, 7°, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁶ Art. 2 de la loi du 15 décembre 1980 : « Est autorisé à entrer dans le Royaume l'étranger porteur :

1° soit des documents requis en vertu d'un traité international, d'une loi ou d'un arrêté royal ;

2° soit d'un passeport valable ou d'un titre de voyage en tenant lieu, revêtu d'un visa ou d'une autorisation tenant lieu de visa, valable pour la Belgique, apposé par un représentant diplomatique ou consulaire belge ou par celui d'un État partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures, liant la Belgique. »

¹⁷ Art. 6, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980 : « Sauf dérogations prévues par un traité international, par la loi ou par un arrêté royal, l'étranger ne peut demeurer plus de trois mois dans le Royaume, à moins que le visa ou l'autorisation tenant lieu de visa, apposé sur son passeport ou sur le titre de voyage en tenant lieu, ne fixe une autre durée. »

En d'autres termes, le Ministre a l'obligation de délivrer un ordre de quitter le territoire à celui qui ne dispose pas des documents requis et qui, par conséquent, n'est pas en séjour régulier. Ainsi que le souligne le C.C.E. :

« [l'O.Q.T.] est un acte déclaratif d'une situation de séjour illégale ou irrégulière antérieure, laquelle, une fois établie, ne laisse place à aucun pouvoir d'appréciation dans le chef de l'administration quant au principe même de sa délivrance, avec pour conséquence que le constat d'une des situations visées par l'article 7 précité suffit à lui seul à le motiver valablement en fait et en droit, sans que l'autorité administrative ne soit tenue de fournir d'autres motifs tenant à des circonstances extérieures à ce constat. »¹⁸

Les termes « ordre de quitter le territoire » sont utilisés en lieu et place de ceux de « décision de retour » employés par la directive. Selon l'exposé des motifs, l'ordre de quitter le territoire devrait être considéré comme une sorte de décision de retour dont la forme aurait été laissée libre aux États¹⁹.

56. Ainsi que cela a été écrit *supra*²⁰, la législation belge ne prévoit pas de statut pour les personnes à qui l'asile n'a pas été reconnu, mais qui bénéficie du principe de non-refoulement. Seule une régularisation humanitaire fondée sur les articles 9 et 9bis de la loi du 15 décembre 1980 semble envisageable²¹.

Section 2. Tempéraments au principe (art. 6, §§ 2 à 6)

57. Plusieurs tempéraments au principe « régulariser ou prendre une décision de retour » sont envisagés par la directive. Il s'agit d'abord des cas où le ressortissant concerné est titulaire d'un titre de séjour valable dans un autre État membre (§ 1) ainsi que lorsqu'il est repris par un autre État membre (§ 2). Ensuite, les possibilités de donner un titre de séjour pour des motifs humanitaires (§ 3) et de patienter avant de prendre une décision de retour si une procédure de renouvellement du titre de séjour est en cours (§ 4) sont également considérées. Enfin, sur le plan procédural, la possibilité est donnée de décider de la fin du séjour en même temps que du retour (§ 5). Par contre, la question de la délivrance

¹⁸ C.C.E., arrêt n°88.604, 28 septembre 2012, § 4.3 ; C.C.E., arrêt n°88.605, 28 septembre 2012, § 4.3.

¹⁹ « L'État membre est libre de déterminer la forme que prendra la décision de retour. Il est tenu de la matérialiser dans un écrit qui reprend les motifs de fait et de droit justifiant la décision et d'y indiquer les informations relatives aux voies de recours. La loi du 15 décembre 1980 n'utilise pas un terme univoque pour désigner la "décision de retour". Parfois, il est question d'un "ordre de quitter le territoire" (par exemple aux art. 7 et 8 de la loi relative aux étrangers), parfois on parle d'une "décision d'éloignement" (art. 8bis de la loi relative aux étrangers). En tous les cas, ces décisions reprennent le délai pour quitter le territoire (ou encore le délai du retour volontaire). » Voy. le Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, pp. 6-7.

²⁰ Voy. *supra* n°51.

²¹ Voy. *infra* n°71.

préalable d'une décision de retour par un autre État membre n'est pas réglée par la directive (§ 6).

**§ 1. Titulaire d'un titre de séjour valable dans un autre État membre
(art. 6, § 2)**

58. Lorsque le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier détient un titre de séjour valable dans un autre État membre, il a l'obligation de retourner immédiatement sur le territoire de cet autre État membre. L'État ne sera tenu de lui délivrer une décision de retour qu'en cas de non-respect de cette obligation ou lorsque son départ immédiat est requis pour des motifs relevant de l'ordre public ou de la sécurité nationale²².

59. Cette exception se trouvait initialement dans la convention d'application de l'accord Schengen où elle était formulée en ces termes :

« L'étranger qui dispose d'un titre de séjour ou d'une autorisation de séjour provisoire en cours de validité délivrés par une autre Partie Contractante, doit se rendre sans délai sur le territoire de cette Partie Contractante.

Lorsque le départ volontaire d'un tel étranger n'est pas effectué ou lorsqu'il peut être présumé que ce départ n'aura pas lieu ou si le départ immédiat de l'étranger s'impose pour des motifs relevant de la sécurité nationale ou de l'ordre public, l'étranger doit être éloigné du territoire de la Partie Contractante sur lequel il a été appréhendé, dans les conditions prévues par le droit national de cette Partie Contractante. Si l'application de ce droit ne permet pas l'éloignement, la Partie Contractante concernée peut admettre l'intéressé au séjour sur son territoire. »²³

La directive retour a toutefois stipulé qu'elle remplaçait les dispositions des articles 23 et 24 de la convention d'application de l'accord de Schengen²⁴. C'est donc uniquement dans l'article 6, § 2, de la directive qu'il convient désormais de trouver cette obligation. On ne la retrouve d'ailleurs plus dans le Code frontières Schengen²⁵.

60. Le délai au terme duquel il peut être considéré que le ressortissant n'est pas retourné sur le territoire de l'autre État membre et qu'il doit lui être délivré

²² Art. 6, § 2, de la directive 2008/115/CE.

²³ Art. 23, al. 1 et 2, de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *J.O.C.E.*, L. 239, 22 septembre 2000, pp. 19-62.

²⁴ Art. 21 de la directive 2008/115/CE.

²⁵ Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *J.O.U.E.*, L.105, 13 avril 2006.

une décision de retour n'est pas défini par le directive. Il reviendra à chaque État de le déterminer en respect avec le principe de proportionnalité²⁶.

En droit belge

61. Cette exception n'a pas été transposée en tant que telle dans la loi belge. Aucune disposition légale belge n'impose de laisser préalablement au ressortissant l'occasion de remplir son obligation de retourner dans l'État partie où il dispose d'un titre de séjour. L'article 27, § 1, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit uniquement que :

« Si l'étranger possède la nationalité d'un État partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures, liant la Belgique, ou s'il dispose d'un titre de séjour ou d'une autorisation de séjour provisoire en cours de validité, délivrés par un État partie, il *pourra* être ramené à la frontière de cet État ou être embarqué à destination de cet État. » (nous soulignons).

On relèvera qu'il s'agit d'une faculté laissée aux autorités belges d'expulser vers le territoire d'un État partie alors que la directive en fait pour sa part une obligation.

62. Sans doute l'effet plus favorable de la disposition de la directive à l'égard du ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier disposant d'un titre de séjour dans un État membre permettra-t-il d'en réclamer l'effet direct conformément à la jurisprudence *van Duyn*²⁷.

§ 2. Ressortissant repris par un autre État membre (art. 6, § 3)

63. Il est possible pour un État membre de s'abstenir de prendre une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant d'un État tiers en séjour irrégulier sur son territoire si celui-ci peut être repris par un autre État membre. L'article 6, § 3, de la directive énonce :

« Les États membres peuvent s'abstenir de prendre une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire si le ressortissant concerné d'un pays tiers est repris par un autre État membre en vertu d'accords ou d'arrangements bilatéraux existants à la date d'entrée en vigueur de la présente directive. Dans ce cas, l'État membre qui a repris le ressortissant concerné d'un pays tiers applique le paragraphe 1. »

²⁶ M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *op. cit.*, p. 1524.

²⁷ C.J.C.E., 4 décembre 1974 (*Yvonne van Duyn c. Home Office*), 41/74, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1337.

64. Seuls les accords ou arrangements bilatéraux et existants à la date d'entrée en vigueur de la directive, à savoir le 13 janvier 2009²⁸, sont concernés par cette exception.

65. Précisons qu'en cas d'application concurrente de cette exception avec celle étudiée ci-dessus, à savoir lorsque le ressortissant dispose d'un titre de séjour dans un autre État membre²⁹, cette dernière nous semble devoir prévaloir.

En droit belge

66. Aucune transposition expresse de cette disposition de la directive n'a été réalisée en droit belge. Cela n'est pas problématique dans la mesure où il s'agit d'une faculté laissée aux États. Le tableau de transposition figurant dans les travaux préparatoires indique cependant qu'il y a bien eu transposition et que celle-ci se trouverait à l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980³⁰. La seule disposition qui s'en approche est l'article 7, 10°, de la loi du 15 décembre 1980 qui dispose :

« le ministre ou son délégué *peut* donner à l'étranger, qui n'est ni autorisé ni admis à séjourner plus de trois mois ou à s'établir dans le Royaume, un ordre de quitter le territoire dans un délai déterminé [...] 10° si, en application des conventions ou des accords internationaux liant la Belgique, il *doit être remis* par les autorités belges aux autorités des États contractants »³¹ (nous soulignons).

67. Il existe plusieurs différences entre les textes européen et belge qui sont source d'insécurité juridique. Premièrement, la loi belge traite du cas où le ressortissant « doit être remis » tandis que la directive vise le cas où le ressortissant « est repris ». Cela pose question : qu'en est-il des cas où l'étranger ne doit pas être remis, mais l'est néanmoins ? Qu'en est-il des cas où l'étranger doit être remis, mais ne l'est pas ? Ensuite, la loi belge traite de « conventions ou d'accords internationaux » alors que la directive « d'accords ou d'arrangements bilatéraux ». Enfin, les accords visés par la directive doivent exister « à la date d'entrée en vigueur de la présente directive » alors que la loi belge ne fait aucune mention d'une telle exigence. Il eût sans doute été

²⁸ Art. 22 de la directive 2008/115/CE.

²⁹ Art. 6, 2°, de la directive 2008/115/CE : « Les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et titulaires d'un titre de séjour valable ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour délivrés par un autre État membre sont tenus de se rendre immédiatement sur le territoire de cet autre État membre. En cas de non-respect de cette obligation par le ressortissant concerné d'un pays tiers ou lorsque le départ immédiat du ressortissant d'un pays tiers est requis pour des motifs relevant de l'ordre public ou de la sécurité nationale, le § 1 s'applique. »

³⁰ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, annexes, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/2, 19 octobre 2011, p. 38.

³¹ Art. 7, 10°, de la loi du 15 décembre 1980.

préférable de reprendre *in extenso* la formulation choisie par la disposition européenne afin d'éviter ces incertitudes.

68. La loi belge ne connaît pas de conflit entre cette exception et la précédente dans la mesure où il s'agit dans les deux cas de facultés laissées aux autorités belges.

§ 3. Motifs charitables, humanitaires ou autres (art. 6, § 4)

69. L'article 6, § 4, de la directive laisse explicitement aux États la faculté d'accorder à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier un droit de séjour pour des motifs humanitaires, charitables, ou autres³². Il s'agit de rappeler, en complément de l'article 6, § 1^{er}, que les États restent libres de régulariser les ressortissants d'États tiers demeurant irrégulièrement sur leur territoire. La directive impose donc aux États de prendre une décision de retour à l'égard de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier à défaut de saisir la possibilité de les régulariser pour les raisons de leur choix, l'énumération de la directive n'étant pas exhaustive sur ce point (« ou autres »).

En droit belge

70. Le droit belge reconnaît un droit à un titre de séjour pour raisons médicales. L'article 9^{ter}, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 dispose à cet égard :

« L'étranger qui séjourne en Belgique qui démontre son identité conformément au § 2 et qui souffre d'une maladie telle qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où il séjourne, peut demander l'autorisation de séjourner dans le Royaume auprès du ministre ou son délégué. »

71. Une autre forme de régularisation pour des raisons humanitaire semble

³² Art. 6, § 4, de la directive 2008/115/CE : « À tout moment, les États membres peuvent décider d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour pour des motifs charitables, humanitaires ou autres à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Dans ce cas, aucune décision de retour n'est prise. Si une décision de retour a déjà été prise, elle est annulée ou suspendue pour la durée de validité du titre de séjour ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour. »

pouvoir être fondée sur les articles 9 et 9bis de la loi du 15 décembre 1980 :

« Pour pouvoir séjourner dans le Royaume au-delà du terme fixé à l'article 6 l'étranger qui ne se trouve pas dans un des cas prévus à l'article 10 doit y être autorisé par le Ministre ou son délégué. »³³

Il s'agit d'un pouvoir laissé entièrement à la discrétion du Ministre. L'autorisation doit normalement être demandée par l'étranger auprès du poste diplomatique ou consulaire belge compétent pour le lieu de sa résidence ou de son séjour à l'étranger. Cependant, il est possible, lors de circonstances exceptionnelles et à la condition que l'étranger dispose d'un document d'identité, que la demande soit introduite auprès du bourgmestre de la localité où il séjourne, qui la transmettra au Ministre ou à son délégué³⁴. Ces « circonstances exceptionnelles » prévues à l'article 9bis concernent seulement la recevabilité, à savoir justifier l'introduction de la demande en Belgique au lieu de à l'étranger, mais ne permettent pas en elles-mêmes l'obtention d'un titre de séjour distinct de celui prévu l'article 9³⁵.

Une « Instruction relative à l'application de l'ancien article 9, 3 et de l'article 9bis de la loi sur les étrangers » avait été adoptée le 19 juillet 2009. Le Secrétaire d'État à la politique de migration et d'asile avait indiqué que les personnes se retrouvant dans les situations visées par cette instruction verraient présumer dans leur chef l'existence des circonstances exceptionnelles visées à l'article 9bis alors que les personnes ne se trouvant pas dans les situations énumérées par l'instruction devraient justifier de l'existence de ces circonstances exceptionnelles. Le C.E. a toutefois annulé cette instruction en considérant qu'elle permettait de dispenser les étrangers qui se trouvent dans les conditions qu'elle précise de démontrer que leur cas présente des circonstances exceptionnelles, alors que seul le législateur peut le faire³⁶. Suite à cet arrêt, le Secrétaire d'État a affirmé qu'il assurerait malgré tout la sécurité juridique de tous et qu'il ferait application de son pouvoir discrétionnaire en prenant en considération les critères adoptés le 19 juillet 2009³⁷.

³³ Art. 9, § 1, de la loi du 15 décembre 1980.

³⁴ Art. 9bis, § 1, de la loi du 15 décembre 1980. En doctrine, voy. notamment E. SOMERS, « L'évaluation des demandes de "régularisation" (art. 9bis de la loi sur le séjour) selon les critères de l'instruction du 19 juillet 2009 après la jurisprudence du Conseil d'Etat : rien ne va plus ? », *Revue du droit des étrangers*, n°175, 2013, pp. 593-608.

³⁵ C.C.E., arrêt n°42.932, 30 avril 2010 in J.-Y. CARLIER S. BODART et al., *Droit des étrangers - Code annoté*, Bruxelles, la Charte, 2012, p. 34.

³⁶ C.E., arrêt n°198.769, 9 décembre 2009.

³⁷ M.B. HIERNAUX, « État des lieux de la régularisation de séjour », *Dossier thématique A.D.D.E.*, déc. 2011, p. 12.

Un arrêt du C.E. du 5 octobre 2011³⁸ a annulé un arrêt du C.C.E. en considérant que l'administration ne pouvait se fonder uniquement sur le fait qu'il n'est pas satisfait aux critères tels que définis dans l'instruction de juillet 2009 pour rejeter une demande de séjour fondée sur l'article 9bis. Cette évolution conduit à l'insécurité juridique à l'endroit des critères utilisés dans l'application des articles 9 et 9bis.

§ 4. Procédure de renouvellement de titre de séjour en cours (art. 6, § 5)

72. La directive impose aux États d'examiner la possibilité de s'abstenir de prendre une décision de retour à l'égard d'un ressortissant d'un État tiers dont le titre de séjour est en cours de renouvellement. L'article 6, § 5, de la directive énonce ainsi que :

« Si un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre fait l'objet d'une procédure en cours portant sur le renouvellement de son titre de séjour ou d'une autre autorisation lui conférant un droit de séjour, cet État membre examine s'il y a lieu de s'abstenir de prendre une décision de retour jusqu'à l'achèvement de la procédure en cours, sans préjudice du paragraphe 6. »

L'obligation n'est pas de s'abstenir, mais d'examiner s'il y a lieu de s'abstenir.

En droit belge

73. Aucune transposition dans la législation belge. La jurisprudence a exclu à plusieurs occasions la suspension de la procédure de retour en cas de procédure en cours d'octroi du titre de séjour ou d'une autre autorisation en cours. La Chambre des mises en accusation a ainsi considéré :

« Une demande d'autorisation de séjour n'est pas suspensive de la mesure privative de liberté »³⁹.

« Le recours actuellement pendant devant le C.C.E., formé par le requérant contre la décision déclarant irrecevable sa demande de régularisation fondée sur l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980, n'a pas d'effet suspensif et son existence ne constitue pas un obstacle à la mesure de privation de liberté ici en cause »⁴⁰

Dans le même sens, le C.C.E. a considéré :

« l'introduction d'une demande d'autorisation de séjour sur la base de

³⁸ C.E. (XIV^e ch.), arrêt n°215.571, 5 octobre 2011.

³⁹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2788, 17 août 2012.

⁴⁰ Mons (mis. acc.), arrêt n°C-677/12, 28 août 2012. Dans le même sens : Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2248, 21 juin 2013 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°453/13, 28 juin 2013.

l'article 9, alinéa 3, de la loi ne confère aucun droit susceptible de tenir en échec les pouvoirs de police que l'autorité administrative tire de l'article 7 de la loi. »⁴¹

74. De façon intéressante, dans un arrêt de juillet 2013, la Chambre des mises en accusation de Bruxelles a mis fin à la rétention d'un étranger en séjour irrégulier au motif que son séjour au-delà du terme fixé par l'O.Q.T. s'expliquait par l'attente de l'issue d'une demande *9bis* et ne témoignait pas d'une volonté de se soustraire à la procédure de retour. Dans cette optique, la Cour était d'avis que des mesures autres que la privation de liberté étaient envisageables⁴².

75. Dans le même sens, la Cour d'appel de Liège a considéré que le juge des référés avait légalement interdit à l'État belge de procéder, même par la force publique, à l'expulsion d'un demandeur de protection *9ter* jusqu'à ce que le recours en annulation introduit devant le C.C.E., sans que la suspension d'extrême urgence ne soit accordée, ait donné lieu à une décision définitive. Le risque d'une violation d'un droit subjectif était rencontré dans la mesure où le bénéfice de l'article *9ter* de la loi du 15 décembre 1980 n'est accessible qu'aux étrangers séjournant en Belgique de sorte que l'expulsion de l'intimé le privait de l'exercice normal de ses droits de la défense⁴³. L'existence de la condition d'urgence était pour sa part établie dans la mesure où la procédure d'expulsion de l'intimé pouvait, à tout moment, être mise à exécution alors qu'il souhaitait exercer pleinement son recours en annulation devant le C.C.E.⁴⁴. Dans un arrêt précédent, la Cour d'appel de Liège avait déjà précisé que ce n'est pas parce que des recours administratifs existent et ont été exercés, notamment devant le C.C.E. et devant le C.E., que le pouvoir judiciaire ne peut pas intervenir⁴⁵. Le juge judiciaire et en particulier le juge des référés serait en effet compétent dès lors qu'un droit subjectif est en cause et gravement menacé par un acte de l'administration posé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁴⁶.

⁴¹ C.C.E., arrêt n°14727, 31 juillet 2008, § 3.1.2. Voy. également : Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.08.0235.F, 5 mars 2008.

⁴² Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2536, 12 juillet 2013.

⁴³ Liège (10^e ch.), arrêt n°2012/RF/243 du 13 février 2013, p. 7.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁵ Liège (13^e ch.), arrêt n°2011/RF/109 du 5 décembre 2011, p. 3.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 3.

§ 5. Possibilité de décider de la fin du séjour en même temps que du retour (art. 6, § 6)

76. La directive autorise de décider de la fin du séjour régulier en même temps que du retour, de l'éloignement ou de l'interdiction d'entrée. L'article 6, § 6, de la directive dispose ainsi que :

« La présente directive n'empêche pas les États membres d'adopter une décision portant sur la fin du séjour régulier en même temps qu'une décision de retour et/ou une décision d'éloignement et/ou d'interdiction d'entrée dans le cadre d'une même décision ou d'un même acte de nature administrative ou judiciaire, conformément à leur législation nationale, sans préjudice des garanties procédurales offertes au titre du chapitre III ainsi que d'autres dispositions pertinentes du droit communautaire et du droit national. »

77. En d'autres termes, la décision sur la fin du séjour irrégulier peut se faire dans un même acte que la décision de retour, d'éloignement ou d'interdiction d'entrée.

En droit belge

78. Il est fait usage de cette faculté en plusieurs endroits⁴⁷.

§ 6. Délivrance d'une décision de retour par un autre État membre

79. La directive 2008/115/CE ne prévoit pas l'hypothèse où un ressortissant d'un État tiers en séjour irrégulier se serait vu délivrer une décision de retour par un État membre et se serait rendu, avant son éloignement, sur le territoire d'un autre État membre⁴⁸. La proposition de directive de la Commission réglait cette situation, mais elle n'a pas été retenue dans la version finale de la directive⁴⁹.

80. La directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers s'applique à cette question. Conformément à son article 1^{er}, §§ 1^{er} et 2, une décision d'éloignement prise par une autorité compétente d'un État membre à

⁴⁷ Voy. notamment : l'art. 11, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 avec l'art. 26/4, § 1, de l'A.R. du 8 octobre 1981 et son annexe 14^{ter} ; l'art. 13, § 4, de la loi du 15 décembre 1980 et l'art. 26/4, § 2, de l'A.R. du 8 octobre 1981 ainsi que son annexe 14^{quater} ; l'art. 52/4, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980 et l'annexe 13^{bis} de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 27 octobre 1981.

⁴⁸ M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *op. cit.*, p. 1523.

⁴⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (05) 391 final, 15 septembre 2005, p. 22.

l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers qui se trouve sur le territoire d'un autre État membre peut être mise en œuvre selon la législation applicable de cet autre État membre⁵⁰. Il est requis qu'il soit possible de former un recours contre la décision de mise en œuvre de la décision de retour prise par cet autre État membre⁵¹.

81. Le rapport entre cette directive et la directive 2008/115/CE est difficile à saisir. La directive 2008/115/CE ne prévoit en effet pas d'exception à son article 6 – obligation de prendre une décision de retour ou de régulariser – pour l'hypothèse d'une reconnaissance d'une décision d'éloignement prise par un autre État membre. Néanmoins, si l'on veut préserver l'effet utile de la directive 2001/40/CE, il semble logique de considérer la reconnaissance comme une exception dispensant les autorités de prendre une décision de retour ou de régulariser dans le cas où elles choisissent de reconnaître la décision prise par l'autre État membre⁵².

82. À la suite de la reconnaissance de la décision de retour prise par l'autre État membre, et d'un éventuel appel à son encontre, le régime juridique de la directive 2008/115/CE semble normalement d'application, avec toutes les garanties et obligations y relatives. À propos des garanties relatives aux droits fondamentaux, la jurisprudence *M.S.S. c. Belgique et Grèce* de la Cour eur. D.H.⁵³, confirmée par l'arrêt *Sharifi*⁵⁴, peut utilement être rappelée. Celle-ci a nuancé le principe de confiance mutuelle entre les États membres dans le cadre des transferts Dublin. Elle avait considéré que lorsque les États appliquent le règlement « Dublin », il leur appartient de s'assurer que la procédure d'asile du pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter qu'un demandeur d'asile ne soit expulsé, directement ou indirectement, dans son pays d'origine sans une évaluation, sous l'angle de l'article 3 de la Convention, des risques qu'il encourt⁵⁵. De façon similaire en matière de retour, on devrait considérer que la présomption selon laquelle les droits fondamentaux ont été respectés lors de l'adoption de la décision de retour est réfragable. Dès lors,

⁵⁰ Art. 1 de la directive 2001/40/CE : « 1. Sans préjudice, d'une part, des obligations découlant de l'article 23 et, d'autre part, de l'application de l'article 96 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen le 19 juin 1990, ci-après dénommée « convention de Schengen », l'objet de la présente directive est de permettre la reconnaissance d'une décision d'éloignement prise par une autorité compétente d'un État membre, ci-après dénommé « État membre auteur », à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers qui se trouve sur le territoire d'un autre État membre, ci-après dénommé « État membre d'exécution ».

2. Toute décision prise conformément au paragraphe 1 est mise en œuvre selon la législation applicable de l'État membre d'exécution. »

⁵¹ Art. 4 de la directive 2001/40/CE.

⁵² M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *op. cit.*, p. 1524.

⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janv. 2011, req. n°30696/09.

⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Sharifi* et autres c. Italie et Grèce, 21 oct. 2014, req. n°16643/09.

⁵⁵ *Ibid.*, § 342.

lorsqu'un État reconnaît une décision d'éloignement prise par un autre État membre, il demeure tenu de permettre une évaluation de sa conformité aux droits fondamentaux, notamment au principe de non-refoulement.

83. Une autre question demeure cependant irrésolue : la durée de détention éventuellement déjà subie dans l'État membre qui avait pris la décision initiale de retour doit-elle être prise en considération par l'autre État membre dans le calcul de la durée maximum de six (ou dix-huit) mois de détention visée par l'article 15, §§ 5 et 6, de la directive 2008/115/CE pour procéder à l'éloignement ?

En droit belge

84. L'article 8*bis* de la loi du 15 décembre 1980 règle la question de la reconnaissance d'une décision d'éloignement prise par une autorité compétente d'un État membre à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers, par l'État membre sur le territoire duquel cet étranger est appréhendé :

« § 1^{er} Le Ministre ou son délégué *peut* reconnaître une décision d'éloignement prise à l'encontre d'un étranger par une autorité administrative compétente d'un État tenu par la directive 2001/40/CE du Conseil de l'Union européenne du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, lorsque cet étranger se trouve sur le territoire du Royaume sans y être admis ou autorisé à séjourner plus de trois mois et lorsque les conditions suivantes sont réunies : [...]

1° la décision d'éloignement est fondée :

[...]

- soit sur le non-respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers dans cet État tenu par la directive précitée ;

2° la décision d'éloignement ne doit être ni suspendue ni rapportée par l'État qui l'a délivrée à l'étranger. » (nous soulignons).

85. Le C.C.E. est compétent pour connaître de l'appel à l'encontre des décisions de reconnaissance⁵⁶. Le projet de loi prévoit que ce ne sera pas l'occasion de contrôler le respect par l'État membre auteur de la décision des conditions posées à l'éloignement d'un étranger dans le droit de cet État, qu'il appartient à l'étranger d'exercer les recours existant à ce sujet dans cet État⁵⁷. Par contre, la conformité aux droits fondamentaux de la décision de retour

⁵⁶ Art. 39/1, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980.

⁵⁷ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (art. 78 de la Constitution), *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n°51-1201/1, p. 16.

constitue seulement une présomption réfragable. Conformément à la jurisprudence *M.S.S.* suscitée, cette conformité aux droits fondamentaux devrait pouvoir être contrôlée, soit par le C.C.E., soit par les juridictions d'instruction en cas de détention.

86. S'il n'est pas fait usage de cette faculté de reconnaissance, la procédure se déroulera comme si la décision de retour n'existait pas et il s'imposera de prendre une nouvelle décision de retour conformément à l'article 7, al. 1^{er}, 1° et 2°.

CHAPITRE 2. DÉPART VOLONTAIRE (ART. 7)

87. La préférence du départ volontaire sur le retour forcé constitue une disposition importante de la directive (section 1). Des possibilités de prolongations du délai de ce départ volontaire ont été prévues (section 2) et des obligations peuvent être imposées pour éviter le risque de fuite au cours de celui-ci (section 3). Il est également possible, dans certaines circonstances, de réduire voire de supprimer ce délai de départ volontaire (section 4). Il convient de distinguer le retour volontaire du départ volontaire (section 5).

Section 1. Préférence du retour volontaire sur le retour forcé (art. 7, § 1)

88. La préférence du retour volontaire sur le retour forcé a été formulée à plusieurs endroits de la directive. Le considérant 10 déclare ainsi que : « Lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure de retour s'en trouve compromis, il convient de privilégier le retour volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder un délai de départ volontaire. »

89. Conformément à cette préférence pour le départ volontaire, l'article 7, § 1^{er}, dispose :

« La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4. Les États membres peuvent prévoir dans leur législation nationale que ce délai n'est accordé qu'à la suite d'une demande du ressortissant concerné d'un pays tiers. Dans ce cas, les États membres informent les ressortissants concernés de pays tiers de la possibilité de présenter une telle demande.

Le délai prévu au premier alinéa n'exclut pas la possibilité, pour les ressortissants concernés de pays tiers, de partir plus tôt. »

Le départ volontaire doit s'entendre comme : « l'obtempération à l'obligation de retour dans le délai imparti à cette fin dans la décision de retour »⁵⁸. On remarquera que la terminologie choisie – départ « volontaire » – manque de précision dans la mesure où il s'agit en réalité uniquement d'une opportunité de choisir les moyens de son retour, lequel demeure obligatoire.

90. Le souhait de voir une mise en place de mécanismes visant à faciliter le retour volontaire avait été émis dans les considérants de la directive :

« Afin d'encourager le retour volontaire, les États membres devraient prévoir une assistance et un soutien renforcés en vue du retour et exploiter au mieux les possibilités de financement correspondantes offertes dans le cadre du Fonds européen pour le retour. »⁵⁹

En droit belge

91. L'intégration de la préférence pour le départ volontaire a été réalisée en droit belge. Un délai de maximum 30 jours est normalement prévu et il est accordé d'office sans qu'une demande du ressortissant ne soit nécessaire. L'article 74/14, § 1, de la loi du 15 décembre 1980 dispose ainsi que :

« La décision d'éloignement prévoit un délai de trente jours pour quitter le territoire. Le ressortissant d'un pays tiers qui, conformément à l'article 6, n'est pas autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume, bénéficie d'un délai de sept à trente jours. [...]

§ 2. Aussi longtemps que le délai pour le départ volontaire court, le ressortissant d'un pays tiers est protégé contre un éloignement forcé. »

Dans le cas d'un demandeur d'asile, ce délai de départ volontaire de trente jours est seulement octroyé après la décision négative du C.G.R.A. Si le demandeur d'asile introduit un recours devant le C.C.E. à l'encontre de la décision du C.G.R.A., le délai de départ volontaire qui lui est octroyé en cas de rejet du recours n'est alors plus que de dix jours, renouvelable deux fois. En effet, conformément à l'article 75, § 2, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981⁶⁰ et à l'article 52/3, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980⁶¹, l'O.E. délivre au

⁵⁸ Art. 3, § 8, de la directive 2008/115/CE.

⁵⁹ Considérant 10 de la directive 2008/115/CE.

⁶⁰ Art. 75, § 2, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 27 octobre 1981 : « Si le Commissaire Général aux Réfugiés et aux Apatrides refuse de reconnaître le statut de réfugié et de protection subsidiaire à l'étranger, le ministre ou son délégué donne à l'intéressé un ordre de quitter le territoire, conformément à l'article 52/3, § 1^{er}, de la loi. Sans préjudice de l'effet suspensif prévu par l'article 39/70, de la loi, les décisions du Ministre ou de son délégué sont notifiées au moyen d'un document conforme au modèle figurant à l'annexe 13quinquies. »

⁶¹ Art. 52/3, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 : « Lorsque le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ne prend pas en considération la demande d'asile ou refuse de reconnaître le statut de réfugié ou d'octroyer le statut de protection subsidiaire à l'étranger et que celui-ci séjourne de manière

demandeur d'asile ayant reçu une décision négative du C.G.R.A. une « Annexe 13quinquies Ordre de quitter le territoire – Demandeur d'asile ». Cet O.Q.T. demeure non exécutoire jusqu'à ce que le recours introduit devant le C.C.E. ait été épuisé. Ensuite, l'O.E. prolonge l'O.Q.T. Le délai de départ volontaire ne dure alors plus que dix jours. Il peut toutefois être renouvelé deux fois à condition que l'étranger collabore suffisamment au trajet de retour⁶².

92. Le départ volontaire est défini à l'article 1^{er}, 10°, de la loi du 15 décembre 1980 : « le fait de quitter le territoire dans le délai imparti fixé à cette fin dans la décision d'éloignement ». Les termes « décision d'éloignement » ont à nouveau été substitués à ceux de « décision de retour », conformément aux choix terminologiques déjà opérés lors de la transposition des autres dispositions de la directive⁶³.

93. Pour la période de départ volontaire, un centre de retour est désigné au demandeur d'asile concerné ainsi qu'aux membres de sa famille⁶⁴. La loi sur l'accueil ne s'y applique pas⁶⁵, mais il y est néanmoins pourvu à l'aide matérielle comprenant le logement, la nourriture et l'habillement fournis en nature, une allocation journalière ainsi que l'accès à un programme de retour volontaire. L'étranger reçoit l'aide médicale et psychosociale nécessaire. Il a également un accès effectif à l'aide juridique de première et de deuxième ligne⁶⁶. Dans un premier temps, trois cents places de retour sont prévues dans quatre centres d'accueil fédéraux⁶⁷. Certaines catégories de personne n'y sont pas envoyées et demeurent dans les centres d'accueil : les familles avec enfant scolarisé entre avril et juin, les ex-mineurs étrangers non accompagnés (ci-après « MENA ») scolarisés pendant la même période, les personnes hospitalisées, ceux qui ont déjà signé un retour volontaire avant le rejet de leur demande par le C.C.E., les personnes dont un membre de la famille est toujours en procédure⁶⁸.

irrégulière dans le Royaume, le ministre ou son délégué doit délivrer sans délai un ordre de quitter le territoire motivé par un des motifs prévus à l'article 7, al. 1^{er}, 1° à 12°. Cette décision est notifiée à l'intéressé conformément à l'article 51/2. »

⁶² Art. 52/3, § 1, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980.

⁶³ Voy. *supra* n°54.

⁶⁴ Art. 54, § 1, de la loi du 15 décembre 1980.

⁶⁵ Art. 4/1, de la Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 avril 2012, *M.B.*, 3 mai 2012.

⁶⁶ Art. 54, § 1, al. 3 et 4, de la loi du 15 décembre 1980.

⁶⁷ FEDASIL, *Instruction relative au trajet de retour et aux places de retour pour les demandeurs d'asile accueillis dans le réseau d'accueil Fedasil*, 13 juillet 2012, disponible sur www.cire.be (dern. consult. 25 sept. 2012), p. 8.

⁶⁸ CIRÉ, *Newsletter juridique*, n°43, septembre 2012, p. 7 ; FEDASIL, *Instruction relative au trajet de retour et aux places de retour pour les demandeurs d'asile accueillis dans le réseau d'accueil Fedasil*, 13 juillet 2012, disponible sur www.cire.be (dern. consult. 25 septembre 2012), pp. 6-7.

et les résidents avec contre-indication médicale pour un transfert et les membres de leur famille⁶⁹.

Section 2. Prolongation du délai de départ volontaire (art. 7, § 2)

94. En cas de nécessité, les États doivent prolonger la durée du départ volontaire. Le considérant 10 de la directive stipule ainsi que : « Une prolongation de ce délai de départ volontaire devrait être prévue si cela est considéré comme nécessaire en raison des circonstances propres à chaque cas. » Cette invitation a été traduite à l'article 7, § 2, de la directive qui dispose que :

« Si nécessaire, les États membres prolongent le délai de départ volontaire d'une durée appropriée, en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux. »

Il s'agit donc d'une obligation pour les États. Les concepts de « nécessaire » et de « durée appropriée » ne sont toutefois pas précisés par la disposition ce qui laisse une certaine marge d'appréciation. Les circonstances propres à chaque cas, dont il s'impose aux États de tenir compte, ne sont pas limitativement énumérées. Les États membres ont l'obligation de confirmer par écrit que le délai de départ a été prolongé⁷⁰.

En droit belge

95. Le droit belge prévoit la possibilité et l'obligation de prolonger le délai de départ volontaire selon les cas et moyennant le respect de certaines modalités. L'article 74/14, § 1^{er}, al. 3 et 5, de la loi du 15 décembre 1980 dispose ainsi que :

« Sur demande motivée introduite par le ressortissant d'un pays tiers auprès du ministre ou de son délégué, le délai octroyé pour quitter le territoire, mentionné à l'alinéa 1^{er}, *est* prolongé, sur production de la preuve que le retour volontaire ne peut se réaliser endéans le délai imparti.

Si nécessaire, ce délai *peut* être prolongé, sur demande motivée introduite par le ressortissant d'un pays tiers auprès du ministre ou de son délégué, afin de tenir compte des circonstances propres à sa situation, comme la durée de séjour, l'existence d'enfants scolarisés, la finalisation de l'organisation du départ volontaire et d'autres liens

⁶⁹ FEDASIL, Addendum à l'instruction relative au trajet de retour et aux places de retour pour les demandeurs d'asile accueillis dans le réseau d'accueil Fedasil dd. 13/07/2012, p. 1.

⁷⁰ Art. 14, § 2, de la directive 2008/115/CE.

familiaux et sociaux.

Le ministre ou son délégué informe par écrit le ressortissant d'un pays tiers que le délai de départ volontaire a été prolongé. » (nous soulignons).

96. Plusieurs différences notables avec le texte de la directive doivent être relevées. Premièrement, dans tous les cas, la prolongation du délai ne peut être obtenue que sur demande de l'intéressé. La directive ne prévoyait ni n'excluait une telle exigence. Dès lors qu'elle en prévoyait la possibilité pour l'octroi du délai de départ volontaire, son ajout à l'endroit de la prolongation ne nous apparaît pas déplacé.

97. Deuxièmement, dans le cas où la preuve est apportée que le départ volontaire⁷¹ ne peut se réaliser endéans le délai imparti, les autorités belges sont obligées de prolonger ce délai. Sur ce point, la directive est respectée. Par contre, lorsqu'une telle prolongation s'avère nécessaire en raison d'autres « circonstances propres à la situation du ressortissant », la loi belge permet aux autorités de choisir si elles prolongent ou non ce délai (« peut » être prolongé). L'article 7, § 2, de la directive prévoyait quant à lui que lorsque cela est nécessaire, l'octroi d'un délai supplémentaire doit être accordé (« prolongent »). Le législateur belge effectue donc une transposition moins favorable pour le ressortissant étranger en séjour irrégulier puisque même en cas de nécessité, celui-ci n'a pas de garantie, comme le prévoit le texte européen, de voir son délai de départ volontaire prolongé.

98. On relèvera enfin qu'en droit belge, le ressortissant doit être informé *a posteriori* de la prolongation de son délai de départ. Aucune mention n'est faite d'une obligation de l'informer *a priori* de la possibilité d'une telle prolongation. Il est vrai que la directive n'impose pas une telle obligation, mais cela peut s'expliquer par le fait que la prolongation y est imposée et ne constitue donc pas une faculté pouvant être demandée⁷² ; une obligation d'information y serait par conséquent sans objet. Dès lors qu'une telle obligation d'information existe dans la directive lorsque c'est l'octroi du délai qui constitue une faculté dans le chef de l'État, elle devrait également exister lorsque la prolongation du délai constitue une faculté.

⁷¹ La loi de transposition utilise ici les termes « retour volontaire » à la place de ceux de « départ volontaire ». Dès lors qu'elle leur attribue à l'article 1, 10°, un sens spécifique qui n'est pas celui visé par le présent article, il convient plutôt de lire « départ volontaire ».

⁷² Art. 7, § 2, de la directive 2008/115/CE.

Section 3. Obligations visant à éviter le risque de fuite (art. 7, § 3)

99. La faculté est laissée aux États d'imposer certaines obligations aux ressortissants concernés durant leur délai de départ volontaire afin d'éviter la survenance d'un risque de fuite. L'article 7, § 3, de la directive dispose ainsi que :

« Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire. »

Cette exception est particulièrement importante au vu des conséquences qui peuvent être attachées à l'existence de ce risque de fuite, ainsi que le prévoit l'article 7, § 4, de la directive étudié ci-dessous⁷³.

En droit belge

100. Cette faculté d'imposer le respect de certaines obligations a été transposée en droit belge à l'article 74/14, § 2, al. 2 et 3, de la loi du 15 décembre 1980 qui dispose que :

« Pour éviter le risque de fuite pendant ce délai [de départ volontaire], le ressortissant d'un pays tiers peut être contraint à remplir des mesures préventives. »

Trois types de mesures préventives peuvent être envisagés⁷⁴ :

- Une obligation de se signaler à une certaine fréquence aux autorités communales ou à l'O.E. lorsque cela est demandé ;
- Un dépôt d'une garantie financière dont le montant est fixé sur la base du coût journalier d'un séjour dans un centre fermé⁷⁵, sans dépasser le coût d'un séjour de trente jours. Ce montant doit être fixé dans le respect du principe de proportionnalité, en prenant en considération la situation individuelle de la personne⁷⁶. La garantie peut être récupérée lorsque le ressortissant envoie, après son départ, la preuve qu'il a quitté le territoire belge.

Si à l'expiration du délai octroyé pour le départ volontaire, il n'a pas été

⁷³ Voy. *infra* n°102.

⁷⁴ Art. 110quaterdecies, § 1, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 27 octobre 1981.

⁷⁵ Ce coût est fixé dans l'arrêté royal du 14 janvier 1993 déterminant les modalités du remboursement des frais d'hébergement, de séjour et de soins visés à l'article 74/4, §§ 3 et 4, de la loi du 15 décembre 1980.

⁷⁶ Commentaire article par article de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 27 octobre 1981.

obtempéré à l'O.Q.T., la somme versée revient à l'État belge, à moins qu'un recours n'ait été introduit à l'encontre de la décision d'éloignement.

- Une remise d'une copie des documents permettant d'établir son identité.

Ces mesures peuvent être prises individuellement ou cumulativement⁷⁷. En cas de non-respect, le délai de départ volontaire pourra être raccourci ou supprimé conformément à l'article 74/14, § 3, 2°, de la loi du 15 décembre 1980⁷⁸.

Section 4. Réduction ou suppression du délai de départ volontaire (art. 7, § 4)

101. Certaines hypothèses limitativement énumérées permettent à un État, s'il le souhaite, de raccourcir voire de supprimer le délai de départ volontaire qu'il doit normalement accorder à un ressortissant d'un pays tiers à l'encontre de qui une décision de retour a été prise. L'article 7, § 4, de la directive dispose ainsi que :

« S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours. »

102. Le risque de fuite est entendu comme « le fait qu'il existe des raisons, *dans un cas particulier* et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite »⁷⁹ (nous soulignons). Il est intéressant de souligner dans cette définition que le risque de fuite doit viser des cas particuliers. Dès lors que toutes les personnes concernées par ce délai de départ volontaire sont par définition en séjour illégal puisqu'une décision de retour⁸⁰ a été prise à leur encontre, cette exigence d'individualisation exclut que la seule illégalité du séjour suffise pour constituer le risque de fuite⁸¹. Cela est par ailleurs confirmé par le considérant 6 de la directive qui énonce que :

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Voy. *infra* n°s 106 et 111.

⁷⁹ Art. 3, 7), de la directive 2008/115/CE.

⁸⁰ Voy. *supra* la définition de la décision de retour au n°50.

⁸¹ En ce sens, voy. D. ACOSTA ARCARAZO, « Returns Directive: Possible Limits and Interpretation », *op. cit.*, p. 13 ; *contra* : A. BALDACCINI, « The EU Directive on Return: Principles and Protections », *op. cit.*, p. 8.

« Conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier. »

103. La deuxième hypothèse permettant de raccourcir ou de supprimer le délai de départ volontaire est celle où la demande de séjour régulier a été rejetée comme étant « manifestement non fondée ou frauduleuse ». La directive ne donne pas plus de précision sur le sens de cette hypothèse. C'est donc à l'autorité décidant du rejet que reviendra la responsabilité d'apprécier le caractère « manifestement non fondé ou frauduleux » d'une demande et de motiver sa décision de rejet en conséquence afin de permettre l'application de l'exception.

104. La troisième hypothèse concerne les cas où le ressortissant visé constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale. La directive ne définit pas les limites de cette hypothèse. À titre de comparaison, on peut relever qu'en matière de libre circulation des citoyens européens, une interprétation restrictive de l'exception d'ordre public s'impose. La raison est qu'il s'agit de « restrictions à l'exercice d'un droit directement dérivé du traité »⁸². Le cas prévu par la directive retour justifie-t-il également une telle interprétation restrictive ? Deux raisons permettent de le penser⁸³.

Premièrement, la préférence du retour volontaire sur le retour forcé est bien établie dans la directive 2008/115/CE. Il ressort notamment de son considérant 10 que : « Lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure de retour s'en trouve compromis, il convient de privilégier le retour volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder un délai de départ volontaire. » Le retour volontaire constitue donc le principe et l'hypothèse où l'étranger constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale constitue l'exception. À ce titre, il convient de l'interpréter restrictivement.

Deuxièmement, la suppression du délai de départ volontaire implique comme corollaire le recours à des mesures coercitives, notamment la détention. Or, conformément au considérant 16 de la directive retour, « le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. » La C.J.U.E. se prononce dans le même sens, considérant que le respect du principe de proportionnalité devait être assuré⁸⁴. La Cour eur. D.H. a pour sa part souligné que « La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle

⁸² C.J.C.E., 8 avril 1976 (*Royer c. Belgique*), 48-75, *Rec. n°1976 00497*, § 29.

⁸³ M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *op. cit.*, p. 1525.

⁸⁴ C.J.U.E., 28 avril 2011 (*El Dridi c. Italie*), C-61/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*, §§ 41 et 43.

ne se justifie qu'en dernier recours, lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention. »⁸⁵ Cela implique que le danger pour l'ordre public justifiant la suppression du délai de départ volontaire doit être proportionné à la gravité du recours immédiat à la détention. Il ne peut donc être compris largement.

Ces deux arguments plaident en faveur d'une interprétation restrictive de l'exception permettant de déroger à l'octroi d'un délai de départ volontaire. Il nous semble donc qu'une définition étroite de l'ordre public et de la sécurité publique du type de celle contenue dans la directive 2004/38 doit être transposée à l'endroit du retour. Or, en matière de libre circulation, l'examen de l'atteinte à l'ordre public doit se faire *in concreto*, elle est d'application individuelle et l'ordre public ne peut être invoqué pour des motifs de prévention générale, ni à des fins économiques⁸⁶.

105. Rappelons que ces hypothèses permettent de raccourcir voire de supprimer le délai de départ volontaire, mais pas nécessairement de recourir à des mesures de détention. Il ne peut en effet être procédé à la rétention qu'à la condition que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, ne puissent être appliquées efficacement⁸⁷.

En droit belge

106. L'article 74/14, § 3, prévoit qu'il peut être dérogé au principe de l'octroi d'un délai de départ volontaire dans les cas suivants :

« 1° il existe un risque de fuite, ou ;

2° le ressortissant d'un pays tiers n'a pas respecté la mesure préventive imposée, ou ;

3o le ressortissant d'un pays tiers constitue un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale, ou ;

4° le ressortissant d'un pays tiers n'a pas obtempéré dans le délai imparti

⁸⁵ Cour eur. D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n°13229/03, § 70 ; Cour eur. D.H., *Witold Litwa c. Pologne*, 4 avril 2000, req. n°26629/95, § 78 ; Cour eur. D.H., *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islande*, 8 juin 2004, req. n°40905/98, § 51 ; Cour eur. D.H., *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, req. n°56529/00, § 44.

⁸⁶ J.-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 84.

⁸⁷ Voy. *infra* n°213 et s.

à une précédente décision d'éloignement, ou ;

5° il a été mis fin à son séjour sur le territoire en application de l'article 11, § 2, 4°, de l'article 13, § 2bis, § 3, 3°, § 4, 5°, § 5, ou de l'article 18, § 2, ou⁸⁸ ;

6° le ressortissant d'un pays tiers a introduit plus de deux demandes d'asile, sauf s'il y a des éléments nouveaux dans sa demande.

Dans ce cas, la décision d'éloignement prévoit soit un délai inférieur à sept jours, soit aucun délai. »

107. La directive retour énumère limitativement seulement trois hypothèses qui permettent de raccourcir voire de supprimer le délai de départ volontaire, tandis que l'article 74/14, § 3 envisage six. Il convient donc de les passer en revue afin de déterminer leur conformité avec la directive.

1. Le risque de fuite (art. 74/14, § 3, 1°)

108. Le risque de fuite est défini à l'article 1, 11°, de la loi du 15 décembre 1980 :

« le fait qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une procédure d'éloignement présente un risque actuel et réel de se soustraire aux autorités. Pour ce faire, le ministre ou son délégué se base sur des éléments objectifs et sérieux ».

Aucune référence explicite à une individualisation du risque de fuite n'a été transposée explicitement dans la loi belge. L'exposé des motifs dispose seulement que : « le risque de fuite a été défini notamment sur la base du principe n°6 "Conditions autorisant une décision de placement en détention" issu des "vingt principes directeurs sur le retour forcé" »⁸⁹. Or, ce principe n° 6 dispose qu'une personne faisant l'objet d'une décision d'éloignement peut seulement être privée de sa liberté en vue de l'exécution de cette décision « après un examen rigoureux et *individuel* de la nécessité de privation de liberté »⁹⁰ (nous soulignons). À côté de cela, des exigences d'un risque « actuel et réel » et de se baser sur des éléments « objectifs et sérieux » qui ne figuraient pas dans la directive ont été ajoutées dans la loi.

109. Les éléments objectifs et sérieux sur lesquels le Ministre ou son

⁸⁸ Il s'agit des cas de demandes frauduleuses où il est fait usage d'informations fausses ou trompeuses ou de documents faux ou falsifiés.

⁸⁹ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avis de la section de législation du Conseil d'État n°49.947/2/V, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 17.

⁹⁰ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, « Vingt principes directeurs sur le retour forcé » adoptés lors de la 925^e réunion des délégués des Ministres, septembre 2005.

délégué doivent se baser figurent dans l'exposé des motifs de la loi. Celui-ci précise ainsi que le risque de fuite peut résulter d'un ou de plusieurs éléments tels que :

« 1° du fait de demeurer sur le territoire au-delà du délai octroyé par la décision d'éloignement ;

2° d'une entrée illégale et du maintien sur le territoire sans tenter de régulariser la situation ;

3° de la non-exécution dans le passé d'une mesure d'éloignement ou de l'opposition à l'exécution de sa mesure d'éloignement ou encore d'un nouveau séjour illégal après un éloignement ;

4° du non-respect du signalement aux fins de non-admission dans les États parties à la Convention d'application de l'Accord de Schengen, signée le 19 juin 1990, soit pour le motif que sa présence constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale, soit pour le motif qu'il a fait l'objet d'une mesure d'éloignement non rapportée ni suspendue, comportant une interdiction d'entrée, fondée sur le non-respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers ;

5° du non-respect des mesures imposées à l'article 74/14, § 2 de la loi en vue d'éviter le risque de fuite ;

6° du non-respect d'une interdiction d'entrée ;

7° du changement de lieu de résidence au cours du délai qui lui a été accordé pour quitter le territoire en application de l'article 74/14, § 1er, sans le notifier à l'Office des étrangers ;

8° d'une fausse déclaration ou d'une fausse information relative à des éléments permettant son identification ou refus de donner sa véritable identité ;

9° de l'utilisation dans le cadre de sa demande d'autorisation de séjour (autre que la procédure d'asile) d'informations fausses ou trompeuses ou des documents faux ou falsifiés, ou de recours à la fraude ou à d'autres moyens illégaux, pour lui permettre de séjourner dans le Royaume ;

10° de la non-présentation à plusieurs reprises, à une convocation de l'administration communale dans le cadre de la notification de la décision relative à sa demande de séjour. »⁹¹

110. Le C.E. a précisé que dans la mesure où un risque de fuite peut conduire à une restriction de liberté, c'est au législateur qu'il appartient de

⁹¹ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, pp. 16-17.

définir les critères objectifs servant à déterminer s'il existe des raisons de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers peut prendre la fuite⁹². La Cour eur. D.H. n'a pas dit autre chose lorsqu'elle a affirmé qu'« il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de 'légalité' fixé par la Convention »⁹³. Suite à l'avis du C.E., la définition du risque de fuite a été légèrement modifiée. Le mot « indice » qui y figurait précédemment a disparu de la définition pour être remplacé par « élément », ce qui a coupé le lien immédiat que le projet de loi avait voulu initialement instaurer entre la définition et l'exposé des motifs⁹⁴.

111. La jurisprudence s'est fondée sur différents éléments pour apprécier le risque de fuite. Il a notamment été considéré que l'absence d'adresse en Belgique⁹⁵, la déclaration de fausses identités et nationalités⁹⁶ ou l'introduction d'un dossier de mariage auprès de la commune dont la célébration a été refusée⁹⁷ attestaient d'un risque de fuite. Dans tous les cas, le dossier déposé doit permettre aux juridictions d'instruction de vérifier la réalité du risque de fuite ainsi que son appréciation par l'administration conformément aux critères que la loi en donne sur la base d'éléments objectifs et sérieux⁹⁸.

2. *Le non-respect des mesures préventives (art. 74/14, § 3, 2°)*

112. Le non-respect des mesures préventives constitue également un motif pour réduire ou supprimer le délai de départ volontaire⁹⁹. Il n'était pas fait mention dans la directive d'un tel motif, mais dès lors que l'exposé des motifs de la loi l'associe à un risque de fuite¹⁰⁰ lequel constitue au sens de la directive un motif de réduction ou de suppression du délai de départ volontaire, cet ajout en droit belge ne semble pas devoir avoir un grand impact.

3. *Le danger pour l'ordre public et la sécurité nationale (art. 74/14, § 3, 3°)*

⁹² Voy. le Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avis de la section de législation du Conseil d'État n°49.947/2/V, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 52.

⁹³ Cour eur. D.H., arrêt Baranowski c. Pologne, 28 mars 2000, req. n°28358/95, §§ 50-52 ; Cour eur. D.H., arrêt Steel et autres c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, req. n°67/1997/851/1058, § 54.

⁹⁴ T. WIBAULT, « La transposition de la directive Retour en droit belge », *Revue du droit des étrangers*, n°169, 2012, p. 386.

⁹⁵ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2451, 3 juillet 2013.

⁹⁶ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°55 du 4 janvier 2013.

⁹⁷ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°4538, 21 décembre 2012.

⁹⁸ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2451, 11 juillet 2014.

⁹⁹ Art. 74/14, § 3, 2°, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁰⁰ Voy. *supra* n°109.

113. Le danger pour l'ordre public et la sécurité nationale justifie régulièrement la suppression du délai de départ volontaire. On relèvera notamment qu'ont été considérés comme dangers pour l'ordre public et la sécurité nationale le fait d'avoir fait l'objet de précédentes condamnations pour vol¹⁰¹ ou pour vol avec violence ou menaces, détention arbitraire et coups et blessures volontaires¹⁰² ; le fait d'avoir été pris en flagrant délit d'usage de documents d'identité qui ne lui appartiennent pas (faux passeport des Pays-Bas et fausse carte E Belgique)¹⁰³ ; le fait d'avoir été pris en flagrant délit de fraude informatique¹⁰⁴ ; le fait d'avoir été pris en flagrant délit de coups et blessure envers sa compagne¹⁰⁵ ; le fait d'avoir été pris en flagrant délit d'un comportement suspect consistant à avoir en sa possession des gants et deux tournevis à tête plate¹⁰⁶ ; le fait d'avoir été intercepté en présentant une Annexe 35 falsifiée¹⁰⁷ ; le fait d'avoir été condamné à une peine d'un an de prison avec sursis pour la moitié, du chef de rébellion et de séjour illégal¹⁰⁸ ; le fait d'avoir fait l'objet d'une plainte et d'un procès-verbal du chef d'escroquerie et d'abus de faiblesse¹⁰⁹. On relèvera également qu'à plusieurs occasions, il a été considéré que le travail frauduleux pouvait constituer une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société¹¹⁰. En ce qui concerne la mise en péril de l'ordre public, la loi n'impose nullement à l'administration de ne tenir compte que de décisions pénales définitives¹¹¹.

114. On observe ainsi que la jurisprudence réalise une interprétation particulièrement large de la notion de danger pour l'ordre public et la sécurité nationale. Pourtant, ainsi qu'il a été développé *supra*¹¹², le droit européen privilégie une interprétation restrictive de cette notion. Pour ce qui concerne le travail au noir, la jurisprudence semble même contredire la tendance politique actuelle à l'égard du travail illégal qui vise plutôt à sanctionner l'employeur que l'employé¹¹³. Il a même été rappelé par la même Chambre des mises en

¹⁰¹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2570, 17 juillet 2013.

¹⁰² Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3932, 13 novembre 2012.

¹⁰³ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3539, 17 octobre 2012.

¹⁰⁴ Liège (mis. acc.), arrêt n°C1195, 13 septembre 2012.

¹⁰⁵ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1086, 22 mars 2013.

¹⁰⁶ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°632, 15 février 2013.

¹⁰⁷ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2557, 17 juillet 2013.

¹⁰⁸ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2125, 19 juin 2013.

¹⁰⁹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2807, 23 août 2013.

¹¹⁰ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.2019.F, 2 janvier 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2680, 1^{er} août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2727, 8 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2451, 3 juillet 2013.

¹¹¹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3577, 18 octobre 2013.

¹¹² Voy. *supra* n°104.

¹¹³ Voy. à cet égard la Directive 2009/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, transposée dans la loi du 11 février 2013 prévoyant

accusation que « l'occupation de main-d'œuvre étrangère en séjour illégal est une infraction dans le chef de l'employeur du travailleur concerné et non une infraction dans le chef de ce dernier. »¹¹⁴

4. *Le fait de ne pas avoir obtempéré dans le délai imparti (art. 74/14, § 3, 4°)*

115. Le fait de ne pas avoir obtempéré dans le délai imparti à une précédente décision d'éloignement en tant que justification de la réduction voire de la suppression du délai de départ volontaire n'était pas prévu à l'article 7, § 4, de la directive. Toutefois, dès lors qu'il témoigne également, selon l'exposé des motifs de la loi¹¹⁵, d'un risque de fuite – hypothèse quant à elle prévue à l'article 7, § 4, de la directive – cela ne semble pas devoir poser de problème.

En application de cet article, il a souvent été considéré qu'il est peu probable qu'un étranger en séjour irrégulier obtempère à un ordre de quitter le territoire dès lors qu'il n'a pas réservé suite à des injonctions identiques notifiées précédemment¹¹⁶. Néanmoins, il faudrait considérer que lorsque le retour volontaire s'est avéré impossible pour des raisons indépendantes de la volonté de l'étranger en séjour irrégulier, le fait qu'il n'ait pas obtempéré à l'O.Q.T. dans le délai imparti ne devrait pas pouvoir justifier de le priver de l'octroi d'un nouveau délai de départ volontaire. À titre de comparaison, dans un arrêt de juillet 2013, la Chambre des mises en accusation de Bruxelles a mis fin à la rétention d'un étranger en séjour irrégulier au motif que son séjour au-delà du terme fixé par l'O.Q.T. s'expliquait par l'attente de l'issue d'une demande 9bis et ne témoignait pas d'une volonté de se soustraire à la procédure de retour. Dans cette optique, la Cour était d'avis que des mesures autres que la privation de liberté étaient envisageables¹¹⁷.

5. *Introduction de plus de deux demandes d'asile (art. 74/14, § 3, 6°)*

116. Conformément à l'article 74/14, § 3, 6°, le ressortissant d'un pays tiers qui a introduit plus de deux demandes d'asile, sauf s'il y a des éléments nouveaux dans sa demande, peut se voir priver d'un délai de départ volontaire. Notons toutefois que si la deuxième demande d'asile est prise en considération,

des sanctions et des mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, *M.B.*, 22 février 2013.

¹¹⁴ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1935, 30 mai 2014.

¹¹⁵ Voy. *supra* n°108.

¹¹⁶ Mons (mis. acc.), arrêt n°664/12, 21 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°781, 27 février 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°684, 20 février 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2772, 14 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3717, 30 octobre 2012.

¹¹⁷ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2536, 12 juillet 2013.

le ressortissant d'un pays tiers concerné ne devrait pas être considéré comme étant en séjour irrégulier sur le territoire de cet État, et donc ne pas être éloigné, avant qu'une décision négative sur sa demande ou une décision mettant fin à son séjour en tant que demandeur d'asile ne soit entrée en vigueur^{118 119}.

6. *Absence de possession de document d'identité*

117. Outre les six motifs énumérés à l'article 74/14, § 3 permettant de déroger au principe de l'octroi d'un délai de départ volontaire, on observe souvent que la mesure privative de liberté est motivée par « le fait que ne possédant aucun document d'identité lors de son arrestation, l'intéressé doit être écroué pour permettre l'octroi par ses autorités nationales d'un titre de voyage »¹²⁰. Cette motivation nous paraît discutable dès lors qu'elle ne repose sur aucun des six motifs limitativement énumérés à l'article 74/14, § 3 pour justifier une privation du délai de départ volontaire.

Section 5. Le retour volontaire

118. La Belgique a introduit dans sa loi de transposition une notion de « retour volontaire » qui n'était ni définie ni utilisée par la directive retour. Celle-ci doit être distinguée de celle de « départ volontaire » qui s'entend de l'obtempération à l'obligation de retour dans le délai imparti¹²¹. L'article 1, 10°, de la loi le définit le retour volontaire en ces termes :

« retour d'une personne dans son pays d'origine ou dans un pays tiers sur le territoire duquel elle est admise à séjourner, suite à une décision autonome de faire appel à un programme d'assistance au retour mis en place par les autorités du pays d'accueil ».

Les termes « retour volontaire » étaient uniquement utilisés par le législateur européen dans le dixième considérant de la directive retour, mais il semble qu'ils y prennent le sens de départ volontaire¹²². Malgré la définition introduite dans la

¹¹⁸ Art. 7, § 1, de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *J.O.C.E.*, L.326, 13 décembre 2005, p. 18 ; considérant 9 de la directive 2008/115/CE.

¹¹⁹ Voy. *supra* n°15.

¹²⁰ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2783, 17 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2680, 1^{er} août 2012 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°701/12, 11 septembre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°360, 29 janvier 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3717, 30 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3539, 17 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1086, 22 mars 2013 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°453/13, 28 juin 2013.

¹²¹ Voy. *supra* n°89.

¹²² Considérant 10 de la directive 2008/115/CE : « Lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure de retour s'en trouve compromis, il convient de privilégier le *retour volontaire* par rapport au retour forcé et d'accorder un délai de départ volontaire. Une prolongation de ce délai de départ volontaire devrait être prévue si cela est considéré comme nécessaire en raison des

loi belge, aucune disposition de la loi du 15 décembre 1980 ne concerne directement le retour volontaire¹²³. Il s'agit en réalité d'une démarche individuelle du ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier qui n'appelle pas de régulation. En Belgique, c'est FEDASIL (l'agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile) qui est l'instance responsable pour le retour volontaire¹²⁴. Elle doit veiller à ce que les bénéficiaires de l'accueil aient accès à un programme de retour volontaire dans leur pays d'origine ou dans un pays tiers¹²⁵. Dès qu'un étranger introduit une demande d'asile et tout au long de la procédure, l'accompagnement au retour doit ainsi faire partie de l'accompagnement offert aux demandeurs d'asile dans les structures d'accueil¹²⁶.

Le programme de retour volontaire assure l'organisation pratique du retour (ticket d'avion et éventuellement une prime de retour) et, dans certains cas, l'octroi d'une aide complémentaire pour démarrer un projet dans le pays d'origine. Fedasil (l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile) est l'autorité compétente pour le retour volontaire à partir de la Belgique. L'OIM (Organisation internationale pour les migrations) est chargée de l'organisation pratique du voyage de retour. Fedasil collabore avec l'OIM et Caritas pour la réalisation des projets de réintégration. Leurs partenaires locaux ou leurs antennes dans les pays d'origine se chargent du suivi des projets. La personne qui retourne reçoit une prime de 250 euros par adulte (sauf s'il est originaire des Balkans ou d'un pays exempté de visa pour entrer dans l'espace Schengen)¹²⁷. En 2013, FEDASIL et ses partenaires ont organisé 4.380 retours volontaires, et l'O.E. a organisé 205 retours. Au total, 4.585 personnes sont retournées volontairement dans leur pays d'origine¹²⁸.

CHAPITRE 3. L'ÉLOIGNEMENT (ART. 8, 9 ET 10)

119. Lorsque pour une raison ou pour une autre, l'exécution de la décision de retour ne s'est pas faite à travers un départ volontaire, les États recourent à l'éloignement forcé (section 1). Sous certaines conditions, il est possible d'en

circonstances propres à chaque cas. Afin d'encourager le *retour volontaire*, les États membres devraient prévoir une assistance et un soutien renforcés en vue du retour et exploiter au mieux les possibilités de financement correspondantes offertes dans le cadre du Fonds européen pour le retour. » (nous soulignons).

¹²³ En réalité, il en est fait mention à l'art. 74/14, § 1^{er}, al. 3, mais il s'agit d'une confusion de la part du législateur avec le départ volontaire.

¹²⁴ Art. 58 de la Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 avril 2012, *M.B.*, 3 mai 2012. Voy. www.fedasil.be.

¹²⁵ Art. 54 *ibid.*.

¹²⁶ FEDASIL, *Instruction relative au trajet de retour et aux places de retour pour les demandeurs d'asile accueillis dans le réseau d'accueil Fedasil*, 13 juillet 2012, disponible sur www.cire.be (dern. consult. 25 septembre 2012).

¹²⁷ FEDASIL, *Retour volontaire et accompagnement pratique*, 31 octobre 2013.

¹²⁸ FEDASIL, *Retour volontaire – chiffres 2013*, sources : Fedasil/OIM/OE.

obtenir le report (section 2). Dans le cas spécifique de l'éloignement de MENA, la directive impose des exigences supplémentaires (3).

Section 1. L'éloignement à défaut de départ volontaire effectif (art. 8)

120. Lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé¹²⁹ ou lorsque l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai imparti pour le départ volontaire¹³⁰, les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour¹³¹. Lorsqu'au cours du délai de départ volontaire, un risque de fuite survient ou que la personne concernée s'avère constituer un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États peuvent alors procéder à l'exécution de la décision de retour sans attendre l'écoulement du délai¹³².

121. Les mesures pour exécuter la décision de retour sont encadrées à plusieurs égards. Lors du processus d'éloignement, les mesures coercitives ne peuvent être utilisées qu'en dernier ressort. Elles doivent rester proportionnées et ne peuvent comporter d'usage de la force allant au-delà du raisonnable. Elles doivent être mises en œuvre suivant la législation nationale, conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité du ressortissant d'un pays tiers concerné¹³³.

122. Lorsque les États membres procèdent aux éloignements par voie aérienne, ils doivent tenir compte des orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations communes d'éloignement par voie aérienne, annexées à la décision 2004/573/CE¹³⁴⁻¹³⁵. Cela est conforme au considérant 13 de la directive qui dispose qu'il convient d'établir des garanties minimales applicables à la conduite de retours forcés, en tenant compte de cette décision 2004/573/CE¹³⁶. Dans la mesure où il s'agit d'une obligation de « tenir compte » et que la décision en question propose des « orientations », la force contraignante de cette référence ne semble pas devoir dépasser celle d'une invitation.

123. Les États membres doivent prévoir un système efficace de contrôle du retour forcé¹³⁷. Il semble pouvoir être considéré que ce système doive contrôler

¹²⁹ Conformément à l'art. 7, § 4, de la directive 2008/115/CE.

¹³⁰ Conformément à l'art. 7 de la directive 2008/115/CE.

¹³¹ Art. 8, § 1, de la directive 2008/115/CE.

¹³² Art. 8, § 2, de la directive 2008/115/CE.

¹³³ Art. 8, § 4, de la directive 2008/115/CE.

¹³⁴ Décision (CE) 2004/573 du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, Annexe, *J.O.U.E.*, L.261, 6 août 2004, pp. 31-35.

¹³⁵ Art. 8, § 5, de la directive 2008/115/CE.

¹³⁶ Considérant 13 de la directive 2008/115/CE.

¹³⁷ Art. 8, § 6, de la directive 2008/115/CE.

toutes les étapes du retour¹³⁸. Aucune précision n'est toutefois donnée quant à la forme que devrait prendre ce système de contrôle. Seul le considérant 13 de la directive s'exprime à cet égard et il n'est pas très éclairant : « Les États membres devraient pouvoir avoir recours à différentes possibilités pour contrôler le retour forcé. »¹³⁹

124. L'article 8 concerne la forme que peut prendre l'ordre d'éloignement, disposant que les États membres peuvent adopter une décision ou un acte distinct de nature administrative ou judiciaire ordonnant l'éloignement¹⁴⁰.

En droit belge

125. La législation belge prévoit, à défaut de départ volontaire effectif, le recours à toutes les mesures nécessaires pour faire exécuter la décision de retour. L'article 74/15, § 1^{er}, transpose ainsi fidèlement l'article 8, §§ 1^{er} et 2, de la directive, disposant que :

« Le ministre ou son délégué prend toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision d'éloignement :

1° lorsqu'aucun délai n'a été accordé pour quitter le territoire, conformément à l'article 74/14, § 3¹⁴¹ ;

2° après expiration du délai octroyé pour quitter le territoire et avant l'échéance si, pendant ce délai, un des risques mentionnés à l'article 74/14, § 3, 1° à 3°¹⁴² se produit. »¹⁴³

126. Certaines limitations à l'usage de mesures coercitives à la disposition des autorités belges sont mises en place par la législation. L'article 74/15, § 2 énonce ainsi :

« Lorsque le ressortissant d'un pays tiers s'oppose à son éloignement ou lorsqu'il présente un risque de dangerosité lors de son éloignement, il est procédé à son retour forcé, le cas échéant avec escorte. Des mesures coercitives peuvent alors être utilisées à son égard dans le respect des articles 1^{er}¹⁴⁴ et 37¹⁴⁵ de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police.

¹³⁸ M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *op. cit.*, p. 1528.

¹³⁹ Considérant 13 de la directive 2008/115/CE.

¹⁴⁰ Art. 8, § 3, de la directive 2008/115/CE.

¹⁴¹ Voy. *supra* n°106.

¹⁴² C'est-à-dire s'il existe un risque de fuite, si une mesure préventive imposée n'a pas été respectée ou si le ressortissant constitue un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale. Voy. *supra* n°106.

¹⁴³ Art. 74/15, § 1, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁴⁴ L'art. 1^{er} dispose : « Les services de police accomplissent leurs missions sous l'autorité et la responsabilité des autorités désignées à cette fin par ou en vertu de la loi. Dans l'exercice de leurs missions de police administrative ou judiciaire, les services de police *veillent au respect* et contribuent à la protection *des libertés et des droits individuels*, ainsi qu'au développement démocratique de la

Lorsque l'éloignement est exécuté par voie aérienne, les mesures sont prises conformément aux orientations communes d'éloignement par voie aérienne annexées à la décision 2004/573/CE. »

La transposition reprend les exigences principales d'usage des mesures coercitives dans un cadre légal, proportionné, en dernier recours et raisonnable. Il est ainsi veillé au respect des libertés et des droits individuels. La prise en compte des orientations communes d'éloignement par voie aérienne annexées à la décision 2004/573/CE est également transposée.

127. L'inspection générale de la police fédérale et de la police locale a été désignée pour assurer le contrôle des retours forcés¹⁴⁶. Conformément à l'article 74/15, § 3, de la loi du 15 décembre 1980, celle-ci est indépendante des autorités compétentes en matière d'éloignement. Le ressortissant en phase de retour devra être informé du fait que l'inspection générale est l'instance chargée du contrôle des retours forcés¹⁴⁷. Les contrôles exercés par celle-ci pourront porter soit sur le déroulement complet de la mission soit sur une partie de celle-ci¹⁴⁸. Le contrôle peut ainsi comporter une phase de pré-retour, une phase de pré-départ, une procédure de vol, une phase de transit ainsi que l'arrivée et la réception des étrangers éloignés dans le pays de retour¹⁴⁹.

Section 2. Report de l'éloignement (art. 9)

128. Conformément à l'article 9, § 1^{er}, point a), de la directive, les États ont l'obligation de reporter l'éloignement dans le cas où celui-ci se ferait en violation du principe de non-refoulement¹⁵⁰. Dès lors que l'article 5¹⁵¹ imposait déjà le respect du principe de non-refoulement, cette obligation n'a pas une grande incidence. Rappelons que le principe du non-refoulement n'a pas été défini en tant que tel par la directive¹⁵². Le point b) du même paragraphe interdit quant à lui de procéder à un éloignement tant que dure l'effet suspensif portant sur une décision

société. Pour accomplir leurs missions, ils n'utilisent des moyens de contrainte que *dans les conditions prévues par la loi*. » (nous soulignons).

¹⁴⁵ L'art. 37 dispose : « Dans l'exercice de ses missions de police administrative ou judiciaire tout fonctionnaire de police peut, en tenant compte des risques que cela comporte, recourir à la force pour poursuivre un objectif légitime *qui ne peut être atteint autrement*. Tout recours à la force doit être *raisonnable et proportionné* à l'objectif poursuivi. Tout usage de la force est précédé d'un avertissement, à moins que cela ne rende cet usage inopérant. » (nous soulignons).

¹⁴⁶ Art. 9/1, al. 1, de l'arrêté royal du 20 juillet 2001 relatif au fonctionnement et au personnel de l'inspection générale de la police fédérale et de la police locale, *M.B.*, 20 juillet 2001, modifié en dernier lieu par l'arrêté royal du 19 juin 2012, *M.B.*, 2 juillet 2012.

¹⁴⁷ Art. 9/1, al. 4, *ibid.*

¹⁴⁸ Art. 9/2, al. 2, *ibid.*

¹⁴⁹ Rapport au Roi, *ibid.*

¹⁵⁰ Art. 9, § 1, pt a), de la directive 2008/115/CE.

¹⁵¹ Art. 5, *in fine*, de la directive 2008/115/CE.

¹⁵² Voy. *supra* n°40.

de retour et décidé dans l'exercice d'une voie de recours ou applicable en vertu du droit national¹⁵³. Ces voies de recours et leur effet suspensif seront étudiés *infra* à l'endroit de l'article 13 de la directive¹⁵⁴.

129. À côté de ces deux obligations, la faculté est laissée aux États membres de reporter l'éloignement pour une période appropriée en prenant en compte certaines circonstances propres à chaque cas. Ces circonstances ne sont pas limitativement énumérées. Il s'agit notamment de l'état physique ou mental du ressortissant et de motifs d'ordre technique, comme l'absence de moyens de transport ou l'échec de l'éloignement en raison de l'absence d'identification¹⁵⁵. Les États membres doivent informer par écrit les personnes concernées que la décision de retour ne sera temporairement pas exécutée¹⁵⁶.

130. Si l'éloignement est reporté conformément aux différentes hypothèses étudiées ci-dessus, les obligations normalement prévues pour éviter le risque de fuite¹⁵⁷ peuvent être imposées¹⁵⁸ et la personne concernée bénéficie des garanties dans l'attente du retour prévues à l'article 14 de la directive¹⁵⁹.

En droit belge

131. Les possibilités de report de l'éloignement sont prévues à l'article 74/17 de la loi du 15 décembre 1980. On y retrouve l'obligation de respect du principe de non-refoulement¹⁶⁰ ainsi que les circonstances dont il peut être tenu compte pour reporter temporairement l'éloignement. Il s'agit d'une transposition à l'identique du texte de la directive qui inclut, sans s'y limiter, les circonstances de l'état physique ou mental du ressortissant ainsi que des motifs d'ordre technique, comme l'absence de moyens de transport ou l'échec de l'éloignement en raison de l'absence d'identification¹⁶¹.

132. Le ressortissant non détenu doit être informé par écrit que l'exécution de la décision d'éloignement est reportée temporairement¹⁶². Il s'agit de lui permettre de prouver sa situation spécifique en cas de vérification ou de contrôle administratif¹⁶³. Pour éviter le risque de fuite, des mesures préventives

¹⁵³ Art. 9, § 1, pt b), de la directive 2008/115/CE.

¹⁵⁴ Voy. *infra* n°183 à 186

¹⁵⁵ Art. 9, § 2, de la directive 2008/115/CE.

¹⁵⁶ Art. 14, § 2, et 9 de la directive 2008/115/CE.

¹⁵⁷ Voy. *supra* n°99 et art. 7, § 3, de la directive 2008/115/CE.

¹⁵⁸ Art. 9, § 3, de la directive 2008/115/CE.

¹⁵⁹ Voy. *infra* n°195.

¹⁶⁰ Art. 74/17, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁶¹ Art. 74/17, § 2, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁶² Art. 74/17, § 2, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁶³ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avis de la section de législation du Conseil d'État n°49.947/2/V, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 29.

peuvent être prises, conformément à l'article 74/14, § 2, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980 et à l'article 110^{quaterdecies} de l'arrêté royal du 8 octobre 1981¹⁶⁴. Le ressortissant peut également être assigné à résidence pendant le temps nécessaire à l'exécution de la mesure d'éloignement¹⁶⁵.

133. En détention, la décision de report de l'éloignement peut reposer sur l'autorité du médecin du centre qui déclare l'étranger '*fit to fly*' ou non¹⁶⁶. Le médecin du centre est employé par l'O.E. sur la base d'un contrat d'entreprise. Il demeure indépendant et est payé à l'heure¹⁶⁷. L'article 61 de l'arrêté royal du 2 août 2002 dispose :

« Lorsque le médecin attaché au centre formule des objections médicales quant à l'éloignement d'un occupant [...] ces objections ou cet avis sont soumis par la voie hiérarchique par le directeur du centre au Directeur général qui peut suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement ou de la mesure privative de liberté.

Lorsque le Directeur général ne souhaite pas suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement ou de la mesure privative de liberté, il doit préalablement demander l'avis d'un médecin attaché à un autre centre. Si ce médecin confirme les objections ou l'avis du premier médecin, le Directeur général doit y donner suite et suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement ou de la mesure privative de liberté.

Lorsque le deuxième médecin ne confirme pas les objections ou l'avis du premier médecin, l'avis d'un troisième médecin sera déterminant. Si ce troisième médecin confirme l'avis du premier médecin, le Directeur général doit suspendre l'exécution la mesure d'éloignement ou de la mesure privative de liberté. »

S'il est détenu en vue de son éloignement, le ressortissant ne doit alors être informé qu'oralement du report de son éloignement¹⁶⁸. Cette possibilité contrevient au prescrit de la directive qui requiert sans distinction une information par écrit^{169 170}. La C.J.U.E. a confirmé que les États membres doivent informer par écrit les personnes concernées que la décision de retour ne sera temporairement pas exécutée¹⁷¹. Dans tous les cas, la personne ne pourra demeurer détenue que s'il existe, en dépit du diagnostic « *non fit to fly* » du

¹⁶⁴ Voy. *supra* n°100.

¹⁶⁵ Art. 74/17, § 2, al. 4, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁶⁶ T. WIBAULT, « La transposition de la directive Retour en droit belge », *op. cit.*, p. 398.

¹⁶⁷ Information transmise par Mme C. VAN LUL, juriste à l'O.E., dans un mail en date du 23 mai 2013.

¹⁶⁸ Art. 74/17, § 2, al. 5, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁶⁹ Voy. *supra* n°129.

¹⁷⁰ Voy. *supra* n°129.

¹⁷¹ C.J.U.E., 5 juin 2014 (*Mahdi c. Bulgarie*), C-146/14 PPU, § 89.

médecin, encore une perspective raisonnable d'éloignement.

134. Dans le cas où l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement conduit à une remise en liberté – parce que l'éloignement ne pourrait se dérouler dans un délai raisonnable ou dans le délai maximal de détention – la remise en liberté devrait alors s'accompagner d'une décision de report de l'éloignement en application de l'article 74/17, § 1^{er} accompagnée d'une information écrite, conformément à l'article 74/17, § 2, al. 2. Le ressortissant a en effet alors besoin de prouver sa situation spécifique en cas de vérification ou de contrôle administratif, au même titre que le ressortissant non détenu mentionné *supra*.

Section 3. Retour et éloignement des mineurs non accompagnés (art. 10)

135. À plusieurs égards, la directive oblige les États à porter une attention particulière aux mineurs. Le considérant 22 précise ainsi que l'« intérêt supérieur de l'enfant » devrait constituer une considération primordiale pour les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la directive. Ce souhait est réitéré à l'article 5, point a), étudié *supra* qui impose aux États de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁷². L'article 10 va dans le même en ce qu'il impose certaines obligations spécifiquement destinées aux MENA¹⁷³. Il stipule ainsi que :

« 1. Avant que soit prise une décision de retour concernant un mineur non accompagné, l'assistance d'organismes compétents autres que les autorités chargées d'exécuter le retour est accordée en tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Avant d'éloigner du territoire d'un État membre un mineur non accompagné, les autorités de cet État membre s'assurent qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'État de retour. »

Il est donc obligatoire, avant toute décision de retour à l'encontre d'un MENA, d'avoir recours à l'assistance d'organismes compétents indépendants et, ce faisant, de tenir dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁷⁴. En outre, il ne pourra être procédé au retour du MENA s'il n'y a pas dans l'État de retour un membre de sa famille, un tuteur désigné ou des structures d'accueil adéquates.

¹⁷² Voy. *supra* n°40.

¹⁷³ Sur la pratique des États membres relative à l'art. 10, voy. ECRE and Save the Children (EU Office), *Comparative Study on Practices in the Field of Return of Minors*, déc. 2011.

¹⁷⁴ Concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, voy. U.N.H.C.R., *UNHCR Guidelines on Formal Determination of the Best Interests of the Child*, mai 2008.

136. Les MENA ne sont pas définis en tant que tels dans la directive retour. Sans doute peut-on leur donner une signification similaire à celle donnée dans d'autres textes européens, notamment la directive consacrée au regroupement familial :

« tout ressortissant de pays tiers ou apatride âgé de moins de 18 ans, entrant sur le territoire d'un État membre sans être accompagné d'un adulte qui soit responsable de lui de par la loi ou la coutume, aussi longtemps qu'il n'est pas effectivement pris en charge par une telle personne, ou toute personne mineure qui est laissée seule après être entrée sur le territoire d'un État membre. »¹⁷⁵

Remarquons toutefois que cette définition est issue d'une directive qui ne s'applique qu'aux États membres de l'Union européenne alors que la directive 2008/115/CE, s'inscrivant dans l'acquis Schengen, dispose d'un champ d'application différent¹⁷⁶.

En droit belge

137. La législation belge¹⁷⁷ satisfaisait déjà aux exigences de l'article 10, § 1^{er}, de la directive grâce à son régime légal en matière de tutelle à l'égard des MENA. Celui-ci se compose notamment du Titre XIII, Chapitre 6 « Tutelles des mineurs étrangers non accompagnés » de la loi-programme du 24 décembre 2002¹⁷⁸ et du Titre II, chapitre VII « Mineurs étrangers non accompagnés » de la loi du 15 décembre 1980¹⁷⁹.

138. L'article 74/16, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 relie ce régime de tutorat à la transposition de la directive en ce qu'il dispose :

« Avant de prendre une décision d'éloignement à l'égard d'un mineur étranger non accompagné en séjour irrégulier sur le territoire, le ministre ou son délégué prend en considération toute proposition de solution

¹⁷⁵ Art. 2, pt f), de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *J.O.U.E.*, L.251, 3 octobre 2003, pp. 12-18. Voy. également art. 2, pt e), de la directive 2013/33/U.E. du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale ; art. 2, pt i), de la directive 2011/95/U.E. du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

¹⁷⁶ Voy. *supra* n°9.

¹⁷⁷ Pour plus de détails sur la pratique belge, voy. C.B.A.R., *L'enfant dans l'asile : prise en considération de sa vulnérabilité et de son intérêt supérieur*, juin 2013.

¹⁷⁸ Remarquons toutefois que cette loi vise les MENA ressortissants d'un pays non membre de l'Espace économique européen alors que la loi du 15 décembre 1980, s'inscrivant dans l'acquis Schengen, dispose d'un champ d'application différent (voy. *supra* n°10).

¹⁷⁹ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 8.

durable émanant de son tuteur et tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. »

Dès lors que le titre III*quater* n'en propose pas de définition, l'article 61/14, 1^o à 3^o, de la loi du 15 décembre 1980 peut servir de référence pour définir les concepts de MENA¹⁸⁰, de solution durable¹⁸¹ et de tuteur¹⁸². Précisons que ces définitions ne valent normalement que pour le chapitre VII du Titre II de la loi du 15 décembre 1980¹⁸³. Il est toutefois cohérent de les étendre à la présente disposition.

139. L'article 74/16, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 transpose l'obligation, contenue à l'article 10, § 2, de la directive, pour les autorités d'effectuer une démarche positive afin de s'assurer que le MENA pourra bénéficier de garanties d'accueil et de prise en charge en fonction des besoins déterminés par son âge et son degré d'autonomie, dans le pays où il est emmené. Cet article dispose que :

« Le ministre ou son délégué s'assure que ce mineur, qui est éloigné du territoire, puisse bénéficier dans son pays d'origine ou dans le pays où il est autorisé ou admis à séjourner de garanties d'accueil et de prise en charge en fonction des besoins déterminés par son âge et son degré d'autonomie, soit par ses parents ou par un autre membre de sa famille ou par son tuteur qui s'occupe de lui, soit par des instances gouvernementales ou non gouvernementales.

À cet effet, le ministre ou son délégué s'assure que les conditions

¹⁸⁰ L'art. 61/14, 1^o, de la loi du 15 décembre 1980 définit ainsi les MENA : « un ressortissant d'un pays non membre de l'*Espace économique européen*, qui est âgé de moins de 18 ans, qui n'est pas accompagné par une personne exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur lui en vertu de la loi applicable conformément à l'article 35 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, et qui a été identifié définitivement comme MENA par le service des Tutelles, institué par le Titre XIII, Chapitre VI, "Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés" de la loi-programme du 24 décembre 2002 » (nous soulignons). Notons toutefois que pour ce qui concerne l'application de l'art. 74/16, § 1, il convient de lire « acquis Schengen » au lieu de « Espace économique européen » dès lors que la directive 2008/115/CE et le Titre III*quater* de la loi du 15 décembre 1980 qui en assure la transposition s'inscrivent dans l'acquis Schengen (voy. *supra* n°10).

¹⁸¹ L'art. 61/14, 2^o, de la loi du 15 décembre 1980 définit ainsi une solution durable :

« - soit le regroupement familial, conformément aux articles 9 et 10 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, dans le pays où les parents se trouvent légalement ;
- soit le retour vers le pays d'origine ou vers le pays où le MENA est autorisé ou admis à séjourner, avec des garanties d'accueil et de soins adéquats, en fonction de son âge et de son degré d'autonomie, soit de la part de ses parents ou d'autres adultes qui s'occuperont de lui, soit de la part d'organismes publics ou d'organisations non gouvernementales ;
- soit l'autorisation de séjourner en Belgique, compte tenu des dispositions prévues par la loi ».

¹⁸² L'art. 61/14, 3^o, de la loi du 15 décembre 1980 définit ainsi le tuteur : « représentant légal du MENA, tel que désigné par le service des Tutelles ».

¹⁸³ Art. 61/14 de la loi du 15 décembre 1980 : « Pour l'application du présent chapitre, on entend par : [...] ».

suivantes sont remplies :

1° qu'il n'existe pas de risque de trafic des êtres humains ou de traite des êtres humains et ;

2° que la situation familiale est de nature à permettre d'accueillir à nouveau le mineur et qu'un retour chez un parent ou un membre de la famille est souhaitable et opportun en fonction de la capacité de la famille à assister, à éduquer et à protéger l'enfant ou ;

3° que la structure d'accueil est adaptée et qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le placer dans cette structure d'accueil lors de son retour dans son pays d'origine ou dans le pays où il est autorisé à séjourner.

Le mineur étranger non accompagné et son tuteur en Belgique sont informés du nom de la personne ou de la structure d'accueil à qui l'enfant est confié ainsi que du rôle de cette personne par rapport au mineur. »

Remarquons que la première condition énumérée – inexistence de risque de trafic des êtres humains – doit être cumulée avec l'une des deux conditions suivantes, ainsi que l'indique l'usage des conjonctions « et » et « ou ».

CHAPITRE 4. INTERDICTION D'ENTRÉE (ART. 11)

140. Dans certaines hypothèses, les décisions de retour prises par les États membres doivent être assorties d'une interdiction d'entrée (section 1). À certaines conditions, il est toutefois possible pour les États membres de s'abstenir, de lever ou de suspendre une telle interdiction d'entrée (section 2). Dans tous les cas, ces interdictions ne pourront porter préjudice à la protection internationale (section 3). Les interdictions d'entrée délivrées par d'autres États membres font l'objet de certaines modalités particulières (section 4).

Section 1. La décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée (art. 11, §§ 1 et 2)

141. L'interdiction d'entrée est définie par la directive comme « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire interdisant l'entrée et le séjour sur le territoire des États membres pendant une durée déterminée, qui accompagne une décision de retour »¹⁸⁴. En vertu de la directive, les décisions de retour

¹⁸⁴ Art. 3, pt 6), de la directive 2008/115/CE.

doivent, dans certaines hypothèses déterminées, être assorties d'une telle interdiction d'entrée. L'article 11 dispose en ce sens :

« 1. Les décisions de retour sont assorties d'une interdiction d'entrée: a) si aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire, ou b) si l'obligation de retour n'a pas été respectée.

Dans les autres cas, les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée.

2. La durée de l'interdiction d'entrée est fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas et ne dépasse pas cinq ans en principe. Elle peut cependant dépasser cinq ans si le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale. »

Lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé¹⁸⁵ ou lorsque l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai imparti pour le départ volontaire¹⁸⁶, il y a donc une obligation pour les États d'assortir leurs décisions de retour d'une interdiction d'entrée. Dans tous les autres cas, il s'agit d'une faculté.

142. La sévérité de cette obligation est tempérée de deux façons. Premièrement, il existe des possibilités pour les États membres de s'abstenir de prendre une interdiction d'entrée pour des raisons humanitaires¹⁸⁷ ou de lever ou de suspendre une interdiction d'entrée pour une raison laissée à leur discrétion¹⁸⁸. Deuxièmement, les interdictions d'entrée prises par un État membre semblent avoir une force obligatoire relative dans les autres États membres dès lors que ceux-ci peuvent délivrer un titre de séjour à la personne interdite pourvu qu'ils aient consulté l'État membre ayant émis l'interdiction d'entrée et pris en compte ses intérêts.

143. La durée de l'interdiction d'entrée doit être individualisée et ne peut dépasser cinq ans, à moins que le ressortissant constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale¹⁸⁹. Dans ce dernier cas, aucune durée maximale n'est fixée. Dans tous les cas, aucune durée minimale à l'interdiction d'entrée n'est imposée. Pour déterminer la durée d'interdiction d'entrée, il convient de tenir particulièrement compte du fait que le ressortissant concerné d'un pays tiers a déjà fait l'objet de plus d'une décision de retour ou d'éloignement ou qu'il a déjà pénétré sur le territoire d'un État membre alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Conformément à l'art. 7, § 4, de la directive 2008/115/CE. Voy. *supra* n°101 à 104.

¹⁸⁶ Conformément à l'art. 7 de la directive 2008/115/CE. Voy. *supra* n°89.

¹⁸⁷ Voy. *infra* n°155.

¹⁸⁸ Voy. *infra* n°157.

¹⁸⁹ Art. 11, § 2, de la directive 2008/115/CE.

¹⁹⁰ Considérant 14 de la directive 2008/115/CE.

144. La jurisprudence sera certainement invitée à se prononcer au cas par cas sur la proportionnalité de l'interdiction d'entrée, notamment lorsqu'elle empêche la vie familiale. À cet égard, l'article 5 de la directive retour invite les États à prendre dûment en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, la vie familiale et l'état de santé de l'intéressé lorsqu'ils mettent en œuvre la directive, ce qui inclut l'imposition d'une interdiction d'entrée.

À plusieurs occasions, la Cour eur. D.H. a dû mettre en balance l'interdiction d'entrée avec le droit au respect de la vie privée et familiale. Dans l'affaire *Maslov c. Autriche*, la Cour eur. D.H. a considéré, à propos de l'expulsion d'un délinquant juvénile, que l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant exigeait de faciliter sa réintégration dans la société et que ce but ne pouvait pas être atteint si les liens familiaux et sociaux étaient rompus par l'expulsion, laquelle devait demeurer une mesure de dernier recours dans le cas d'un délinquant juvénile. Le requérant avait ses principaux liens sociaux, culturels, linguistiques et familiaux en Autriche, où vivaient tous ses proches, et n'avait pas de liens démontrés avec son pays d'origine. La durée limitée de l'interdiction de séjour n'était pas jugée décisive. Vu le jeune âge de l'intéressé, dix ans d'interdiction de séjour représentaient presque autant que ce qu'il avait vécu en Autriche, alors qu'il se trouvait à une période déterminante de son existence. Dès lors, l'interdiction était disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi et n'était pas nécessaire dans une société démocratique¹⁹¹.

145. L'octroi d'une interdiction d'entrée est soumis au droit d'être entendu consacré à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. Deux arrêts de la C.J.U.E. – *M.M. c. Irlande* du 22 novembre 2012 et *M.G. et R.N. c. Pays-Bas* du 10 septembre 2013 – ont affirmé que « ce droit fondamental est applicable dans les relations entre les États membres et leurs administrés lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'Union »¹⁹². La sanction du droit d'être entendu dépend des circonstances de la cause. En droit européen, une décision adoptée en violation du droit d'être entendu ne sera illégale que si le juge national « considère, eu égard à l'ensemble des circonstances de fait et de droit de chaque cas d'espèce, que cette violation a effectivement privé celui qui l'invoque de la possibilité de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que cette procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent »¹⁹³.

¹⁹¹ Cour eur. D.H., *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008, req. n°1638/03. Voy. également : Cour eur. D.H., *Ezzouhdi c. France*, 13 février 2001, req. n°47160/99 ; Cour eur. D.H., *Yilmaz c. Allemagne*, 17 avril 2003, req. n°52853/99 ; Cour eur. D.H., *Radovanovic c. Autriche*, 22 avril 2004, req. n°42703/98 ; Cour eur. D.H., *Üner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, req. n°46410/99.

¹⁹² S. JANSSENS et P. ROBERT, « Le droit d'être entendu en matière d'asile et migration : perspectives belge et européenne », *Rev. dr. étr.*, n°174, 2013, p. 379.

¹⁹³ C.J.U.E., 10 septembre 2013 (*M. G. et N. R. c. Pays-Bas*), C-383/13, non encore publié au *Rec. C.J.U.E.*, § 40. Voy. M. LYS, « Les conséquences de la violation du droit d'être entendu sur la légalité

En droit belge

146. L'interdiction d'entrée est définie par la législation belge comme « la décision interdisant l'entrée et le séjour sur le territoire des États membres pendant une durée déterminée, qui *peut* accompagner une décision d'éloignement »¹⁹⁴ (nous soulignons). On remarquera que les termes « décision d'éloignement » ont à nouveau été substitués à ceux de « décision de retour », conformément au choix terminologique déjà opérés lors de la transposition des autres dispositions de la directive¹⁹⁵.

147. On notera également que le législateur belge a préféré écrire que l'interdiction d'entrée « peut accompagner » la décision d'éloignement, tandis que le législateur européen avait écrit que l'interdiction d'entrée « accompagne » la décision de retour. La formulation choisie par le législateur belge est malheureuse. Il voulait sans doute exprimer l'idée qu'une décision d'éloignement peut, sans que cela soit une obligation, être accompagnée d'une interdiction d'entrée, conformément aux dispositions étudiées ci-dessous¹⁹⁶. Or, la formulation ici choisie signifie seulement qu'une interdiction d'entrée peut exister en dehors d'une décision d'éloignement.

148. Les modalités de mise en place de l'interdiction d'entrée sont notamment régies à l'article 74/11, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 :

« La durée de l'interdiction d'entrée est fixée en tenant compte de toutes les circonstances propres à chaque cas.

La décision d'éloignement est assortie d'une interdiction d'entrée de maximum trois ans, dans les cas suivants :

1° lorsqu'aucun délai n'est accordé pour le départ volontaire ; ou

2° lorsqu'une décision d'éloignement antérieure n'a pas été exécutée.

Le délai maximum de trois ans prévu à l'alinéa 2 est porté à un maximum de cinq ans lorsque le ressortissant d'un pays tiers a recouru à la fraude ou à d'autres moyens illégaux afin d'être admis au séjour ou de maintenir son droit de séjour.

La décision d'éloignement peut être assortie d'une interdiction d'entrée de plus de cinq ans lorsque le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité nationale. »

149. Alors que la directive prévoyait l'hypothèse où « l'obligation de retour

d'une décision de prolongation de la rétention d'un étranger en séjour irrégulier », *Newsletter EDEM*, octobre 2013.

¹⁹⁴ Art. 1^{er}, 8°, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁹⁵ Voy. *supra* n°54.

¹⁹⁶ Voy. notamment *infra* n°156.

n'a pas été respectée », la loi belge repose sur le cas où « une décision d'éloignement antérieure n'a pas été exécutée ». Cette différence semble être le fruit du choix terminologique déjà opéré lors de la transposition des autres dispositions de la directive où les termes « décision d'éloignement » sont substitués à ceux de « décision de retour »¹⁹⁷.

150. Le délai de l'interdiction d'entrée commence à courir le jour de sa notification¹⁹⁸. Conformément à la directive, sa durée doit être individualisée en tenant compte des circonstances propres à chaque cas. Seuls certains cas limitativement énumérés peuvent donner lieu à une interdiction d'entrée. Aucune durée minimum n'est imposée, mais des durées maximums sont fixées : trois ans, cinq ans ou plus, selon les cas. Malheureusement, il semble qu'en pratique, l'O.E. impose systématiquement la durée maximum de l'interdiction d'entrée¹⁹⁹. Il pourrait dans ce cas être introduit un recours contre l'O.Q.T. La jurisprudence du C.C.E. exige bien quant à elle l'individualisation de l'interdiction d'entrée :

« il ne ressort pas des motifs de la décision attaquée que la partie défenderesse ait mis en balance le but de la législation visée avec la gravité de l'atteinte à la vie familiale du requérant qui découlerait de l'interdiction d'entrée de trois ans prise à son égard.

Le Conseil constate que l'article 74/11 de la loi du 15 décembre 1980 dispose, en son §1^{er}, que "la durée de l'interdiction d'entrée est fixée en tenant compte de toutes les circonstances propres à chaque cas" et que l'article 74/13 de la même loi précise que "lors de la prise d'une décision d'éloignement, le ministre ou son délégué tient compte de [...] la vie familiale [...] du ressortissant d'un pays tiers [...]".

Le Conseil estime, au vu de la motivation de l'acte attaqué relative à l'interdiction d'entrée, que l'obligation de motivation formelle à laquelle est tenue l'autorité administrative n'a pas, en l'espèce et *prima facie*, été rencontrée. »²⁰⁰

Au vu de ces considérations, la suspension de l'O.Q.T. a été ordonnée par le C.C.E. Une telle jurisprudence devrait permettre de mettre fin à la pratique de l'attribution systématique du délai maximum pour l'interdiction d'entrée.

151. Le droit d'être entendu avant de se voir délivrer une interdiction

¹⁹⁷ Voy. *supra* n°54.

¹⁹⁸ Art. 74/11, § 3, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁹⁹ Entretien le 3 mai 2013 entre l'auteur et le centre pour l'égalité des chances.

²⁰⁰ C.C.E., arrêt n°94.249, 20 décembre 2012, § D. Voy. également : C.C.E., arrêt n°93.135, 7 décembre 2012, § d ; C.C.E., arrêt n°95.142, 15 janvier 2013 ; C.C.E., arrêt n°98.002, 27 février 2013 ; C.C.E., arrêt n°107.890, 1^{er} août 2013, § 3.3 ; C.C.E., arrêt n°112.597, 23 octobre 2013, § 3.2.2.

d'entrée est également consacré dans le droit belge. Dans un arrêt du 27 août 2014²⁰¹, le C.C.E. a ainsi rappelé que le droit d'être entendu est considéré par le Conseil d'État comme un principe de bonne administration. Deux conditions cumulatives doivent être respectées pour mettre en œuvre le droit d'être entendu comme principe général de bonne administration : la mesure individuelle prise par l'autorité publique doit affecter gravement les intérêts du destinataire de celle-ci et cette mesure doit être basée sur le comportement personnel de l'intéressé.

Le C.C.E. constate que ces deux critères sont remplis par la décision d'interdiction d'entrée attaquée. En conséquence, il estime que le droit d'être entendu est d'application en l'espèce et que, dès lors, l'O.E. devait donner l'occasion au requérant de faire valoir ses observations avant de prendre la décision d'interdiction d'entrée de cinq ans. Le C.C.E. relie explicitement cette obligation aux termes de l'article 74/11, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 qui prévoit que la durée de l'interdiction d'entrée doit tenir compte des circonstances spécifiques de chaque cas, et de l'article 74/11, § 2, de cette même loi qui prévoit que le Ministre ou son délégué peut décider de ne pas délivrer d'interdiction d'entrée pour raisons humanitaires. Le C.C.E. considère toutefois qu'il appartient au requérant de démontrer que les informations qu'il aurait pu donner à l'administration auraient eu une influence sur la durée ou même sur la délivrance de la mesure d'interdiction d'entrée²⁰².

152. La possibilité prévue par la directive d'assortir, dans d'autres cas que ceux énumérés, une décision de retour d'une décision d'éloignement²⁰³ n'a pas été transposée en droit belge. Il s'agissait d'une faculté laissée aux États. En conséquence, l'article 11, § 3, al. 1, de la directive²⁰⁴ n'a pas non plus été transposé, car il concernait exclusivement les interdictions d'entrée visées à cet article 11, § 1^{er}, al. 2 précité qui n'a pas été transposé²⁰⁵.

153. Une autre conséquence de la délivrance d'une interdiction d'entrée réside dans le fait que cela empêche la suspension de la procédure d'éloignement normalement attachée à une déclaration de mariage. Lorsqu'un

²⁰¹ C.C.E., arrêt n°128.272, 27 août 2014.

²⁰² Pour plus de détails, voy. M. LYS, « Les conséquences de la violation du droit d'être entendu sur la légalité d'une mesure d'interdiction d'entrée », *Newsletter EDEM*, septembre 2014.

²⁰³ Art. 11, § 1, al. 2, de la directive 2008/115/CE : « Dans les autres cas, les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée. »

²⁰⁴ « Les États membres examinent la possibilité de lever ou de suspendre une interdiction d'entrée lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une telle interdiction *décidée conformément au paragraphe 1, deuxième alinéa*, peut démontrer qu'il a quitté le territoire d'un État membre en totale conformité avec une décision de retour. » (nous soulignons).

²⁰⁵ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 23.

étranger à qui un O.Q.T. a été notifié fait une déclaration de mariage auprès de l'officier de l'état civil, il n'est normalement pas procédé à son éloignement soit jusqu'au jour de la décision de l'Officier de l'état civil de refus de célébrer le mariage ou d'acter la déclaration de cohabitation légale; soit jusqu'à l'expiration du délai de six mois visés à l'article 165, § 3, du Code civil, soit jusqu'au lendemain du jour de la célébration du mariage ou de la déclaration de cohabitation légale. Toutefois, lorsqu'un étranger a fait l'objet d'une mesure d'éloignement non rapportée ni suspendue, comportant une interdiction d'entrée, il ne bénéficie pas de cette suspension de son éloignement²⁰⁶.

Section 2. Abstention, levée ou suspension de l'interdiction (art. 11, § 3)

154. La directive prévoit que pour des raisons humanitaires, un État peut s'abstenir d'imposer, lever ou suspendre une interdiction d'entrée (§ 1). Il est également prévu qu'il puisse lever ou suspendre une interdiction d'entrée pour d'autres raisons (§ 2), notamment lorsque la personne concernée a obtempéré à une obligation de retour (§ 3) et dans les cas de victimes de la traite des êtres humains (§ 4). Les modalités d'exécution de la loi belge pour ce qui concerne les décisions de demande de suspension ou de levée d'interdiction d'entrée pose à ce propos question (§ 5).

§ 1. Pour des raisons humanitaires

155. Pour des raisons humanitaires, les États peuvent, dans certains cas particuliers, s'abstenir d'imposer, lever ou suspendre une interdiction d'entrée²⁰⁷. Il s'agit bien d'une faculté et non d'une obligation.

En droit belge

156. La loi belge transpose fidèlement la possibilité pour les États de s'abstenir de prendre une interdiction d'entrée dans des cas particuliers. L'article 74/11, § 2, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980 dispose ainsi : « Le ministre ou son délégué peut s'abstenir d'imposer une interdiction d'entrée, dans des cas particuliers, pour des raisons humanitaires. » Pour ce qui est de la

²⁰⁶ Circulaire du 17 septembre 2013 relative à l'échange d'informations entre les Officiers de l'état civil et l'Office des Etrangers à l'occasion d'une déclaration de mariage ou d'une déclaration de cohabitation légale d'un étranger en séjour illégal ou précaire, *M.B.*, 23 septembre 2013.

²⁰⁷ Art. 11, § 3, al. 3, de la directive 2008/115/CE : « Les États membres peuvent s'abstenir d'imposer, peuvent lever ou peuvent suspendre une interdiction d'entrée, dans des cas particuliers, pour des raisons humanitaires. »

levée ou de la suspension de l'interdiction, l'article 74/12, § 1, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980 dispose : « Le ministre ou son délégué peut lever ou suspendre l'interdiction d'entrée pour des raisons humanitaires. ». L'exposé des motifs précise ces raisons humanitaires : « plus précisément pour des raisons médicales spécifiques ou familiales, la visite d'un parent qui est gravement malade, le regroupement familial avec un Belge ou citoyen de l'Union ou en cas de risque de violation d'un droit qui est protégé par la Convention européenne des Droits de l'homme. »²⁰⁸ Il est ajouté que : « Chaque demande doit être examinée individuellement, il est aussi apprécié, s'il y a eu recours auparavant à la fraude et si elle a été établie, comme contre élément pour l'obtention de la levée ou la suspension de l'interdiction d'entrée. »²⁰⁹

§ 2. Pour une raison laissée à la discrétion des États

157. La directive permet aux États de lever ou de suspendre, mais pas de s'abstenir d'imposer, une interdiction d'entrée dans des cas particuliers ainsi que dans certaines catégories de cas, pour une raison de leur choix²¹⁰. Cette possibilité est un tempérament important à l'obligation pour les États membres, dans certains cas, de prendre une interdiction d'entrée.

En droit belge

158. Ces « autres raisons » permettant de justifier la levée ou la suspension de l'interdiction d'entrée ont été réduites à certaines hypothèses, notamment à l'article 74/12, § 5, de la loi du 15 décembre 1980 qui dispose que : « Le ministre peut, par arrêté, définir les catégories de personnes dont les interdictions d'entrée doivent être levées ou suspendues lors de catastrophes humanitaires. » On le retrouve également à l'article 74/11, § 2, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980 qui prévoit la possibilité de suspendre ou de lever une interdiction d'entrée pour des motifs professionnels ou d'études :

159. « Lorsque deux tiers de la durée de l'interdiction d'entrée sont expirés, le ressortissant d'un pays tiers peut demander la suspension ou la levée de l'interdiction d'entrée pour des motifs professionnels ou d'études. »

160. Usant de la marge de manœuvre qui lui était laissée par la directive, le

²⁰⁸ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avis de la section de législation du Conseil d'État n°49.947/2/V, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, pp. 21-22.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 22.

²¹⁰ Art. 11, § 3, al. 4 : « Les États membres peuvent lever ou suspendre une interdiction d'entrée, dans des cas particuliers ou certaines catégories de cas, pour d'autres raisons. »

législateur belge a donc réduit les « autres raisons » pouvant justifier une suspension ou une levée de l'interdiction dans des cas particuliers ou certaines catégories de cas à deux hypothèses : des motifs professionnels ou d'études et des catastrophes humanitaires. Dans la première hypothèse, il a également posé une exigence d'écoulement de deux tiers de la durée de l'interdiction d'entrée.

Pour ce qui est du lieu auquel il convient d'introduire la demande de suspension ou de levée, il est précisé :

« Sauf dérogations prévues par un traité international, par une loi ou par un arrêté royal, le ressortissant d'un pays tiers introduit une demande motivée auprès du poste diplomatique ou consulaire de carrière belge compétent pour le lieu de sa résidence ou de son séjour à l'étranger. »²¹¹

§ 3. Pour s'être déjà conformé à une obligation de retour

161. Si le ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une interdiction d'entrée en vertu de l'article 11, § 1^{er}, de la directive peut démontrer qu'il a quitté le territoire en totale conformité avec la décision de retour, il est en droit de voir sa demande de levée ou de suspension de son interdiction d'entrée examinée par l'État décideur²¹². Il ne s'agit donc pas d'une obligation pour l'État d'accéder à la demande, mais seulement de l'examiner.

En droit belge

162. L'article 74/12, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 a transposé fidèlement cette disposition de la directive :

« Le ressortissant d'un pays tiers peut introduire auprès du ministre ou son délégué, une demande de levée ou de suspension de l'interdiction d'entrée motivée par le respect de l'obligation d'éloignement délivrée antérieurement s'il transmet par écrit la preuve qu'il a quitté le territoire belge en totale conformité avec la décision d'éloignement. »

§ 4. Pour les victimes de la traite des êtres humains

163. Les personnes qui ont été victimes de la traite des êtres humains auxquelles un titre de séjour a été accordé ou qui ont fait l'objet d'une aide à

²¹¹ L'art. 74/12, § 1, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980.

²¹² Art. 11, § 3, al. 1, de la directive 2008/115/CE : « Les États membres examinent la possibilité de lever ou de suspendre une interdiction d'entrée lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une telle interdiction décidée conformément au paragraphe 1, deuxième alinéa, peut démontrer qu'il a quitté le territoire d'un État membre en totale conformité avec une décision de retour. »

l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes ne peuvent pas faire l'objet d'une interdiction d'entrée, à moins qu'elles n'aient pas respecté une obligation de retour et pour autant qu'elles ne représentent pas un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale²¹³.

En droit belge

164. Conformément à l'article 74/11, § 2, al. 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980²¹⁴, pour l'étranger qui est victime de l'infraction de traite des êtres humains ou qui est victime de l'infraction de trafic des êtres humains, et qui a coopéré avec les autorités, mais pour qui, le Ministre ou son délégué a décidé de mettre fin au séjour conformément aux articles 61/3, § 3²¹⁵ et 61/4, § 2²¹⁶, la décision de l'éloignement n'est pas assortie d'une interdiction d'entrée²¹⁷.

165. Deux exceptions à ce principe sont posées : s'il devait s'avérer que l'étranger concerné représente un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale, ou qu'il ne respecte pas l'obligation de retour. Il ferait alors néanmoins l'objet d'une interdiction d'entrée.

²¹³ Art. 11, § 3, al. 2, de la directive 2008/115/CE : « Les personnes victimes de la traite des êtres humains auxquelles un titre de séjour a été accordé conformément à la directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes (1) ne font pas l'objet d'une interdiction d'entrée, sans préjudice du paragraphe 1, premier alinéa, point b), et à condition que le ressortissant concerné d'un pays tiers ne représente pas un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale. »

²¹⁴ Art. 74/11, § 2, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980 : « Le ministre ou son délégué s'abstient de délivrer une interdiction d'entrée lorsqu'il met fin au séjour du ressortissant d'un pays tiers conformément à l'article 61/3, § 3, ou 61/4, § 2, sans préjudice du § 1er, alinéa 2, 2^o, à condition qu'il ne représente pas un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale. »

²¹⁵ Art. 61/3, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 : « Le ministre ou son délégué peut, à tout moment, décider de mettre fin à cette autorisation de séjour s'il est établi que l'étranger a activement, volontairement et de sa propre initiative, renoué un lien avec les auteurs présumés de l'infraction visée à l'article 433quinquies du Code pénal ou à l'article 77bis, ou s'il est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou à la sécurité nationale. »

²¹⁶ Art. 61/4, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 : « Pendant la durée de validité du titre de séjour ou lors de sa prorogation ou de son renouvellement, le ministre ou son délégué peut mettre fin au séjour de l'étranger et, le cas échéant, lui donner l'ordre de quitter le territoire, s'il constate que :

1^o l'étranger a activement, volontairement et de sa propre initiative, renoué un lien avec les auteurs présumés de l'infraction visée à l'article 433quinquies du Code pénal ou à l'article 77bis;

2^o l'étranger a cessé de coopérer;

3^o les autorités judiciaires ont décidé de mettre fin à la procédure.

L'alinéa 1er est également applicable lorsque le ministre ou son délégué considère l'étranger comme pouvant compromettre l'ordre public ou à la sécurité nationale ou estime, en coopération avec les autorités judiciaires, que la coopération de l'étranger est frauduleuse ou que sa plainte est frauduleuse ou non fondée. »

²¹⁷ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 23.

§ 5. Modalités en droit belge pour la demande de suspension ou de levée

En droit belge

166. La législation belge prévoit les modalités suivantes pour la procédure de demande de la levée ou de la suspension d'une interdiction d'entrée :

« § 3. Une décision concernant la demande de levée ou de suspension de l'interdiction d'entrée est prise au plus tard dans les quatre mois suivant l'introduction de celle-ci. Si aucune décision n'est prise endéans les quatre mois, la décision est réputée négative.

§ 4. Durant l'examen de la demande de levée ou de suspension, le ressortissant d'un pays tiers concerné n'a aucun droit d'accès ou de séjour dans le Royaume. »²¹⁸

Ce régime de décision tacite pose question. Selon l'avis du C.E., il constitue « une différence à l'égard des autres décisions prises en application de la loi du 15 décembre 1980, lesquelles doivent être effectivement motivées en application tant de l'article 62 de cette loi que, de manière plus générale, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Il appartient à tout le moins que cette différence de traitement puisse être justifiée au regard des articles 10, 11 et 191 de la Constitution. »²¹⁹

L'exposé des motifs montre que le législateur n'a pas souscrit à l'avis du C.E., expliquant qu'au vu de l'impact que revêt une interdiction d'entrée, il s'imposait que les personnes intéressées puissent être fixées le plus rapidement possible²²⁰. Cet argument de rapidité justifierait aux yeux du législateur cette différence de traitement. La Cour constitutionnelle sera sans doute amenée à se prononcer tôt ou tard sur la constitutionnalité de ce choix.

Section 3. L'interdiction d'entrée sans préjudice de la protection internationale (art. 11, § 5)

167. L'article 11, § 5, de la directive impose que les dispositions relatives à l'interdiction d'entrée soient appliquées sans porter préjudice au droit à la protection internationale du statut de réfugié et à la protection subsidiaire dans les

²¹⁸ Art. 74/12, §§ 3 et 4, de la loi du 15 décembre 1980.

²¹⁹ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avis de la section de législation du Conseil d'État n°49.947/2/V, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 55.

²²⁰ *Ibid.* § 22 : « L'avis de la section de la législation du Conseil d'État n'a pas été suivi, étant donné qu'il est estimé préférable pour les personnes de savoir que la décision est réputée négative, 4 mois après l'introduction de la demande, vu l'impact très important qu'a l'interdiction d'entrée sur la vie des personnes (puisque c'est une interdiction qui trouve à s'appliquer sur l'ensemble du territoire Schengen) et la nécessité dès lors que les personnes intéressées puissent être fixées le plus rapidement possible. »

États membres²²¹. En d'autres termes, le régime de l'interdiction d'entrée doit s'effacer devant celui de la protection internationale du statut de réfugié et de la protection subsidiaire.

En droit belge

168. Cette disposition a été transposée à l'article 74/11, § 3, *in fine*, de la loi du 15 décembre 1980 qui dispose que : « L'interdiction d'entrée ne peut contrevenir au droit à la protection internationale, telle qu'elle est définie aux articles 9ter, 48/3 et 48/4. » L'interdiction d'entrée ne pourrait donc trouver à s'appliquer à ceux qui sollicitent la protection du statut de réfugié, la protection subsidiaire ou la protection pour des raisons médicales prévue à l'article 9ter.

Section 4. L'interdiction d'entrée délivrée par un autre État membre (art. 11, § 4)

169. L'interdiction d'entrée délivrée par un État a des conséquences plus limitées pour les autres États membres que la définition de l'interdiction d'entrée ne le laisse entendre. En vertu de celle-ci, une interdiction d'entrée devrait être valable sur l'ensemble du territoire des États membres²²². Or, il ressort de l'article 11, § 4, de la directive qu'il est possible pour un État membre de conférer un titre de séjour à une personne ayant fait l'objet d'une interdiction d'entrée par un autre État membre pourvu qu'il consulte au préalable cet autre État membre. Ce faisant, il doit prendre en compte les intérêts de celui-ci et ne délivrer le titre de séjour que pour des motifs sérieux, notamment d'ordre humanitaire ou résultant d'obligations internationales²²³.

²²¹ Art. 11, § 5, de la directive 2008/115/CE : « Les paragraphes 1 à 4 s'appliquent sans préjudice du droit à la protection internationale, telle qu'elle est définie à l'article 2, point a), de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (3), dans les États membres. »

²²² Art. 3, pt 6), de la directive 2008/115/CE : « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire interdisant l'entrée et le séjour *sur le territoire des États membres* pendant une durée déterminée, qui accompagne une décision de retour ; » (nous soulignons).

²²³ Art. 11, § 4, de la directive 2008/115/CE : « Lorsqu'un État membre envisage de délivrer un titre de séjour ou une autre autorisation conférant un droit de séjour à un ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une interdiction d'entrée délivrée par un autre État membre, il consulte au préalable l'État membre ayant délivré l'interdiction d'entrée et prend en compte les intérêts de celui-ci conformément à l'article 25 de la convention d'application de l'accord de Schengen. » L'art. 25, § 1, de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *J.O.C.E.*, L. 239, 22 sept. 2000, pp. 19-62 : « Lorsqu'une Partie Contractante envisage de délivrer un titre de séjour à un étranger qui est signalé aux fins de non-admission, elle consulte au préalable la Partie Contractante signalante et prend

170. L'application de cette disposition requiert des États qu'ils disposent d'un accès rapide aux informations relatives aux interdictions d'entrée imposées par les autres États membres. Ce partage d'informations devra se faire conformément au règlement sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)²²⁴.

En droit belge

171. L'interdiction d'entrée délivrée par un autre État membre a des conséquences particulièrement importantes en droit belge. Le Ministre a l'obligation de délivrer un ordre de quitter le territoire à un étranger qui fait l'objet d'une interdiction d'entrée ni suspendue ni levée²²⁵. En outre, les autorités chargées du contrôle aux frontières pourront refouler le ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une interdiction d'entrée ni suspendue ni levée²²⁶.

172. S'il était néanmoins envisagé de délivrer un titre de séjour à un tel ressortissant, parce que son interdiction d'entrée est suspendue ou levée ou par respect de l'article 74/11, § 3²²⁷, il conviendrait de consulter préalablement l'État membre ayant posé cette interdiction d'entrée. L'article 74/12, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 dispose en effet que :

« Lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers fait l'objet d'une interdiction d'entrée délivrée par un autre État membre et que le ministre ou son délégué envisage de lui délivrer un titre de séjour ou une autre autorisation conférant un droit de séjour, il consulte au préalable cet État membre afin de tenir compte des intérêts de celui-ci. »

en compte les intérêts de celle-ci; le titre de séjour ne sera délivré que pour des motifs sérieux, notamment d'ordre humanitaire ou résultant d'obligations internationales. »

²²⁴ Considérant 18 de la directive 2008/115/CE. Le règlement visé est le Règlement (CE) n°1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), *J.O.U.E.*, L.381, 28 décembre 2006, p. 4.

²²⁵ Art. 7, 12°, de la loi du 15 décembre 1980 : « Sans préjudice de dispositions plus favorables contenues dans un traité international, le ministre ou son délégué [...] doit délivrer [...] un ordre de quitter le territoire dans un délai déterminé [...] si l'étranger fait l'objet d'une interdiction d'entrée ni suspendue ni levée. » (nous soulignons).

²²⁶ Art. 3, 9°, de la loi du 15 décembre 1980 : « Sauf dérogations prévues par un traité international ou par la loi, peut être refoulé par les autorités chargées du contrôle aux frontières, l'étranger qui se trouve dans un des cas suivants : 9°si le ressortissant d'un pays tiers fait l'objet d'une interdiction d'entrée ni suspendue ni levée. »

²²⁷ Art. 74/11, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 : « L'interdiction d'entrée ne peut contrevenir au droit à la protection internationale, telle qu'elle est définie aux articles 9ter, 48/3 et 48/4. »

TITRE 3. GARANTIES PROCÉDURALES

173. Les garanties procédurales contenues dans la directive s'articulent autour de trois aspects : les exigences de forme que doivent adopter les décisions liées au retour (chapitre 1), les voies de recours dont doivent pouvoir disposer les personnes faisant l'objet de telles décisions (chapitre 2) et le respect de certaines garanties fondamentales à l'égard des ressortissants de pays tiers dont court le délai de départ volontaire ou dont le départ a été reporté (chapitre 3).

CHAPITRE 1. EXIGENCES DE FORME POUR LES DÉCISIONS DE RETOUR (ART. 12)

174. La directive pose deux exigences de forme à l'égard des décisions de retour, d'interdiction d'entrée et d'éloignement rendues par les États membres. D'abord, elle impose que celles-ci soient écrites et motivées (section 1) et, ensuite, s'il en est fait la demande, qu'elles puissent être traduites (section 2).

Section 1. Décisions écrites et motivées (art. 12, § 1)

175. L'article 12 de la directive requiert que les décisions de retour, d'interdiction d'entrée et d'éloignement soient rendues par écrit, indiquent leurs motifs de fait et de droit, et informent sur les voies de recours disponibles¹. Les informations relatives aux motifs de fait peuvent être limitées lorsque le droit national permet de restreindre le droit à l'information à des fins judiciaires².

En droit belge

176. La législation belge impose également que les décisions rendues soient motivées et notifiées par écrit³. Il doit y être fait mention des considérations de droit et de fait qui fondent la décision⁴. Cette obligation de motivation ne s'impose toutefois pas lorsque l'indication des motifs de l'acte peut

¹ Art. 12, § 1, al. 1, de la directive 2008/115/CE : « Les décisions de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement sont rendues par écrit, indiquent leurs motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles. »

² Art. 12, § 1, al. 2, de la directive 2008/115/CE : « Les informations relatives aux motifs de fait peuvent être limitées lorsque le droit national permet de restreindre le droit à l'information, en particulier pour sauvegarder la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique, ou à des fins de prévention et de détection des infractions pénales et d'enquêtes et de poursuites en la matière. »

³ Art. 62, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980 : « Les décisions administratives sont motivées. Elles sont notifiées aux intéressés, qui en reçoivent une copie ».

⁴ Art. 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991 : « La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate. »

compromettre la sécurité extérieure de l'État, porter atteinte à l'ordre public, violer le droit au respect de la vie privée ou constituer une violation des dispositions en matière de secret professionnel⁵. L'information sur les voies de recours disponibles est pour sa part directement insérée dans les annexes pertinentes : l'annexe 13 (ordre de quitter le territoire), l'annexe 13^{sexies} (interdiction d'entrée) et l'annexe 13^{septies} (l'ordre de quitter le territoire et maintien en vue de l'éloignement)⁶.

177. Les décisions peuvent être notifiées aux intéressés, qui en reçoivent une copie, par différents acteurs :

- par le bourgmestre de la commune où se trouve l'étranger ou par son délégué ;
- par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ou son délégué ;
- par un officier de police judiciaire, en ce compris l'officier de police judiciaire dont la compétence est limitée ;
- par un fonctionnaire de police ;
- par un agent de l'O.E. ;
- par un agent de l'Administration des douanes et accises ;
- si l'étranger est en état d'arrestation, par le directeur de l'établissement pénitentiaire ;
- si l'étranger ne se trouve pas sur le territoire du Royaume, par l'intervention de l'autorité diplomatique ou consulaire belge à l'étranger⁷.

Section 2. Décisions traduites (art. 12, §§ 2 et 3)

178. La directive requiert que lorsqu'il en est fait la demande, il soit fourni une traduction écrite ou orale des principaux éléments des décisions liées au retour, y compris des informations concernant les voies de recours disponibles,

⁵ Art. 4 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991 : « L'obligation de motiver imposée par la présente loi ne s'impose pas lorsque l'indication des motifs de l'acte peut : 1° compromettre la sécurité extérieure de l'État ; 2° porter atteinte à l'ordre public ; 3° violer le droit au respect de la vie privée ; 4° constituer une violation des dispositions de matière de secret professionnel. »

⁶ Annexes 13, 13^{sexies} et 13^{septies}, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981.

⁷ Art. 62 de la loi du 15 décembre 1980.

dans une langue que le ressortissant comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend⁸.

179. L'article 12, § 3, de la directive prévoit la possibilité pour les États de ne pas appliquer cette disposition aux ressortissants d'un pays tiers ayant pénétré illégalement sur leur territoire et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit d'y séjourner. Dans ce cas, ils doivent utiliser des formulaires types et offrir des documents d'informations générales dans au moins cinq des langues les plus fréquemment utilisées par les migrants illégaux⁹.

En droit belge

180. Le législateur belge a également adopté cette possibilité d'obtenir, sur demande, une traduction écrite ou orale des éléments principaux d'une décision d'éloignement et d'une éventuelle interdiction d'entrée. L'article 74/18 de la loi du 15 décembre dispose ainsi que :

« Une traduction écrite ou orale des principaux éléments de la décision d'éloignement, assortie le cas échéant d'une interdiction d'entrée, y compris des informations concernant les voies de recours dans une langue que le ressortissant d'un pays tiers comprend, ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, peut être obtenue sur demande de l'étranger auprès du ministre ou de son délégué. Ceci est mentionné explicitement dans la décision. »

La possibilité d'obtenir une traduction des éléments principaux de la décision figure dans le texte de l'annexe 13 (ordre de quitter le territoire), de l'annexe 13^{sexies} (interdiction d'entrée) et de l'annexe 13^{septies} (ordre de quitter le territoire et maintien en vue de l'éloignement)¹⁰.

181. À ce propos, la Chambre des mises en accusation a considéré que :

« Ni la réglementation nationale sur l'emploi des langues, ni la loi du 15 décembre 1980, ni la Convention européenne des droits de l'homme n'imposait à l'administration de notifier à l'étranger la décision attaquée, rédigée en néerlandais et en français, dans la langue de son choix (en

⁸ Art. 12, § 2, de la directive 2008/115/CE.

⁹ Art. 12, § 3, de la directive 2008/115/CE : « Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer le paragraphe 2 aux ressortissants d'un pays tiers qui ont pénétré illégalement sur le territoire d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit d'y séjourner.

Dans ce cas, les décisions liées au retour visées au paragraphe 1 sont rendues au moyen d'un formulaire type prévu par la législation nationale.

Les États membres mettent à disposition des documents d'information générale expliquant les principaux éléments du formulaire type dans au moins cinq des langues les plus fréquemment utilisées ou comprises par les migrants illégaux entrant dans l'État membre concerné. »

¹⁰ Annexes 13, 13^{sexies} et 13^{septies}, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 27 octobre 1981.

l'espèce l'anglais).

La Cour constate par ailleurs que l'étranger, immédiatement assisté d'un avocat, a pu introduire contre ladite décision les recours judiciaires prévus par la loi. »¹¹

S'il est exact qu'il n'incombait pas à l'administration de notifier l'ensemble de la décision d'éloignement dans la langue du choix du requérant, la Chambre aurait néanmoins pu s'interroger sur le respect d'une éventuelle demande formulée par l'intéressé afin d'obtenir une traduction écrite ou orale des principaux éléments de sa décision. À cet égard, le fait d'avoir pu introduire un recours avec l'aide de son avocat ne saurait suffire à rencontrer la garantie prévue à l'article 74/18.

182. Le législateur belge n'a pas transposé l'exception de ne pas appliquer cette disposition aux ressortissants d'un pays tiers ayant pénétré illégalement sur leur territoire et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit d'y séjourner.

CHAPITRE 2. VOIES DE RECOURS (ART. 13)

183. Les ressortissants concernés d'un pays tiers doivent pouvoir disposer d'une voie de recours effective contre les décisions de retour, les décisions d'interdiction d'entrée et les décisions d'éloignement, devant une autorité judiciaire ou administrative compétente ou devant une instance compétente composée de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance¹². L'énumération des décisions pour lesquelles il est imposé aux États de prévoir une voie de recours effective est limitative. Cela signifie que pour ce qui concerne les autres décisions relatives au retour – notamment l'extension de la période de retour volontaire (art. 7) ou le report du retour – il n'existe aucune obligation de prévoir une voie de recours effective, à l'exception de celles relatives à la détention détaillées à l'article 15 de la directive.

184. La suspension temporaire de l'exécution des décisions sujettes au recours doit soit être une faculté de l'autorité de recours, soit être appliquée d'office en vertu de la législation nationale¹³. Il convient de laisser aux États membres la faculté de décider si le réexamen d'une décision liée au retour doit ou non

¹¹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2212, 19 juin 2013. Dans le même sens, voy. Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2215, 19 juin 2013.

¹² Art. 13, § 1, de la directive 2008/115/CE.

¹³ Art. 13, § 2, de la directive 2008/115/CE : « L'autorité ou l'instance visée au paragraphe 1 est compétente pour réexaminer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, et peut notamment en suspendre temporairement l'exécution, à moins qu'une suspension temporaire ne soit déjà applicable en vertu de la législation nationale. »

habiliter l'autorité ou l'instance chargée dudit réexamen à substituer sa propre décision liée au retour à la décision précédente¹⁴. En d'autres termes, le contrôle de la décision de retour peut se limiter à une compétence d'annulation ou de confirmation de la décision, et ne doit pas nécessairement conduire à une possibilité de révision¹⁵.

185. Conformément à la jurisprudence de la Cour eur. D.H., le grief d'une personne selon lequel son renvoi vers un pays tiers l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 C.E.D.H. doit faire l'objet d'un contrôle attentif et rigoureux. La conformité avec l'article 13 C.E.D.H. implique quant à elle, sous réserve d'une certaine marge d'appréciation des États, que l'organe compétent puisse examiner le contenu du grief relatif à une violation de l'article 3 C.E.D.H. et offrir le redressement approprié¹⁶. Il est en outre requis que les intéressés disposent dans ce cas d'un recours de plein droit suspensif¹⁷. Cette exigence ne peut être envisagée de manière accessoire, c'est-à-dire en faisant abstraction des conditions posées par l'article 13 quant à l'étendue du contrôle. Le contraire reviendrait en effet à reconnaître aux États la faculté de procéder à l'éloignement de l'intéressé sans avoir procédé à un examen aussi rigoureux que possible des griefs tirés de l'article 3¹⁸.

186. Les ressortissants de pays tiers concernés doivent avoir la possibilité d'obtenir, sur demande et gratuitement, un conseil juridique conformément à la législation nationale en la matière. En cas de besoin, ils doivent également pouvoir obtenir une assistance linguistique. Les États peuvent soumettre cette assistance juridique ou représentation juridique aux conditions énoncées à l'article 15, §§ 3 à 6, de la directive 2005/85/CE¹⁹⁻²⁰.

¹⁴ Considérant 15 de la directive 2008/115/CE.

¹⁵ M. MAES, « De terugkeerrechtlijn en onverwijderbare vreemdelingen », *op. cit.*, p. 260.

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce, 21 janv. 2011, req. n°30696/09, § 387.

¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt Conka c. Belgique, 5 février 2002, req. n°51564/99, §§ 81-83 ; Cour eur. D.H., arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce, 21 janv. 2011, req. n°30696/09, § 293.

¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt Singh et autres c. Belgique, 2 oct. 2012, req. n°33210/11, § 92.

¹⁹ Art. 15, §§ 3 à 6, de la directive 2005/85/CE :

« 3. Les États membres peuvent prévoir dans leur droit national que l'assistance judiciaire et/ou la représentation gratuites sont accordées uniquement: a) dans le cadre des procédures devant une cour ou un tribunal prévues au chapitre V et à l'exclusion de tout autre recours juridictionnel ou administratif prévu dans le droit national, y compris le réexamen d'un recours faisant suite à un recours juridictionnel ou administratif, et/ou b) à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, et/ou c) aux conseils juridiques ou aux autres conseillers qui sont spécifiquement désignés par le droit national pour assister et/ou représenter les demandeurs d'asile, et/ou d) si le recours juridictionnel ou administratif a des chances d'aboutir.

Les États membres veillent à ce que l'assistance judiciaire et/ou la représentation accordées en vertu du point d) ne soient pas soumises à des restrictions arbitraires.

4. Les États membres peuvent prévoir des règles relatives aux modalités de dépôt et de traitement des demandes d'assistance judiciaire et/ou de représentation.

5. En outre, les États membres peuvent: a) imposer des limites monétaires et/ou des délais à l'assistance judiciaire et/ou la représentation gratuites, à condition que ces limites ne restreignent pas arbitrairement l'accès à l'assistance juridique et/ou à la représentation; b) prévoir qu'en ce qui

En droit belge

187. Le C.C.E. est la juridiction administrative compétente pour connaître des recours introduits à l'encontre des décisions d'éloignement et des interdictions d'entrée²¹. Le C.C.E. statue à leur égard par voie d'annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir²². Les demandes en annulation doivent être introduites dans un délai de quinze ou trente jours suivant la notification de la décision, selon que le requérant est détenu ou non²³.

188. Lorsqu'un acte est ainsi susceptible d'annulation, le C.C.E. est compétent pour ordonner la suspension de son exécution²⁴. Deux procédures doivent à cet égard être distinguées : la suspension en extrême urgence (i) et la suspension ordinaire (ii).

i. La suspension en extrême urgence

189. Après la notification d'une mesure d'éloignement ou de refoulement, la partie requérante dispose de plein droit d'un délai suspensif de cinq jours, sans que ce délai puisse être inférieur à trois jours ouvrables²⁵. Ceci implique que, sauf son accord, la partie requérante ne peut pas faire l'objet d'une exécution forcée durant cette période. Après l'expiration de ce délai et si la partie requérante n'a pas introduit de demande de suspension d'extrême urgence de l'exécution de cette mesure dans ce délai, cet effet suspensif de plein droit cesse d'exister et la décision devient à nouveau exécutoire. Si la partie requérante a introduit, dans ce délai suspensif, une demande de suspension en extrême urgence de l'exécution de cette mesure, ce recours est suspensif de plein droit, et ce jusqu'à ce que le C.C.E. se prononce²⁶. Dans ce cas, le C.C.E. est légalement tenu de traiter l'affaire dans les délais fixés par cette loi, qui sont des

concerne les honoraires et autres frais, les demandeurs d'asile ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable que celui qui est généralement accordé à leurs ressortissants pour des questions ayant trait à l'assistance judiciaire.

6. Les États membres peuvent exiger le remboursement total ou partiel des dépenses encourues dès lors que la situation financière du demandeur s'est considérablement améliorée ou si la décision d'accorder ces prestations a été prise sur la base de fausses informations fournies par le demandeur. »

²⁰ Art. 13, §§ 3 et 4, de la directive 2008/115/CE.

²¹ Art. 1, 6^o et 8^o, 39/1, § 1^{er}, al. 2, 63, al. 2, et 74/11, § 1, de la loi du 15 décembre 1980.

²² Art. 39/2 de la loi du 15 décembre 1980.

²³ Art. 39/57, § 1, de la loi du 15 décembre 1980.

²⁴ Art. 39/82, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 : « Lorsqu'un acte d'une autorité administrative est susceptible d'annulation en vertu de l'article 39/2, le Conseil est seul compétent pour ordonner la suspension de son exécution. »

²⁵ Art. 39/83 de la loi du 15 décembre 1980.

²⁶ Art. 39/83 et 39/82, § 4, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980.

délais organisationnels dont l'expiration n'a pas de conséquence sur l'effet suspensif de plein droit²⁷.

La suspension d'extrême urgence doit être introduite dans les dix jours de la notification de la décision, ou dans les cinq jours, s'il s'agit d'une deuxième mesure d'éloignement. Durant le délai d'introduction du recours et celui de son examen par le C.C.E., l'exécution de la mesure d'éloignement est suspendue de plein droit. Conformément à l'article 39/82, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 modifié par la loi du 10 avril 2014, la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte contesté sont invoqués et à la condition que l'exécution immédiate de l'acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable. Cette dernière condition est entre autres remplie si un moyen sérieux a été invoqué sur la base des droits fondamentaux de l'homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, al. 2, C.E.D.H.

Cela va dans le sens de la Cour eur. D.H. qui considère que lorsqu'il s'agit d'un grief selon lequel l'expulsion de l'intéressé l'exposera à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3 C.E.D.H., compte tenu de l'importance que la Cour attache à cette disposition et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 requiert que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif²⁸. Les mêmes principes s'appliquent lorsque l'expulsion expose le requérant à un risque réel d'atteinte à son droit à la vie, protégé par l'article 2 C.E.D.H.²⁹. Par contre, s'agissant d'éloignements d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale (art. 8 C.E.D.H.), la situation est plus ambiguë. La Cour eur. D.H. s'est prononcée sur la violation des articles 8 et 13 et elle n'a pas paru exiger d'effet suspensif du recours dans tous les cas³⁰. Seule une analyse des faits propres à l'espèce permettra de déterminer si le recours doit revêtir un effet suspensif ou non³¹.

²⁷ Art. 39/82, § 4, al. 2, deuxième phrase, de la loi du 15 décembre 1980.

²⁸ Cour eur. D.H., *De Souza Ribeiro c. France*, 13 déc. 2012, req. n°22689/07, § 82 ; Cour eur. D.H., *Gebremedhin c. France*, 26 avril 2007, req. n°25389/05, § 66 ; Cour eur. D.H., *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09, § 200.

²⁹ Cour eur. D.H., *De Souza Ribeiro c. France*, 13 déc. 2012, req. n°22689/07, § 82.

³⁰ *Ibid.*, § 83.

³¹ S. SAROLEA, « L'effectivité des recours en cas d'allégation d'atteinte à la vie familiale », *Newsletter EDEM*, décembre 2012.

La Chambre des mises en accusation précise que les arrêts de rejet du recours en suspension doivent avoir été notifiés à l'intéressé pour sortir leurs effets et qu'à défaut, le requérant doit être remis en liberté³².

ii. *La suspension ordinaire*

190. Dans les autres cas, la demande de suspension et la requête en annulation doivent être introduites par un seul et même acte³³.

* * *

191. Un problème subsiste dans la demande de suspension en extrême urgence : la légalité est appréciée en fonction des éléments dont l'autorité avait connaissance au moment où elle a statué³⁴. Ces limites du contrôle exercé par le juge pourraient poser des difficultés face à un risque réel et actuel de violation de l'article 3 C.E.D.H.³⁵. Selon la Cour eur. D.H., l'instance de contrôle ne peut pas se placer fictivement au moment où l'administration a adopté la décision litigieuse pour en apprécier la validité au regard de l'article 3 et ainsi faire l'économie d'un examen attentif et rigoureux de la situation individuelle de l'intéressé³⁶. Sans doute l'examen de la conformité de l'éloignement aux droits fondamentaux par la Chambre du Conseil et la Chambre des mises en accusation permet-il de corriger cet état des choses³⁷.

192. On notera que l'alternative du recours en référé conformément à l'article 548 du Code judiciaire est d'un secours limité dans la mesure où celui-ci n'est pas suspensif de plein droit de l'exécution de la mesure d'éloignement et ne remplit donc pas une des exigences requises par l'article 13 C.E.D.H. combiné avec l'article 3³⁸. La Cour d'appel de Liège a toutefois considéré que ce n'est pas parce que des recours administratifs existent et ont été exercés, notamment devant le C.C.E. et devant le C.E., que le pouvoir judiciaire ne peut pas intervenir³⁹. Le juge judiciaire et en particulier le juge des référés seraient en effet compétents dès lors qu'un droit subjectif est en cause et gravement

³² Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2566, 17 juillet 2013.

³³ Art. 39/82, § 3, de la loi du 15 décembre 1980.

³⁴ C.C.E., arrêt n°58.650, 28 mars 2011 ; C.C.E., arrêt n°74.796, 9 février 2012, § 3.2.3 ; C.C.E., arrêt n°56.205, 17 février 2011, § 3.3.2.2.1.3 ; C.C.E., arrêt n°93.893, 18 décembre 2012, § 2.12.

³⁵ H. VAN VRECKOM, « De omzetting van de Terugkeerrichtlijn in het Belgisch recht. », *op. cit.*, p. 267 ; L. LEBOEUF ET E. NERAUDAU, *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : le règlement Dublin et la directive qualification*, sous la direction de S. SAROLÉA, Louvain-la-Neuve, 2012, p. 126.

³⁶ Cour eur. D.H., *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, req. n°10486/10, § 106 ; Cour eur. D.H., *Singh et autres c. Belgique*, 2 octobre 2012, req. n°33210/11, § 91.

³⁷ Voy. *infra* n°238.

³⁸ Cour eur. D.H., *Singh et autres c. Belgique*, 2 octobre 2012, req. n°33210/11, § 97.

³⁹ Liège (13^e ch.), arrêt n°2011/RF/109 du 5 décembre 2011, p.3.

menacé par un acte de l'administration posé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁴⁰. On observe en pratique que des recours en référé ont permis la suspension de certains éloignements. La suspension de l'éloignement forcé sous peine d'astreinte a ainsi été décidée en référé – et avalidée subséquemment par la Cour d'appel – dans le cas d'un appel non suspensif auprès du C.C.E. relatif à une demande *9ter*⁴¹ ainsi que dans le cadre d'une procédure de mariage avec un citoyen belge⁴². On relèvera pourtant que l'article 63, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980 dispose :

« Les décisions administratives prises en application des articles 3, 7, 11, 19, du titre II, chapitre II [*sic*] les articles 74/11 et 74/14 du Titre III*quater*, ne sont pas susceptibles d'une demande en référé sur la base de l'article 584 du Code judiciaire. »

193. Le recours en cassation administrative de l'arrêt du C.C.E. devant le C.E. n'est également pas suspensif⁴³. Le recours en annulation devant le C.C.E. peut quant à lui seulement être suspensif de l'éloignement, mais il ne l'est pas de la mesure privative de liberté aux fins de cet éloignement⁴⁴.

194. L'assistance gratuite d'un conseil juridique⁴⁵ et si besoin d'une assistance linguistique est garantie par la législation belge⁴⁶ conformément au prescrit de la directive.

CHAPITRE 3. GARANTIES DANS L'ATTENTE DU RETOUR (ART. 14)

195. En dehors des cas de rétention, les États membres doivent veiller à « prendre en compte dans la mesure du possible » certaines garanties fondamentales à l'égard des ressortissants de pays tiers à l'égard de qui court le délai de départ volontaire ou dont le départ a été reporté. Ces fondamentaux sont les suivants :

⁴⁰ *Ibid.*, p.3.

⁴¹ Liège (10^e ch.), arrêt n°2012/RF/243 du 13 février 2013.

⁴² Liège (13^e ch.), arrêt n°2011/RF/109 du 5 décembre 2011.

⁴³ Art. 14, § 2, des lois coordonnées du Conseil d'État du 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 mars 1973.

⁴⁴ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°878, 6 mars 2013.

⁴⁵ Art. 508/1 à 508/25 et 664 à 699*ter* du code judiciaire. L'art. 668 du code judiciaire dispose : « Le bénéfice de l'assistance judiciaire peut être accordé dans les mêmes conditions : [...] d) à tout étranger dans les procédures prévues par la loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. »

⁴⁶ Art. 508/10 du code judiciaire : « Lorsque le bénéficiaire ne parle pas la langue de la procédure, le bureau lui propose dans la mesure du possible un avocat parlant sa langue ou une autre langue qu'il comprend et à défaut, un interprète. Les frais d'interprète sont à charge de l'État. »

- « a) l'unité familiale avec les membres de la famille présents sur le territoire est maintenue ;
- b) les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies sont assurés ;
- c) les mineurs ont accès au système éducatif de base en fonction de la durée de leur séjour ;
- d) les besoins particuliers des personnes vulnérables⁴⁷ sont pris en compte. »⁴⁸

Dès lors que l'obligation consiste uniquement à « prendre en compte » ces principes, et ce « dans la mesure du possible », la force contraignante de la disposition apparaît relativement faible. Cela ne permet pas de garantir une protection minimale aux personnes qui n'ont pu être régularisées, mais qui ne peuvent pas non plus être éloignées, car elles sont protégées par le principe de non-refoulement⁴⁹.

196. Il est également fait mention de l'obligation pour les États de confirmer par écrit aux personnes concernées que leur délai de départ a été prolongé conformément à l'article 7, § 2, ou que la décision de retour ne sera temporairement pas exécutée⁵⁰. Il s'agit de pouvoir être en mesure de prouver leur situation spécifique en cas de vérifications ou de contrôles administratifs⁵¹.

En droit belge

197. Cette disposition de la directive n'a pas fait l'objet d'une transposition directe dans la législation belge. Plusieurs dispositions préexistantes garantissaient déjà le respect par l'État belge des garanties énoncées. Le maintien de l'unité familiale avec les membres de la famille présents sur le territoire est garanti en partie par un droit de visite⁵² et par le fait que le mineur doit être logé avec ses parents ou avec les personnes exerçant l'autorité parentale⁵³. Il se peut toutefois qu'un membre adulte de la famille, généralement

⁴⁷ Pour une définition des « personnes vulnérables », voy. *supra* note 70.

⁴⁸ Art. 14, § 1, de la directive 2008/115/CE.

⁴⁹ Voy. à ce propos n^{os} 40 et s. ainsi que n^o 51.

⁵⁰ Art. 14, § 2, de la directive 2008/115/CE. Voy. également *supra* n^{os} 94 et 129.

⁵¹ Considérant 12 de la directive 2008/115/CE.

⁵² Art. 26 de l'arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 mai 2009.

⁵³ Art. 38 de la Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 avril 2012, *M.B.*, 3 mai 2012.

le père, soit placé en centre fermé tandis que le reste de la famille est placé en maison de retour⁵⁴.

198. Les trois communautés linguistiques compétentes en matière d'éducation doivent donner accès au système éducatif aux mineurs étrangers⁵⁵. Pour les MENA, un tuteur est chargé d'y veiller⁵⁶. Une attention particulière est normalement accordée aux besoins spécifiques des personnes vulnérables, notamment par le biais de conclusions de conventions entre FEDASIL et des institutions ou associations spécialisées⁵⁷.

199. Les soins médicaux sont assurés par le biais d'un accompagnement médical prévu par la législation sur l'accueil⁵⁸ ainsi que par la loi organique sur les C.P.A.S.⁵⁹ L'aide médicale urgente est ainsi assurée par les C.P.A.S. à l'égard des étrangers qui séjournent illégalement dans le Royaume⁶⁰. Au sens de la loi organique des C.P.A.S., l'étranger qui s'est déclaré réfugié et a demandé à être reconnu comme tel, séjourne illégalement dans le Royaume lorsque sa demande d'asile a été rejetée et qu'un ordre de quitter le territoire exécutoire lui a été notifié⁶¹. Celui qui a introduit une demande de protection *9ter* est quant à

⁵⁴ Art. 3, 2°, de l'Arrêté royal du 17 septembre 2014 déterminant le contenu de la convention et les sanctions pouvant être prises en exécution de l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 25 septembre 2014 ; PLATE-FORME MINEURS EN EXIL ET AL., « Unités d'habitation ouverte et coaches pour les familles avec enfants mineurs, comme alternative à la détention – Évaluation après quatre années de fonctionnement », oct. 2012, p. 11.

⁵⁵ Art. 24, § 3, de la Constitution ; Décret du 19 avril 2012 visant à la mise en place d'un dispositif d'accueil et de scolarisation des élèves primo-arrivants dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, *M.B.*, 22 juin 2012 ; Décret du 28 juin 2002 de la Communauté flamande relatif à l'égalité des chances en éducation, *M.B.*, 14 septembre 2002 et la Circulaire du 24 février 2003 concernant le droit à l'enseignement pour les enfants sans statut de séjour légal (*het recht op onderwijs voor kinderen zonder wettig verblijfsstatuut*), GD/2003/03 ; Décret du 17 décembre 2001 de la communauté germanophone visant la scolarisation des élèves primo-arrivants (« *dekret zur Beschulung von neuankommenden Schülern* »), *M.B.*, 4 avril 2002.

⁵⁶ Art. 10, § 1^{er}, de la loi programme du 24 décembre 2002 Titre XIII – Chapitre VI : Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés, *M.B.*, 31 décembre 2002.

⁵⁷ Art. 7 et 36 de la Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 avril 2012, *M.B.*, 3 mai 2012.

⁵⁸ Art. 7 et 23 à 30, de la loi du 12 janvier 2007.

⁵⁹ Art. 57, § 2, 1^o, de la Loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'actions sociale, *M.B.*, 5 août 1976, modifiée en dernier lieu par la loi du 19 janvier 2012, *M.B.*, 17 février 2012 ; Arrêté royal du 12 décembre 1996 relatif à l'aide médicale urgente octroyée par les centres publics d'aide sociale aux étrangers qui séjournent illégalement dans le Royaume, *M.B.*, 31 décembre 1996, modifié par l'arrêté royal du 13 janvier 2003, *M.B.*, 17 janvier 2003.

⁶⁰ Art. 57, § 2, 1^o, de la Loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'actions sociale, *M.B.*, 5 août 1976, modifiée en dernier lieu par la loi du 19 janvier 2012, *M.B.*, 17 février 2012 ; Arrêté royal du 12 décembre 1996 relatif à l'aide médicale urgente octroyée par les centres publics d'aide sociale aux étrangers qui séjournent illégalement dans le Royaume, *M.B.*, 31 décembre 1996, modifié par l'arrêté royal du 13 janvier 2003, *M.B.*, 17 janvier 2003.

⁶¹ Art. 57, § 2, al. 4, *ibid.*

lui considéré en séjour irrégulier dès le premier refus de sa demande, et ce même s'il introduit un recours au C.C.E.⁶² La Cour constitutionnelle a considéré que cette différence de traitement n'était pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution⁶³. Avec la refonte prochaine de la directive accueil, cette différence sera appelée à disparaître⁶⁴.

L'aide médicale urgente visée concerne l'aide qui revêt un caractère exclusivement médical et dont le caractère urgent est attesté par un certificat médical. Il ne peut s'agir d'une aide financière, d'un logement ou d'une autre aide sociale en nature. Cette aide peut être prestée tant de manière ambulatoire que dans un établissement de soins et peut couvrir des soins de nature tant préventive que curative⁶⁵.

200. Les confirmations écrites de prolongation du délai de départ volontaire ou de non-exécution temporaire de la décision de retour ont également été transposées en droit belge⁶⁶.

⁶² C.C., 21 mars 2013, n° 43/2013, § B.12.

⁶³ *Ibid.*, § B.10.

⁶⁴ Voy. à ce propos : L. TSOURDI, « Demandeurs de protection subsidiaire pour raison médicale et demandeurs de protection subsidiaire du fait d'une situation de violence généralisée: la différence de traitement est raisonnablement justifiée », *Newsletter EDEM*, mai 2013.

⁶⁵ Art. 1 de Arrêté royal du 12 décembre 1996 relatif à l'aide médicale urgente octroyée par les centres publics d'aide sociale aux étrangers qui séjournent illégalement dans le Royaume, *M.B.*, 31 décembre 1996, modifié par l'arrêté royal du 13 janvier 2003, *M.B.*, 17 janvier 2003.

⁶⁶ Voy. *supra* n°s 95, 98 et 132.

TITRE 4. RÉTENTION À DES FINS D'ÉLOIGNEMENT

201. La directive structure les règles applicables aux mesures de rétention en quatre points. Premièrement, il est fait état des conditions au regard desquelles il peut être procédé à la rétention (chapitre 1). Ensuite, les conditions dans lesquelles un ressortissant d'un pays tiers peut être retenu en vue de procéder à son éloignement sont détaillées (chapitre 2). Après cela, certaines garanties spécifiques à la rétention des mineurs et des familles sont envisagées (chapitre 3). Enfin, la voie est ouverte à certaines exceptions dans les situations d'urgence (chapitre 4).

CHAPITRE 1. CONDITIONS POUR PROCÉDER À LA RÉTENTION (ART. 15)

202. L'article 15 autorise et encadre la rétention des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dans le but de préparer leur retour et/ou de procéder à leur éloignement. Cet article contient trois prescrits : les exigences à respecter pour procéder à la rétention (1), la désignation des autorités compétentes pour décider de la rétention et en contrôler la légalité (2), et l'énumération limitative des possibilités de prolongation de la période de rétention (3).

Le considérant 24 de la directive¹ et la jurisprudence de la C.J.U.E. imposent le respect des droits fondamentaux dans l'application de cette disposition². La C.E.D.H. contient un article 5, 1, f qui autorise la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours³ ; une abondante jurisprudence en interprète les conditions et limites⁴. La jurisprudence de la Cour y afférente interviendra donc dans l'interprétation de l'article 15⁵. Plusieurs exigences y sont formulées : la privation de liberté doit être une mesure prise en dernier recours, après que toutes les autres mesures moins coercitives ont été envisagées ; une privation de liberté doit être justifiée par un but spécifique tel que défini à l'article 5, § 1^{er}, al. a) à f), C.E.D.H., doit être ordonnée suivant une procédure prescrite par la loi, et ne peut être arbitraire ; une privation de liberté doit respecter les garanties procédurales sur le droit d'être informé des motifs de la détention, et sur le droit à un contrôle juridictionnel à bref délai de la décision de mise en

¹ « La présente directive respecte les droits fondamentaux ».

² C.J.U.E., 28 avril 2011 (*El Dridi c. Italie*), C-61/11, non encore publié au Rec. C.J.U.E., § 42.

³ Art. 5, § 1, f, C.E.D.H. : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...] f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

⁴ Cour eur. D.H., *Mikolenko c. Estonie*, n°10664/05, 8 octobre 2009 ; Cour eur. D.H., *M. et autres c. Bulgarie*, n°41416/08, 26 juillet 2011 ; Cour eur. D.H., *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012.

⁵ C.J.U.E., 28 avril 2011 (*El Dridi c. Italie*), C-61/11, non encore publié au Rec. C.J.U.E., § 43.

détention ; les conditions de détention doivent respecter la dignité humaine, ne jamais mettre en danger la santé des personnes, et une attention spéciale doit être portée aux membres de groupes vulnérables ; une personne qui a été victime d'une rétention arbitraire ou illégale a droit à réparation⁶.

203. Aucune définition de la détention n'est prévue par la directive. L'enjeu est pourtant de taille puisque toutes les garanties prévues en cas de privation de liberté sont suspendues à cette qualification. Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour eur. D.H., il faut partir de la situation concrète de la personne concernée et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Entre privation et restriction de liberté, il n'y aurait qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence⁷.

Section 1. Les exigences à respecter (art. 15, §§ 1 et 4)

204. L'article 15, §§ 1^{er} et 4, de la directive conditionne la rétention de ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une procédure de retour au respect de plusieurs exigences. Il dispose que :

« 1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque:

- a) il existe un risque de fuite, ou
- b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

[...]

4. Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1^{er} ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté. »

⁶ AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Belgique, juin 2014, pp. 151 et suivantes.

⁷ Cour eur. D.H., *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, req. n°7367/76, §§ 92-93 ; Cour eur. D.H., *Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92, § 42 : « Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence ».

205. Plusieurs conditions peuvent être distinguées. Premièrement, la rétention n'est autorisée sur la base de la directive qu'afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une procédure de retour (§ 1). Deuxièmement, la rétention ne peut être envisagée que dans la mesure où aucune autre mesure suffisante, mais moins coercitive ne pourrait efficacement régler le cas précis dont il est question (§ 2). Troisièmement, la rétention doit être aussi brève que possible et ne durer qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise (§ 3). Quatrièmement, la détention ne peut être poursuivie que pour autant que l'éloignement ait des chances d'aboutir dans un délai raisonnable (§ 4). Lorsqu'il apparaît que l'une de ces conditions n'est pas remplie, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée doit immédiatement être remise en liberté⁸.

La directive pose comme exigence fondamentale le respect du principe de proportionnalité⁹. Le considérant 16 dispose à cet égard : « Le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. » La C.J.U.E. a été dans le même sens, considérant que le respect du principe de proportionnalité devait être assuré¹⁰. La Cour eur. D.H. examine également la proportionnalité dans le cas d'une détention afin d'éloignement¹¹.

§ 1. La détention afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement (art. 15, § 1)

206. La directive autorise les États membres à recourir à la rétention seulement dans le but de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une procédure de retour¹². Préparer un retour ou procéder à un éloignement sont donc les seules justifications possibles pour une rétention sur la base de la directive retour¹³. S'il devait apparaître qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement, que ce soit pour des considérations d'ordre juridique ou autres, la personne concernée devrait immédiatement être remise en liberté¹⁴.

⁸ Art. 15, § 4, de la directive 2008/115/CE.

⁹ G. CORNELISSE, « Detention of Foreigners », *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, sous la direction de M. GUILD et P. MINDERHOUD, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 223 ; J.-Y. CARLIER, « La "directive retour" et le respect des droits fondamentaux », *L'Europe des Libertés*, n°26, mai 2008, p. 18 ; M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *op. cit.*, p. 1542 ; A. BALDACCINI, « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive », *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, n°1, p. 14.

¹⁰ C.J.U.E., 28 avril 2011 (*El Dridi c. Italie*), C-61/11, non encore publié au Rec. C.J.U.E., §§ 41 et 43.

¹¹ Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, req. n°39472/07 et 39474/07, § 140.

¹² Art. 15, § 1, de la directive 2008/115/CE.

¹³ Considérant 16 de la directive 2008/115/CE.

¹⁴ Art. 15, § 4, de la directive 2008/115/CE.

207. La possibilité de placer une personne en rétention pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique ne peut trouver son fondement dans la directive retour¹⁵. D'autres fondements légaux à la détention demeurent envisageables, mais ils ne seront pas considérés comme une rétention aux fins d'éloignement au sens de l'article 15 de la directive¹⁶. La rétention à des fins d'éloignement régie par la directive 2008/115 et la rétention ordonnée à l'encontre d'un demandeur d'asile en vertu de la directive 2003/9¹⁷ relèvent ainsi de régimes juridiques distincts¹⁸. Dans le même ordre d'idée, les conditions de l'arrestation initiale de ressortissants de pays tiers soupçonnés de séjourner irrégulièrement dans un État membre demeurent régies par le droit national¹⁹.

208. Par ailleurs, la directive ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales pour autant que celle-ci permette l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a déjà été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour²⁰. Les États gardent ainsi la faculté d'adopter, dans le respect des principes de la directive 2008/115 et de son objectif, des dispositions réglant la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur leur territoire de façon irrégulière²¹.

Dans le même ordre d'idée, la directive ne s'oppose pas non plus à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers par une peine d'amende pouvant être remplacée par une peine d'expulsion. Par contre, elle s'oppose à une réglementation d'un État membre qui permet de réprimer le séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers par une peine d'assignation à résidence sans garantir que l'exécution de cette peine doive prendre fin dès que le transfert physique de l'intéressé hors dudit État membre est possible²².

209. La jurisprudence de la Cour eur. D.H. encadre les motifs de détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours. Au sens de l'article 5, 1, f, C.E.D.H., « seul le déroulement de la procédure d'expulsion

¹⁵ C.J.U.E., 30 novembre 2009 (*Kadzoev c. Bulgarie*), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189, § 70.

¹⁶ *Ibid.* § 48.

¹⁷ L'art. 7, § 3, de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres dispose ainsi que : « Lorsque cela s'avère nécessaire, les États membres peuvent obliger un demandeur à demeurer dans un lieu déterminé conformément à leur droit national, par exemple pour des raisons juridiques ou d'ordre public. »

¹⁸ C.J.U.E., 30 novembre 2009 (*Kadzoev c. Bulgarie*), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189, § 45.

¹⁹ C.J.U.E., 6 décembre 2011 (*Achughbabian c. France*), C-329/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*, § 30.

²⁰ *Ibid.* § 50.

²¹ C.J.U.E., 28 avril 2011 (*El Dridi c. Italie*), C-61/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*, § 60.

²² C.J.U.E., 6 décembre 2012 (*Md Sagor c. Italie*), C-430/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*, § 47.

justifie la privation de liberté »²³. La détention doit véritablement cadrer avec cet objectif²⁴. De plus, « il doit exister un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour justifier la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention »²⁵.

En droit belge

210. L'article 7, al. 2 et 3, de la loi du 15 décembre 1980 dispose :

« Sous réserve de l'application des dispositions du Titre III^{quater}, le ministre ou son délégué peut, dans les cas visés à l'article 74/14, § 3, reconduire l'étranger à la frontière.

À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu à *cette fin* » (nous soulignons).

L'emploi des termes à *cette fin* se réfère à la reconduite de l'étranger à la frontière visée à l'alinéa 2.

211. L'article 75, al. 1, de loi du 15 décembre 1980 dispose :

« l'étranger qui entre ou séjourne illégalement dans le Royaume est puni d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de vingt-six EUR à deux cent EUR ou d'une de ces peines seulement. »

Cet article viole l'enseignement de l'arrêt *Achughbabian* suscité²⁶ en ce qu'il ne conditionne pas la peine d'emprisonnement de l'étranger en séjour irrégulier à l'application préalable des mesures coercitives visées à l'article 8 de la directive retour et, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, à l'expiration de la durée maximale de cette rétention²⁷.

La Cour de cassation a eu à connaître de cette question et a considéré, dans un arrêt du 14 décembre 2011, que :

« les ressortissants de pays tiers ayant, outre le délit de séjour irrégulier,

²³ Cour eur. D.H., arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n°22414/93, § 113.

²⁴ « La condition d'absence d'arbitraire exige que non seulement l'ordre de placement en détention mais aussi l'exécution de cette décision cadrent véritablement avec le but des restrictions autorisées par l'alinéa pertinent de l'article 5 § 1 ». Voy. Cour eur. D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n°13229/03, § 69 ; Cour eur. D.H., *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, req. n°10486/10, 20 déc. 2011, § 117.

²⁵ *Ibid.*, § 69 ; Cour eur. D.H., *Bouamar c. Belgique*, 29 février 1988, req. n°9106/80, § 50 ; Cour eur. D.H., *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, req. n°25357/94, § 46 ; Cour eur. D.H., *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, req. n°56529/00, § 42.

²⁶ Voy. *supra* 208.

²⁷ C.J.U.E., 6 décembre 2011 (*Achughbabian c. France*), C-329/11, non encore publié au Rec. C.J.U.E., § 50.

commis un ou plusieurs autres délits peuvent le cas échéant, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive²⁸, être soustraits au champ d'application de celle-ci. Il ressort de l'arrêt attaqué que le demandeur a commis d'autres délits que celui consistant à séjourner irrégulièrement sur le territoire du Royaume. Partant, les juges d'appel n'ont pas violé le droit communautaire en appliquant au demandeur la peine d'emprisonnement prévue par l'article 75, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980. »²⁹

Cet arrêt soulève plusieurs interrogations. Premièrement, s'agissait-il bien dans le cas d'espèce de délits qui prévoient ou ont pour conséquence le retour ? Cette exigence, qui figure à l'article 2, § 2, de la directive³⁰, n'a pas été envisagée par la Cour. Deuxièmement, on observe que la directive devait être transposée au plus tard le 24 décembre 2010³¹, qu'elle ne l'a été que le 19 janvier 2012³² et que l'arrêt a été rendu le 14 décembre 2011. Or, ainsi que l'a rappelé la C.J.U.E. :

« Il importe de constater que l'usage, par un État membre, de la faculté prévue à l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2008/115 au plus tard à l'expiration du délai de transposition de cette directive a pour conséquence que les ressortissants de pays tiers y visés ne relèvent à aucun moment du champ d'application de cette directive.

En revanche, pour autant qu'un État membre n'a pas encore fait usage de cette faculté après l'expiration dudit délai de transposition, notamment en raison du fait qu'il n'a pas encore transposé la directive 2008/115 dans son droit national, il ne saurait se prévaloir du droit de restreindre le champ d'application personnel de cette directive au titre de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de celle-ci à l'égard des personnes auxquelles les effets de ladite directive étaient déjà applicables. »³³

Dans le cas d'espèce, on observe en outre que cet article 2, § 2, point b), n'a finalement même pas été transposé dans l'ordre juridique belge³⁴. Au vu de tout cela, il n'aurait pas dû être invoqué pour écarter l'enseignement de la jurisprudence Achughbabian. Il nous semble donc que la Cour de cassation

²⁸ Art. 2, § 2, de la directive 2008/115/CE : « Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers : b) faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition. »

²⁹ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.1623.F, 14 décembre 2011.

³⁰ Le texte concerne une sanction pénale « prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour ».

³¹ Art. 20, § 1, de la directive 2008/115/CE.

³² Loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 17 février 2012.

³³ C.J.U.E., 19 septembre 2013 (*Gjoko Filev et Adnan Osmani c. Allemagne*), C-297/12, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*, §§ 52-53.

³⁴ Voy. *supra* n°29.

devra tôt ou tard revenir sur sa jurisprudence.

212. De son côté, le législateur devrait mettre en conformité l'article 75, al. 1, de loi du 15 décembre 1980 en conditionnant la sanction pénale d'emprisonnement de l'étranger en séjour irrégulier d'une part, à l'application préalable des mesures coercitives prévues aux articles 7, 74/14 et 74/15 de la loi du 15 décembre et, d'autre part, au séjour irrégulier du ressortissant concerné sur le territoire national sans motif justifié de non-retour. À défaut, la législation belge restera en contradiction avec le droit de l'Union européenne.

§ 2. La détention à défaut d'autres mesures efficaces moins coercitives (art. 15, § 1)

213. L'article 15, § 1^{er}, de la directive impose de ne procéder à la rétention d'un ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une procédure de retour qu'à la condition que, pour ce ressortissant particulier, d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, ne puissent être appliquées efficacement.

214. Cette exigence de dernier recours se retrouve également dans le considérant 16 de la directive qui ne considère la rétention justifiée que « si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas »³⁵. Ainsi que le souligne la C.J.U.E. :

« L'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé »³⁶.

215. La Cour eur. D.H. a également insisté sur cette subsidiarité du recours à la détention, soulignant que :

« La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours, lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention. »³⁷

³⁵ Voy. également : C.J.U.E., 28 avril 2011 (*El Dridi c. Italie*), C-61/11, non encore publié au Rec. C.J.U.E., § 39.

³⁶ *Ibid.*, § 41.

³⁷ Cour eur. D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n°13229/03, § 70 ; Cour eur. D.H., *Witold Litwa c. Pologne*, 4 avril 2000, req. n°26629/95, § 78 ; Cour eur. D.H., *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islande*, 8 juin 2004, req. n°40905/98, § 51 ; Cour eur. D.H., *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, req. n°56529/00, § 44 ; Cour eur. D.H., *Rusu c. Autriche*, 2 octobre 2008, req. n° 34082/02, § 58.

À la différence de la C.J.U.E., la Cour eur. D.H. n'a par contre pas exigé que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours soit considérée comme raisonnablement nécessaire³⁸.

216. À cela s'ajoute l'exigence que la possibilité de recourir à d'autres mesures efficaces et moins coercitives fasse l'objet d'une appréciation *au cas par cas*. L'exigence de proportionnalité est ainsi individualisée, comme l'impose l'emploi par la disposition des termes « dans un cas particulier ». La C.J.U.E. a également souligné que ce n'est que :

« dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de *chaque situation spécifique*, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention »³⁹ (nous soulignons).

Il s'agit notamment, sans s'y limiter⁴⁰, des hypothèses où il existe un risque de fuite et où le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement⁴¹.

En droit belge

217. L'article 7, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980 dispose que :

« À moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu ».

Il s'agit d'une transposition quasiment littérale de l'exigence de dernier recours contenue dans la directive⁴². Seuls les termes « dans un cas particulier » ne se trouvent pas repris en tant que tels dans la loi. On peut cependant en retrouver le sens dans l'utilisation du singulier pour désigner « l'étranger » qui peut être maintenu. Ainsi que le souligne Dominique ANDRIEN, cela signifie que :

« il appartient à l'État qui veut retenir administrativement un étranger en vue de son éloignement d'indiquer, dans sa décision, quelles mesures suffisantes, mais moins coercitives, n'ont pu être appliquées efficacement dans son cas particulier et pourquoi. »⁴³

218. La jurisprudence belge relative à cette disposition apparaît confuse. La

³⁸ Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n°22414/93, § 112 ; Cour eur. D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n°13229/03, § 72.

³⁹ C.J.U.E., 28 avril 2011 (*El Dridi c. Italie*), C-61/11, non encore publié au Rec. C.J.U.E., § 39.

⁴⁰ Ainsi que l'indique l'emploi des termes *en particulier* par l'art. 15, § 1, de la directive 2008/115/CE.

⁴¹ Art. 15, § 1, pts a et b, de la directive 2008/115/CE.

⁴² Le texte de la directive dispose : « À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier ».

⁴³ D. ANDRIEN, « Du contrôle de la rétention administrative des étrangers - Observations », *J.L.M.B.*, vol. 2012/20, 18 mai 2012, p. 930.

Cour de cassation a considéré que l'article 7, al. 3 :

« prescrit de ne prendre cette mesure [de détention] qu'à défaut de pouvoir en appliquer efficacement d'autres, moins coercitives mais suffisantes pour reconduire l'étranger à la frontière. »⁴⁴

Il faut ainsi :

« que la condition de subsidiarité requise par la disposition légale susdite soit vérifiée »⁴⁵.

Deux mois seulement avant cet arrêt, la Cour de cassation considérait à l'inverse :

« Lorsque, dans la décision de privation de liberté, il indique concrètement les circonstances justifiant la mesure au regard des impératifs de nécessité prévus par l'article 7, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980, le ministre motive cet acte conformément à l'article 62 de cette loi. Aucune disposition ne lui impose d'exposer en outre les raisons pour lesquelles il considère qu'une mesure moins contraignante serait inapte à rencontrer cet objectif. »⁴⁶

De façon plus casuistique, la Cour de cassation a également affirmé :

« Le demandeur reproche à l'arrêt de valider une décision administrative qui ne contient aucune motivation justifiant l'inapplicabilité de mesures moins coercitives.

L'ordre de quitter le territoire relève notamment que

- lors de sa pénétration sur le territoire des Etats Schengen le 15 septembre 2011, le demandeur a été trouvé en possession de documents déclarés volés, sa véritable identité n'ayant pu, alors, être établie,
- il a été contrôlé en situation de séjour illégal les 4 octobre 2011, 10 février 2012 et 17 octobre 2012, date à laquelle il a aussi été interpellé pour vol à l'étalage,
- il a reçu un ordre de quitter le territoire les 15 septembre 2011, 4 octobre 2011, 10 février 2012 et 5 février 2013,
- il a été identifié à l'occasion d'une déclaration de mariage à l'officier de l'état civil de Liège le 27 juin 2013,
- le projet du demandeur d'épouser une ressortissante belge, alors que, de l'avis du parquet, il n'a pas l'intention de créer avec elle une communauté de vie durable, indique qu'il ne s'est jamais résolu à

⁴⁴ Cass. (vac.), arrêt n°P.12.1028.F, 27 juin 2012.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.0749.F/4, 16 mai 2012.

quitter le territoire,

- il est peu probable, au vu de la notification des précédentes mesures d'éloignement, que le demandeur, à nouveau contrôlé en séjour illégal, obtempère volontairement à la nouvelle mesure.

Sur le fondement de cette motivation, les juges d'appel ont pu considérer que la mesure litigieuse ne méconnaissait pas le principe de subsidiarité consacré par l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980. »⁴⁷

Face à cette incertitude dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la jurisprudence des Chambres des mises en accusation demeure dispersée. Parfois, elle contrôle s'il est établi que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives pouvaient être appliquées au cas d'espèce :

« Cette décision administrative [de détention afin d'éloignement] n'est toutefois pas légalement motivée dans la mesure où elle ne justifie pas l'impossibilité de recourir à une mesure moins coercitive que la privation de liberté au regard des éléments relatifs à la vie privée de l'appelant et dont la véracité n'est pas mise en doute, ni dans la décision querellée ni devant la Cour (la cohabitation avec une dame, enceinte de ses œuvres, et qu'il compte épouser, ainsi que la nécessité de sa présence auprès de sa mère, atteinte d'une maladie grave). Eu égard à l'ignorance desdits éléments, protégés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la décision de privation de liberté n'est pas légalement justifiée. »⁴⁸

Souvent, la jurisprudence considère :

« L'étranger a précédemment fait l'objet d'une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire, sans mesure privative de liberté et elle n'y a pas obtempéré. Le principe d'une procédure d'une expulsion graduelle est donc respecté, de sorte que le maintien en détention litigieux n'est contraire ni à la directive précitée [c'est-à-dire 2008/115/CE] ni au principe général de proportionnalité, ni à la CSDH [sic]. »⁴⁹

« aucune illégalité ne saurait se déduire du seul fait que l'autorité administrative impose à l'étranger une mesure de détention prévue par la loi, alors même que d'autres mesures moins contraignantes pourraient être prises. »⁵⁰

⁴⁷ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.13.1735.F, 20 novembre 2013.

⁴⁸ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2815, 29 août 2014, confirmé en cassation par Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.14.1415.F, 1^{er} octobre 2014 ; voy. également : Liège (mis. acc.), arrêt n°C-1195, 13 septembre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1866 du 29 juillet 2011.

⁴⁹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2760, 14 août 2013.

⁵⁰ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2772, 14 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2773, 14 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3717, 30 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3539, 17 octobre

« Les circonstances que l'étranger ou sa famille se proposent de payer une caution [...] sont étrangères à la loi du 15 décembre 1980 et ne sont, en tous les cas pas de nature à conclure à l'illégalité de la décision administrative de privation de liberté. »⁵¹

« Les dispositions précitées [art. 7, art. 27 et 74/14] n'imposent nullement que l'administration expose les raisons pour lesquelles elle n'opte pas pour d'autres mesures moins coercitives, telle que l'assignation à résidence ou une autre mesure prévue par l'A.R. du 9 octobre 1981, dès lors qu'elle motive régulièrement, comme en l'espèce, sa décision de privation de liberté. »⁵²

« Il n'est pas exigé que soient énoncés, dans la décision de privation de liberté, les raisons pour lesquelles une mesure moins contraignante serait inapte à rencontrer les objectifs de la détention, dès lors que cette décision est motivée conformément à l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980. »⁵³

Cette dernière position est généralement appuyée par un renvoi à un arrêt de la Cour de cassation de 2009⁵⁴. Cette référence devrait toutefois être abandonnée au profit de l'arrêt de juin 2012 suscité qui tient compte de la transposition de la directive 2008/115/CE dans l'ordre juridique belge⁵⁵.

219. Les Chambres des mises en accusation considèrent également :

« L'article 15 de cette directive [2008/115/CE] laisse un pouvoir d'appréciation aux États membres quant aux mesures coercitives adéquates à appliquer »⁵⁶.

Cette affirmation doit être nuancée. Le pouvoir d'appréciation dont dispose l'État se situe exclusivement dans le domaine du choix du type de mesures moins contraignantes auquel l'État peut avoir recours avant d'envisager la détention. Il ressort en effet des travaux préparatoires de la directive que les États sont obligés de mettre en place des mesures moins coercitives que la

2012 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°664/12, 21 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2760, 14 août 2013 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°453/13, 28 juin 2013.

⁵¹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2689, 7 août 2013.

⁵² Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3776, 30 octobre 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3577, 18 octobre 2013.

⁵³ Liège (mis. acc.), arrêt n°C-329, 4 mars 2014.

⁵⁴ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.08.1787.F/1, 14 janvier 2009.

⁵⁵ Dans le même sens, voy. C. MORJANE, « Le contrôle de la détention administrative des étrangers par les juridictions d'instructions – Un guide à l'attention des praticiens », *Revue du droit des étrangers*, 2013, n°173, p. 250.

⁵⁶ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 20 décembre 2013 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.0609.F, 20 avril 2011.

détention et que seul le type de mesure à mettre en place ne leur est pas imposé⁵⁷. La proposition initiale de directive de la Commission contenait une liste de mesures alternatives à mettre en place, tel que le dépôt d'une garantie financière, la reddition des documents d'identité et l'obligation de rester à un emplacement déterminé⁵⁸. Cette liste a finalement été remplacée par une référence générale, laissant aux États le soin de mettre en place le type d'alternatives à la détention de leur choix.

220. La Chambre des mises en accusation rappelle également une jurisprudence de la Cour de cassation datant de 2011 disposant que :

« la possibilité de rétention n'est pas limitée aux deux hypothèses visées par l'article 15 de la directive [2008/115/CE]. »⁵⁹

Cette jurisprudence est toutefois contredite par un arrêt du 21 janvier 2014 de la Cour de cassation relatif à une mesure de détention fondée sur trois circonstances : le requérant séjourne sur le territoire Schengen sans visa valable, il constitue un danger pour l'ordre public car il a été condamné pour vol et abandon d'enfant, et il n'a pas les moyens de quitter le territoire par ses propres moyens. La Cour considère que l'illégalité de la mesure de la détention peut être retenue pour les raisons suivantes :

« Uit die bepalingen die een beperking van de persoonlijke vrijheid meebrengen en derhalve van strikte toepassing zijn, blijkt dat teneinde de vreemdeling naar de grens terug te leiden, en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, hij *enkel* kan vastgehouden worden wanneer er een risico op onderduiken bestaat of wanneer de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert. »⁶⁰⁻⁶¹ (nous soulignons).

Cet arrêt pose le principe selon lequel l'O.E. peut seulement avoir recours à la détention aux fins d'éloignement dans deux hypothèses : lorsqu'il existe un

⁵⁷ P. DE BRUYCKER, S. MANANASHVILI ET G. RENAUDIÈRE, "The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU: Conceptual Framework for the Project CONTENTION", *CONTENTION RR 2014/01*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2014, p. 26.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 20 décembre 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1146, 28 mars 2014 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1906, 28 mai 2014 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.0609.F, 20 avril 2011.

⁶⁰ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.14.0005.N/1, 21 janvier 2014.

⁶¹ Traduction libre : De ces dispositions qui entraînent une limitation de la liberté personnelle et qui sont, dès lors, de stricte interprétation, il ressort qu'afin de reconduire un étranger à la frontière, et compte tenu du principe de subsidiarité, il peut seulement y avoir recours à la détention lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement. Les difficultés relatives à l'absence d'éléments objectifs et sérieux dans la définition légale du risque de fuite ont déjà été examinées.

221. En tout état de cause, la détention demeure soumise à plusieurs limites. Elle doit ainsi être nécessaire afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, être proportionnée, intervenir en dernier recours et à défaut d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives⁶².

§ 3. La détention aussi brève que possible et exécutée avec la diligence requise (art. 15, § 1)

222. L'article 15, § 1^{er}, exige que la rétention soit aussi brève que possible et ne soit maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise. Allant dans le même sens, la Cour eur. D.H. a considéré que la durée de la détention ne devait pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi⁶³ et que « si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de l'article 5 par. 1 f) »⁶⁴.

En droit belge

223. On retrouve en substance ces deux exigences – une rétention aussi brève que possible et un éloignement poursuivi avec diligence – à l'article 7, al. 3 et 5, de la loi du 15 décembre 1980 qui dispose :

« À moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu à cette fin, pendant le *temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure* [...]

Le Ministre ou son délégué peut toutefois prolonger cette détention par période de deux mois, lorsque les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mise en détention de l'étranger, qu'elles sont poursuivies *avec toute la diligence requise*. » (nous soulignons).

Dans le même ordre d'idée, l'article 74/6, § 2, al. 1^{er}, de la loi du 15 décembre

⁶² Cass. (vac.), arrêt n°P.12.1028.F, 27 juin 2012.

⁶³ Cour eur. D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n°13229/03, § 74.

⁶⁴ Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n°22414/93, § 113 ; Cour eur. D.H., *Quinn c. France*, 22 mars 1995, req. n°18580/91, § 48.

1980 dispose :

« La durée du maintien décidé en application du [§§ 1er et 1bis] ne peut excéder deux mois. Lorsque l'étranger visé au § 1er fait l'objet d'une décision de refus de séjour [...], le Ministre ou son délégué peut toutefois prolonger son maintien par période de deux mois si les démarches en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables [après que la décision de refus de séjour est devenue exécutoire], qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable. »

Cette diligence peut être contrôlée par les juridictions d'instruction lors de l'examen de légalité de la détention⁶⁵. La Chambre des mises en accusation de Bruxelles a ainsi considéré qu'une mesure de prolongation de la détention au-delà de deux mois était illégale, car la motivation de celle-ci n'indiquait pas quelles démarches avaient été entreprises en vue de l'éloignement de l'étranger ni que ces démarches, à les supposer démontrées, avaient été poursuivies avec toute la diligence requise, conformément à l'article 74/6, § 2, al. 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980⁶⁶. À l'inverse, la même Chambre des mises en accusation a confirmé une mesure de détention en date du 15 janvier 2014, n'apercevant pas « quelle autre mesure les autorités nationales pourraient actuellement prendre tant que les autorités croates n'ont pas encore répondu au courriel leur adressé le 18 décembre 2013 »⁶⁷.

§ 4. La détention pourvu que l'éloignement reste possible dans un délai raisonnable (art. 15, § 4)

224. L'article 15, § 4, de la directive 2008/115/CE impose que s'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement, on mette immédiatement fin à la rétention⁶⁸. Seule une réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien eu égard aux délais fixés aux paragraphes 5 et 6 de l'article 15 correspond à une perspective raisonnable d'éloignement⁶⁹. Ainsi, une perspective raisonnable d'éloignement n'existe pas lorsqu'il paraît peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers dans les délais imposés⁷⁰.

⁶⁵ Mons (mis. acc.), arrêt n°407/13, 14 juin 2013.

⁶⁶ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2666, 6 août 2014.

⁶⁷ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°150, 15 janvier 2014.

⁶⁸ Art. 15, § 4, de la directive 2008/115/CE : « Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres [...], la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté. »

⁶⁹ C.J.U.E., 30 novembre 2009 (Kadzoev c. Bulgarie), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189, § 67.

⁷⁰ *Ibid.*, § 66.

En droit belge

225. On retrouve expressément cette exigence à l'article 7, al. 5, de la loi du 15 décembre 1980 qui dispose :

« Le Ministre ou son délégué peut toutefois prolonger cette détention par période de deux mois, lorsque les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mise en détention de l'étranger, qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et *qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable* » (nous soulignons).

226. Cette condition de subsistance d'une perspective raisonnable d'éloignement ne vaut que pour autant que la limite de cinq mois de détention n'a pas été atteinte. Dans tous les cas, si celle-ci est atteinte, le ressortissant concerné doit être remis en liberté⁷¹.

Section 2. Autorités compétentes et contrôle juridictionnel (art. 15, §§ 2 et 3)

227. Pour qu'il puisse être procédé à la rétention, il est requis que celle-ci ait été ordonnée par écrit par des autorités administrative ou judiciaire (§ 1) et qu'elle fasse l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables (§ 2).

§ 1. Ordonnée par écrit et contrôle juridictionnel (art. 15, § 2)

228. L'article 15, § 2, de la directive dispose :

« La rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires. La rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit.

Si la rétention a été ordonnée par des autorités administratives, les États membres:

- a) soit prévoient qu'un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention,
- b) soit accordent au ressortissant concerné d'un pays tiers le droit d'engager une procédure par laquelle la légalité de la rétention fait l'objet d'un contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du lancement de la procédure en question. Dans ce cas, les États membres informent immédiatement le

⁷¹ L'art. 7, al. 7 précise en effet que : « Après cinq mois de détention, l'étranger doit être remis en liberté. »

ressortissant concerné d'un pays tiers de la possibilité d'engager cette procédure.

Le ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale. »

229. Il peut ainsi être décidé de la mise en rétention tant par des autorités judiciaires qu'administratives. Dans le cas où la rétention est ordonnée par les autorités administratives, un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention doit être prévu d'office ou, à défaut, la possibilité d'un tel contrôle doit être offerte⁷². Dans ce dernier cas, le ressortissant concerné doit immédiatement être informé de cette possibilité.

230. La détention doit être ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit⁷³. L'article 5, § 2, C.E.D.H. ajoute que « Toute personne arrêtée doit être informée dans les plus brefs délais et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation ». Cette disposition « oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4 »⁷⁴. Cette information doit en outre être fournie dans les plus brefs délais, une communication orale étant à cet égard suffisante⁷⁵.

231. L'affaire *Madhi* soumise par la Bulgarie à la C.J.U.E. concernait un ressortissant d'un pays tiers n'étant pas en possession de documents d'identité et n'ayant pas obtenu de tels documents de son pays d'origine, qui fut libéré au motif qu'il n'existerait plus de perspective raisonnable d'éloignement. Dans son arrêt du 5 juin 2014⁷⁶, la C.J.U.E. s'est prononcée sur la nature du contrôle que doit effectuer l'autorité judiciaire saisie d'une demande de prolongation de la rétention. Il en est ressorti qu'en cas de périodes de détention prolongées, l'autorité judiciaire chargée du contrôle devrait rechercher tout élément pertinent pour sa décision et pouvoir substituer sa propre décision à celle ayant ordonné la rétention initiale. Elle devrait également être en mesure d'ordonner soit la prolongation de la rétention, soit une mesure de substitution moins coercitive, soit la remise en liberté du ressortissant lorsque cela est justifié⁷⁷. Ce contrôle, ainsi

⁷² Dans le même sens, l'art. 5, § 4, de la C.E.D.H. dispose que : « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

⁷³ Dans le même sens, l'art. 5, § 2, de la C.E.D.H. dispose que : « Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. »

⁷⁴ Cour eur. D.H., *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, req. n°51564/99, § 50 ; Cour eur. D.H., *Rusu c. Autriche*, 2 octobre 2008, req. n°34082/02, § 36.

⁷⁵ Cour eur. D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n°13229/03, § 84 : dans cet arrêt, un délai de 76h a été jugé excessif.

⁷⁶ C.J.U.E., 5 juin 2014 (*Mahdi c. Bulgarie*), C-146/14 PPU.

⁷⁷ *Ibid.*, § 64.

décrit, a toutes les apparences d'un contrôle d'opportunité. Cela signifie-t-il que le contrôle mensuel de la détention des étrangers aux fins devrait consister en un contrôle d'opportunité ?

Nous ne le pensons pas. Ce contrôle d'opportunité doit être opéré, selon les termes de l'arrêt, au moment de la « prolongation de la rétention ». Conformément au paragraphe 42 de l'arrêt :

« Toute rétention qui dépasse six mois doit être considérée [...] comme une rétention prolongée aux fins de l'article 15, paragraphe 3, de la [directive 2008/115/CE]. »

La Cour n'exclut pas explicitement qu'une détention de moins de six mois puisse être considérée comme une « rétention prolongée ». Alors que l'Avocat général semblait l'affirmer⁷⁸, la Cour se garde soigneusement de fournir le moindre élément qui puisse le laisser penser. Or, cela est important puisque l'obligation de procéder à un contrôle judiciaire d'opportunité telle qu'elle est formulée dans l'arrêt concerne seulement les contrôles réalisés au terme d'une « détention prolongée »⁷⁹. En d'autres termes, la seule certitude qui puisse être tirée de l'arrêt *Mahdi* est qu'au terme d'une détention de six mois, un contrôle judiciaire d'opportunité défini selon les modalités contenues dans l'arrêt doit être opéré.

Une distinction devrait donc être faite entre deux types de contrôle : un contrôle de légalité, immédiatement après la prise de décision de détention, et un contrôle d'opportunité, au moment de la prolongation de celle-ci au-delà de six mois. La nature d'éventuels contrôles réalisés après le premier contrôle de légalité et avant l'expiration de la période de six mois de détention n'est pour l'heure pas définie par la C.J.U.E. et demeure donc à l'appréciation des États membres. Cela limite malheureusement considérablement la portée de l'arrêt *Mahdi* sur la pratique belge.

232. Dans tous les cas, le contrôle juridictionnel doit être engagé le plus rapidement possible, soit à compter du lancement de la rétention, soit à compter du lancement de la procédure de contrôle si celle-ci est à la discrétion du ressortissant concerné⁸⁰. Si le contrôle juridictionnel déclare la détention illégale, le ressortissant concerné est immédiatement remis en liberté. La Cour eur. D.H. a considéré qu'en « garantissant aux personnes arrêtées ou détenues un recours pour contester la régularité de leur privation de liberté, l'article 5 § 4 consacre aussi le

⁷⁸ « Les réexamens en cas de périodes de rétention prolongées, visés à l'article 15, paragraphe 3, seconde phrase, de cette directive, sont, selon ma lecture de cette disposition, opérés en vue d'obtenir une prolongation de la rétention initiale, que cette prolongation débute pendant la période visée à l'article 15, paragraphe 5, de la directive 2008/115⁽²⁵⁾ ou à l'échéance de cette période⁽²⁶⁾ » Prise de position de l'Avocat Général M. MACIEJ SZPUNAR, Affaire C-146/14 PPU, présentée le 14 mai 2014, § 66.

⁷⁹ Voy. notamment les paragraphes 62 et 64 de l'arrêt.

⁸⁰ Cette exigence de bref délai est reprise à l'art. 5, § 4, de la C.E.D.H.

droit pour elles, à la suite de l'institution d'une telle procédure, d'obtenir à bref délai une décision judiciaire concernant la régularité de leur détention et mettant fin à leur privation de liberté si elle se révèle illégale. »⁸¹

233. Dans une affaire *Firoz Muneer* contre la Belgique, la Cour eur. D.H. a constaté que le requérant avait été privé de sa liberté aux fins d'éloignement pendant près de quatre mois et qu'il n'avait pas pu obtenir de décision finale sur la légalité de sa détention. La Cour a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 5, § 4, C.E.D.H., dès lors que le requérant n'avait pas pu obtenir qu'un tribunal statue à bref délai, en l'occurrence quatre mois, sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si sa détention était jugée illégale⁸².

234. Dans une affaire *M. G. et N. R. c. Pays-Bas*, la C.J.U.E. a été invitée à préciser les contours du droit d'être entendu lors de la prise de décision de détention afin d'éloignement par l'administration. À cette occasion, la C.J.U.E. a remarqué que la directive 2008/115 ne précisait pas dans quelles conditions devait être assuré le respect du droit de ces ressortissants d'être entendus, ni les conséquences qu'il conviendrait de tirer de la méconnaissance de ce droit, hormis l'exigence, de caractère général, de remise en liberté pour le cas où la rétention ne serait pas légale⁸³.

La Cour rappelle toutefois que ce droit d'être entendu figure au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et consacrés par la Charte. À ce titre, le respect de ces droits s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité⁸⁴. L'obligation de respecter les droits de la défense des destinataires de décisions qui affectent de manière sensible leurs intérêts pèse ainsi en principe sur les administrations des États membres lorsqu'elles prennent des mesures entrant dans le champ d'application du droit de l'Union⁸⁵.

La Cour ajoute que les États membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, doivent, d'une part, déterminer les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect du droit, pour les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, d'être entendus et, d'autre part, tirer les conséquences de la méconnaissance de ce droit⁸⁶. En vertu du droit de l'Union, une violation de ce droit d'être entendu n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la

⁸¹ Cour eur. D.H., *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, req. n°28358/95, § 68.

⁸² Cour eur. D.H., *Firoz Muneer c. Belgique*, 11 avril 2013, req. n°56005/10. Voy. P. D'HUART, « Cour eur. D.H., arrêt *Firoz Muneer c. Belgique*, 11 avril 2013, req. n°56005/10 », *Newsletter EDEM*, avril 2013.

⁸³ C.J.U.E., 10 septembre 2013 (*M. G. et N. R. c. Pays-Bas*), C-383/13, non encore publié au Rec. C.J.U.E., § 31.

⁸⁴ *Ibid.*, § 32.

⁸⁵ *Ibid.*, § 35.

⁸⁶ *Ibid.*, § 37.

procédure administrative en cause que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent⁸⁷.

En droit belge

235. En Belgique, c'est le Ministre ou son délégué – en l'occurrence, il s'agit d'un Secrétaire d'État⁸⁸ qui délègue son pouvoir à l'O.E.⁸⁹ – qui prend les décisions de privation de liberté⁹⁰, ainsi que de prolongation de ces privations⁹¹. Ces décisions doivent être adéquatement motivées en fait et en droit⁹². La motivation doit être fondée sur des faits réels et un rapport raisonnable entre la mesure et le but visé doit pouvoir s'en déduire⁹³. L'étranger est en outre informé lors de sa notification de son maintien en détention de la possibilité d'introduire un recours auprès de la Chambre du conseil⁹⁴. Les ordonnances de la Chambre du conseil sont susceptibles d'appel auprès de la Chambre des mises en accusation⁹⁵. L'appel doit être interjeté dans un délai de vingt-quatre heures à compter de la signification de l'ordonnance de la Chambre du conseil⁹⁶. Les décisions de détention ne peuvent normalement pas faire l'objet d'un référé sur la base de l'article 584 du Code judiciaire⁹⁷, même s'il semble que de tels référés aient bien eu lieu⁹⁸.

⁸⁷ *Ibid.*, § 38.

⁸⁸ C.C.E., arrêt n°41.300, 31 mars 2010 : « la délégation de certains pouvoirs du Ministre qui a l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers dans ses compétences, à certains fonctionnaires de l'Office des étrangers, prévue dans l'arrêté ministériel du 18 mars 2009, vaut également en ce qui concerne le Secrétaire d'État à la Politique de migration et d'asile, qui, en vertu des dispositions précitées, a également les mêmes matières dans ses compétences. » Cons. cont. étr., arrêt n°41.300, 31 mars 2010.

⁸⁹ L'office des étrangers est une autorité administrative. Il s'impose donc de respecter les exigences prévues à l'art. 15, § 2, alinéa 3, pt b, de la directive 2008/115/CE.

⁹⁰ Art. 7, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980.

⁹¹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2608, 20 juillet 2012.

⁹² Art. 62, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980 : « Les décisions administratives sont motivées » ; art. 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991 : « La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate. »

⁹³ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3219, 25 septembre 2012, p. 3.

⁹⁴ Art. 75, § 3, al. 2, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981 et art. 16 de l'arrêté royal du 02 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 12 septembre 2002.

⁹⁵ Art. 72, al. 3 et 4, de la loi du 15 décembre 1980 et art. 30 de la loi relative à la détention préventive du 20 juillet 1990, *M.B.*, 14 août 1990.

⁹⁶ Art. 30, § 2, al. 1, de la loi relative à la détention préventive du 20 juillet 1990, *M.B.*, 14 août 1990 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1393, 15 avril 2014.

⁹⁷ Art. 63 de la loi du 15 décembre 1980.

⁹⁸ Voy. *supra* n°74.

1. *Contrôle de légalité ou d'opportunité ?*

236. La Chambre du conseil et la Chambre des mises en accusation vérifient « si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité »⁹⁹. Ce contrôle de légalité de la décision administrative englobe le contrôle de l'exactitude des motifs de fait sur lesquels elle repose¹⁰⁰. La Cour de cassation a considéré à cet égard :

« Dat toezicht houdt eveneens in dat wordt nagegaan of de door de bestuurlijke overheid aangevoerde feiten zich werkelijk hebben voorgedaan en met de werkelijkheid overeenstemmen. De rechter onderzoekt daarbij of de beslissing steunt op een redengeving zonder kennelijke beoordelingsfout of feitelijke vergissing. »¹⁰¹

237. La frontière entre le contrôle de légalité et d'opportunité peut être délicate à tracer. Le contrôle de légalité inclut en effet celui de la conformité de la décision de détention avec la directive retour et la C.E.D.H. Or, aussi bien l'une que l'autre pose clairement l'exigence de respect du principe de proportionnalité¹⁰². S'agit-il là d'opportunité ou de légalité ? Un arrêt de la Chambre des mises en accusation avait invalidé une décision de l'O.E. au motif qu'elle se fondait sur des faits et des décisions anciennes de dix ans et n'accordait pas suffisamment d'attention ni ne tenait suffisamment compte de la modification des conditions et de l'évolution favorable de la situation du requérant. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif qu'elle avait effectué un contrôle d'opportunité et non de légalité de la décision¹⁰³.

À l'inverse, pour une détention fondée sur un risque de fuite actuel et réel, il a été considéré que si le dossier de l'O.E. ne contient aucun élément objectif et sérieux accréditant ce risque de fuite dans le chef de l'intéressé, la mise en liberté peut être ordonnée. Cela s'explique par le fait que si le titre de privation de liberté s'appuie sur l'affirmation qu'il existe un risque de fuite, le pouvoir judiciaire doit pouvoir vérifier que ce risque a été apprécié par l'Administration conformément aux critères que la loi en donne¹⁰⁴.

⁹⁹ Art. 72, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980 ; Cass. (vac.), arrêt n°P.01.1011.F, 31 juillet 2001 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.2019.F, 2 janvier 2013.

¹⁰⁰ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3219, 25 septembre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2851, 30 août 2013.

¹⁰¹ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.2050.N/A, 2 janvier 2013. Traduction officieuse : « Ce suivi implique également qu'il soit vérifié si les faits allégués par l'administration ont effectivement eu lieu et correspondent à la réalité. Le juge examine si la décision est fondée sur un raisonnement sans erreur manifeste d'appréciation ou erreur factuelle. »

¹⁰² Sur le critère de proportionnalité dans la directive retour et les droits de l'homme, voy. *supra* n°205.

¹⁰³ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.13.0337.N/1, 19 mars 2013.

¹⁰⁴ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.1028.F, 27 juin 2012.

Concernant le contrôle de légalité, la Chambre des mises en accusation de Bruxelles a considéré qu'un titre privatif de liberté n'était pas motivé conformément à la loi dès lors que la base légale visée pour justifier la détention ne correspondait pas à la situation personnelle de l'intéressé¹⁰⁵.

2. *Conformité de l'éloignement aux droits fondamentaux*

238. La conformité de l'éloignement aux droits fondamentaux fait partie du contrôle de légalité des juridictions d'instruction. La Cour de cassation a considéré à cet égard :

« l'éloignement d'un étranger et la mesure privative de liberté prise à cette fin peuvent aboutir à une situation tombant sous l'application de l'article 3 de la Convention s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'après son éloignement ou en raison de celui-ci, l'étranger risque de subir soit la torture soit des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Il s'ensuit que, lorsqu'un étranger invoque un tel risque, la juridiction d'instruction doit en apprécier l'existence au titre d'un contrôle de légalité et non d'opportunité. »¹⁰⁶

239. La Chambre des mises en accusation effectue un tel contrôle au regard de l'article 3¹⁰⁷, mais aussi au regard de l'article 8.1 C.E.D.H. et du risque de violation du droit au respect de la vie privée et familiale¹⁰⁸. Doctrine et jurisprudence s'accordent pour reconnaître que dans le cadre du contrôle de la légalité d'une mesure de rétention et d'expulsion, la juridiction d'instruction doit examiner si elle fait courir au requérant un risque de subir la torture ou des traitements inhumains¹⁰⁹. À titre d'exemple, il a notamment été considéré que la détention d'un père de quatre enfants, de nationalité algérienne, le plus jeune étant âgé d'à peine deux mois, bénéficiant comme leur mère, de nationalité marocaine d'un droit de séjour en Belgique, était disproportionnée par rapport à l'ingérence qu'elle constitue dans la vie privée et familiale de l'étranger¹¹⁰. Par contre, cela n'a pas été jugé être le cas pour une femme enceinte de cinq semaines souhaitant épouser un Belge avec qui elle entretenait une relation¹¹¹,

¹⁰⁵ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2835, 28 août 2013.

¹⁰⁶ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.2130.F, 18 janvier 2012.

¹⁰⁷ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3046, 13 septembre 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3405, 4 octobre 2013.

¹⁰⁸ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.0291.F, 21 mars 2012.

¹⁰⁹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 24 janvier 2014.

¹¹⁰ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2583, 18 juillet 2012.

¹¹¹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2757, 13 août 2012.

ni pour un homme disposant d'une compagne en Belgique enceinte de ses œuvres¹¹².

240. Au titre de leur contrôle de légalité de la détention, les juridictions d'instruction sont donc amenées à contrôler la conformité de l'éloignement aux droits fondamentaux. Ce glissement du contrôle de la détention vers celui de l'éloignement mérite d'être souligné. La raison d'être de cela tient sans doute au fait que la détention n'est légale que pour autant qu'elle soit réalisée en vue de l'éloignement. Or si ce dernier est illégal, il devrait en aller de même de la détention conformément au principe *accessorium sequitur principale*. Ainsi que l'a souligné le C.E., la remise à la frontière ne constitue qu'une mesure d'exécution de l'O.Q.T. Elle suit le sort de l'O.Q.T. qu'elle assortit, en tant qu'accessoire de ce dernier¹¹³. Cette approche est conforme à l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980 qui dispose que la Chambre du Conseil « vérifie si les mesures privatives de liberté *et d'éloignement du territoire* sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité. »¹¹⁴ (nous soulignons).

241. Face à un constat de contrariété de l'éloignement aux droits fondamentaux, les Chambres d'instruction peuvent seulement déclarer la détention illégale et y mettre fin¹¹⁵. L'éloignement lui-même ne relève pas de leur compétence, mais bien de celles de l'O.E. et du C.C.E.¹¹⁶. Au vu de cela, il n'est pas exclu de voir la Chambre des mises en accusation mettre fin à une détention, car l'éloignement en vue duquel celle-ci est réalisée est contraire aux droits fondamentaux, tandis que l'O.E. éventuellement suivi par le C.C.E., ne partageant pas ce point de vue, maintiendrait l'O.Q.T. Les juridictions d'instruction prennent en effet en compte les arrêts prononcés par le C.C.E. sur la question, mais sans se dispenser pour autant d'un examen du dossier¹¹⁷. Si une telle situation peut apparaître confuse sur le plan des principes, elle a l'avantage d'offrir au requérant, lors de sa détention en vue de son éloignement, un second contrôle de conformité dudit éloignement à ses droits fondamentaux.

3. *Droit d'être entendu et décision de détention*

242. L'article 72 de la loi du 15 décembre 1980 ne prévoit pas l'audition de l'étranger préalablement à la prise d'une décision de rétention afin d'éloignement. L'application directe en droit belge du droit d'être entendu tel

¹¹² Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3046, 13 septembre 2013.

¹¹³ C.E. (VI^e ch. vac.), 8 juillet 2005, n°147.537.

¹¹⁴ Art. 72 de la loi du 15 décembre 1980.

¹¹⁵ En vertu des art. 71 et 73 de la loi du 15 décembre 1980, le recours ne concerne que la mesure privative de liberté.

¹¹⁶ Art. 39/2 et 39/82 de la loi du 15 décembre 1980.

¹¹⁷ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1279, 4 avril 2014.

qu'il est prévu à l'article 41.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. impose-t-elle une telle audition ?

La Cour de cassation a répondu par la négative¹¹⁸. Elle a jugé que le droit d'être entendu n'a pas vocation à s'appliquer à l'égard des États membres, mais seulement des institutions, organes et organismes de l'Union. Elle a ajouté qu'aucune norme établie par l'Union européenne ne fixait les conditions dans lesquelles devait être assuré le respect des droits de la défense des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière avant de faire l'objet d'un maintien dans un lieu déterminé à la suite d'un ordre de quitter le territoire. Sur ces considérations, elle a conclu qu'aucune violation de l'article 41 de la Charte ne pouvait se déduire de la circonstance que la mesure de rétention n'avait pas été précédée d'une audition de l'étranger.

243. Cette jurisprudence de la Cour de cassation nous semble critiquable au regard de l'enseignement suscité de la C.J.U.E.¹¹⁹ en vertu duquel le respect du droit fondamental d'être entendu s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité¹²⁰. La C.J.U.E. a confirmé que le respect du droit d'être entendu pèse en principe sur les administrations des États membres lorsqu'elles prennent des mesures entrant dans le champ d'application du droit de l'Union¹²¹. Par ailleurs, il y a une obligation dans le chef des États membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, de déterminer les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect du droit, pour les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, d'être entendus et, d'autre part, de tirer les conséquences de la méconnaissance de ce droit¹²². La législation belge, en ce qu'elle ne prévoit pas l'audition de l'étranger préalablement à la prise d'une décision de rétention afin d'éloignement, est contraire à la Charte des droits fondamentaux.

244. En vertu du droit de l'Union, une violation du droit d'être entendu n'entraîne l'annulation de la décision de détention que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent¹²³. Dès lors, contrairement à l'enseignement de la Cour de cassation suscité¹²⁴, il peut être postulé que si, dans le cadre de la détention d'un étranger en séjour irrégulier en Belgique, l'absence d'audition préalable et la possibilité d'aboutir à un résultat

¹¹⁸ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.14.1399.F/5, 15 octobre 2014.

¹¹⁹ Voy. *supra* n°234.

¹²⁰ C.J.U.E., 10 septembre 2013 (M. G. et N. R. c. Pays-Bas), C-383/13, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*, § 32.

¹²¹ *Ibid.*, § 35.

¹²² *Ibid.*, § 37.

¹²³ *Ibid.*, § 38.

¹²⁴ Voy. *supra* n°243.

différent sont établies, le droit de l'Union requiert qu'il soit mis fin à la détention.

4. *Contrôle de légalité et séparation des pouvoirs*

245. La jurisprudence pose le principe selon lequel l'article 237, al. 3, du Code pénal ainsi que le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs interdisent à la juridiction d'instruction de censurer la mesure de détention afin d'éloignement du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité¹²⁵. Cet article 237, al. 3, du Code pénal se lit comme suit :

« Seront punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans, d'une amende de cinquante euros à cinq cents euros [...] :

Les membres et membres assesseurs des cours et tribunaux [...] qui auront excédé leur pouvoir en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration. »

Il s'agit de sanctionner les violations du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs par les magistrats, notamment lorsque ceux-ci excèdent leur pouvoir et empiètent sur les fonctions administratives¹²⁶. Cela pose question : la censure des décisions de détention afin d'éloignement du point de vue de leur mérite, de leur pertinence ou de leur efficacité constitue-t-elle un excès de pouvoir des juridictions d'instruction au sens de cet article 237 du Code pénal ?

246. Nous ne le pensons pas. Cette forme de censure fait, selon nous, partie du contrôle de légalité. Plusieurs exigences de pertinence ou d'efficacité des mesures de détention sont désormais intégrées dans la loi, soit formellement, soit par le biais de l'effet direct de la directive « retour ». À titre d'exemple, la pertinence des mesures de détention afin d'éloignement est examinée à travers l'exigence de perspectives raisonnables d'éloignement. En effet, quelle est la pertinence d'une détention afin d'éloignement sans perspective d'éloignement ?

Dans le même ordre d'idée, l'efficacité de la mesure de détention afin d'éloignement est contrôlée dans le cadre de l'examen la subsidiarité du recours à la détention. Cette exigence constitue en effet un contrôle d'efficacité d'autres mesures moins coercitives par rapport à la détention. L'article 7, al. 3, de la loi

¹²⁵ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.10.1676.F, 17 novembre 2010 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.2042.F, 21 décembre 2011 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2084, 13 juin 2014 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2703, 13 août 2014.

¹²⁶ H.-D. BOSLY, C. DE VALKENEER et N. VAN DER EECKEN, « Chapitre VI - De la coalition des fonctionnaires et de l'empiètement des autorités administratives et judiciaires » in *Les infractions – Volume 5*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 307.

du 15 décembre 1980 apparaît particulièrement explicite à cet égard : « À moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées *efficacement*, l'étranger peut être maintenu »¹²⁷.

Enfin, en cas de périodes de détention prolongées au-delà de six mois, la C.J.U.E. impose que la juridiction d'instruction soit en mesure de substituer sa décision à celle de l'Administration¹²⁸. Cette forme de substitution de la juridiction d'instruction à l'autorité administrative écarte définitivement le prescrit de l'article 237 du Code pénal.

247. Le contrôle de légalité de la détention intègre donc une censure des décisions de détention du point de vue de leur mérite, de leur pertinence ou de leur efficacité. En cas de détention au-delà de six mois, l'autorité judiciaire doit même substituer sa décision à celle de l'Administration. Cela ne constitue ni un excès de pouvoir ni une immixtion dans les matières attribuées aux autorités administratives au sens de l'article 237 du Code pénal. Dès lors, l'interdiction de censurer la mesure de détention afin d'éloignement du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité déduite de cette disposition nous paraît devoir être écartée.

5. *Procédure devant les juridictions d'instruction*

248. La Chambre du Conseil doit statuer dans les cinq jours ouvrables du dépôt de la requête, après avoir entendu les parties, à défaut de quoi l'étranger est remis en liberté¹²⁹. Si la Chambre décide de ne pas maintenir l'arrestation, « l'étranger est remis en liberté dès que la décision est coulée en force de chose jugée »¹³⁰. Les recours devant la Chambre du conseil et la Chambre des mises en accusation sont non suspensifs de l'éloignement. L'effectivité d'un recours susceptible d'affecter une mesure privative de liberté n'est pas considérée comme subordonnée à la condition qu'il suspende celle-ci¹³¹. Cela implique que l'étranger est susceptible d'être éloigné avant qu'elles ne se soient prononcées sur la légalité de sa détention¹³².

¹²⁷ Dans le même sens, voy. Cass. (vac.), arrêt n°P.12.1028.F, 27 juin 2012.

¹²⁸ Voy. *supra* n°231.

¹²⁹ Art. 72, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980.

¹³⁰ Art. 73, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980.

¹³¹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1842, 22 mai 2013 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.08.1402.F/1, 15 octobre 2008.

¹³² C'est fréquemment le cas. Voy. notamment Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2755, 13 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3505, 15 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3347, 3 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3709, 29 octobre 2012.

249. S'il décide de prolonger la détention, le Ministre doit saisir la Chambre du conseil dans les cinq jours ouvrables de la prolongation. À défaut, l'étranger est remis en liberté¹³³.

6. *Compétence territoriale*

250. La Chambre du conseil compétente est celle du tribunal correctionnel du lieu de résidence du requérant ou du lieu où il a été trouvé¹³⁴. Le lieu de résidence s'entend du lieu de son habitation effective au moment où la mesure administrative est prise et non du lieu où est situé l'établissement qui le reçoit à la suite de sa privation de liberté¹³⁵. Le lieu où un étranger, déjà détenu sur la base de l'article 7, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980, se trouve au moment où est rendue ou signifiée une décision de maintien dans un lieu déterminé fondée sur l'article 74/6, § 1^{er}*bis*, de ladite loi, n'est pas le lieu où l'étranger a été trouvé au sens de l'article 71, al. 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980¹³⁶. L'article 71 qui détermine cette compétence territoriale est d'ordre public. Il appartient donc au juge de veiller à son application à tous les stades de la procédure, même d'office¹³⁷.

§ 2. Réexamens à intervalles raisonnables (art. 15, § 3)

251. L'article 15, § 3, de la directive impose que :

« Dans chaque cas, la rétention fait l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables soit à la demande du ressortissant concerné d'un pays tiers, soit d'office. En cas de périodes de rétention prolongées, les réexamens font l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire. »

La rétention doit faire l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables, soit à la demande du ressortissant, soit d'office. Si la rétention se prolonge, une autorité judiciaire effectue d'office un contrôle.

En droit belge

252. Le recours auprès de la Chambre du conseil peut être réintroduit de mois en mois¹³⁸. Ce délai d'un mois doit être calculé à compter de la dernière

¹³³ Art. 74, al. 1 et 2, de la loi du 15 décembre 1980.

¹³⁴ Art. 71 de la loi du 15 décembre 1980.

¹³⁵ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.1502.F/1, 12 septembre 2012 ;

¹³⁶ Cass. (vac.), arrêt n°P.10.1165.N, 27 juillet 2010 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.10.1490.N, 21 septembre 2010.

¹³⁷ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.08.1616.F, 26 novembre 2008 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°556/13, 8 août 2013.

¹³⁸ Art. 71, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980.

ordonnance ou du dernier arrêt de la juridiction d'instruction ordonnant le maintien de la privation de liberté¹³⁹. Lorsque le Ministre décide de prolonger la détention au-delà de deux mois, il doit saisir la Chambre du Conseil dans les cinq jours ouvrables de la prolongation, afin que celle-ci se prononce sur la légalité de la prolongation. À défaut, l'étranger doit être remis en liberté¹⁴⁰. En cas de prolongation de la détention, la légalité des conditions de prolongation est susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire en application de l'article 71, al. 1, sans qu'il ne faille attendre l'écoulement du délai d'un mois après un éventuel précédent recours contre la décision de détention prolongée¹⁴¹. Lorsque le Ministre a correctement saisi la Chambre du Conseil, un recours ne peut plus être introduit par l'étranger qu'à partir du trentième jour qui suit la prolongation¹⁴².

Section 3. Détention nécessaire et limitée dans le temps (art. 15, §§ 5 et 6)

253. L'article 15, §§ 5 et 6, de la directive 2008/115/CE dispose que :

« 5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois.

6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison:

- a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou
- b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires. »

254. Plusieurs aspects doivent être distingués dans ces deux paragraphes : l'introduction d'un critère de nécessité (§ 1), la détermination de la durée maximale de la rétention (§ 2), la possibilité d'interrompre l'écoulement du délai de rétention (§ 3) et l'effet sur le délai d'une nouvelle décision de rétention aux fins d'éloignement (§ 4).

¹³⁹ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.0225.N, 22 février 2011 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°815/12, 25 octobre 2012.

¹⁴⁰ Art. 74, al. 1 et 2, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁴¹ Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.13.1515.F, 18 septembre 2013.

¹⁴² Art. 71, al. 4, de la loi du 15 décembre 1980.

§ 1. Le critère de nécessité (art. 15, § 5)

255. Le paragraphe 5 de l'article 15 introduit explicitement un critère de nécessité. Cependant, les termes utilisés pour ce faire – « La rétention est maintenue aussi longtemps [...] qu'il est nécessaire **de** garantir que l'éloignement puisse être mené à bien » (nous soulignons) – apparaissent inadaptés. À les comprendre rigoureusement, ils signifieraient que tant que mener à bien l'éloignement est nécessaire, la détention est maintenue. Plusieurs éléments nous amènent à penser qu'il convient plutôt de lire : « La rétention est maintenue aussi longtemps [...] qu'elle est nécessaire **pour** garantir que l'éloignement puisse être mené à bien » (nous soulignons). Il s'agirait ainsi de faire peser la condition de nécessité sur la détention et non sur la garantie de mener à bien l'éloignement, celle-ci n'étant que l'objectif à accomplir au regard duquel la nécessité du recours à la rétention doit être appréciée. À défaut, cela reviendrait à ignorer l'hypothèse où un autre moyen moins coercitif permettrait d'accomplir cet objectif d'éloignement.

256. Cette interprétation semble conforme aux règles d'interprétation d'une disposition de droit communautaire. Celles-ci impliquent en effet une comparaison des différentes versions linguistiques du texte¹⁴³. Or, la lecture ici proposée est corroborée par les versions de la disposition établies dans d'autres langues officielles de l'U.E.¹⁴⁴. Lorsqu'il existe des divergences entre les diverses versions linguistiques d'un texte communautaire, la disposition doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément¹⁴⁵. Si l'on se rappelle que la directive retour impose l'alternative « régulariser ou éloigner »¹⁴⁶, on conçoit difficilement de conditionner la rétention à la nécessité d'éloigner. Ici encore, la version française semble donc devoir être modifiée.

257. La C.J.U.E. n'a pas saisi l'opportunité de l'arrêt *Kadzoev* pour revoir la version française inadaptée du paragraphe 5 :

¹⁴³ C.J.C.E., 6 octobre 1982, *Cilfit*, aff. 283/81, *Rec. C.J.C.E.*, p. 3415, § 18 ; C.J.C.E., 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e. a.*, aff. C-72/95, *Rec. C.J.C.E.*, p. 5403, § 28.

¹⁴⁴ En néerlandais : « De bewaring wordt gehandhaafd zolang de in lid 1 bedoelde omstandigheden zich voordoen en *zij* noodzakelijk is *om* een geslaagde verwijdering te garanderen. » En espagnol : « El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario *para* garantizar que la expulsión se lleve a buen término. » En italien : « Il trattenimento è mantenuto finché perdurano le condizioni di cui al paragrafo 1 e per il periodo necessario *ad* assicurare che l'allontanamento sia eseguito. » En allemand : « Die Haft wird so lange aufrechterhalten, wie die in Absatz 1 dargelegten Umstände gegeben sind und wie dies erforderlich ist, *um* den erfolgreichen Vollzug der Abschiebung zu gewährleisten. » Pour les autres langues officielles, voy. <http://eur-lex.europa.eu/> (dern. consult. mai 2012).

¹⁴⁵ C.J.C.E., 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1999, § 14 ; C.J.C.E., 7 décembre 1995, *Rockfon*, aff. C-449/93, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-4291, § 28 ; C.J.C.E., 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e. a.*, aff. C-72/95, *Rec. C.J.C.E.*, p. 5403, § 28.

¹⁴⁶ Voy. *supra* n°49.

« Ainsi qu'il ressort de l'article 15, paragraphes 1 et 5, de la directive 2008/115, la rétention d'une personne à des fins d'éloignement ne peut être maintenue que [...] pour autant qu'*il* est nécessaire *de* garantir que l'éloignement puisse être mené à bien »¹⁴⁷ (nous soulignons).

Néanmoins, on notera ici encore que d'autres langues officielles de l'U.E. se sont départies de cette formulation¹⁴⁸.

258. Il conviendrait donc, selon nous, de modifier l'article 15, § 5, de la directive afin d'y lire :

« La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'*elle* est nécessaire *pour* garantir que l'éloignement puisse être mené à bien » (nous soulignons).

En droit belge

259. Il a été disposé par le législateur belge que la détention ne pouvait se concevoir que « pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure [de reconduite à la frontière] »¹⁴⁹. Cette formulation correspond à la compréhension du paragraphe 5 proposée ci-dessus.

§ 2. La durée maximum de la rétention (art. 15, §§ 5 et 6)

260. En vertu de l'article 15, § 5, de la directive, la durée maximum de rétention aux fins d'éloignement ne peut normalement pas dépasser six mois¹⁵⁰. Toutefois, lorsque, malgré tous les efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison, soit du manque de coopération du ressortissant concerné, soit des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires, il est alors possible de prolonger le délai d'une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national¹⁵¹. Ces deux hypothèses sont les seules envisageables pour une prolongation de la rétention au-delà de six mois d'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une procédure d'éloignement¹⁵².

¹⁴⁷ C.J.U.E., 30 novembre 2009 (*Kadzoev c. Bulgarie*), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189, § 64.

¹⁴⁸ En anglais : « provided that it is necessary *to* ensure successful removal » ; en néerlandais : « voor zover zij noodzakelijk is *om* een geslaagde verwijdering te garanderen » ; en allemand : « soweit dies erforderlich ist, *um* den erfolgreichen Vollzug der Abschiebung zu gewährleisten » ; en italien : « purché sia necessario *ad* assicurare che l'allontanamento sia eseguito » ; en espagnol : « y mientras sea necesario *para* garantizar que la expulsión se lleve a buen término ».

¹⁴⁹ Art. 7, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980 : « A moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu à cette fin, pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure, en particulier ».

¹⁵⁰ Art. 15, § 5, de la directive 2008/115/CE.

¹⁵¹ Art. 15, § 6, de la directive 2008/115/CE.

¹⁵² C.J.U.E., 6 décembre 2011 (*Achughbabian c. France*), C-329/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*, § 36.

261. Ce délai maximum de détention dont les États membres font le choix, encadré par la directive, doit clairement être stipulé dans leur législation. Dans un arrêt *Mathloom c. Grèce*, la Cour eur. D.H. a eu à connaître de la situation d'un ressortissant irakien demeuré en détention pendant plus de deux ans et trois mois dans l'attente de son expulsion, alors même que sa libération conditionnelle avait été ordonnée. La Cour eur. D.H. a constaté que la législation grecque régissant la détention des personnes visées par une ordonnance d'expulsion émise par un tribunal ne fixait pas de durée maximale et, par conséquent, ne remplissait pas le critère de « légalité » prévu à l'article 5 C.E.D.H. puisqu'elle n'était pas prévisible¹⁵³.

262. Les paragraphes 4 et 6, de l'article 15, de la directive 2008/115 ne permettent pas, lorsque la période maximale de rétention prévue par cette directive a expiré, de se dispenser de libérer immédiatement l'intéressé au motif qu'il n'est pas en possession de documents valides, qu'il fait preuve d'un comportement agressif ou qu'il ne dispose pas de moyens de subsistance propres ni d'un logement ou de moyens fournis par l'État membre à cette fin¹⁵⁴.

263. La période durant laquelle une personne a été placée en centre de placement provisoire sur le fondement d'une décision prise au titre des dispositions nationales et communautaires relatives aux demandeurs d'asile ne doit pas être considérée comme une rétention aux fins d'éloignement au sens de l'article 15 de la directive 2008/115¹⁵⁵ et ne doit donc pas être prise en compte dans le calcul du délai maximum de rétention.

264. Par contre, la période pendant laquelle l'exécution de l'arrêté de reconduite forcée à la frontière a été suspendue en raison d'une procédure de recours juridictionnel introduite par l'intéressé contre cet arrêté est prise en compte pour le calcul de la période de rétention aux fins d'éloignement lorsque, pendant la durée de cette procédure, l'intéressé a continué à séjourner dans un centre de placement provisoire¹⁵⁶.

265. Pour l'appréciation du caractère excessif de la période de détention, la Cour eur. D.H. considère que « dans les affaires qui, comme en l'espèce, concernent des périodes de détention multiples et consécutives, elle fait primer la nécessité d'éviter un formalisme excessif et les considère comme un tout »¹⁵⁷.

¹⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *Mathloom c. Grèce*, 24 avril 2012, req. n°48883/07.

¹⁵⁴ C.J.U.E., 30 novembre 2009 (*Kadzoev c. Bulgarie*), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189, § 71.

¹⁵⁵ *Ibid.*, § 48.

¹⁵⁶ *Ibid.*, § 57.

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt *M.S. c. Belgique*, 31 janvier 2012, req. n°50012/08, § 144.

En droit belge

266. La durée maximum de la rétention en droit belge est déterminée par les articles 7, 27 et 29 de la loi du 15 décembre 1980. L'article 7, §§ 2 à 7 dispose :

« Sous réserve de l'application des dispositions du Titre III^{quater}, le ministre ou son délégué peut, *dans les cas visés à l'article 74/14, § 3*, reconduire l'étranger à la frontière.

À moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, l'étranger peut être maintenu à cette fin, pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement, et sans que la durée de maintien ne puisse dépasser deux mois.

Le ministre ou son délégué peut, dans les mêmes cas, assigner à résidence l'étranger pendant le temps nécessaire à l'exécution de cette mesure.

Le Ministre ou son délégué peut toutefois prolonger cette détention par période de deux mois, lorsque les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mise en détention de l'étranger, qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable.

Après une prolongation, la décision visée à l'alinéa précédent ne peut plus être prise que par le Ministre.

Après cinq mois de détention, l'étranger doit être remis en liberté.

Dans le cas où la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale l'exige, la détention de l'étranger peut être prolongée chaque fois d'un mois, après l'expiration du délai visé à l'alinéa précédent, sans toutefois que la durée totale de la détention puisse de ce fait dépasser huit mois. » (nous soulignons).

Les hypothèses listées à l'article 74/14, § 3, dans lesquelles il peut être procédé à la détention sur pied de l'article 7, sont les suivantes :

« 1° il existe un risque de fuite, ou ;

2° le ressortissant d'un pays tiers n'a pas respecté la mesure préventive imposée, ou ;

3° le ressortissant d'un pays tiers constitue un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale, ou ;

4° le ressortissant d'un *pays tiers n'a pas obtempéré dans le délai imparti à une précédente décision d'éloignement*, ou ;

5° il a été mis fin à son séjour sur le territoire en application de l'article

11, § 2, 4°, de l'article 13, § 2bis, § 3, 3°, § 4, 5°, § 5, ou de l'article 18, § 2, ou ;

6° le ressortissant d'un pays tiers a introduit plus de deux demandes d'asile, sauf s'il y a des éléments nouveaux dans sa demande. »¹⁵⁸ (nous soulignons).

L'article 27, qui constitue l'autre base légale pour procéder à la détention, se lit pour sa part comme suit :

« § 1. L'étranger *qui a reçu l'ordre de quitter le territoire et l'étranger renvoyé ou expulsé qui n'ont pas obtempéré dans le délai imparti* peuvent être ramenés par la contrainte à la frontière de leur choix [...]

§ 3. Les étrangers visés aux §§ 1^{er} et 2 peuvent, sans préjudice des dispositions du Titre III *quater* et à moins que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives puissent être appliquées efficacement, être détenus à cette fin, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement pendant le temps strictement nécessaire pour l'exécution de la mesure d'éloignement. » (nous soulignons).

Les modalités de prolongation de la détention visée l'article 27 sont similaires à celles de l'article 7¹⁵⁹. La durée maximum de détention d'un ressortissant d'un pays tiers aux fins de procéder à son retour est normalement de cinq mois. Trois remarques peuvent être formulées à propos de ces dispositions. Premièrement, il est difficile de distinguer leurs champs d'application respectifs (i). Deuxièmement, l'usage qu'il en est fait pose question au regard de la directive retour et de la C.E.D.H. (ii). Troisièmement, les hypothèses de prolongation de la détention qui y sont contenues semblent excessives (iii).

¹⁵⁸ Art. 74/14, § 3, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁵⁹ Voy. art. 29 de la loi du 15 décembre 1980 : « L'étranger détenu par application de l'article 27, § 3, alinéa 1^{er}, qui dans les deux mois de son arrestation [...] n'a pas pu entrer régulièrement sur le territoire d'un autre État, est mis en liberté, sans préjudice d'une détention du chef de poursuites pénales, notamment pour infraction à la présente loi. Le Ministre ou son délégué peut toutefois prolonger cette détention par période de deux mois, lorsque les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours ouvrables de la mise en détention de l'étranger, qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable. Après une prolongation, la décision visée à l'alinéa précédent ne peut être prise que par le Ministre. Après cinq mois de détention, l'étranger doit être mis en liberté. Dans le calcul de ces cinq mois, il sera tenu compte de la durée de la détention de l'étranger sur la base de l'article 8bis, § 4. Dans le cas où la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale l'exige, la détention de l'étranger peut être prolongée chaque fois d'un mois, après l'expiration du délai visé à l'alinéa précédent, sans toutefois que la durée totale de la détention puisse de ce fait dépasser huit mois. »

i. Distinguer les champs d'application respectifs

267. Depuis l'adoption de la loi de transposition de la directive retour¹⁶⁰, la distinction entre les champs d'application des articles 7 et 27 est devenue floue. L'article 27 vise « l'étranger qui a reçu l'ordre de quitter le territoire et l'étranger renvoyé ou expulsé qui n'ont pas obtempéré dans le délai imparti », tandis que l'article 7 concerne, entre autres, le « ressortissant d'un pays tiers qui n'a pas obtempéré dans le délai imparti à une précédente décision d'éloignement »¹⁶¹. Ces deux hypothèses apparaissent identiques. Avant la transposition de la directive retour, les deux champs d'application étaient distincts. L'article 7 visait les hypothèses où aucun délai de départ volontaire n'était accordé¹⁶² et l'article 27 les hypothèses où un délai de départ volontaire avait été accordé, mais n'avait pas été respecté¹⁶³. Suite à la loi de transposition de la directive retour, cette différence a disparu.

La pratique actuelle de ces deux dispositions consiste à prendre, en cas de résistance du ressortissant étranger à son éloignement, une nouvelle décision de détention – une décision de réécrou – fondée sur l'article 27, plutôt que de prolonger la précédente sur la base de l'article 7¹⁶⁴. Cette pratique a été entérinée par la Cour de cassation, avant la transposition de la directive retour, qui a confirmé qu'un réquisitoire de réécrou sur la base de l'article 27, §§ 1^{er} et 3 ne prolonge pas une mesure initiale prise sur la base de l'article 7, al. 1^{er}, mais constitue un titre autonome de privation de liberté¹⁶⁵.

ii. Contrariété de cette pratique avec la directive retour et la C.E.D.H.

268. Cette pratique associée aux articles 7 et 27 doit être mise en regard avec l'article 15, § 6, de la directive 2008/115/CE qui énumère limitativement les motifs permettant de prolonger la rétention au-delà de six mois : le manque

¹⁶⁰ Loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 17 février 2012.

¹⁶¹ Il s'agit de l'hypothèse visée à l'art. 74/14, § 3, 4^o, auquel se réfère notamment l'art. 7, al. 2, précité de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁶² Voy. art. 7 de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁶³ « Contrairement aux articles 7 et 25, l'article 27 présuppose qu'un délai déterminé a été accordé à l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement, mais qu'il n'y a pas spontanément donné suite. » F. RIGAUX, « Vers un nouveau statut administratif pour les étrangers. La loi du 15 décembre 1980 », *J.T.* 1981, p. 97 in J.-Y. CARLIER S. BODART, et al., *Droit des étrangers - Code annoté, op. cit.*, p. 87 ; Cass. (vac.), arrêt n°P.03.1002.F, 26 août 2003.

¹⁶⁴ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3698, 25 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3484, 11 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3696, 25 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3697, 25 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3346, 3. octobre 2012 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°C-677/12, 28 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2942, 6 septembre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3554, 17 octobre 2012.

¹⁶⁵ Cass. (vac.), arrêt n°P.11.1456.F/1, 23 août 2011.

de coopération du ressortissant et des retards dans l'obtention de pays tiers des documents nécessaires¹⁶⁶. Le manque de coopération, ou résistance à l'éloignement, est donc envisagé par la directive comme une hypothèse de *prolongation* de la détention en vue du retour et ne fonctionne que pour autant qu'elle est prévue par la loi nationale¹⁶⁷. Il devrait s'en déduire que cette même hypothèse ne peut être utilisée pour fonder une nouvelle décision de détention, à l'instar de l'article 27, et, partant, permettre éventuellement de contourner la durée maximum de la détention d'un étranger en séjour irrégulier.

Un tel procédé serait en outre contraire à l'objectif poursuivi par la directive de fixer des règles communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Bien que la directive *retour* l'y autorise, le législateur belge a choisi de ne pas prévoir de délai supplémentaire à la détention en vue du retour, en plus celui de quatre mois déjà prévus, en cas de résistance à l'éloignement. Il doit s'en déduire qu'une détention supérieure à cinq mois fondée sur une nouvelle décision de détention en raison de la résistance de l'intéressé à son éloignement viole la directive. Pourtant, il n'est pas rare que cette durée soit dépassée. À titre d'exemple, on peut ainsi relever une détention qui a duré jusqu'à neuf mois¹⁶⁸.

269. Cette pratique du réquisitoire de réécrou qui ne prolonge pas la mesure initiale de détention, mais constitue un titre autonome de privation de liberté a également pour conséquence que la durée maximum légale de la détention est imprévisible. En effet, chaque nouvelle mesure de détention ouvre la voie à une nouvelle période maximale de détention de cinq mois. Bien qu'en pratique l'O.E. ne dépasse pas la limite de dix-huit mois fixée par la directive retour, cela n'en demeure pas moins contraire à l'exigence de légalité fixée à l'article 5 C.E.D.H. En effet, la Cour eur. D.H. considère qu'une législation qui régit la détention de personnes visées par une ordonnance d'expulsion sans fixer de durée maximale ne remplit pas le critère de « légalité » prévu à l'article 5 C.E.D.H. puisqu'elle n'est pas prévisible¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

iii. Hypothèses excessives de prolongation

270. À côté de la question de la succession de titres autonomes de privation de liberté se trouve celle des hypothèses excessives de prolongation de la détention en vue du retour. En droit belge, la durée maximale de détention prévue par la loi belge est de cinq mois. Les articles 7 *in fine*, et 29, al. 5

¹⁶⁶ Art. 15, § 6, pts a et b, de la directive 2008/115/CE. Voy. également *supra* n°260.

¹⁶⁷ Art. 15, § 6, de la directive 2008/115/CE.

¹⁶⁸ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2771, 19 août 2013.

¹⁶⁹ Voy. *supra* n°261.

¹⁷⁰ Cour eur. D.H., *Mathloom c. Grèce*, 24 avril 2012, req. n°48883/07.

disposent toutefois que ce délai peut être prolongé de mois en mois jusqu'à une durée maximale totale de huit mois lorsque la sauvegarde de l'ordre public ou la sécurité nationale l'exigent. Ces deux intérêts ne font pourtant pas partie de l'énumération de l'article 15, § 6, suscitée. Ils ne devraient donc pas permettre de justifier une prolongation de la détention aux fins d'éloignement.

Certes, une détention sur la base d'autres fondements légaux et qui ne viserait pas à procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers demeure envisageable¹⁷¹. Il ne s'agit toutefois pas de l'hypothèse visée ici qui consiste à *prolonger* une rétention aux fins de procéder à l'éloignement, ainsi que le confirment la lettre du texte¹⁷² et l'exposé des motifs¹⁷³.

271. L'article 15, §§ 5 et 6, de la directive 2008/115/CE étant suffisamment clair, précis et inconditionnel pour conférer directement des droits aux particuliers¹⁷⁴, il devrait pouvoir être valablement invoqué contre l'État belge par des ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'une procédure d'éloignement, qui sont détenus à cette fin et dont l'État belge voudrait prolonger leur détention plus de cinq mois, que ce soit pour avoir résisté à leur éloignement ou pour des raisons d'ordre public.

§ 3. L'effet d'une interruption sur la durée maximum de rétention

272. La C.J.U.E. n'a pas encore eu l'opportunité de se prononcer sur les conséquences d'une interruption de la détention sur le calcul de la durée de celle-ci. Plusieurs raisons peuvent justifier une telle interruption, notamment la disparition des perspectives raisonnables d'éloignement.

273. Il serait problématique que les États puissent libérer une personne détenue aux fins d'éloignement et l'arrêter à nouveau le lendemain en faisant courir de la sorte une nouvelle période de détention de six mois¹⁷⁵. Cela mettrait à mal l'objectif poursuivi par les paragraphes 5 et 6 de l'article 15 consistant à garantir, en tout état de cause, que la rétention à des fins d'éloignement n'excède

¹⁷¹ C.J.U.E., 30 novembre 2009 (*Kadzoev c. Bulgarie*), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189, § 48. Voy. *supra* n°207.

¹⁷² L'art. 7 *in fine* utilise les termes « délai visé à l'alinéa précédent », lequel concerne le maintien en rétention aux fins de reconduite à la frontière.

¹⁷³ « L'État belge ne souhaite pas prolonger la durée de maintien tel que prévue à l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980, qui est de 5 mois, sauf lorsque la sauvegarde de l'ordre public ou de la sécurité nationale l'exige. Dans ce cas, la détention peut être prolongée chaque fois d'un mois, sans toutefois que la durée totale de la détention puisse de ce fait dépasser huit mois. » Voy. Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 12.

¹⁷⁴ Il s'agit des conditions de l'effet direct vertical d'une directive non transposée, dans l'ordre juridique d'un État membre. Voy. C.J.C.E., 17 décembre 1970, *SACE*, aff. 33/70, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1213 ; C.J.C.E., 4 décembre 1974 (*Yvonne van Duyn c. Home Office*), 41/74, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1337.

¹⁷⁵ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, *op. cit.*, p. 573.

pas dix-huit mois¹⁷⁶. Il conviendrait dès lors d'additionner les durées respectives des différentes périodes de détention afin de déterminer la durée pendant laquelle il est encore possible de procéder à la rétention aux fins d'éloignement.

En droit belge

274. La question de l'interruption de la détention n'est pas réglée par la législation belge. Le raisonnement développé ci-dessus au niveau du droit européen nous semble pouvoir être transposé *mutatis mutandis* en droit belge.

§ 4. L'effet d'une nouvelle décision de détention aux fins d'éloignement

275. Il a déjà été précisé que la directive retour ne concerne que les détentions aux fins d'éloignement et ne préjuge donc pas d'une détention fondée sur une autre base légale¹⁷⁷. La C.J.U.E. n'a toutefois pas encore eu l'opportunité de se prononcer sur les conséquences d'une situation où un ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une procédure de retour a été libéré au terme de la durée maximale de détention de six mois et a ensuite fait l'objet d'une nouvelle décision de placement en rétention afin de procéder à son éloignement.

276. Un tel procédé n'est pas explicitement interdit par la directive qui n'encadre que les motifs de prolongation de la détention¹⁷⁸. Il n'en est pas moins problématique en ce qu'il contrarie l'effet utile des paragraphes 5 et 6 de l'article 15¹⁷⁹. Ne serait-il en effet pas contraire à l'esprit même d'une garantie d'une durée de rétention maximale commune aux États membres que ceux-ci aient le loisir, par le biais d'une nouvelle décision de détention aux fins d'éloignement, de prolonger *de facto* indéfiniment la détention ?

277. D'un autre côté, si des éléments nouveaux se présentent, tels que l'obtention de l'autorisation des autorités nationales de l'étranger en séjour irrégulier, ne serait-il pas malvenu de priver les autorités de la possibilité de recourir à la détention pour procéder à l'éloignement ?

278. De même, qu'en est-il de la situation où l'éloignement est rendu impossible par la résistance du ressortissant ? Ne serait-ce pas assortir les actes de résistance à l'éloignement d'un bénéfice dangereusement attractif que d'empêcher les États de détenir les ressortissants concernés lorsque la période maximale de

¹⁷⁶ C.J.U.E., 30 novembre 2009 (Kadzoev c. Bulgarie), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189, § 37.

¹⁷⁷ Voy. *supra* n°207.

¹⁷⁸ Voy. Art. 15, § 6, de la directive 2008/115/CE : « Les États membres ne peuvent pas *prolonger* la période visée au paragraphe 5, sauf [...] » (nous soulignons).

¹⁷⁹ M. SCHIEFFER, « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *op. cit.*, p. 1544, § 14.

détention a été atteinte ? L'hypothèse du manque de coopération du ressortissant concerné est d'ores et déjà prévue par la directive et permet de justifier une prolongation de la détention de douze mois supplémentaires¹⁸⁰. Dès lors que des conséquences spécifiques sont déjà attachées à cette hypothèse, il ne se justifie pas d'en attacher d'autres non prévues par la directive et contraires à l'esprit de celles-ci.

En droit belge

279. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le cas spécifique de la résistance du requérant à son éloignement. Elle a reconnu la validité d'une nouvelle décision d'éloignement assortie d'une nouvelle période de détention dans cette hypothèse spécifique :

« Attendu que ni l'article 74-5 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, ni aucune autre disposition légale n'interdisent au ministre ou à son délégué de prendre une nouvelle mesure privative de liberté, en application du paragraphe 1^{er} de l'article 74-5 précité, à l'égard d'un étranger maintenu légalement dans un lieu situé aux frontières et dont seule l'opposition illicite empêche l'éloignement effectif ; que cette nouvelle mesure est un titre distinct de celui auquel elle succède, et ne constitue dès lors pas la prolongation visée à l'article 74-5, § 3, de la loi susdite ; »¹⁸¹

Cette jurisprudence n'est pas compatible avec la directive « retour ». En effet, dès lors que la directive envisage l'hypothèse spécifique du manque de coopération et lui attache la possibilité de prolonger la détention de douze mois, il semble contraire à l'esprit de celle-ci de se fonder sur cette hypothèse pour prendre une nouvelle décision et ainsi permettre de maintenir indéfiniment en détention le ressortissant concerné. À cet égard, il est indifférent que le législateur belge ait fait le choix de ne pas transposer la disposition de la directive prévoyant cette hypothèse. Cela n'altère ni la substance, ni l'esprit de la directive au respect desquels la jurisprudence belge demeure tenue.

280. Dans une autre affaire, un Sénégalais a été interpellé le 19 avril 2011 en séjour irrégulier et un ordre de quitter le territoire avec décision de remise à la frontière et décision de privation de liberté à cette fin lui a été notifié. Le 12 novembre 2011, il fut libéré car le délai maximum de détention avait été atteint. Le 16 novembre 2011, il a à nouveau été interpellé et un nouvel ordre de quitter le territoire avec décision de remise à la frontière et décision de privation de liberté lui a à nouveau été délivré. Alors que la Chambre du Conseil avait mis

¹⁸⁰ Art. 15, § 6, de la directive 2008/115/CE.

¹⁸¹ Cass. (2^e ch.), 31 mars 2004, *Pas.* 2004, p. 524 ; Cass. 31 août 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 428.

fin à la détention, la Chambre des mises en accusation a réformé la décision et ordonné le maintien de la détention¹⁸². Cette jurisprudence est critiquable pour les raisons exposées ci-dessus¹⁸³.

CHAPITRE 2. LES CONDITIONS DE LA RÉTENTION (ART. 16)

281. Les ressortissants détenus aux fins d'éloignement ne constituent pas des détenus de droit commun. Ils bénéficient à ce titre de conditions de rétention particulières, au nombre desquelles on compte une détention dans des centres spécialisés (section 1), l'autorisation d'avoir des contacts avec l'avocat, la famille et le consulat (section 2), l'exigence d'une attention particulière aux personnes vulnérables (section 3) et la possibilité de recevoir des visites d'organisations et d'instances ainsi que d'être informés (section 4).

Section 1. Rétention dans des centres spécialisés (art. 16, § 1)

282. L'article 16, § 1^{er}, de la directive 2008/115/CE dispose que :

« La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. Lorsqu'un État membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun. »

283. Le paragraphe 1^{er} confirme la règle énoncée au considérant 17 de la directive que « la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. » En d'autres termes, la rétention en centres spécialisés est la norme et le placement dans des établissements pénitentiaires doit demeurer l'exception. Ceci est sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par le droit national¹⁸⁴.

En droit belge

284. Les ressortissants de pays tiers détenus aux fins d'éloignement conformément à l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980 sont placés dans des centres spécialisés gérés par l'O.E.¹⁸⁵. Le but de ces centres est de maintenir les

¹⁸² Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 21 décembre 2011.

¹⁸³ Voy. *supra* n°273.

¹⁸⁴ Considérant 17 de la directive 2008/115/CE.

¹⁸⁵ Art. 1, pt 3 et art. 4, pt 3, de l'arrêté royal du 02 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des

étrangers dans l'attente de leur éloignement¹⁸⁶. Il s'agit de les accompagner psychologiquement et socialement, de les préparer à leur éloignement et de les inciter au respect de la décision d'éloignement qui serait prise à leur égard¹⁸⁷.

285. Les étrangers qui sont détenus dans un établissement pénitentiaire et qui font l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire sont, après avoir satisfait aux peines imposées par les cours et tribunaux¹⁸⁸, immédiatement éloignés ou transférés vers un centre géré par l'O.E. en vue de leur éloignement effectif¹⁸⁹.

286. Pour ce qui concerne l'hypothèse d'une détention dans un établissement pénitentiaire d'un ressortissant d'un pays tiers aux fins d'éloignement, l'article 74/8, § 1^{er}, al. 4 et 5, de la loi du 15 décembre 1980 encadre strictement cette possibilité :

« Par dérogation à l'article 609 du Code d'instruction criminelle¹⁹⁰, et seulement si le ministre compétent pour l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement d'étrangers démontre être dans l'incapacité de procéder immédiatement à l'éloignement ou au transfert, celui qui fait l'objet d'une levée d'un mandat d'arrêt peut, conformément à une décision d'une autorité compétente et pour autant qu'il fasse l'objet soit d'un arrêté royal d'expulsion exécutoire, soit d'un arrêté ministériel de renvoi exécutoire, soit d'un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve d'éloignement effectif, être maintenu en détention pour un maximum de sept jours en vue de son éloignement effectif, ou à défaut de cela, de son transfert vers un lieu qui relève de la compétence du ministre en vue de son éloignement effectif.

Cet étranger est isolé des détenus de droit commun. »

Plusieurs conditions doivent ainsi être cumulativement remplies. Il faut que le ressortissant concerné ne puisse être immédiatement éloigné ; qu'il fasse l'objet soit d'un arrêté royal d'expulsion exécutoire, soit d'un arrêté ministériel de renvoi exécutoire, soit d'un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve

dispositions citées dans l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 12 septembre 2002.

¹⁸⁶ Art. 3, pt 1, de l'arrêté royal du 2 août 2002.

¹⁸⁷ Art. 3, pts 2 et 3, de l'arrêté royal du 2 août 2002.

¹⁸⁸ À partir de deux mois avant la fin de la partie exécutoire de la ou des peines privatives de liberté auxquelles il a été condamné. Voy. art. 20/1 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006.

¹⁸⁹ Art. 74/8, § 1, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980.

¹⁹⁰ Art. 609 CICr : « Nul gardien ne pourra, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire, recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par la loi, soit d'un arrêt de renvoi devant une cour d'assises [...] d'un arrêt ou jugement de condamnation [à une peine criminelle], ou à un emprisonnement et, sans que la transcription en ait été faite sur son registre. »

d'éloignement effectif ; et qu'il se trouve déjà sous un mandat d'arrêt dont il a bénéficié de la levée. En outre, la détention visée peut durer maximum sept jours et le ressortissant doit être isolé des détenus de droit commun. Une circulaire ministérielle éclaire la mise en œuvre pratique de cette disposition¹⁹¹.

Section 2. Contacts autorisés avec l'avocat, la famille et le consulat (art. 16, § 2)

287. L'article 16, § 2, de la directive 2008/115/CE dispose que :

« Les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont autorisés — à leur demande — à entrer en contact en temps utile avec leurs représentants légaux, les membres de leur famille et les autorités consulaires compétentes. »

En droit belge

288. Des contacts téléphoniques quotidiens et gratuits entre les ressortissants et leurs avocats sont autorisés¹⁹² ainsi que des visites quotidiennes de la famille¹⁹³. Des visites quotidiennes avec des représentants diplomatiques ou consulaires de l'État dont ils sont ressortissants sont également permises¹⁹⁴.

Section 3. Attention particulière aux personnes vulnérables (art. 16, § 3)

289. L'article 16, § 3, de la directive 2008/115/CE dispose que :

« Une attention particulière est accordée à la situation des personnes vulnérables¹⁹⁵. Les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies sont assurés. »

Cette disposition vient compléter l'obligation contenue à l'article 14, § 1^{er}, qui ne s'applique pas aux personnes détenues dans l'attente du retour¹⁹⁶.

¹⁹¹ Circulaire ministérielle n°1815 sur les étrangers détenus, 7 mars 2013.

¹⁹² Art. 63 de l'arrêté royal du 2 août 2002.

¹⁹³ Art. 34 de l'arrêté royal du 2 août 2002.

¹⁹⁴ Art. 32 de l'arrêté royal du 2 août 2002.

¹⁹⁵ Conformément à l'art. 3, pt 9, de la directive 2008/115/CE, il convient d'entendre par « personnes vulnérables» : « les mineurs, les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs et les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle. »

¹⁹⁶ Voy. *supra* n°195.

En droit belge

290. Aucune disposition ne mentionne explicitement l'attention particulière accordée à la situation des personnes vulnérables.

291. Les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies sont toutefois assurés. Un centre médical est disponible en permanence en cas d'urgence dans les centres¹⁹⁷. L'occupant malade reçoit du service médical les soins que son état nécessite, sous la responsabilité du médecin attaché au centre¹⁹⁸. En outre, l'article 61 de l'arrêté royal du 2 août 2002 prévoit explicitement l'hypothèse où, en raison de la santé mentale ou physique de l'étranger détenu, il est mis fin à la détention sur décision du médecin :

« Lorsque le médecin attaché au centre formule des objections médicales quant à l'éloignement d'un occupant ou est d'avis que la santé mentale ou physique de l'occupant est sérieusement compromise par le maintien de la détention, de la mise à la disposition du Gouvernement ou du maintien, ou par quelque circonstance qui y soit liée, ces objections ou cet avis sont soumis par la voie hiérarchique par le directeur du centre au Directeur général qui peut suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement ou de la mesure privative de liberté.

Lorsque le Directeur général ne souhaite pas suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement ou de la mesure privative de liberté, il doit préalablement demander l'avis d'un médecin attaché à un autre centre. Si ce médecin confirme les objections ou l'avis du premier médecin, le Directeur général doit y donner suite et suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement ou de la mesure privative de liberté.

Lorsque que [*sic*] le deuxième médecin ne confirme pas les objections ou l'avis du premier médecin, l'avis d'un troisième médecin sera déterminant. Si ce troisième médecin confirme l'avis du premier médecin, le Directeur général doit suspendre l'exécution la mesure d'éloignement ou de la mesure privative de liberté. »

Section 4. Visites d'organisations et d'instances, et informations (art. 16, §§ 4 et 5)

292. L'article 16, §§ 4 et 5, de la directive 2008/115/CE disposent que :

« 4. Les organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes ont la possibilité de visiter les centres de rétention visés au paragraphe 1, dans la mesure où ils sont utilisés pour la

¹⁹⁷ Art. 52 de l'arrêté royal du 02 août 2002.

¹⁹⁸ Art. 53 de l'arrêté royal du 02 août 2002.

rétention de ressortissants de pays tiers conformément au présent chapitre. Ces visites peuvent être soumises à une autorisation.

5. Les ressortissants de pays tiers placés en rétention se voient communiquer systématiquement des informations expliquant le règlement des lieux et énonçant leurs droits et leurs devoirs. Ces informations portent notamment sur leur droit, conformément au droit national, de contacter les organisations et instances visées au paragraphe 4. »

293. L'instauration de la possibilité d'un contrôle des lieux de détention par des organisations internationales et non gouvernementales a surtout une valeur symbolique dès lors que ces visites peuvent être soumises à une autorisation de l'État concerné et qu'il n'y a aucune obligation, ni même aucun encouragement, à suivre les recommandations faisant suite à la visite.

294. Aucune exigence d'agenda n'est posée pour la fourniture des informations relatives au règlement des lieux et énonçant les droits et devoirs des ressortissants. On peut cependant supposer qu'un délai assez court est requis pour donner son effet utile à la disposition.

En droit belge

295. Les membres de la Chambre des Représentants et du Sénat ont toujours accès au centre après qu'ils se soient clairement fait connaître en tant que tels¹⁹⁹.

296. Les personnes ou institutions suivantes et leurs membres ont accès au centre dans le cadre de l'exercice de leur mission : le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés ; la Commission européenne pour les Droits de l'Homme ; le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ; le Centre pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme ; le C.C.E. ; le C.G.R.A ; le *Kinderrechtencommissaris* et le Délégué général aux droits de l'enfant ; le Comité des Nations Unies contre la Torture²⁰⁰.

297. Le Ministre ou le Directeur général peut donner le droit de visiter un ou plusieurs centres à d'autres institutions, organisations ou personnes, pour la durée et aux conditions qu'il détermine²⁰¹.

298. Il est en outre pourvu en détail au devoir d'information à l'article 17 de l'arrêté royal du 2 août 2002²⁰².

¹⁹⁹ Art. 42 de l'arrêté royal du 02 août 2002.

²⁰⁰ Art. 44 de l'arrêté royal du 02 août 2002.

²⁰¹ Art. 45 de l'arrêté royal du 02 août 2002.

²⁰² « Le présent arrêté et le règlement d'ordre intérieur du centre doivent constamment être mis à la disposition de chaque personne qui souhaite les consulter durant son séjour dans le centre. Chaque occupant est mis en possession d'une brochure d'accueil contenant les droits et les devoirs relatifs à

CHAPITRE 3. LA RÉTENTION DES MINEURS ET DES FAMILLES (ART. 17)

299. L'article 17 de la directive 2008/115/CE dispose :

- « 1. Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible.
2. Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.
3. Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.
4. Les mineurs non accompagnés bénéficient, dans la mesure du possible, d'un hébergement dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge.
5. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement. »

300. Les paragraphes 1^{er} et 5 de l'article 17 confirment à l'endroit des MENA²⁰³ et des familles des principes déjà édictés pour tous à d'autres endroits de la directive.

301. Le paragraphe 1^{er} reprend ainsi le principe de rétention en dernier ressort et pour le temps nécessaire (section 1). Des conditions d'hébergement spécifiques sont garanties pour les mineurs et les familles en détention. Les familles doivent ainsi disposer d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate²⁰⁴ (section 2). Les mineurs doivent avoir la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation²⁰⁵ (section 3). Dans la mesure du possible, les MENA doivent pouvoir bénéficier d'un

son séjour dans le centre et les possibilités d'une assistance dans les domaines médical, psycho-social, moral, philosophique ou religieux. Chaque occupant reçoit une brochure d'information qui lui explique les possibilités de recours contre la détention, la mise à disposition du Gouvernement ou le maintien, les possibilités d'introduire une plainte concernant les circonstances de la détention, de la mise à disposition du Gouvernement ou du maintien, d'obtenir l'assistance d'une organisation non-gouvernementale et de faire appel à une assistance juridique. Ces deux brochures sont disponibles au minimum dans les trois langues nationales et en anglais. Le directeur du centre, son remplaçant ou un membre du personnel qu'il désigne précise à l'occupant les raisons de sa détention, de sa mise à la disposition du Gouvernement ou de son maintien, les dispositions légales et réglementaires auxquelles il est soumis, ainsi que les voies de recours envisageables contre cette décision. Ceci se déroule dans une langue que l'occupant comprend. Si nécessaire il est fait appel à un interprète. »

²⁰³ Aucune définition du concept de mineurs étrangers non accompagnés n'est fournie par la directive.

À cet égard, voy. *supra* n°136.

²⁰⁴ Art. 17, § 2, de la directive 2008/115/CE.

²⁰⁵ Art. 17, § 3, de la directive 2008/115/CE.

hébergement dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge²⁰⁶ (section 4). Le paragraphe 5 reformule quant à lui l'exigence d'une considération primordiale pour l'intérêt supérieur de l'enfant (section 5).

Section 1. La rétention en dernier ressort et pour le temps nécessaire (art. 17, § 1)

302. L'article 17, § 1^{er}, dispose que « Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible. » Ce principe de rétention en dernier ressort et pour le temps nécessaire était déjà applicable à tous, notamment aux familles comptant des mineurs et aux MENA, en vertu de l'article 15, § 1^{er}, de la directive²⁰⁷. L'article 37, point a), de la convention des droits de l'enfant dispose également que l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être une mesure de dernier ressort et d'une durée aussi brève que possible²⁰⁸.

303. La Cour eur. D.H. a pour sa part soutenu que « l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale, mais que les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale. »²⁰⁹ Cette considération a été émise dans une affaire *Popov c. France* dans laquelle les requérants étaient des ressortissants du *Kazakhstan* arrivés en France en 2000. Leurs demandes de reconnaissance du statut de réfugiés et de permis de séjour avaient été rejetées. En août 2007, ils avaient été interpellés et transférés à un aéroport en vue d'être expulsés. Leur vol ayant été annulé, l'expulsion n'avait pu avoir lieu. Les intéressés avaient alors été transférés vers un centre de rétention avec leurs deux enfants, âgés de cinq mois et de trois ans, où ils étaient restés pendant quinze jours. Après l'annulation d'un deuxième vol, un juge avait ordonné leur remise en liberté. Après avoir déposé une nouvelle demande, les intéressés avaient obtenu le statut de réfugié. La Cour eur. D.H. a estimé que, même si les enfants avaient été placés en rétention avec leurs parents dans une aile réservée aux familles, leur situation particulière n'avait pas été prise en compte et les autorités n'avaient pas tenté de trouver une solution autre que la rétention administrative. Dès lors, elle a conclu que le système

²⁰⁶ Art. 17, § 4, de la directive 2008/115/CE.

²⁰⁷ Voy. *supra* n°213.

²⁰⁸ Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, art. 37.

²⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Popov c. France*, 19 janvier 2012, req. n°39472/07 et 39474/07, § 147.

français n'avait pas dûment protégé le droit à la liberté des enfants garanti par l'article 5 C.E.D.H.²¹⁰

En droit belge

304. La mise en œuvre en droit belge de la limitation à la détention des familles s'est faite par le biais de l'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980 et des arrêtés royaux du 2 août 2002, du 14 mai 2009 et du 17 septembre 2014. Il est laborieux d'en dégager une compréhension claire et juridiquement sûre.

305. Le législateur belge y utilise systématiquement les termes « un lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2²¹¹ » pour désigner des endroits distincts. De la proposition de loi initiale²¹², il ressort en effet qu'il vise par ces mêmes termes, d'un côté des « centres ouverts adaptés »²¹³, de l'autre des « centres fermés »²¹⁴. Pour plus de lisibilité, nous avons précisé entre crochets, dans le texte de l'article 74/9, le lieu initialement visé par le législateur :

« § 1er. Une famille avec enfants mineurs [...] dont le séjour a cessé d'être régulier ou est irrégulier, n'est en principe pas placée dans un lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2 [*centre fermé*], à moins que celui-ci ne soit adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs.

[...]

§ 3. La famille visée au § 1^{er} a la possibilité de résider, sous certaines conditions, dans une habitation personnelle, à moins qu'un des membres de la famille se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 3, al. 1er, 5° à 7°. Si la famille est dans l'impossibilité de résider dans une habitation personnelle, elle se verra attribuer, dans les mêmes conditions, un lieu de résidence dans un lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2 [*centre ouvert adapté*], adapté aux besoins des familles avec enfants.

Les conditions auxquelles la famille doit satisfaire sont formulées dans

²¹⁰ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Belgique, juin 2014, pp. 165-166.

²¹¹ Art. 74/8, § 2 de la loi du 15 décembre 1980 : « Le Roi peut fixer le régime et les règles de fonctionnement applicables au lieu où l'étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions visées au § 1^{er}, alinéa 1^{er}. »

²¹² Dans le même sens, voy. T. WIBAULT, « Frontière - Asile - Détention, Législation belge, normes européennes et internationales », *Fiche juridique du C.B.A.R.*, janvier 2012, p. 27.

²¹³ Proposition de loi insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés, Rapport fait au nom de la Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par Mme Zoé Genot, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n°53-326/6, 14 juillet 2011, p. 9.

²¹⁴ Proposition de loi insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n°53-326/5, 6 juillet 2011, p. 2.

une convention conclue entre la famille et l'Office des étrangers.

Le Roi détermine le contenu de cette convention, ainsi que les sanctions applicables en cas de non-respect de la convention.

La famille ne peut être placée dans un lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2 [centre fermé], pendant une durée limitée que si elle ne respecte pas les conditions visées à l'alinéa 2, à moins que *d'autres mesures radicales mais moins contraignantes puissent efficacement être appliquées*²¹⁵.

§ 4. La famille visée aux §§ 1^{er} à 3 se voit attribuer un agent de soutien qui l'accompagne, l'informe et la conseille. »

306. L'article 74/9 interdit en principe de placer une famille avec enfants mineurs dans un centre fermé qui n'est pas spécifiquement adapté à ses besoins²¹⁶. Il envisage trois solutions qui doivent successivement être examinées : demeurer dans son habitation personnelle (1), être placé dans une maison de retour (2) et être enfermé dans un centre fermé adapté aux besoins des familles (3).

1. Habitation personnelle

307. La préférence doit être donnée à une résidence de la famille dans son habitation personnelle²¹⁷, c'est-à-dire son lieu d'habitation où elle demeure habituellement. Pour cela, il doit être satisfait à certaines conditions – telles qu'une obligation de signalement et d'accompagnement ainsi qu'une échéance à respecter pour le départ²¹⁸ – qui figurent dans une convention conclue entre la famille et l'O.E.²¹⁹. L'arrêté royal du 17 septembre 2014 précise le contenu de cette convention ainsi que les sanctions pouvant être prise en cas de non-respect de celle-ci²²⁰.

Il est dérogé à la possibilité de résider dans son habitation personnelle dans trois

²¹⁵ Il convient ici de lire « à moins que d'autres mesures *suffisantes* mais moins *coercitives* puissent être appliquées efficacement ». C'est en effet en ce sens que la version néerlandaise de l'art. 74/9, § 3, alinéa 4, « *tenzij andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast* », a été chaque fois traduite dans la loi du 15 décembre 1980, (voy. art. 7, al. 3 ; 8bis, § 4 ; 27, § 3).

²¹⁶ Art. 74/9, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980.

²¹⁷ Art. 74/9, § 3, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980.

²¹⁸ Proposition de loi insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés, Rapport fait au nom de la Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par Mme Zoé Genot, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n°53-326/6, 14 juillet 2011, pp. 4 et 19.

²¹⁹ Art. 74/9, § 3, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980.

²²⁰ Arrêté royal du 17 septembre 2014 déterminant le contenu de la convention et les sanctions pouvant être prises en exécution de l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 25 septembre 2014.

hypothèses :

- si cela s'avère impossible²²¹, notamment dans le cas où la famille est à la rue et ne dispose pas d'habitation personnelle²²² ;
- si l'un des membres de la famille peut compromettre les relations internationales de la Belgique, la tranquillité publique, l'ordre public ou la sécurité nationale et s'il est signalé aux fins de non-admission dans les États parties à la Convention Schengen (art. 3, 5° à 7° de la loi du 15 décembre 1980) ;
- en cas de non-respect des conditions auxquels la famille doit satisfaire. Dans ce cas, trois sanctions sont envisageables :
 - la famille avec enfants mineurs est maintenue dans une maison de retour²²³,
 - un membre adulte de la famille est placé dans un centre fermé. Dans ce cas, le reste de la famille et les enfants mineurs peuvent rester dans leur habitation, et ce jusqu'à l'exécution de leur éloignement. À ce moment-là, l'adulte maintenu en centre fermé les rejoindra.
 - la famille entière est placée dans un centre fermé adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs²²⁴. Cela n'a lieu qu'en dernier ressort, comme sanction ultime.

L'arrêté royal du 17 septembre 2014 précise que l'habitation personnelle peut être une habitation personnelle ou être celle de la famille ou d'un membre de leur famille ou celle d'amis qui ont accepté de les héberger. Si aucune de ces options ne s'applique, la famille peut également être hébergée dans un centre de

²²¹ Art. 74/9, § 3, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980.

²²² Proposition de loi insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés, Rapport fait au nom de la Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par Mme Zoé Genot, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n°53-326/6, 14 juillet 2011, p. 20.

²²³ Il s'agit de lieux visés à l'art. 74/8, §§ 1 et 2, de la loi, gérés par l'Office des étrangers et destinés à l'hébergement de familles, dans l'attente, selon le cas de leur accès au territoire, [...] de leur refoulement, de leur retour volontaire, de leur éloignement.

²²⁴ Art. 74/9, § 3, al. 4, de la loi du 15 décembre 1980 ; art. 3 de l'arrêté royal du 17 septembre 2014 déterminant le contenu de la convention et les sanctions pouvant être prises en exécution de l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 25 septembre 2014.

retour ouvert pour autant qu'il y ait des places disponibles et que cette demande soit acceptée²²⁵.

Il est également prévu que la convention indique les conditions cumulatives à satisfaire par la famille, à savoir :

- demeurer dans une habitation répondant aux exigences élémentaires de sécurité, de salubrité et d'habitabilité ;
- transmettre une attestation prouvant la propriété ou la location sur l'immeuble occupé ou l'accord du propriétaire du bien confirmant que la famille peut y résider ;
- être en mesure de subvenir à ses besoins ;
- effectuer son signalement lorsque le bourgmestre ou son délégué ou le fonctionnaire de police ou l'agent de soutien le demande ;
- coopérer à l'organisation de son retour et en particulier à la procédure d'identification en vue de la délivrance des documents requis pour retourner dans son pays d'origine ou dans le pays où la famille est autorisée au séjour ;
- respecter l'échéancier fixé. Cet échéancier est élaboré avec la famille et peut être adapté en concertation si nécessaire ;
- donner accès à l'habitation à l'agent de soutien à des moments convenus avec lui ;
- rembourser les frais éventuels occasionnés pour effectuer la réparation des dégâts causés à charge de l'État belge ;
- verser une caution lorsque l'autorité l'exige pour garantir son retour ;

L'arrêté royal du 17 septembre 2014 ne mentionne rien au sujet de l'assistance médicale, psychologique et juridique ainsi que relativement à la fourniture de la nourriture et de l'habillement.

2. Maisons de retour

308. Lorsqu'il est dérogé à la possibilité de résider dans son habitation personnelle, la famille se voit alors attribuer « un lieu de résidence dans un lieu

²²⁵ Rapport au Roi de 3 de l'arrêté royal du 17 septembre 2014 déterminant le contenu de la convention et les sanctions pouvant être prises en exécution de l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 25 septembre 2014.

tel que visé à l'article 74/8, § 2, adapté aux besoins des familles avec enfants »²²⁶, mieux connu sous le nom de « maisons de retour ». Il s'agit d'un lieu destiné à l'hébergement des familles dans l'attente de leur éloignement au sens de l'article 1, 3°, de l'arrêté royal du 14 mai 2009²²⁷. Le régime de détention y est particulièrement relâché puisque « Chaque membre de la famille pourra quotidiennement quitter le lieu d'hébergement sans autorisation préalable. Il est cependant exigé qu'un membre adulte de la famille soit présent. »²²⁸ Il convient également d'y respecter certaines conditions formulées dans une convention conclue entre la famille et l'O.E.²²⁹. Ce lieu d'hébergement est assimilé à un lieu déterminé, situé aux frontières²³⁰. Cela signifie que les familles sont juridiquement considérées « en détention » et peuvent, le cas échéant, introduire un recours auprès des juridictions d'instruction²³¹.

309. De tels « lieux d'hébergement » existent déjà à Zulte, à Tubize, à Sint-Gillis-Waas, à Tielt et à Beauvechain²³².

3. Centre fermé adapté aux besoins des familles

310. Ce n'est que dans l'hypothèse où une famille ne respecte pas ces conditions fixées dans la convention avec l'O.E.²³³, ou qu'elle ne coopère pas au refoulement ou à la reprise ou à l'éloignement effectif²³⁴, qu'elle peut faire l'objet d'un maintien en détention dans un centre fermé adapté aux besoins des familles dont les règles de fonctionnement sont déterminées par l'arrêté royal du 2 août 2002 (voy. *infra* n°311). Cela ne pourra toutefois se faire que pour une durée limitée et à moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives ne puissent être appliquées efficacement²³⁵.

²²⁶ Art. 74/9, § 3, al. 1, de la loi du 15 décembre 1980.

²²⁷ Voy. arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 mai 2009.

²²⁸ Art. 19 de l'arrêté royal du 14 mai 2009.

²²⁹ Art. 74/9, § 3, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980.

²³⁰ Art. 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 14 mai 2009.

²³¹ Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1137, 27 mars 2014 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1136, 27 mars 2014 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1141, 27 mars 2014.

²³² C.C., 19 décembre 2013, n°166/2013.

²³³ Art. 74/9, § 3, al. 4, de la loi du 15 décembre 1980.

²³⁴ Art. 48 de l'arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 mai 2009.

²³⁵ L'art. 74/9, § 3, al. 4 dispose en réalité « à moins que d'autres mesures *radicales* mais moins *contraignantes* puissent efficacement être appliquées ». Il convient toutefois d'entendre « à moins que d'autres mesures *suffisantes* mais moins *coercitives* puissent être appliquées efficacement ». C'est en effet en ce sens que la version néerlandaise de l'art. 74/9, § 3, al. 4, « *tenzij andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast* », a été chaque fois traduite dans la loi du 15 décembre 1980, (voy. art. 7, al. 3 ; 8bis, § 4 ; 27, § 3).

Section 2. Un lieu d'hébergement séparé (art. 17, § 2)

L'article 17, § 2, dispose que « les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate. » Le considérant 22 de la directive précise que « Conformément à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la vie familiale devrait constituer une considération primordiale pour les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive. » Or, la Cour eur. D.H. a considéré à plusieurs occasions que la détention de mineurs, accompagnés ou non, dans un centre fermé pour adultes étrangers en séjour illégal dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte consistait dans une violation de l'article 5, 1, f, C.E.D.H.²³⁶.

Dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*²³⁷, la Cour eur. D.H. a estimé que le placement d'une enfant non accompagnée, pour laquelle une demande d'asile avait été introduite, dans un centre de rétention conçu pour des adultes était contraire à l'article 3 C.E.D.H.²³⁸ Dans le même ordre d'idée, dans l'affaire *Muskhadzhiyeva c. Belgique*²³⁹, la Cour a estimé que le placement en rétention de quatre enfants tchéchènes, dans l'attente d'un transfert « Dublin », dans un centre qui n'était pas adéquatement équipé pour répondre aux besoins particuliers des enfants emportait violation de l'article 3 C.E.D.H.

En droit belge

311. La détention dans un centre fermé dont les règles de fonctionnement sont déterminées par l'arrêté royal du 2 août 2002 ne pourra s'envisager que pour autant que le centre soit adapté aux familles. L'article 84 de l'arrêté royal du 2 août 2002 prévoit en ce sens que : « Dans les cas suivants, une exception peut être faite au régime de la vie en groupe : [...] b) l'accueil des familles » (nous soulignons). Un grand pouvoir d'appréciation est donc laissé au directeur de centre et au personnel de celui-ci²⁴⁰.

312. L'hébergement visé à l'arrêté royal du 14 mai 2009 rencontre pour sa part sans difficulté cette exigence de logement séparé dès lors que l'article 3

²³⁶ Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n°13178/03, § 103 ; Cour eur. D.H., *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010, req. n°41442/07, § 75 ; Cour eur. D.H., *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, 13 décembre 2011, req. n°15297/09, § 88 ; Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, req. n°39472/07 et 39474/07, § 147 ; Cour eur. D.H., *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, req. n°8687/08, §§ 85-86.

²³⁷ Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n°13178/03.

²³⁸ Cour eur. D.H., *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010, req. n°41442/07.

²⁴⁰ A.D.D.E., *La détention administrative des étrangers. État des lieux et perspectives*, Dossier thématique, décembre 2011, voy. www.adde.be (dern. consult. mai 2012), p. 35.

impose que le lieu d'hébergement soit « composé au minimum d'une salle de bain, d'une toilette, d'un [sic] salle de séjour, d'une cuisine et d'une chambre à coucher. »

313. À défaut de respect de l'exigence d'un lieu d'hébergement séparé, l'article 17, § 2, de la directive étant suffisamment claire, précise et inconditionnel pour conférer directement des droits aux particuliers²⁴¹, il peut être invoqué contre l'État belge par les familles concernées.

Section 3. Accès aux activités de loisirs et à l'éducation (art. 17, § 3)

314. L'article 17, § 3, dispose que : « Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation. »

En droit belge

315. L'article 83, al. 4, de l'arrêté royal du 2 août 2002 dispose que : « Si des mineurs séjournent dans le centre, l'infrastructure adaptée doit être mise à leur disposition de manière à ce qu'ils puissent se délasser. » Ici encore, un grand pouvoir d'appréciation est laissé au directeur de centre et au personnel de celui-ci²⁴².

316. Pour ce qui concerne l'accès des mineurs au système éducatif, cela demeure un droit²⁴³ voire une obligation²⁴⁴. Les trois communautés linguistiques compétentes en matière d'éducation ont mis en application cette disposition²⁴⁵.

²⁴¹ Il s'agit des conditions de l'effet direct vertical d'une directive non transposée, dans l'ordre juridique d'un État membre. Voy. C.J.C.E., 17 décembre 1970, *SACE*, aff. 33/70, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1213 ; C.J.C.E., 4 décembre 1974 (*Yvonne van Duyn c. Home Office*), 41/74, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1337.

²⁴² A.D.D.E., *La détention administrative des étrangers. État des lieux et perspectives*, Dossier thématique, décembre 2011, voy. www.adde.be (dern. consult. mai 2012), p. 35.

²⁴³ Art. 24, § 3, de la Constitution, *M.B.*, 17 février 1994.

²⁴⁴ Art. 1, 7°, de la loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire, *M.B.*, 6 juillet 1983.

²⁴⁵ Décret du 14 juin 2001 de la Communauté française visant à l'insertion des élèves primo-arrivants dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, *M.B.*, 17 juillet 2001 ; décret du 28 juin 2002 de la Communauté flamande relatif à l'égalité des chances en éducation, *M.B.*, 14 septembre 2002 et la circulaire du 24 février 2003 concernant le droit à l'enseignement pour les enfants sans statut de séjour légal (*het recht op onderwijs voor kinderen zonder wettig verblijfsstatuut*), GD/2003/03 ; décret du 17 décembre 2001 de la communauté germanophone visant la scolarisation des élèves primo-arrivants (« dekret zur Beschulung von neuankommenden Schülern »), *M.B.*, 4 avril 2002.

Section 4. Hébergement des MENA dans des institutions adaptées (art. 17, § 4)

317. L'article 17, § 4, dispose que : « Les mineurs non accompagnés bénéficient, dans la mesure du possible, d'un hébergement dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge. » On soulignera le caractère non absolu de cette règle, ainsi qu'il découle de la mention « dans la mesure du possible ».

En droit belge

318. En tout état de cause, les mineurs étrangers non accompagnés ne peuvent pas être maintenus dans des lieux au sens de l'article 74/8, § 2, de la loi du 15 décembre 1980²⁴⁶. En d'autres termes, un MENA ne peut être détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu.

319. Durant leurs quinze premiers jours sur le territoire, un encadrement approprié est assuré aux mineurs non accompagnés durant une phase d'observation et d'orientation dans un centre désigné à cet effet²⁴⁷. En aucun cas, une décision d'éloignement ne peut être exécutée au départ de ce centre²⁴⁸. Ensuite, un tuteur est désigné afin de veiller à ce que les autorités compétentes en matière d'accueil prennent les mesures nécessaires en vue de trouver au mineur un hébergement adapté, le cas échéant chez un membre de sa famille, dans une famille d'accueil ou chez un adulte qui le prend en charge. Il veille également à ce que le mineur soit scolarisé et reçoive un soutien psychologique et des soins médicaux appropriés. Le tuteur veille aussi à ce que les opinions politiques, philosophiques et religieuses du mineur soient respectées²⁴⁹.

Section 5. Intérêt supérieur de l'enfant (art. 17, § 5)

320. L'article 17, § 5, dispose que « L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement. » Il s'agit d'un principe qui avait déjà été formulé à l'article 5, point a, de la directive²⁵⁰. La convention relative aux droits de l'enfant,

²⁴⁶ Art. 74/19 de la loi du 15 décembre 1980.

²⁴⁷ Art. 40 de la Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 avril 2012, *M.B.*, 3 mai 2012.

²⁴⁸ Art. 4, al. 2, de l'arrêté royal du 9 avril 2007 déterminant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux centres d'observation et d'orientation pour les mineurs étrangers non accompagnés, *M.B.*, 7 mai 2007.

²⁴⁹ Art. 10, § 1^{er}, de la Loi programme du 24 décembre 2002 Titre XIII – Chapitre VI : Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés, *M.B.*, 31 décembre 2002.

²⁵⁰ Voy. *supra* n°40.

à laquelle le considérant 22 de la directive a marqué son attachement²⁵¹, garantit également ce principe²⁵². La Cour eur. D.H. a d'ailleurs noté qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer²⁵³.

En droit belge

321. L'article 61/17 de la loi du 15 décembre 1980 dispose : « Dans la recherche d'une solution durable²⁵⁴, le ministre ou son délégué vise prioritairement [...] à l'intérêt supérieur de l'enfant. » Dans le même ordre d'idée, il est précisé à l'article 74/16, § 1^{er}, que :

« Avant de prendre une décision d'éloignement à l'égard d'un mineur étranger non accompagné en séjour irrégulier sur le territoire, le ministre ou son délégué prend en considération toute proposition de solution durable émanant de son tuteur et tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. »²⁵⁵

CHAPITRE 4. LES SITUATIONS D'URGENCE (ART. 18)

322. L'article 18 de la directive 2008/115/CE dispose :

« 1. Lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue sur la capacité des centres de rétention d'un État membre ou sur son personnel administratif et judiciaire, l'État membre en question peut, aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste, décider d'accorder pour le contrôle juridictionnel des délais plus longs que ceux prévus à l'article 15, § 2, troisième alinéa, et de prendre des mesures d'urgence concernant les conditions de rétention dérogeant à celles énoncées à l'article 16, § 1, et à l'article 17, § 2.

2. Lorsqu'il recourt à ce type de mesures exceptionnelles, l'État membre concerné en informe la Commission. Il informe également la Commission

²⁵¹ « Conformément à la convention des Nations unies de 1989 relative aux droits de l'enfant, l'"intérêt supérieur de l'enfant" devrait constituer une considération primordiale pour les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive. »

²⁵² Art. 3, § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991 : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

²⁵³ Cour eur. D.H., *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n°41615/07, § 135 ; Cour eur. D.H., *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, req. n°8687/08, § 108.

²⁵⁴ La solution durable s'entend notamment du retour vers le pays d'origine, moyennant le respect de certaines conditions (art. 61/14 de la loi du 15 décembre 1980).

²⁵⁵ Voy. *supra* n°s 138 et 139.

dès que les motifs justifiant l'application de ces mesures ont cessé d'exister.

3. Aucune disposition du présent article ne saurait être interprétée comme autorisant les États membres à déroger à l'obligation générale qui leur incombe de prendre toutes les mesures appropriées, qu'elles soient générales ou particulières, pour veiller au respect de leurs obligations découlant de la présente directive. »

323. En cas de situation exceptionnelle, il est possible d'accorder des délais plus longs pour le contrôle juridictionnel de la rétention²⁵⁶ et de prendre des mesures d'urgence concernant les conditions de rétention dérogeant à celles énoncées à l'article 16, § 1^{er}, et 17, § 2. Dans de telles hypothèses, il est obligatoire d'informer la Commission de la prise de ces mesures et les États ne peuvent pour autant déroger à l'obligation générale de prendre toutes les mesures appropriées pour veiller au respect de leurs obligations découlant de la présente directive.

En droit belge

324. L'État belge a choisi de ne pas faire application des dispositions facultatives de l'article 18 de la directive 2008/115/CE relative aux situations d'urgence²⁵⁷.

²⁵⁶ Art. 15, § 2, al. 3, de la directive 2008/115/CE.

²⁵⁷ Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avis de la section de législation du Conseil d'État n°49.947/2/V, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011, p. 14.

CONCLUSION

325. La transposition de la directive « retour » dans l'ordre juridique belge est imparfaite. L'exigence fondamentale de la liberté comme principe et de la détention comme exception, laquelle est à ce titre de stricte interprétation, n'a pas été transposée de façon satisfaisante. Parmi les manquements observés, trois ont particulièrement retenu notre attention : le non-respect du principe de subsidiarité du recours à la détention, la durée imprévisible de la détention et la définition de l'infraction de séjour irrégulier.

Le principe de subsidiarité impose aux États membres de mettre en place des alternatives à la détention (par exemple : le bracelet électronique, le dépôt d'une caution, un signalement épisodique aux autorités, etc.) et de n'avoir recours à la détention qu'en cas d'échec ou d'inefficacité de ces alternatives. En Belgique, mis à part les maisons de retour et les habitations personnelles destinées aux familles, aucune alternative n'a été mise en place. Cela a pour conséquence que l'obligation figurant explicitement dans la loi belge de n'avoir recours à la détention qu'en dernier recours, à défaut d'autres mesures suffisantes, moins coercitives et efficaces, demeure lettre morte. La détention devient dès lors le principe, et la liberté l'exception.

La directive « retour » impose également à chaque État membre d'intégrer dans sa législation une durée maximum de la détention inférieure ou égale à dix-huit mois. La pratique belge du réquisitoire de réécrou viole cette obligation dans la mesure où chaque nouvelle décision de détention qui est prise en cas de résistance de l'étranger à son éloignement fait courir un nouveau délai de cinq mois de détention de telle sorte qu'il est théoriquement possible de détenir indéfiniment un étranger afin d'éloignement. Cette pratique viole tant la directive que l'article 5 C.E.D.H. qui impose une prévisibilité de la durée maximum de la détention.

Enfin, la C.J.U.E. a imposé que la criminalisation du séjour irrégulier soit conditionnée à l'application préalable de toutes les étapes de la procédure d'éloignement prévue par la directive. Il faut avoir tenté d'éloigner avant de pouvoir sanctionner pénalement le séjour irrégulier. L'infraction de séjour irrégulier tel qu'elle est libellée dans la loi belge n'intègre pas cette exigence.

326. Ces trois incompatibilités ainsi que les autres pointées dans la présente étude placent la législation belge en infraction avec le droit européen. À notre connaissance, aucune réforme législative n'est envisagée pour résoudre ce problème. La solution repose donc entre les mains des juges, derniers garants de l'effectivité du droit européen. Pour l'heure, ceux-ci se montrent réservés dans le contrôle de légalité qui leur est dévolu. L'étendue de ce contrôle est pourtant plus large que celui que les juridictions ne s'autorisent à réaliser. Les obligations claires, précises et inconditionnelles contenues dans la directive et détaillées dans la présente étude, à défaut d'avoir été correctement transposées, ont un effet direct

en droit belge. Leur interprétation rigoureuse, à la lumière de la jurisprudence de la C.J.U.E. et des droits fondamentaux, doit conduire les juridictions d'instruction à un contrôle plus robuste et plus ambitieux de la légalité des mesures de détention. C'est la seule façon pour que la politique d'éloignement et de détention dictée par la directive retour soit correctement transposée dans l'ordre juridique belge. Le temps du législateur pour transposer est écoulé. C'est à présent le temps des juges.

Pierre d'Huart

CONCLUSIONS GENERALES

Ces conclusions ne peuvent résumer la richesse des travaux et des réflexions contenues dans les cinq tomes issus de la recherche. S'appuyant sur quelques points d'analyse tirés de ceux-ci, elles proposent quelques balises autour de deux fils rouges entrelacés: l'effectivité de la protection et la sauvegarde des principes. L'importance de ces balises est proportionnelle au niveau de vulnérabilité des demandeurs d'asile. Il s'agit d'une synthèse en quatre points : le deux premiers rappellent la *vulnérabilité* du réfugié face à la *souveraineté* de l'État et les tentations qu'elle comporte et les deux suivants mettent en exergue ces fils rouges et le rôle qu'ils assignent aux juges.

1. Le demandeur d'asile cumule les facteurs de vulnérabilité. Loin de « chez lui », parfois en route depuis longtemps, séparé des siens, diminué physiquement et psychologiquement par celle-ci, par les risques qu'elle comporte, par son vécu antérieur, il arrive affaibli. Aussitôt, il est confronté, dans un pays étranger, à des administrations qui lui sont inconnues, aux modes de fonctionnement souvent très complexes. Il n'en parle pas toujours la langue et n'en connaît pas les codes. S'ajoutent à cela son niveau d'éducation, les différences culturelles, les stigmates laissés par la guerre, les mauvais traitements, le stress post traumatique consécutif aux événements à l'origine de sa fuite et au parcours du combattant auquel il est confronté, les conditions d'accueil. Pour corser le tout, le demandeur d'asile ressent à l'évidence le fait qu'il n'est pas nécessairement le bienvenu. Cette réalité influe sur son aptitude à intégrer un cadre légal contraignant.

La vulnérabilité du demandeur d'asile a été soulignée par la Cour européenne des droits de l'homme à plusieurs reprises. L'arrêt *M.S.S.* présente le réfugié comme une « personne particulièrement défavorisée et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale » (§ 251). L'arrêt *Hirsi* souligne que cette fragilité est particulièrement marquante s'agissant de ceux qui sont arrivés par la mer. Il s'appuie sur le Comité pour la prévention de la torture qui observe que « les personnes ayant survécu à un voyage en mer sont particulièrement vulnérables et se trouvent souvent dans un état tel qu'on ne saurait attendre d'elles qu'elles puissent immédiatement exprimer leur désir de demander l'asile » (§ 36). Le récent arrêt *Tarakhel* rappelle cette vulnérabilité qui est qualifiée d'extrême pour les familles avec enfants. Elle en déduit notamment que « les conditions d'accueil des enfants demandeurs d'asile doivent par conséquent être adaptées à leur âge, de sorte qu'elles ne puissent « engendrer pour eux une situation de stress et d'angoisse et avoir des conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme » » (§ 119).

2. Plus que la souveraineté en soi, ce sont les tentations qu'elle recèle qui doivent être circonscrites. Les demandeurs d'asile sont des migrants forcés. Il est coutumier pour les États de souligner qu'ils doivent identifier les vrais réfugiés au

sein des faux, que seraient les migrants volontaires. La gestion des mouvements migratoires justifie le recours à des procédures « exceptionnelles », soustraites au juge de droit commun.

La Cour constitutionnelle a légitimé cette approche, jugeant que « lorsqu'une autorité étatique statue sur une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, avec les effets liés à cette décision en ce qui concerne l'admission au séjour et à l'établissement, cette autorité agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'État qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution. Il s'ensuit qu'une contestation portant sur la qualité de réfugié est une contestation portant sur un droit politique. » La Cour européenne des droits de l'homme, en grande chambre, exclut aussi ce contentieux du jeu de l'article 6 CEDH qui garantit le droit à un procès équitable parce qu'ils portent sur des droits politiques (arrêt *Maaouia*). A Strasbourg, la souveraineté imprime les débats puisque chaque arrêt prononcé en matière d'asile et d'immigration commence par rappeler « qu'en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux relèvent de la souveraineté des États ». Le principe n'est en soi pas contestable. Ce qui l'est est qu'il soit présenté comme primant sur les droits individuels. Pourtant, dans le système de la convention, certains droits sont absolus, tel l'article 3, et ne permettent pas d'exception. Pour les autres, le droit individuel est le principe et les arguments pouvant être invoqués par l'État pour le limiter sont des exceptions. Quand il est autorisé, le jeu des exceptions est alors rigoureusement régi par des critères de contrôle et de légitimité. Faire de l'exception le principe a des conséquences en cascade sur le contenu des droits et sur l'analyse, le cas échéant prescrite, de la proportionnalité.

Il ne s'agit pas ici de dénier l'aptitude du juge administratif à assurer la protection des droits individuels du migrant, mais bien de montrer que la référence à la souveraineté de l'État induit une conception spécifique du rôle du juge. Cette spécificité porte en elle les germes tant d'un contrôle restreint que, pourquoi pas, d'un contrôle accru, précisément parce que le réfugié est vulnérable. La recherche a plutôt démontré que la tendance est à la limitation du contrôle juridictionnel.

Il convient de rester particulièrement attentif, l'histoire du droit de l'immigration montrant que poussée à son paroxysme, l'exception migratoire au nom de la souveraineté peut aboutir à mettre en péril la personne humaine qu'est le migrant. Dans l'affaire *Shnaughnessy v. Mezei*, la Cour suprême des États-Unis devait juger de la constitutionnalité de la détention illimitée d'un étranger à *Ellis Island*. Le juge Jackson, auquel s'est rallié le juge Frankfurter, s'interroge : « Because the respondent has no right of entry, does it follow that he has no rights at all ? Does the power to exclude mean that exclusion may be continued or effectuated by any

means which happen to seem appropriate to the authorities ? » De manière provocatrice, il demande si l'on pourrait éloigner l'intéressé du territoire en jetant son corps à la mer ou en le laissant dériver dans un bateau. Ne serait-ce pas une atteinte à la vie sans *due process of law* ? Les drames dénombrés aux frontières de l'Europe démontrent l'actualité de ce questionnement.

3. L'effectivité de la protection doit être *concrète et effective* et non *théorique et illusoire*, selon les termes de la Cour de Strasbourg. Ce souci d'effectivité et les difficultés à la garantir sont communs aux cinq tomes de l'étude.

Au sujet des transferts Dublin, Emmanuelle Néraudau montre à quel point « dans un système d'asile commun inachevé, [ils] engendrent des inégalités en terme d'accueil du demandeur, de traitement de la demande et de reconnaissance du statut de réfugié en fonction de l'État de renvoi. Au lieu de favoriser un accès effectif et rapide à la protection, ces règles ont plutôt diminué le niveau général de protection des demandeurs d'asile placés sous procédure Dublin. La séparation des familles générée par une conception restrictive de la notion de famille et l'absence de contrôle réel de la proportionnalité de ces mesures par des juges nationaux, agissant dans le cadre de procédures non suspensives, illustrent un niveau de protection faible. Pourtant, les familles de réfugiés, si elles ont certes été séparées de manière forcée par l'exil, ne peuvent considérées comme accoutumées à ces ruptures. L'absence de statut commun pour les réfugiés reconnus rend la réponse consistant à leur dire que la séparation est limitée à la durée de la procédure vide de contenu.

Les juges européens se sont par contre engagés dans la voie d'une approche concrète et effective en jugeant que la présomption de sécurité qui s'attache à la qualité de membres de l'Union est réfragable. La Belgique a été condamnée dans *M.S.S.* parce qu'« au vu de la masse d'informations disponibles, et de l'état de déliquescence du système d'asile grec qu'elles documentaient, les autorités belges « savaient ou devaient savoir » que le transfert du demandeur serait incompatible avec le principe de non-refoulement, et devaient dès lors s'en abstenir » (§ 358). La confiance mutuelle ne peut être aveugle et l'État sur le territoire duquel se trouve un demandeur de protection est astreint à des obligations positives.

En matière d'accueil, Lilian Tsourdi souligne que « l'impact de la crise financière et la préoccupation des États membres quant à aux abus du système d'asile ont mené à l'adoption des règles restrictives en ce qui concerne les dispositions qui avaient un impact sur les ressources publiques ». Plusieurs affaires sont pendantes devant la Cour de Strasbourg, dénonçant la totale absence ou la moindre qualité des conditions d'accueil dans plusieurs États membres. La crise de l'accueil en Belgique en fut une illustration.

La jurisprudence européenne s'est attachée dans les arrêts *Cimade et Gisti* (C.J.U.E.) et *Tarakhel* (Cour eur. D.H.) à rappeler les principes en faisant notamment référence à l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de

l'Union sur la dignité humaine. Dans le premier, la Cour de justice revient aux principes soulignant que les termes « rester dans l'État membre » issus de la directive procédures « doivent être compris comme le fait de rester sur le territoire, y compris à la frontière ou dans une zone de transit, non seulement de l'État membre dans lequel la demande d'asile est examinée, mais aussi dans celui où elle a été déposée ». Dès lors que le demandeur est présent, il doit bénéficier des conditions minimales d'accueil des demandeurs.

S'agissant des procédures, Sahra Datoussaid, décortiquant la catégorisation des demandeurs d'asile entre ceux bénéficiant de procédures complètes et ceux soumis à des procédures marginales, montre à quel point les procédures sont complexes et le contrôle en péril, et partant parfois inaptes à la mission qui leur assignée, identifier les réfugiés. De réforme en réforme, le législateur belge emboîte le pas du législateur européen et supprime tantôt le caractère suspensif d'un recours, tantôt le champ du contrôle du juge. Celui-ci, enfermé dans le strict contrôle de la légalité, est tenu à distance du fond du litige.

Là aussi, le juge constitutionnel cette fois est intervenu, rappelant que quelles que soient les catégories dessinées par le législateur, il ne peut priver le demandeur d'asile des garanties essentielles que sont le caractère suspensif et un examen *ex nunc* en fait et en droit. La Cour constitutionnelle marche dans les traces des cours européennes : la jurisprudence prend la forme d'une leçon de méthode s'agissant des procédures internes. S'il ne s'agit pas d'intervenir comme juge de dernière instance, revoyant le fond, il s'agit bien de s'assurer que celui-ci ait joué pleinement son rôle.

Luc Leboeuf présente le Conseil du contentieux des étrangers comme soucieux du droit de l'Union et de l'harmonisation qu'il prescrit. Il regrette cependant que ce « bon élève » qui « réagit, voire même pro-agit, à la jurisprudence de la C.J.U.E., [...] refuse systématiquement de susciter les développements de cette dernière en posant des questions préjudicielles ».

S'agissant de l'effectivité des droits de l'homme, la Cour de justice rappelle aux États qu'il n'y a pas lieu de les interpréter de manière plus étroite lorsqu'ils sont invoqués par un demandeur d'asile, au nom d'une forme de relativisme culturel et du fait que *dans son pays* ceux-ci ne recevraient pas la même acception. Elle souligne que la directive qualification n'exige pas du demandeur d'asile qu'il demeure « discret » dans son pays d'origine afin d'échapper à la persécution. Il ne peut être opposé au demandeur d'asile la « possibilité qu' [il] aurait d'éviter un risque de persécution en renonçant à la pratique religieuse en cause » (C.J.U.E., *Y. et Z.*), ni à un homosexuel « le fait qu'il pourrait éviter le risque [de persécution] en faisant preuve d'une réserve plus grande qu'une personne hétérosexuelle dans l'expression de son orientation sexuelle » (C.J.U.E., *X., Y. et Z.*).

Quant à la directive retour, Pierre d'Huart regrette une transposition imparfaite dans l'ordre juridique belge. « L'exigence fondamentale de la liberté comme

principe et de la détention comme exception, laquelle est à ce titre de stricte interprétation, n'a pas été transposée de façon satisfaisante. Parmi les manquements observés, trois ont particulièrement retenu notre attention : le non-respect du principe de subsidiarité du recours à la détention, la durée imprévisible de la détention et la définition de l'infraction de séjour irrégulier ».

Son étude pointe notamment un contrôle de la détention enfermé dans la dichotomie entre l'opportunité et la légalité, au nom de laquelle le juge se montre réticent à s'interroger pleinement quant à la subsidiarité du recours à la détention. Or, depuis la transposition de la directive, les exigences de pertinence ou d'efficacité des mesures de détention sont désormais intégrées à la légalité. C'est à l'aune du droit l'Union et des principes sur lesquels il repose que le juge doit rechercher un juste équilibre, en gardant à l'esprit que la liberté est le principe et la détention l'exception.

Ce trop rapide survol nous ramènent nos deux fils rouges, l'effectivité de la protection et le retour aux principes. La première passe par une interprétation des droits centrée sur les seconds. Ils sont leur finalité : la protection du demandeur d'asile qui satisfait à la définition, un accueil digne pendant les procédures, des procédures aptes à l'identifier, en tenant compte de sa vulnérabilité. Et, *in fine*, si un éloignement est décidé, au terme de procédures de qualité, le départ volontaire est la priorité et la détention l'exception à laquelle il ne peut être recouru qu'en dernier recours.

En matière d'accueil, le principe est le droit à l'accueil (C.J.U.E., *Gisti et Cimade*) ; au niveau des procédures, le principe est l'exercice d'un contrôle effectif, de plein contentieux et suspensif et non un contrôle marginal (Cour const. belge, n°1/2014 du 16 janvier 2014) ; quant à la répartition de la charge des demandeurs d'asile, la règle est l'accès à une procédure de protection et non la répartition formelle (Cour eur. D.H., *M.S.S.*) ; quant à la qualification, le principe est la protection aux fins de protection des droits de l'homme et non l'obligation de discrétion sur fond de relativisme (C.J.U.E., *X. et Y.*), en matière de détention, le principe reste la liberté (Cass.). La recherche a montré qu'une telle lecture est déjà présente mais elle reste parfois isolée. Les séminaires de réflexion menés dans le cadre de la recherche ont permis de mesurer sa fragilité. Face à ces enjeux majeurs, le temps est juges est celui de la vigilance attendue de ceux qui écoutent, soupèsent et décident.

4. La recherche de cet objectif n'est pas la seule responsabilité du juge mais il intervient comme garant. A ce titre, vu le caractère fondamental des droits en cause, il importe que son contrôle soit de qualité. La qualité ne s'accommode pas de contrôles rabotés par des frontières indues, telles la légalité et l'opportunité, le plein contentieux et le contrôle marginal. Les critiques qu'elles suscitent en droit des réfugiés et dans d'autres matières trouvent ici écho. Paul Martens souligne que « la notion d'opportunité, traditionnellement tenue comme le rempart contre le

gouvernement des juges, s'est prêtée à tant de contorsions sémantiques qu'elle apparaît plus comme un alibi que comme une frontière », écrivait Paul Martens ¹. Jean de Codt, s'agissant du contrôle des nullités par les juridictions d'instruction et par le juge du fond en droit pénal, met en garde. « Dans la pratique, il n'est guère aisé de faire la différence entre un contrôle "de prime abord" ou sommaire et une vérification complète, normale ou approfondie. Juxtaposer deux contrôles d'intensité variable et aux frontières incertaines devrait engendrer plus de confusion que de clarté. Les parties seront incitées à réitérer devant le juge du fond, pour un examen approfondi, une contestation pour laquelle elles n'auront eu, devant la juridiction d'instruction, qu'un examen sommaire dont elles ne sauraient évidemment se satisfaire »².

Quant à la séparation des pouvoirs entre les fonctions d'administration et de juridiction, Paul Lewalle se demande si elle induit « que le juge de l'excès de pouvoir ne puisse prendre en considération la *qualité* des choix opérés par l'administration active ? Cette qualité n'est-elle pas un élément de leur légalité ? N'est-on pas porté à déclarer illégal un choix manifestement déraisonnable, manifestement erroné, hors de proportion par rapport aux faits dont il procède ? Ce contrôle *marginal* n'est-il pas à comprendre comme une vérification effective de la légalité ? »³

Ces citations montrent que ce questionnement n'est ni neuf, ni réservé au droit de l'immigration.

Les temps « politiques » et législatifs sont aujourd'hui dépassés. Sans que l'on puisse exclure qu'interviennent de nouvelles réformes à l'avenir, le temps est aujourd'hui celui de la mise en œuvres par les acteurs de cette matière : avocats, ONG, associations de réfugiés, magistrats. Ces derniers, qu'ils décident au niveau européen ou national, ont un rôle fondamental à jouer pour réaliser cette harmonisation. Ils doivent toutefois garder à l'esprit que celle-ci n'est pas une fin en soi. Elle est une méthode, un instrument, l'objectif central étant d'assurer une protection effective aux demandeurs d'asile. Cet objectif est la ligne d'horizon et doit rester une préoccupation constante, que la complexité du système et les conflits de normes à trancher ne peuvent occulter.

Les juges et ceux qui les saisissent sont confrontés à une triple difficulté. D'une part, les textes du SECA laissent la part belle aux exceptions, qui reflètent bien

¹ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité » in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges offerts à Jacques VELU, Bruxelles, Bruylant, 1992, T. 1, p. 59.

² J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2014, p. 265.

³ P. LEWALLE, « Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge », in *Le principe de proportionnalité en droit belge et français*, Actes du Colloque organisé par les Barreaux de Liège et de Lyon le 24 novembre 1994, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1995, pp. 35-36.

souvent les freins posés par les États à la volonté d'harmonisation. D'autre part, les sources légales sont multiples et potentiellement divergentes: les nouveaux textes de droit interne, les textes européens, la jurisprudence des deux Cours européennes ; la matière est non seulement en constante évolution mais également sujette à des difficultés de lecture. Enfin, la matière de l'immigration est politiquement délicate et les organes internes chargés de sa mise en œuvre sont soumis à des pressions mettant en péril la sérénité des décideurs.

Temps des juges et non du juge. L'enjeu est aussi celui d'une vision transversale. Transversale d'une norme à l'autre puisque les textes présentés forment un réseau de normes à lire et appliquer de manière conjuguée ; transversale d'un juge à l'autre, les invitant au dialogue.

Dialogue avec les juges nationaux. En effet, ceux-ci sont les interprètes premiers de ce réseau de normes et de sa conjugaison avec les particularités nationales. Dialogue entre juges européens. En effet, le droit commun de l'asile doit faire l'objet d'un double regard, entre le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dont l'impact à la fois sur le droit de l'Union et sur les droits internes est majeur depuis les années 80 en matière d'asile. Ces deux ordres normatifs européens ne sont pas étrangers l'un à l'autre ; leurs influences mutuelles se reflètent dans leurs jurisprudences. La C.J.U.E. s'appuie sur la Cour eur. D.H. pour identifier les persécutions fondées sur l'orientation sexuelle ou le genre. La Cour eur. D.H. utilise des concepts propres au droit des réfugiés tel que le réfugié sur place pour évaluer un risque de torture en cas d'éloignement. Elle s'appuie aussi sur le droit de l'Union pour évaluer les conditions d'accueil. Les deux Cours réfléchissent simultanément à l'effectivité des recours.

Le temps des juges est celui du difficile équilibre à trouver entre les droits individuels et les droits collectifs, en se rappelant que certains des premiers sont absolus, au premier rang duquel l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, fondamental en matière d'asile. Pour ceux qui ne le sont pas et qui appellent souvent un contrôle de proportionnalité, celui-ci doit être pleinement assumé et non de façade.

François Rigaux soulignait qu'« entre le réfugié, l'apatride, la personne discriminée en raison de sa nationalité, de son origine étrangère, de sa race, de sa religion ou de son sexe, il existe une analogie profonde, à savoir que le sujet est privé de certains droits, parfois même du "droit d'avoir des droits" pour le motif qu'il se rattache à un groupe social et non pour les vices ou les fautes dont il pourrait être personnellement accusé. Motif dont, en outre, la démonstration est souvent faillible ou circulaire : le réfugié ou l'apatride sont, par un artifice

juridique, enfermés dans une catégorie qui se définit par les privations de droits qu'elle comporte »⁴.

Le demandeur d'asile appartient aux catégories de personnes les plus faibles. Il ne s'agit pas d'ajouter à cette vulnérabilité liée à l'exil une vulnérabilité juridique, qui résulterait de standards trop faibles et de garanties interprétées de manière restrictive. Au contraire, les normes doivent assurer une protection adaptée, apte à compenser la vulnérabilité et, en tout cas, à éviter qu'elle n'entrave l'accès à la protection qu'elles mettent en place. Au delà du jeu de mots, il s'agit de leur garantir une « forteresse de droits » face à la « forteresse-Europe ».

Sylvie Saroléa

⁴ F. RIGAUX, « La dynamique du principe égalitaire face à l'antisémitisme et autres racismes », in M.-Cl. CALOZ-TSCHOPP (éd.), *Hannah Arendt, les sans-États et le « droit d'avoir des droits »*, Groupe de Genève « Violence et droit d'asile en Europe », Université ouvrière de Genève, L'Harmattan, vol. 1, 1998, pp. 90-91.

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES LÉGISLATIFS

Conventions internationales

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955 ;

Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991 ;

Convention internationale relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, approuvée par la loi du 26 juin 1953, *M.B.*, 4 octobre 1953 ;

Textes législatifs de l'Union européenne

Décision (CECA) n°94/1 du Conseil et de la Commission du 13 décembre 1993 relative à la conclusion de l'accord sur l'Espace économique européen entre les Communautés européennes, leurs États membres et la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, la Principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération suisse, *J.O.C.E.*, L.1, 3 janvier 1994 ;

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *J.O.C.E.*, L. 239, 22 septembre 2000 ;

Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *J.O.U.E.*, L.149, 2 juin 2001 ;

Décision (Euratom) n°2002/309 du Conseil et de la Commission concernant l'Accord de coopération scientifique et technologique du 4 avril 2002 relative à la conclusion de sept accords avec la Confédération suisse, *J.O.C.E.*, L.114, 30 avril 2002 ;

Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, *J.O.U.E.*, L.31, 6 février 2003 ;

Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *J.O.U.E.*, L.251, 3 octobre 2003 ;

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n°1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE,

72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O.U.E.*, L.229, 29 juin 2004 ;

Décision (CE) 2004/573 du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, Annexe, *J.O.U.E.*, L.261, 6 août 2004 ;

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, « Vingt principes directeurs sur le retour forcé » adoptés lors de la 925^e réunion des délégués des Ministres, septembre 2005 ;

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM (05) 391 final, 15 septembre 2005 ;

Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *J.O.C.E.*, L.326, 13 décembre 2005 ;

Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *J.O.U.E.*, L.105, 13 avril 2006 ;

Règlement (CE) n°1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), *J.O.U.E.*, L.381, 28 décembre 2006 ;

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, *J.O.U.E.*, L.348/98, 24 décembre 2008 ;

Directive 2009/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ;

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2010/C 83/02, *J.O.U.E.*, C-83, 30 mars 2010 ;

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, *J.O.U.E.*, L.180 ;

Lois et arrêtés belges

Lois

Constitution, *M.B.*, 17 février 1994 ;

Code judiciaire du 10 octobre 1867, *M.B.*, 31 octobre 1967, modifié en dernier lieu par la loi du 17 mars 2013, *M.B.*, 19 mars 2013 ;

Lois coordonnées du Conseil d'État du 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 mars 1973 ;

Loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'actions sociale, *M.B.*, 5 août 1976, modifiée en dernier lieu par la loi du 19 janvier 2012, *M.B.*, 17 février 2012 ;

Loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, *M.B.*, 5 août 1976, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 décembre 2008, *M.B.*, 29 décembre 2008 ;

Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980 ;

Loi relative à la détention préventive du 20 juillet 1990, *M.B.*, 14 août 1990 ;

Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991 ;

Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, *M.B.*, 22 décembre 1992, modifiée en dernier lieu par la loi du 29 décembre 2010, *M.B.*, 31 décembre 2010 ;

Loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire, *M.B.*, 6 juillet 1983 ;

Loi programme du 24 décembre 2002 Titre XIII – Chapitre VI : Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés, *M.B.*, 31 décembre 2002 ;

Loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006 ;

Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, modifiée en dernier lieu par la loi du 22 avril 2012, *M.B.*, 3 mai 2012 ;

Loi du 11 février 2013 prévoyant des sanctions et des mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, *M.B.*, 22 février 2013 ;

Arrêtés, décrets et circulaires

Arrêté royal du 8 octobre 1981 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981 ;

Arrêté royal du 14 janvier 1993 déterminant les modalités du remboursement des frais d'hébergement, de séjour et de soins visés à l'article 74/4, §§ 3 et 4, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 2 février 1993, modifié en dernier lieu par l'arrêté royal du 20 septembre 2012, *M.B.*, 1^{er} octobre 2012 ;

Arrêté royal du 12 décembre 1996 relatif à l'aide médicale urgente octroyée par les centres publics d'aide sociale aux étrangers qui séjournent illégalement dans le Royaume, *M.B.*, 31 décembre 1996, modifié par l'arrêté royal du 13 janvier 2003, *M.B.*, 17 janvier 2003 ;

Décret du 14 juin 2001 de la Communauté française visant à l'insertion des élèves primo-arrivants dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, *M.B.*, 17 juillet 2001 ;

Arrêté royal du 20 juillet 2001 relatif au fonctionnement et au personnel de l'inspection générale de la police fédérale et de la police locale, *M.B.*, 20 juillet 2001, modifié en dernier lieu par l'arrêté royal du 19 juin 2012, *M.B.*, 2 juillet 2012 ;

Décret du 17 décembre 2001 de la communauté germanophone visant la scolarisation des élèves primo-arrivants (« *dekret zur Beschulung von neuankommenden Schülern* »), *M.B.*, 4 avril 2002 ;

Décret du 28 juin 2002 de la Communauté flamande relatif à l'égalité des chances en éducation, *M.B.*, 14 septembre 2002 ;

Arrêté royal du 02 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 12 septembre 2002 ;

Circulaire du 24 février 2003 concernant le droit à l'enseignement pour les enfants sans statut de séjour légal (*het recht op onderwijs voor kinderen zonder wettig verblijfsstatuut*), GD/2003/03 ;

Arrêté royal du 9 avril 2007 déterminant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux centres d'observation et d'orientation pour les mineurs étrangers non accompagnés, *M.B.*, 7 mai 2007 ;

Arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 mai 2009 ;

Décret du 19 avril 2012 visant à la mise en place d'un dispositif d'accueil et de scolarisation des élèves primo-arrivants dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, *M.B.*, 22 juin 2012 ;

Circulaire ministérielle n°1815 sur les étrangers détenus, 7 mars 2013 ;

Circulaire du 30 août 2013 abrogeant la circulaire du 20 juillet 2001 relative à la portée juridique de l'annexe 35 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. – Radiation des registres. – Inscription, *M.B.*, 6 septembre 2013 ;

Circulaire du 17 septembre 2013 relative à l'échange d'informations entre les Officiers de l'état civil et l'Office des Etrangers à l'occasion d'une déclaration de mariage ou d'une déclaration de cohabitation légale d'un étranger en séjour illégal ou précaire, *M.B.*, 23 septembre 2013 ;

Arrêté royal du 17 septembre 2014 déterminant le contenu de la convention et les sanctions pouvant être prises en exécution de l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 25 septembre 2014 ;

i) Instructions

FEDASIL, *Instruction relative au trajet de retour et aux places de retour pour les demandeurs d'asile accueillis dans le réseau d'accueil Fedasil*, 13 juillet 2012, disponible sur www.cire.be (dern. consult. 25 sept. 2012) ;

FEDASIL, Addendum à l'*instruction relative au trajet de retour et aux places de retour pour les demandeurs d'asile accueillis dans le réseau d'accueil Fedasil* dd. 13/07/2012 ;

ii) Travaux préparatoires

Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (article 78 de la Constitution), *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n°51-1201/1 ;

Proposition de loi insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n°53-326/5, 6 juillet 2011 ;

Proposition de loi insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés, Rapport fait au nom de la Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par Mme Zoé Genot, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n°53-326/6, 14 juillet 2011 ;

Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/1, 19 octobre 2011 ;

Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, annexes, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n°53-1825/2, 19 octobre 2011 ;

Jurisprudence

Jurisprudence de la C.J.U.E. et de la C.J.C.E.

C.J.C.E., 17 décembre 1970, *SACE*, aff. 33/70, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1213 ;

C.J.C.E., 4 décembre 1974 (Yvonne van Duyn c. Home Office), 41/74, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1337 ;

C.J.C.E., 8 avril 1976 (Royer c. Belgique), 48-75, *Rec. n°1976 00497* ;

C.J.C.E., 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1999 ;

C.J.C.E., 6 octobre 1982, *Cilfit*, aff. 283/81, *Rec. C.J.C.E.*, p. 3415 ;

C.J.C.E., 7 décembre 1995, *Rockfon*, aff. C-449/93, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-4291 ;

C.J.C.E., 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e. a.*, aff. C-72/95, *Rec. C.J.C.E.*, p. 5403 ;

C.J.U.E., 30 novembre 2009 (Kadzoev c. Bulgarie), C-357/09, Rec. C.J.U.E., p. I-11189 ;
 C.J.U.E., 28 avril 2011 (El Dridi c. Italie), C-61/11, *E.C.L.I. EU:C:2011:268* ;
 C.J.U.E., 6 décembre 2011 (Achughbabian c. France), C-329/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.* ;
 C.J.U.E., 6 décembre 2012 (Md Sagor c. Italie), C-430/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.* ;
 C.J.U.E., 30 mai 2013 (Mehmet Arslan c. République tchèque), C-534/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.* ;
 C.J.U.E., 10 septembre 2013 (M. G. et N. R. c. Pays-Bas), C-383/13, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.* ;
 C.J.U.E., 19 septembre 2013 (Gjoko Filev et Adnan Osmani c. Allemagne), C-297/12, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.* ;
 C.J.U.E., 5 juin 2014 (Mahdi c. Bulgarie), C-146/14 PPU ;
 C.J.U.E., 5 novembre 2014 (Mukarubega c. France), C-166/13 ;

Jurisprudence de la Cour eur. D.H.

Cour eur. D.H., arrêt Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, req. n°7367/76 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Bouamar c. Belgique, 29 février 1988, req. n°9106/80 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Soering c. Royaume Uni, 7 juillet 1989, req. n°14038/88 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Quinn c. France, 22 mars 1995, req. n°18580/91 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Amuur c. France, 25 juin 1996, req. n°19776/92 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, req. n°22414/93 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Ahmed c. Autriche, 27 novembre 1996, req. n°25964/94 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Aerts c. Belgique, 30 juillet 1998, req. n°25357/94 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Steel et autres c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, req. n°67/1997/851/1058 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Baranowski c. Pologne, 28 mars 2000, req. n°28358/95 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Witold Litwa c. Pologne, 4 avril 2000, req. n°26629/95 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Ezzouhdi c. France, 13 février 2001, req. n°47160/99 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Conka c. Belgique, 5 février 2002, req. n°51564/99 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Yilmaz c. Allemagne, 17 avril 2003, req. n°52853/99 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Radovanovic c. Autriche, 22 avril 2004, req. n°42703/98 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Hilda Hafsteinsdóttir c. Islande, 8 juin 2004, req. n°40905/98 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Enhorn c. Suède, 25 janvier 2005, req. n°56529/00 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, 12 octobre 2006, req. n°13178/03 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Üner c. Pays-Bas, 18 octobre 2006, req. n°46410/99 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Gebremedhin c. France, 26 avril 2007, req. n°25389/05 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Saadi c. Royaume-Uni, 29 janvier 2008, req. n°13229/03 ;

Cour eur. D.H., arrêt Maslov c. Autriche, 23 juin 2008, req. n°1638/03 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique, 19 janvier 2010, req. n°41442/07 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Neulinger et Shuruk c. Suisse, 6 juillet 2010, req. n°41615 ;
 Cour eur. D.H., arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce, 21 janvier 2011, req. n°30696/09 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Rahimi c. Grèce, 5 avril 2011, req. n°8687/08 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Sufi et Elmi c. Royaume Uni, 28 juin 2011, req. n°8319/07 et 11449/07 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Kanagaratnam et autres c. Belgique, 13 décembre 2011, req. n°15297/09 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique, 20 décembre 2011, req. n°10486/10 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Popov c. France, 19 janvier 2012, req. n°39472/07 et 39474/07 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Mathloom c. Grèce, 24 avril 2012, req. n° 48883/07 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Singh et autres c. Belgique, 2 octobre 2012, req. n°33210/11 ;
 Cour eur. D.H., arrêt De Souza Ribeiro c. France, 13 décembre 2012, req. n°22689/07 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Othman (Abu Qatada) c. Royaume Uni, 17 janvier 2012, req. n°8139/09 ;
 Cour eur. D.H., arrêt M.S. c. Belgique, 31 janvier 2012, req. n°50012/08 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Hirsi Jamaa et autres c. Italie, 23 février 2012, req. n°27765/09 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Firoz Muneer c. Belgique, 11 avril 2013, req. n°56005/10 ;
 Cour eur. D.H., arrêt Sharifi et autres c. Italie et Grèce, 21 oct. 2014, req. n°16643/09 ;

Jurisprudence belge

i) Cour constitutionnelle

C.C., 21 mars 2013, n° 43/2013 ;
 C.C., 19 décembre 2013, n°166/2013 ;

ii) Cour de cassation

Cass., 31 août 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 428 ;
 Cass. (vac.), arrêt n°P.01.1011.F, 31 juillet 2001 ;
 Cass. (vac.), arrêt n°P.03.1002.F, 26 août 2003 ;
 Cass. (2^e ch.), 31 mars 2004, *Pas.* 2004, p. 524 ;
 Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.08.0235.F, 5 mars 2008 ;

Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.08.1287.F., 26 août 2008 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.08.1402.F/1, 15 octobre 2008 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.08.1616.F, 26 novembre 2008 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.08.1787.F/1, 14 janvier 2009 ;
Cass. (vac.), arrêt n^oP.10.1165.N, 27 juillet 2010 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.10.1490.N, 21 septembre 2010 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.10.1456.N, 21 septembre 2010 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.10.1676.F, 17 novembre 2010 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.11.0225.N, 22 février 2011 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.11.0609.F, 20 avril 2011 ;
Cass. (vac.), arrêt n^oP.11.1456.F, 23 août 2011 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.11.1623.F, 14 décembre 2011 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.11.2042.F, 21 décembre 2011 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.11.2130.F, 18 janvier 2012 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.12.0291.F, 21 mars 2012 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.12.0749.F/4, 16 mai 2012 ;
Cass. (vac.), arrêt n^oP.12.1028.F, 27 juin 2012 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.12.1502.F, 12 septembre 2012 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.12.2019.F, 2 janvier 2013 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.12.2050.N/A, 2 janvier 2013 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.13.0337.N/1, 19 mars 2013 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.13.1515.F, 18 septembre 2013 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.13.1735.F, 20 novembre 2013 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.14.0005.N/1, 21 janvier 2014 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.14.0586.F, 23 avril 2014 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.14.1415.F, 1^{er} octobre 2014 ;
Cass. (2^e ch.), arrêt n^oP.14.1399.F/5, 15 octobre 2014 ;

iii) Conseil d'État

C.E. (VI^e ch. vac.), arrêt n^o147.537, 8 juillet 2005 ;
C.E., arrêt n^o198.769, 9 décembre 2009 ;
C.E. (XIV^e ch.), arrêt n^o215.571, 5 octobre 2011 ;

iv) Cour d'appel

Liège (13^e ch.), arrêt no2011/RF/109 du 5 décembre 2011 ;
Liège (10^e ch.), arrêt n^o2012/RF/243 du 13 février 2013 ;

v) Conseil du contentieux des étrangers

C.C.E., arrêt n^o14.727, 31 juillet 2008 ;
C.C.E., arrêt n^o41.300, 31 mars 2010 ;
C.C.E., arrêt n^o42.932, 30 avril 2010 ;

C.C.E. (Assemblée générale), arrêt n°56.201, 17 février 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°56.202, 17 février 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°56.204, 17 février 2011 ;
 C.C.E., arrêt n° 56.205, 17 février 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°57.217, 2 mars 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°58.650, 28 mars 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°63.006, 10 juin 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°63.101, 14 juin 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°66.348, 8 septembre 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°68.388, 13 octobre 2011 ;
 C.C.E., arrêt n°74.796, 9 février 2012 ;
 C.C.E., arrêt n°74.916, 10 février 2012 ;
 C.C.E., arrêt n°88.604, 28 septembre 2012 ;
 C.C.E., arrêt n°88.605, 28 septembre 2012 ;
 C.C.E., arrêt n°93.135, 7 décembre 2012 ;
 C.C.E., arrêt n°93.893, 18 décembre 2012 ;
 C.C.E., arrêt n°94.249, 20 décembre 2012 ;
 C.C.E., arrêt n°95.142, 15 janvier 2013 ;
 C.C.E., arrêt n°97.672, 21 février 2013 ;
 C.C.E., arrêt n°98.002, 27 février 2013 ;
 C.C.E., arrêt n°101.471, 22 avril 2013 ;
 C.C.E., arrêt n°107.890, 1^{er} août 2013 ;
 C.C.E., arrêt n°112.597, 23 octobre 2013 ;
 C.C.E., arrêt n°128.272, 27 août 2014 ;

vi) Chambre des mises en accusation

Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1866 du 29 juillet 2011 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 21 décembre 2011 ;
 Bruxelles (mis. acc.), *M. Pc c. X*, 7 mars 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 9 mars 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2583, 18 juillet 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2608, 20 juillet 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2680, 1^{er} août 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2727, 8 août 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2755, 13 août 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2757, 13 août 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2772, 14 août 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2773, 14 août 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2783, 17 août 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2788, 17 août 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2942, 6 septembre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3219, 25 septembre 2012 ;

Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3346, 3. octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3347, 3 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3484, 11 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3505, 15 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3539, 17 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3554, 17 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3697, 25 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3696, 25 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3698, 25 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3709, 29 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3717, 30 octobre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3932, 13 novembre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°4538, 21 décembre 2012 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°55 du 4 janvier 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°360, 29 janvier 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°632, 15 février 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°684, 20 février 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°781, 27 février 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°878, 6 mars 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1842, 22 mai 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2451, 3 juillet 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2125, 19 juin 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2212, 19 juin 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2215, 19 juin 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2248, 21 juin 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2536, 12 juillet 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2557, 17 juillet 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2566, 17 juillet 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2570, 17 juillet 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2689, 7 août 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2760, 14 août 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2771, 19 août 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2807, 23 août 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2835, 28 août 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2851, 30 août 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3046, 13 septembre 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt no3405, 4 octobre 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3577, 18 octobre 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3776, 30 octobre 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 20 décembre 2013 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°150, 15 janvier 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°172, 15 janvier 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 24 janvier 2014 ;

Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1136, 27 mars 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1137, 27 mars 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1141, 27 mars 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1147, 28 mars 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1279, 4 avril 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1393, 15 avril 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1906, 28 mai 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1935, 30 mai 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2084, 13 juin 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2451, 11 juillet 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2567, 25 juillet 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2584, 28 juillet 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2666, 6 août 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2703, 13 août 2014 ;
 Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2815, 29 août 2014 ;

Mons (mis. acc.), arrêt n°815/12, 25 octobre 2012 ;
 Mons (mis. acc.), arrêt n°664/12, 21 août 2012 ;
 Mons (mis. acc.), arrêt n°C-677/12, 28 août 2012 ;
 Mons (mis. acc.), arrêt n°701/12, 11 septembre 2012 ;
 Mons (mis. acc.), arrêt n°407/13, 14 juin 2013 ;
 Mons (mis. acc.), arrêt n°453/13, 28 juin 2013 ;
 Mons (mis. acc.), arrêt n°556/13, 8 août 2013 ;

Liège (mis. acc.), arrêt n°C1195, 13 septembre 2012 ;
 Liège (mis. acc.), arrêt n°C-329, 4 mars 2014 ;

Doctrine

Ouvrages

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Belgique, juin 2014 ;

CARLIER, J.-Y., *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007 ;

CORNELISSE, G., « Detention of Foreigners », *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, sous la direction de M. G. e. P. Minderhoud, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 ;

HAILBRONNER, K., *EU immigration and asylum law : commentary of EU regulations and directives*, München, Beck, 2010 ;

NERAUDAU, E. et LEBOEUF, L., *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : le règlement Dublin et la directive qualification*, sous la direction de S. Saroléa, Louvain-la-Neuve, 2012 ;

PEERS, C., *EU Justice and Home Affairs Law*, 3e édition, Oxford, Oxford University Press, 2011 ;

S. BODART, J.-Y.C., ET AL., *Droit des étrangers - Code annoté*, Bruxelles, la Charte, 2012 ;

Articles

A.D.D.E., *La détention administrative des étrangers. État des lieux et perspectives*, Dossier thématique, décembre 2011, voy. www.adde.be (dern. consult. mai 2012) ;

ANDRIEN, D., « Du contrôle de la rétention administrative des étrangers - Observations », *J.L.M.B.*, vol. 2012/20, 18 mai 2012, pp. 929 ;

ARCARAZO, D.A., « Returns Directive: Possible Limits and Interpretation », *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, sous la direction de K. Zwaan, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011 ;

BALDACCINI, A., « The EU Directive on Return: Principles and Protests », *Refugee Survey Quarterly*, vol. 28, n°4, 1 janvier 2009, pp. 114-138 ;

BALDACCINI, A., « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive », *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, n°1, pp. 1-17 ;

BOSLY, H.-D., DE VALKENEER, C., ET VAN DER ECKEN, N., « Chapitre VI - De la coalition des fonctionnaires et de l'empiétement des autorités administratives et judiciaires » in *Les infractions – Volume 5*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012 ;

CARLIER, J.-Y., « La "directive retour" et le respect des droits fondamentaux », *L'Europe des Libertés*, vol. n°26, mai 2008, pp. 13-19 ;

C.B.A.R., *L'enfant dans l'asile : prise en considération de sa vulnérabilité et de son intérêt supérieur*, juin 2013 ;

CIRÉ, *Newsletter juridique*, n°43, septembre 2012 ;

DE BRUYCKER, P., MANANASHVILI, S., ET RENAUDIÈRE, G., “The Extent of Judicial Control of Pre-Removal Detention in the EU: Conceptual Framework for the Project CONTENTION”, *CONTENTION RR 2014/01*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2014;

D'HUART, P., « Cour eur. D.H., arrêt Firoz Muneer c. Belgique, 11 avril 2013, req. n°56005/10 », *Newsletter EDEM*, avril 2013 ;

ECRE AND SAVE THE CHILDREN (EU OFFICE), *Comparative Study on Practices in the Field of Return of Minors*, déc. 2011 ;

E.M.N., "Overview of which Member States do not participate in the adoption of certain EU acquis in the field of migration and asylum plus those which Norway does", oct. 2012 ;

HIERNAUX, M.B., "État des lieux de la régularisation de séjour", *Dossier thématique A.D.D.E.*, déc. 2011 ;

JANSSENS, S., et ROBERT, P., « Le droit d'être entendu en matière d'asile et migration : perspectives belge et européenne », *Rev. dr. étr.*, n°174, 2013, p. 379 ;

LEBOEUF, L., « La directive retour et la privation de liberté des étrangers - Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt *El Dridi* », *Revue du droit des étrangers*, vol. n°163, pp. 181—191 ;

LYS, M., « Les conséquences de la violation du droit d'être entendu sur la légalité d'une mesure d'interdiction d'entrée », *Newsletter EDEM*, septembre 2014 ;

MAES, M., « De terugkeerrichtlijn en onverwijderbare vreemdelingen », *T. Vreemd.*, vol. n°3, 2011, pp. 253-267 ;

MARTUCCI, F., « La directive "retour" : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 45, n°1, pp. 47-67 ;

MORJANE, C., « Le contrôle de la détention administrative des étrangers par les juridictions d'instructions – Un guide à l'attention des praticiens », *Revue du droit des étrangers*, 2013, n°173, pp. 237-250 ;

PLATE-FORME MINEURS EN EXIL ET AL., « Unités d'habitation ouverte et coaches pour les familles avec enfants mineurs, comme alternative à la détention – Évaluation après quatre année de fonctionnement », oct. 2012 ;

SCHIEFFER, M., « Directive 2008/115/CE of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third Country Nationals », *Commentary on EU Regulation and Directives*, sous la direction de K. Hailbronner, Munich, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2010 ;

SAROLEA, S., « L'effectivité des recours en cas d'allégation d'atteinte à la vie familiale », *Newsletter EDEM*, déc.2012 ;

SLAMA, S., « La transposition de la directive "retour" : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers ? », *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, sous la direction de L. Dubin, Bruxelles, Bruylant, 2012 ;

SOMERS, E., « *L'évaluation des demandes de "régularisation" (art. 9bis de la loi sur le séjour) selon les critères de l'instruction du 19 juillet 2009 après la jurisprudence du Conseil d'Etat : rien ne va plus ?* », *Revue du droit des étrangers*, n°175, 2013, pp. 593-608 ;

TSOURDI, L., « Demandeurs de protection subsidiaire pour raison médicale et demandeurs de protection subsidiaire du fait d'une situation de violence généralisée: la différence de traitement est raisonnablement justifiée », *Newsletter EDEM*, mai 2013 ;

U.N.H.C.R., *UNHCR Guidelines on Formal Determination of the Best Interests of the Child*, mai 2008 ;

VRECKOM, H.V., « De omzetting van de Terugkeerrichtlijn in het Belgisch recht », *T. Vreemd.*, vol. n°4, 2012, pp. 260-276 ;

WIBAULT, T., « Frontière - Asile - Détention, Législation belge, normes européennes et internationales », *Fiche juridique du C.B.A.R.*, vol. janvier 2012 ;

WIBAULT, T., « La transposition de la directive Retour en droit belge », *Revue du droit des étrangers*, vol. n°169, 2012, pp. 369-401.

Autres

COMMISSION EUROPÉENNE, "Une politique humaine et efficace en matière de retour : 8 États membres doivent encore se conformer à la directive 'retour'", *Communiqué de presse IP/11/1097*, 29 septembre 2011.

ANNEXE 1
DIRECTIVE RETOUR : CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

TABLE DES MATIÈRES

1. La détention	179
1.1 Motifs de la détention	179
1.2. Contrôle de légalité de la détention	181
1.3. La période maximale de détention	185
1.4. Subsidiarité de la détention	188
1.5. Conditions de la détention	189
2. Le délit de séjour irrégulier.....	190
2.1. En droit européen	190
2.2. En droit belge	191
3. L'interdiction d'entrée	191
4. La traduction des décisions de détention	192
5. Le respect du droit d'être entendu	192

1. LA DÉTENTION

1.1 Motifs de la détention

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°XXX, 20 décembre 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1146, 28 mars 2014 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1906, 28 mai 2014 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.0609.F, 20 avril 2011

La possibilité de rétention n'est pas limitée aux deux hypothèses visées par l'article 15 de la directive [2008/115/CE], à savoir un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

- Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.14.0005.N/1, 21 janvier 2014

L'arrêt concerne une mesure de détention fondée sur trois circonstances : le requérant séjourne sur le territoire Schengen sans visa valable, il constitue un danger pour l'ordre public car il a été condamné pour vol et abandon d'enfant, et il n'a pas les moyens de quitter le territoire par ses propres moyens. La Cour considère que l'illégalité de la mesure de la détention peut être retenue pour les raisons suivantes : « De ces dispositions qui entraînent une limitation de la liberté personnelle et qui sont, dès lors, de stricte interprétation, il ressort qu'afin de reconduire un étranger à la frontière, et compte tenu du principe de subsidiarité, il peut seulement y avoir recours à la détention lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement. »

Cet arrêt pose donc le principe selon lequel l'Office des étrangers peut seulement recourir à la détention aux fins d'éloignement dans deux hypothèses : lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement.

1.1.1. Danger pour l'ordre public

Différentes hypothèses ont été considérées comme attestant d'un danger pour l'ordre public :

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2680 du 1 août 2012

Lors de son interception, la requérante travaillait "au noir" dans une boulangerie, sans permis de travail. Il existe un risque qu'elle poursuive son activité illégalement.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2773 du 14 août 2012

Le requérant exerce une activité professionnelle indépendante ou en subordination sans être en possession de l'autorisation requise à cet effet (pas de permis de travail ni de carte professionnelle).

- Liège (mis. acc.), arrêt n°C-1195 du 13 sept. 2012

Poursuivi pour fraude informatique, le requérant représente un danger pour l'ordre public.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3539, 17 oct. 2012

De par son comportement il est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou la sécurité nationale, l'intéressé ayant été intercepté en flagrant délit d'usage de documents d'identité qui ne lui appartiennent pas (faux passeport des Pays-Bas et fausse carte E Belgique)

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3932 du 13 nov. 2012

Le comportement du requérant est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public, ayant notamment été condamné pour des faits de vol avec violences (2006), détention arbitraire (2006), de coups et blessures volontaires (2010) et violences ou menaces (2011).

- Cass., arrêt n°P.12.2019.F, 2 janvier 2013

Le travail frauduleux peut constituer une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société justifiant un éloignement sans délai de départ volontaire.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°632 du 15 févr. 2013

Ayant été intercepté porteur de gants et de deux tournevis à tête plate, ce qui constitue un flagrant délit d'agissements suspects, son comportement est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou la sécurité nationale.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1086 du 22 mars 2013

Par son comportement, il est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou la sécurité nationale, l'intéressé ayant été intercepté en flagrant délit de coups et blessures envers sa compagne.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2125, 19 juin 2013

Le fait d'avoir été condamné à une peine d'un an de prison avec sursis pour la moitié, du chef de rébellion et de séjour illégal ;

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2570 du 17 juillet 2013

Le requérant a fait l'objet de plusieurs condamnations pour vols.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2557, 17 juillet 2013

Le fait d'avoir été intercepté en présentant une Annexe 35 falsifiée ;

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2807, 23 août 2013

Le fait d'avoir fait l'objet d'une plainte et d'un procès-verbal du chef d'escroquerie et d'abus de faiblesse.

1.1.2. Octroi d'un titre de voyage

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2783, 17 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2680, 1^{er} août 2012 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°701/12, 11 septembre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°360, 29 janvier 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3717, 30 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3539, 17 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1086, 22 mars 2013 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°453/13, 28 juin 2013

Le fait que ne possédant aucun document d'identité lors de son arrestation, l'intéressé doit être écroué pour permettre l'octroi par ses autorités nationales d'un titre de voyage.

1.2. Contrôle de légalité de la détention

1.2.1. Du point de vue des délais pour le contrôle

- Cour eur. D.H., arrêt *Firoz Muneer c. Belgique*, 11 avril 2013, req. n°56005/10

La Cour eur. D.H. a constaté que le requérant avait été privé de sa liberté aux fins d'éloignement pendant près de quatre mois et qu'il n'avait pas pu obtenir de décision finale sur la légalité de sa détention. La Cour a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 5, § 4, de la Convention, dès lors que le requérant n'avait pas pu obtenir qu'un tribunal statue à bref délai, en l'occurrence quatre mois, sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si sa détention était jugée illégale.

- Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.0225.N, 22 février 2011 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°815/12, 25 octobre 2012

Le recours auprès de la Chambre du conseil peut être réintroduit de mois en mois¹. Ce délai d'un mois doit être calculé à compter de la dernière ordonnance ou du dernier arrêt de la juridiction d'instruction ordonnant le maintien de la privation de liberté.

- Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.13.1515.F, 18 septembre 2013

En cas de prolongation de la détention, la légalité des conditions de prolongation est susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire en application de l'article 71, alinéa 1, sans qu'il ne faille attendre l'écoulement du délai d'un mois après un éventuel précédent recours contre la décision de détention prolongée.

1.2.2. Du point de vue de la suspension

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3505, 15 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2755, 13 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3347, 3 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3709, 29 octobre 2012

¹ Art. 71, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980.

L'étranger est susceptible d'être éloigné avant que les chambres du conseil et chambres des mises en accusation ne se soient prononcées sur la légalité de sa détention.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°1842, 22 mai 2013 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.08.1402.F/1, 15 octobre 2008 :

L'effectivité d'un recours susceptible d'affecter une mesure privative de liberté n'est pas considérée comme subordonnée à la condition qu'il suspende celle-ci.

1.2.3. Du point de vue du respect de la C.E.D.H.

- Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.2130.F, 18 janvier 2012

L'éloignement d'un étranger et la mesure privative de liberté prise à cette fin peuvent aboutir à une situation tombant sous l'application de l'article 3 de la Convention s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'après son éloignement ou en raison de celui-ci, l'étranger risque de subir soit la torture soit des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Il s'ensuit que, lorsqu'un étranger invoque un tel risque, la juridiction d'instruction doit en apprécier l'existence au titre d'un contrôle de légalité et non d'opportunité.

- Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.0291.F, 21 mars 2012

Un contrôle de légalité de l'éloignement peut également être opéré au regard de l'article 8.1 C.E.D.H. et du risque de violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2583, 18 juillet 2012

Il a été considéré que la détention d'un père de quatre enfants, de nationalité algérienne, le plus jeune étant âgé d'à peine deux mois, bénéficiant comme leur mère, de nationalité marocaine d'un droit de séjour en Belgique, était disproportionnée par rapport à l'ingérence qu'elle constitue dans la vie privée et familiale de l'étranger.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2757, 13 août 2012

Un éloignement n'a pas été jugé contraire à l'art. 8 C.E.D.H. pour une femme enceinte de cinq semaines souhaitant épouser un belge avec qui elle entretenait une relation,

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3046, 13 septembre 2013

Un éloignement n'a pas été jugé contraire à l'art. 8 C.E.D.H. pour un homme disposant d'une compagne en Belgique enceinte de ses œuvres.

1.2.4. Du point de vue de la motivation

- Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.1028.F, 27 juin 2012

Pour une détention fondée sur un risque de fuite actuel et réel, il a été considéré que si le dossier de l'Office des étrangers ne contient aucun élément objectif et sérieux accréditant ce risque de fuite dans le chef de l'intéressé, la mise en liberté peut être ordonnée. Cela s'explique par le fait que si le titre de privation de liberté s'appuie sur l'affirmation qu'il existe un risque de fuite, le pouvoir judiciaire doit pouvoir vérifier que ce risque a été apprécié par l'administration conformément aux critères que la loi en donne.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3004 du 13 sept. 2012

La lecture du "rapport administratif de contrôle d'un étranger" produit au dossier ne permet pas de vérifier en quoi aurait consisté ce "flagrant délit de trouble à l'ordre public" invoqué pour justifier la mesure privative de liberté et formellement contesté par l'étranger. La Cour n'est donc pas en mesure de vérifier la légalité de la mesure privative de liberté. Remise en liberté.

- Cass. (2^e ch), arrêt n°P.13.0337.N/1, 19 mars 2013

Un arrêt de la Chambre des mises en accusation avait invalidé une décision de l'O.E. au motif qu'elle se fondait sur des faits et des décisions anciennes de dix ans et n'accordait pas suffisamment d'attention ni ne tenait suffisamment compte de la modification des conditions et de l'évolution favorable de la situation du requérant. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif qu'elle avait effectué un contrôle d'opportunité et non de légalité de la décision. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif qu'elle avait effectué un contrôle d'opportunité et non de légalité de la décision.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2835, 28 août 2013

La Chambre des mises en accusation de Bruxelles a considéré qu'un titre privatif de liberté n'était pas motivé conformément à la loi dès lors que la base légale visée pour justifier la détention ne correspondait pas à la situation personnelle de l'intéressé.

1.2.5. Du point de vue de l'état de santé

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt du 9 mars 2012, n°XXX

Il n'existait pas de rapport raisonnable entre, d'une part, une décision de privation de liberté à l'encontre d'un étranger en séjour irrégulier étant atteint d'une maladie dégénérante, nécessitant un suivi régulier multidisciplinaire, une réadaptation thérapeutique et un soutien psycho-social et, d'autre part, sa détention aux fins d'éloignement. Cette décision tenait notamment à ce que le requérant n'était jamais entré dans la clandestinité et que la continuité de ces soins indispensables, réguliers et spécifiques, au sein du centre fermé n'était pas garantie aux yeux de la Cour. Au vu de cela, la Chambre des mises en accusation a mis fin à la détention.

1.2.6. Prise en compte du renouvellement du titre de séjour

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2788, 17 août 2012

« Une demande d'autorisation de séjour n'est pas suspensive de la mesure privative de liberté ».

- Mons (mis. acc.), arrêt n°C-677/12, 28 août 2012

« Le recours actuellement pendant devant le C.C.E., formé par le requérant contre la décision déclarant irrecevable sa demande de régularisation fondée sur l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980, n'a pas d'effet suspensif et son existence ne constitue pas un obstacle à la mesure de privation de liberté ici en cause »

- C.C.E., arrêt n°14727, 31 juillet 2008 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.08.0235.F, 5 mars 2008

« L'introduction d'une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi ne confère aucun droit susceptible de tenir en échec les pouvoirs de police que l'autorité administrative tire de l'article 7 de la loi. »

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2536, 12 juillet 2013

La Chambre des mises en accusation de Bruxelles a mis fin à la rétention d'un étranger en séjour irrégulier au motif que son séjour au-delà du terme fixé par l'O.Q.T. s'expliquait par l'attente de l'issue d'une demande 9*bis* et ne témoignait pas d'une volonté de se soustraire à la procédure de retour. Dans cette optique, la Cour était d'avis que des mesures autres que la privation de liberté étaient envisageables.

- Liège (10^e ch.), arrêt n°2012/RF/243 du 13 février 2013

La Cour d'appel de Liège a considéré que le juge des référés avait légalement interdit à l'État belge de procéder, même par la force publique, à l'expulsion d'un demandeur de protection 9*ter* jusqu'à ce que le recours en annulation introduit devant le C.C.E., sans que la suspension d'extrême urgence ne soit accordée, ait donné lieu à une décision définitive. Le risque d'une violation d'un droit subjectif était rencontré dans la mesure où le bénéfice de l'article 9*ter* de la loi du 15 décembre 1980 n'est accessible qu'aux étrangers séjournant en Belgique de sorte que l'expulsion de l'intimé le privait de l'exercice normal de ses droits de la défense. L'existence de la condition d'urgence était pour sa part établie dans la mesure où la procédure d'expulsion de l'intimé pouvait, à tout moment, être mise à exécution alors qu'il souhaitait exercer pleinement son recours en annulation devant le C.C.E..

- Liège (13^e ch.), arrêt n°2011/RF/109 du 5 décembre 2011

La Cour d'appel Liège a précisé que ce n'est pas parce que des recours administratifs existent et ont été exercés, notamment devant le C.C.E. et devant le Conseil d'État, que le pouvoir judiciaire ne peut pas intervenir. Le juge judiciaire et en particulier le juge des référés serait compétent dès lors qu'un droit subjectif est en cause et gravement menacé par un acte de l'administration posé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

1.3. La période maximale de détention

1.3.1. Du point de vue de la perspective raisonnable d'éloignement

- C.J.U.E., 30 novembre 2009 (Kadzoev c. Bulgarie), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189

Au moment du réexamen de la légalité de la rétention par la juridiction nationale, il doit exister une réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien pour qu'il puisse être considéré qu'il subsiste une perspective raisonnable d'éloignement. Ainsi, la C.J.U.E. a estimé qu'une perspective raisonnable d'éloignement n'existait pas étant donné qu'il paraissait peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers. En outre, dès lors que la durée maximale de rétention prévue à l'article 15, paragraphe 6, de la directive « retour » est atteinte, la question de savoir s'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement ne se pose plus : la personne concernée doit, en tout état de cause, être immédiatement remise en liberté.

- Cour eur. D.H., *arrêt Auad c. Bulgarie*, 11 octobre 2011, req. n°46390/10, § 128

La Cour eur. D.H. a conclu que la durée de la détention ne devait pas dépasser la durée raisonnablement requise pour atteindre le but poursuivi. Elle a souligné que, contrairement à l'article 15 de la directive « retour », l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), de la C.E.D.H. ne prévoyait pas de durée maximale. Selon la Cour eur. D.H., la réponse à la question de savoir si la durée de la procédure d'expulsion pouvait influencer la régularité de la rétention au sens de cette disposition dépendait donc uniquement des circonstances particulières de l'affaire.

1.3.2. Du point de vue de la durée maximum de la détention

- Cour eur. D.H., *arrêt Mathloom c. Grèce*, 24 avril 2012, req. n° 48883/07

Ce délai maximum de détention dont les États membres font le choix, encadré par la directive, doit nécessairement figurer dans leur législation. Dans un arrêt *Mathloom c. Grèce*, la Cour eur. D.H. a eu à connaître de la situation d'un ressortissant irakien demeuré en détention pendant plus de deux ans et trois mois dans l'attente de son expulsion, alors même que sa libération conditionnelle avait été ordonnée. La Cour eur. D.H. a constaté que la législation grecque régissant la détention des personnes visées par une ordonnance d'expulsion émise par un tribunal ne fixait pas de durée maximale et, par conséquent, ne remplissait pas le critère de « légalité » prévu à l'article 5 de la C.E.D.H. puisqu'elle n'était pas prévisible.

- C.J.U.E., 30 novembre 2009 (Kadzoev c. Bulgarie), C-357/09, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-11189

L'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115 doit être interprété en ce sens que la période pendant laquelle l'exécution de l'arrêt de reconduite forcée à la frontière a été suspendue en raison d'une procédure de recours juridictionnel

introduite par l'intéressé contre cet arrêté est prise en compte pour le calcul de la période de rétention aux fins d'éloignement lorsque, pendant la durée de cette procédure, l'intéressé a continué à séjourner dans un centre de placement provisoire.

En effet s'il en était autrement, la durée de la rétention à des fins d'éloignement pourrait varier, le cas échéant de manière considérable, d'un cas à l'autre dans un même État membre ou bien d'un État membre à l'autre, en raison des particularités et des circonstances propres aux procédures judiciaires nationales, ce qui irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115, qui est de garantir une durée de rétention maximale commune aux États membres.

Les paragraphes 4 et 6, de l'article 15, de la directive 2008/115 ne permettent pas, lorsque la période maximale de rétention prévue par cette directive a expiré, de se dispenser de libérer immédiatement l'intéressé au motif qu'il n'est pas en possession de documents valides, qu'il fait preuve d'un comportement agressif ou qu'il ne dispose pas de moyens de subsistance propres ni d'un logement ou de moyens fournis par l'État membre à cette fin.

- Cour eur. D.H., arrêt M.S. c. Belgique, 31 janvier 2012, req. n°50012/08

Pour l'appréciation du caractère excessif de la période de détention, la Cour eur D.H. considère que « dans les affaires qui, comme en l'espèce, concernent des périodes de détention multiples et consécutives, elle fait primer la nécessité d'éviter un formalisme excessif et les considère comme un tout ».

- Cass. (vac.), arrêt n°P.11.1456.F/1, 23 août 2011

La Cour de cassation a confirmé qu'un réquisitoire de réécrou sur la base de l'article 27, §§ 1^{er} et 3 ne prolonge pas une mesure initiale prise sur la base de l'article 7, al. 1, mais constitue un titre autonome de privation de liberté.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3698, 25 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3484, 11 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3696, 25 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3697, 25 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3346, 3. octobre 2012 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°C-677/12, 28 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2942, 6 septembre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3554, 17 octobre 2012

La pratique consiste à prendre, en cas de résistance du ressortissant étranger à son éloignement, une nouvelle décision de détention – une décision de réécrou – fondée sur l'article 27, plutôt que de prolonger la précédente sur la base de l'article 7.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2771, 19 août 2013

Une détention au fin d'éloignement peut parfois durer jusqu'à 9 mois.

1.3.3. Du point de vue du demandeur d'asile

- C.J.U.E., 30 novembre 2009 (Kadzoev c. Bulgarie), C-357/09, Rec. C.J.U.E., p. I-11189

La période durant laquelle une personne a été placée en centre de placement provisoire sur le fondement d'une décision prise au titre des dispositions nationales et communautaires relatives aux demandeurs d'asile ne doit pas être considérée comme une rétention aux fins d'éloignement au sens de l'article 15 de la directive 2008/115, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

En effet, la rétention à des fins d'éloignement régie par la directive 2008/115 et la rétention ordonnée à l'encontre d'un demandeur d'asile, notamment en vertu des directives 2003/9, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, et 2005/85, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, et des dispositions nationales applicables, relèvent de régimes juridiques distincts.

Toutefois, si un demandeur d'asile reste placé sous un régime de rétention à des fins d'éloignement alors que sont en cours des procédures d'asile ouvertes à la suite de ses demandes d'asile, la période de rétention correspondant à la période durant laquelle lesdites procédures d'asile étaient en cours doit être prise en compte pour le calcul de la période de rétention aux fins d'éloignement visée à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115.

- C.J.U.E., 30 mai 2013 (Mehmet Arslan c. République tchèque), C-534/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*

L'article 2, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE, lu en combinaison avec le considérant 9 de celle-ci, doit être interprété en ce sens que cette directive n'est pas applicable à un ressortissant de pays tiers qui a introduit une demande de protection internationale, au sens de la directive 2005/85/CE, et ce pendant la période courant de l'introduction de ladite demande jusqu'à l'adoption de la décision de premier ressort statuant sur cette demande ou, le cas échéant, jusqu'à l'issue du recours qui aurait été introduit contre ladite décision.

Les directives 2003/9/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, et 2005/85 ne s'opposent pas à ce que le ressortissant d'un pays tiers, qui a introduit une demande de protection internationale au sens de la directive 2005/85 après avoir été placé en rétention en vertu de l'article 15 de la directive 2008/115, soit maintenu en rétention sur la base d'une disposition du droit national lorsqu'il apparaît, à la suite d'une appréciation au cas par cas de l'ensemble des circonstances pertinentes, que cette demande a été introduite dans le seul but de retarder ou de compromettre l'exécution de la décision de retour et qu'il est objectivement nécessaire de maintenir la mesure de rétention pour éviter que l'intéressé se soustraie définitivement à son retour.

1.4. Subsidiarité de la détention

1.4.1. En droit européen

- C.J.U.E., 28 avril 2011 (El Dridi c. Italie), C-61/11, *E.C.L.I. EU:C:2011:268*

La C.J.U.E. a souligné que ce n'est que : « dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de *chaque situation spécifique*, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention ». La C.J.U.E. ajoute : « L'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé ».

- Cour eur. D.H., arrêt Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, req. n°7367/76 ; Cour eur. D.H., arrêt Amuur c. France, 25 juin 1996, req. n°19776/92

« Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence ».

- Cour eur. D.H., arrêt Saadi c. Royaume-Uni, 29 janvier 2008, req. n°13229/03 ; Cour eur. D.H., arrêt Witold Litwa c. Pologne, 4 avril 2000, req. n°26629/95 ; Cour eur. D.H., arrêt Hilda Hafsteinsdóttir c. Islande, 8 juin 2004, req. n°40905/98 ; Cour eur. D.H., arrêt Enhorn c. Suède, 25 janvier 2005, req. n°56529/00

« La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours, lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention. »

1.4.2. En droit belge

- Cass. (vac.), arrêt n°P.12.1028.F, 27 juin 2012

L'article 7, alinéa 3 prescrit de ne prendre cette mesure [de détention] qu'à défaut de pouvoir en appliquer efficacement d'autres, moins coercitives mais suffisantes pour reconduire l'étranger à la frontière. Il faut ainsi : « que la condition de subsidiarité requise par la disposition légale susdite soit vérifiée ».

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2760, 14 août 2013

L'étrangère a précédemment fait l'objet d'une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire, sans mesure privative de liberté et elle n'y a pas

obtempéré. Le principe d'une procédure d'une expulsion graduelle est donc respecté, de sorte que le maintien en détention litigieux n'est contraire ni à la directive précitée [c'est-à-dire 2008/115/CE] ni au principe général de proportionnalité, ni à la CSDH [sic].

- Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.12.0749.F/4, 16 mai 2012

Lorsque, dans la décision de privation de liberté, il indique concrètement les circonstances justifiant la mesure au regard des impératifs de nécessité prévus par l'article 7, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, le ministre motive cet acte conformément à l'article 62 de cette loi. Aucune disposition ne lui impose d'exposer en outre les raisons pour lesquelles il considère qu'une mesure moins contraignante serait inapte à rencontrer cet objectif.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2772, 14 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2773, 14 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3717, 30 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3539, 17 octobre 2012 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°664/12, 21 août 2012. Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2772, 14 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2773, 14 août 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3717, 30 octobre 2012 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°3539, 17 octobre 2012 ; Mons (mis. acc.), arrêt n°664/12, 21 août 2012

Aucune illégalité ne saurait se déduire du seul fait que l'autorité administrative impose à l'étranger une mesure de détention prévue par la loi, alors même que d'autres mesures moins contraignantes pourraient être prises.

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2689, 7 août 2013

Les circonstances que l'étranger ou sa famille se proposent de payer une caution [...] sont étrangères à la loi du 15 décembre 1980 et ne sont, en tous les cas pas de nature à conclure à l'illégalité de la décision administrative de privation de liberté.

1.5. Conditions de la détention

- Cour eur. D.H., arrêt Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, 12 octobre 2006, req. n°13178/03 ; Cour eur. D.H., arrêt Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique, 19 janvier 2010, req. n°41442/07 ; Cour eur. D.H., arrêt Kanagaratnam et autres c. Belgique, 13 décembre 2011, req. n°15297/09 ; Cour eur. D.H., arrêt Popov c. France, 19 janvier 2012, req. n°39472/07 et 39474/07 ; Cour eur. D.H., arrêt Rahimi c. Grèce, 5 avril 2011, req. n°8687/08.

La Cour eur. D.H. a considéré à plusieurs occasions que la détention de mineurs, accompagnés ou non, dans un centre fermé pour adultes étrangers en séjour illégal dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte consistait dans une violation de l'article 5, 1, f, de la Convention.

2. LE DÉLIT DE SÉJOUR IRRÉGULIER

2.1. EN DROIT EUROPÉEN

- C.J.U.E., 28 avril 2011 (El Dridi c. Italie), C-61/11, *E.C.L.I. EU:C:2011:268*

Dans cette affaire, la C.J.U.E. était appelée à vérifier si les articles 15 et 16 de la directive « retour » étaient compatibles avec la détention pénale d'un ressortissant d'un pays tiers au cours de la procédure de retour pour le seul motif que celui-ci demeurait sur ledit territoire en violation d'un ordre de l'autorité administrative de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé.

La C.J.U.E. a considéré que les États gardaient la faculté d'adopter, dans le respect des principes de la directive 2008/115 et de son objectif, des dispositions réglant la situation dans laquelle les mesures coercitives n'avaient pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur leur territoire de façon irrégulière.

- C.J.U.E., 6 décembre 2011 (Achughbabian c. France), C-329/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*

Dans cette affaire, la C.J.U.E. a examiné si les principes établis dans l'affaire El Dridi s'appliquaient également à la peine d'emprisonnement infligée à un ressortissant d'un pays tiers en raison d'une entrée irrégulière ou d'un séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre de l'UE.

La Cour a précisé que la directive 2008/115/CE s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention; et

La directive 2008/115/CE ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour.

Les conditions de l'arrestation initiale de ressortissants de pays tiers soupçonnés de séjourner irrégulièrement dans un État membre demeurent en tout état de cause régies par le droit national.

- C.J.U.E., 6 décembre 2012 (Md Sagor c. Italie), C-430/11, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*

La directive 2008/115/CE ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers par une peine

d'amende pouvant être remplacée par une peine d'expulsion. Par contre, la directive 2008/115/CE s'oppose à une réglementation d'un État membre qui permet de réprimer le séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers par une peine d'assignation à résidence sans garantir que l'exécution de cette peine doive prendre fin dès que le transfert physique de l'intéressé hors dudit État membre est possible.

2.2. EN DROIT BELGE

- Cass. (2^e ch.), arrêt n°P.11.1623.F, 14 décembre 2011

Les ressortissants de pays tiers ayant, outre le délit de séjour irrégulier, commis un ou plusieurs autres délits peuvent le cas échéant, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive, être soustraits au champ d'application de celle-ci. Il ressort de l'arrêt attaqué que le demandeur a commis d'autres délits que celui consistant à séjourner irrégulièrement sur le territoire du Royaume. Partant, les juges d'appel n'ont pas violé le droit communautaire en appliquant au demandeur la peine d'emprisonnement prévue par l'article 75, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980.

3. L'INTERDICTION D'ENTRÉE

- Cour eur. D.H., arrêt Maslov c. Autriche, 23 juin 2008, req. n°1638/03

La Cour eur. D.H. a considéré, à propos de l'expulsion d'un délinquant juvénile, que l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant exigeait de faciliter sa réintégration dans la société et que ce but ne pouvait pas être atteint si les liens familiaux et sociaux étaient rompus par l'expulsion, laquelle devait demeurer une mesure de dernier recours dans le cas d'un délinquant juvénile. Le requérant avait ses principaux liens sociaux, culturels, linguistiques et familiaux en Autriche, où vivaient tous ses proches, et n'avait pas de liens démontrés avec son pays d'origine. La durée limitée de l'interdiction de séjour n'était pas jugée décisive. Vu le jeune âge de l'intéressé, dix ans d'interdiction de séjour représentaient presque autant que ce qu'il avait vécu en Autriche, alors qu'il se trouvait à une période déterminante de son existence. Dès lors, l'interdiction était disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi et n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

- C.C.E., arrêt n°94.249, 20 décembre 2012 ; C.C.E., arrêt n°93.135, 7 décembre 2012 ; C.C.E., arrêt n°95.142, 15 janvier 2013 ; C.C.E., arrêt n°98.002, 27 février 2013 ; C.C.E., arrêt n°107.890, 1^{er} août 2013

Il ne ressort pas des motifs de la décision attaquée que la partie défenderesse ait mis en balance le but de la législation visée avec la gravité de l'atteinte à la vie familiale du requérant qui découlerait de l'interdiction d'entrée de trois ans prise à son égard.

Le Conseil constate que l'article 74/11 de la loi du 15 décembre 1980 dispose, en son §1^{er}, que 'la durée de l'interdiction d'entrée est fixée en tenant compte de

toutes les circonstances propres à chaque cas" et que l'article 74/13 de la même loi précise que "lors de la prise d'une décision d'éloignement, le ministre ou son délégué tient compte de (...) la vie familiale (...) du ressortissant d'un pays tiers (...)".

Le Conseil estime, au vu de la motivation de l'acte attaqué relative à l'interdiction d'entrée, que l'obligation de motivation formelle à laquelle est tenue l'autorité administrative n'a pas, en l'espèce et *prima facie*, été rencontrée.

4. LA TRADUCTION DES DÉCISIONS DE DÉTENTION

- Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2212, 19 juin 2013 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n°2215, 19 juin 2013

Ni la réglementation nationale sur l'emploi des langues, ni la loi du 15 décembre 1980, ni la Convention européenne des droits de l'homme n'imposait à l'administration de notifier à l'étranger la décision attaquée, rédigée en néerlandais et en français, dans la langue de son choix (en l'espèce l'anglais)

La Cour constate par ailleurs que l'étranger, immédiatement assisté d'un avocat, a pu introduire contre ladite décision les recours judiciaires prévus par la loi.

5. LE RESPECT DU DROIT D'ÊTRE ENTENDU

- C.J.U.E., 10 septembre 2013 (M. G. et N. R. c. Pays-Bas), C-383/13, *non encore publié au Rec. C.J.U.E.*

« si les auteurs de la directive 2008/115 ont entendu encadrer de manière détaillée les garanties accordées aux ressortissants de pays tiers concernés en ce qui concerne tant la décision d'éloignement que celle de leur rétention, ils n'ont pas, en revanche, précisé si, et dans quelles conditions, devait être assuré le respect du droit de ces ressortissants d'être entendus, ni les conséquences qu'il conviendrait de tirer de la méconnaissance de ce droit, hormis l'exigence, de caractère général, de remise en liberté pour le cas où la rétention ne serait pas légale. »

Elle en déduit que « lorsque la prolongation d'une mesure de rétention a été décidée dans le cadre d'une procédure administrative en méconnaissance du droit d'être entendu, le juge national chargé de l'appréciation de la légalité de cette décision ne saurait accorder la levée de la mesure de rétention que s'il considère, eu égard à l'ensemble des circonstances de fait et de droit de chaque cas d'espèce, que cette violation a effectivement privé celui qui l'invoque de la possibilité de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que cette procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent. »

ANNEXE 2. TABLEAU DE JURISPRUDENCE

Tableau

Juridiction	Date	N°	Nom	Mots-clés	Faits	dispositif
CJUE	28 avril 2011	C-61/11	El Dridi	Retour détention nécessité proportionnalité - subsidiarité	Il s'agit de la détention pénale d'un ressortissant d'un pays tiers au cours de la procédure de retour pour le seul motif que celui-ci demeurerait sur le territoire d'un État membre en violation d'un O.Q.T. ¹	La CJUE devait apprécier si la détention aurait pu être considérée comme une mesure nécessaire pour exécuter la décision de retour au sens de l'article 8, paragraphe 1 de la directive ou, au contraire, une mesure compromettant l'exécution de cette décision. Compte tenu des éléments de l'affaire, la CJUE a estimé que la détention n'était pas compatible avec le champ d'application de la directive – à savoir la mise en place d'une politique de retour efficace dans le respect des droits fondamentaux – et ne contribuait pas à la réalisation de l'éloignement du ressortissant de pays tiers hors de l'État membre de l'UE concerné. Elle a déclaré que si l'obligation de retour n'avait pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire, les États membres de l'UE devaient veiller à exécuter la décision de retour de manière progressive et proportionnée, en ayant recours aux mesures les moins coercitives possible et dans le respect des droits fondamentaux. ²

¹ AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Manual de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Belgique, juin 2014, pp. 163-164.

² *Ibid.*, pp. 163-164.

C.J.U.E.	6/12/2011	C-329/11	Achughbaban c. France	Une peine d'emprisonnement infligée à un ressortissant d'un pays tiers en raison d'une entrée irrégulière ou d'un séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre de l'U.E.	La Cour a précisé que la directive « retour » ne s'opposait ni à ce que le droit d'un Etat membre érige le séjour irrégulier en infraction et prévoie des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales, ni à une mise en détention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant de pays tiers. Elle a ensuite déclaré que, lorsque la détention était imposée avant ou pendant la procédure de retour, cette situation était couverte par la directive et devait, par conséquent, servir à préparer et à réaliser l'éloignement de l'intéressé. La CJUE a estimé que la directive « retour » n'avait en l'espèce pas été respectée, étant donné que la détention ne visait pas à préparer et à réaliser l'éloignement de l'intéressé. Selon la CJUE, cette mesure était susceptible de faire échec à l'application des normes et des procédures communes et de retarder le retour, portant ainsi atteinte à l'effet utile de ladite directive. Néanmoins, la CJUE n'a pas exclu la possibilité pour les Etats membres d'imposer une détention à la fin de la procédure de retour lorsque les mesures coercitives prévues par l'article 8 n'avaient pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier.³
----------	-----------	----------	-----------------------	--	--

³ Ibid., pp. 163-164.

C.J.U.E.	5/6/2014	C-146/14 PPU	Mahdi c. Bulgarie	L'affaire concerne un ressortissant d'un pays tiers n'étant pas en possession de documents d'identité et n'ayant obtenu de tels documents de son pays d'origine, libéré au motif qu'il n'existerait plus de perspective raisonnable d'éloignement	Un État membre ne peut être obligé de délivrer un titre de séjour autonome à un ressortissant d'un pays tiers n'étant pas en possession de documents d'identité et n'ayant pas obtenu de tels documents de son pays d'origine, après qu'un juge national a libéré ce ressortissant au motif qu'il n'existerait plus de perspective raisonnable d'éloignement. Toutefois, cet État membre doit, dans un tel cas, délivrer audit ressortissant une confirmation écrite de sa situation. La C.J.U.E. s'est également prononcée sur la nature du contrôle que doit effectuer l'autorité judiciaire saisie d'une demande de prolongation de la rétention au-delà de six mois. Il en est ressorti qu'en cas de périodes de détention prolongées, l'autorité judiciaire chargée du contrôle devrait rechercher tout élément pertinent pour sa décision et pouvoir substituer sa propre décision à celle ayant ordonné la rétention initiale. Elle devrait également être en mesure d'ordonner soit la prolongation de la rétention, soit une mesure de substitution moins coercitive, soit la remise en liberté du ressortissant lorsque cela est justifié
C.J.U.E.	5 novembre 2014	C-166/13	Makarubega c. France		Le droit d'être entendu dans toute procédure, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2008/115 et, notamment, de l'article 6 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une autorité nationale n'entende pas le ressortissant d'un pays tiers spécifiquement au sujet d'une décision de retour lorsque, après avoir constaté le caractère irrégulier de son séjour sur le territoire national à l'issue d'une procédure ayant pleinement respecté son droit d'être entendu, elle envisage de prendre à son égard une telle décision, que cette décision de retour soit consécutive ou non à un refus de titre de séjour.

C.J.U.E	30 novembre 2009	C-357/09	Kadzoev c. Bulgarie	Un Tchécoslovaque qui avait demandé l'asile sans succès en Bulgarie et ne pouvait faire l'objet d'un éloignement a été libéré de rétention après que la CJUE eut jugé que le droit de l'UE applicable ne pouvait en aucune circonstance autoriser un dépassement de la durée maximale de rétention. ⁴	Dès lors que la durée maximale de rétention prévue à l'article 15, paragraphe 6, de la directive « retour » est atteinte, la question de savoir s'il n'existe plus de « perspective raisonnable d'éloignement » au sens du paragraphe 4 de ce même article ne se pose pas. En effet, dans un tel cas, la personne concernée doit, en tout état de cause, être immédiatement remise en liberté. ⁵ Au moment du réexamen de la légalité de la rétention par la juridiction nationale, il doit exister une réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien pour qu'il puisse être considéré qu'il subsiste une perspective raisonnable d'éloignement. Ainsi, la C.J.U.E. a estimé qu'une perspective raisonnable d'éloignement n'existait pas étant donné qu'il paraissait peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers. ⁶
Cour eur. D.H.	23 juin 2008	1638/03	Maslov c. Autriche		Dans l'affaire Maslov c. Autriche, la Cour eur. D.H. a considéré, à propos de l'expulsion d'un délinquant juvénile, que l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant exigeait de faciliter sa réintégration dans la société et que ce but ne pouvait pas être atteint si les liens familiaux et sociaux étaient rompus par l'expulsion, laquelle devait demeurer une mesure de dernier recours dans le cas d'un délinquant juvénile. Le requérant avait ses principaux liens sociaux, culturels, linguistiques et familiaux en Autriche, où vivaient tous ses proches, et n'avait pas de liens démontrés avec son pays d'origine. La durée limitée de l'interdiction de séjour n'était pas jugée décisive. Vu le jeune âge de l'intéressé, dix ans d'interdiction de séjour représentaient presque autant que ce qu'il avait vécu en Autriche, alors qu'il se trouvait à une période déterminante de son existence. Dès lors, l'interdiction était disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi et n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

⁴ Ibid., p. 55.

⁵ Ibid., p. 172.

⁶ Ibid., p. 165.

Cour eur. D.H.	19 janvier 2012	3947/2007 et 3947/4007	Popov c. France	« Les requérants étaient des ressortissants du Kazakhstan arrivés en France en 2000. Leurs demandes de reconnaissance du statut de réfugiés et de permis de séjour avaient été rejetées. En août 2007, ils avaient été interpellés et transférés à un aéroport en vue d'être expulsés. Leur vol avait été annulé, l'expulsion n'avait pu avoir lieu. Les intéressés avaient alors été transférés vers un centre de rétention avec leurs deux enfants, âgés de cinq mois et de trois ans, où ils étaient restés pendant 15 jours. Après l'annulation d'un deuxième vol, un juge avait ordonné leur remise en liberté. Après avoir déposé une nouvelle demande, les intéressés avaient obtenu le statut de réfugié. »⁷ « La Cour eur. D.H. a estimé que, même si les enfants avaient été placés en rétention avec leurs parents dans une aile réservée aux familles, leur situation particulière n'avait pas été prise en compte et les autorités n'avaient pas tenté de trouver une solution autre que la rétention administrative. Des lors, elle a conclu que le système français n'avait pas dûment protégé le droit à la liberté des enfants garanti par l'article 5 de la CEDH. »⁸
Cour eur. D.H.	8 octobre 2009	10664/05	Mikolenko c. Estonie	« Le requérant était un ressortissant russe résidant en Estonie. Les autorités estoniennes avaient refusé de prolonger son permis de séjour et l'avaient incarcéré de 2003 à 2007. »⁹ « Tout en admettant que le requérant avait manifestement refusé de coopérer avec les autorités lors de la procédure d'éloignement, la Cour EDH a estimé que la détention était illégale étant donné qu'il n'existait pas de perspective raisonnable d'expulsion et que les autorités n'avaient pas exécuté la procédure avec la diligence requise. »¹⁰

⁷ Ibid., pp. 164-165.

⁸ Ibid., pp. 164-165.

⁹ Ibid., p. 165.

¹⁰ Ibid., p. 165.

Cour eur. D.H.	26 juillet 2011	4141/608	M. et autres c. Bulgarie	« L'expulsion du requérant vers l'Afghanistan avait été ordonnée en décembre 2005, mais ce n'est qu'en février 2007 que les autorités avaient tenté pour la première fois d'obtenir une pièce d'identité en vue de rendre l'expulsion possible. Cette demande avait été réitérée 19 mois plus tard. Durant tout ce temps, le requérant était resté en rétention. Par ailleurs, les autorités bulgares n'avaient pas démontré avoir tenté de renvoyer l'intéressé vers un autre pays. » ¹¹	Eu égard à l'absence de diligence de la part des autorités bulgares, la Cour EDH a jugé la détention du requérant illégale et a conclu à la violation de l'article 5 de la CEDH. ¹²
Cour eur. D.H.	25 janvier 2005	6053/800	Singh c. République tchèque	Les requérants avaient été écroués pendant deux ans et demi dans l'attente d'être expulsés. Il y a eu des périodes d'inactivité dans la procédure. ¹³	La Cour a estimé que les autorités tchèques auraient dû se montrer plus actives, surtout après que l'ambassade de l'Inde eut exprimé son manque de volonté de délivrer des passeports aux requérants. En outre, elle a souligné que l'infraction pour laquelle les requérants avaient été condamnés n'était pas d'une gravité majeure et que la durée de leur détention en vue de l'expulsion avait dépassé celle de leur peine d'emprisonnement. La Cour eur. D.H. a estimé que les autorités tchèques n'avaient pas fait preuve de la diligence requise dans la conduite de l'affaire des requérants et que la durée de leur détention ne saurait en l'espèce passer pour raisonnable. ¹⁴
Cour eur. D.H.	8 octobre 2009	1066/405	Mikolenko c. Estonie	Un étranger incarcéré pendant une longue période (près de quatre ans) pour avoir refusé de se plier à une ordonnance d'expulsion ¹⁵ .	La Cour eur. D.H. a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), étant donné que les motifs justifiant la détention avaient perdu leur validité au cours de la période de détention en raison de l'absence de perspective réalisée d'expulsion et du fait que les autorités nationales n'avaient pas fait preuve de la diligence requise dans la conduite de l'instance. ¹⁶

¹¹ Ibid., p. 171.

¹² Ibid., p. 165.

¹³ Ibid., p. 170-171.

¹⁴ Ibid., p. 170-171.

¹⁵ Ibid., p. 172.

¹⁶ Ibid., p. 172.

Cour eur. D.H.	21 janvier 2011	3069 609	M.S.S. c. Belgique et Grèce	Le requérant était un demandeur d'asile afghan. Les autorités grecques avaient connaissance de son identité et de sa situation de potentiel demandeur d'asile depuis son arrivée à Athènes. Il avait été immédiatement mis en détention sans aucune information sur les motifs de celle-ci. La Cour a relevé dans divers rapports d'organes internationaux et d'organisations non gouvernementales que la mise en détention systématique des demandeurs d'asile était une pratique généralisée des autorités grecques. Les allégations du requérant relatives aux brutalités et insultes qu'il disait avoir subies de la part de policiers étaient confortées par les nombreux témoignages recueillis par des organisations internationales, en particulier le CPT.¹⁹	La Cour eur. D.H. a constaté que les constats dressés par le CPT et le HCR confirmaient également les allégations du requérant selon lesquelles les conditions sanitaires étaient déplorables et le centre de rétention situé près de l'aéroport international d'Athènes était surpeuplé. Selon la Cour eur. D.H., même si le requérant avait été placé en rétention pendant une durée relativement brève, les conditions de rétention au sein du centre étaient inacceptables. La Cour eur. D.H. a estimé que le requérant avait dû éprouver des sentiments d'arbitraire, d'infériorité et d'angoisse, et donc une profonde atteinte à sa dignité, indubitablement provoquée par des conditions de rétention équivalentes à un traitement dégradant. De surcroît, la détresse du requérant avait d'après la Cour été accentuée par la vulnérabilité inhérente à sa qualité de demandeur d'asile. La Cour eur. D.H. a donc conclu qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la CEDH.²⁰
----------------	-----------------	----------	-----------------------------	---	---

¹⁹ Ibid., p. 179-180.

²⁰ Ibid., p. 179-180.

Cour eur. D.H.	24 avril 2012	4888 3/07	Mathlooc. Grèce	Un ressortissant irakien était demeuré en détention pendant plus de deux ans et trois mois dans l'attente de son expulsion, alors même que sa libération conditionnelle avait été ordonnée. ¹⁷	La Cour eur. D.H. a constaté que la législation grecque régissant la détention des personnes visées par une ordonnance d'expulsion émise par un tribunal ne fixait pas de durée maximale et, par conséquent, ne remplissait pas le critère de « légalité » prévu à l'article 5 de la CEDH puisqu'elle n'était pas prévisible. ¹⁸
Cour eur D.H.	11 avril 2013	5600 5/10	Firoz Muneezc. Belgique	Le requérant avait été privé de sa liberté aux fins d'éloignement pendant près de quatre mois et qu'il n'avait pas pu obtenir de décision finale sur la légalité de sa détention	La Cour a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 5, § 4, C.E.D.H., dès lors que le requérant n'avait pas pu obtenir qu'un tribunal statue à bref délai, en l'occurrence quatre mois, sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si sa détention était jugée illégale
Cour eur .D.H.	10 septem bre 2013	C-38 3/13	M. G. et N. R. c. Pays-Bas	Deux ressortissants étrangers en séjour irrégulier ont été placés en rétention par les autorités néerlandaises dans le cadre d'une procédure d'éloignement. Leur rétention a été prolongée au motif, notamment, d'un manque de coopération des intéressés dans le cadre de leur éloignement. Ils n'ont pas été régulièrement entendu préalablement à cette prise de décision de prolongation.	Lorsque la prolongation d'une mesure de rétention a été décidée dans le cadre d'une procédure administrative en méconnaissance du droit d'être entendu, le juge national chargé de l'appréciation de la légalité de cette décision ne saurait accorder la levée de la mesure de rétention que s'il considère, eu égard à l'ensemble des circonstances de fait et de droit de chaque cas d'espèce, que cette violation a effectivement privé celui qui l'invoque de la possibilité de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que cette procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent.

¹⁷ Ibid., p. 173.

¹⁸ Ibid., p. 173.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	3
Préface. Le temps des juges	7
Introduction générale	9
Le contexte européen	9
La recherche	12
Introduction	13
Titre 1. Dispositions générales	15
Chapitre 1. Objet et champs d'application de la directive (art. 1, 2 et 4, § 4)	15
Section 1. Objectifs (art. 1)	15
Section 2. Champ d'application <i>ratione loci</i> (art. 2)	15
Section 3. Champ d'application <i>ratione personae</i> (art. 2, 3 et 4)	16
Chapitre 2. Dispositions plus favorables (art. 4, §§ 1, 2 et 3)	30
Chapitre 3. Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale et état de santé (art. 5)	30
Titre 2. Fin du séjour irrégulier	35
Chapitre 1. Décision de retour (art. 6)	35
Section 1. Principe : régulariser ou prendre une décision de retour (art. 6, § 1, et 3, §§ 3, 4 et 5)	35
Section 2. Tempéraments au principe (art. 6, §§ 2 à 6)	39
Chapitre 2. Départ volontaire (art. 7)	50
Section 1. Préférence du retour volontaire sur le retour forcé (art. 7, § 1)	50
Section 2. Prolongation du délai de départ volontaire (art. 7, § 2)	53
Section 3. Obligations visant à éviter le risque de fuite (art. 7, § 3)	55
Section 4. Réduction ou suppression du délai de départ volontaire (art. 7, § 4)	56
Section 5. Le retour volontaire	64
Chapitre 3. L'éloignement (art. 8, 9 et 10)	65
Section 1. L'éloignement à défaut de départ volontaire effectif (art. 8)	66
Section 2. Report de l'éloignement (art. 9)	68
Section 3. Retour et éloignement des mineurs non accompagnés (art. 10)	71
Chapitre 4. Interdiction d'entrée (art. 11)	74
Section 1. La décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée (art. 11, §§ 1 et 2)	74
Section 2. Abstention, levée ou suspension de l'interdiction (art. 11, § 3)	80
Section 3. L'interdiction d'entrée sans préjudice de la protection internationale (art. 11, § 5)	84
Section 4. L'interdiction d'entrée délivrée par un autre État membre (art. 11, § 4)	85
Titre 3. Garanties procédurales	87
Chapitre 1. Exigences de forme pour les décisions de retour (art. 12)	87
Section 1. Décisions écrites et motivées (art. 12, § 1)	87
Section 2. Décisions traduites (art. 12, §§ 2 et 3)	88
Chapitre 2. Voies de recours (art. 13)	90
Chapitre 3. Garanties dans l'attente du retour (art. 14)	95
Titre 4. Rétention à des fins d'éloignement	99
Chapitre 1. Conditions pour procéder à la rétention (art. 15)	99
Section 1. Les exigences à respecter (art. 15, §§ 1 et 4)	100
Section 2. Autorités compétentes et contrôle juridictionnel (art. 15, §§ 2 et 3)	113
Section 3. Détention nécessaire et limitée dans le temps (art. 15, §§ 5 et 6)	125
Chapitre 2. Les conditions de la rétention (art. 16)	136
Section 1. Rétention dans des centres spécialisés (art. 16, § 1)	136
Section 2. Contacts autorisés avec l'avocat, la famille et le consulat (art. 16, § 2)	138
Section 3. Attention particulière aux personnes vulnérables (art. 16, § 3)	138
Section 4. Visites d'organisations et d'instances, et informations (art. 16, §§ 4 et 5)	139

Chapitre 3. La rétention des mineurs et des familles (art. 17)	141
Section 1. La rétention en dernier ressort et pour le temps nécessaire (art. 17, § 1).	142
Section 2. Un lieu d'hébergement séparé (art. 17, § 2).....	148
Section 3. Accès aux activités de loisirs et à l'éducation (art. 17, § 3).....	149
Section 4. Hébergement des MENA dans des institutions adaptées (art. 17, § 4) ...	150
Section 5. Intérêt supérieur de l'enfant (art. 17, § 5)	150
Chapitre 4. Les situations d'urgence (art. 18).....	151
Conclusion.....	153
Conclusions générales	155
Bibliographie	163
Textes législatifs	163
Conventions internationales	163
Textes législatifs de l'Union européenne	163
Lois et arrêtés belges	164
Jurisprudence.....	167
Doctrines	173
Annexe 1 Directive retour : Chronique de jurisprudence	177
1. La détention	179
1.1 Motifs de la détention.....	179
1.2. Contrôle de légalité de la détention.....	181
1.3. La période maximale de détention	185
1.4. Subsidiarité de la détention	188
1.5. Conditions de la détention.....	189
2. Le délit de séjour irrégulier	190
2.1. En droit européen	190
2.2. En droit belge.....	191
3. L'interdiction d'entrée.....	191
4. La traduction des décisions de détention	192
5. Le respect du droit d'être entendu	192
Annexe 2. Tableau de jurisprudence	193