

Cette newsletter est rédigée par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Elle, se propose de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile en droit belge.

Les arrêts commentés dans cette newsletter et relatifs, de près ou de loin, à des questions liées à l'application du règlement « Dublin II », de la directive « qualification », de la directive « accueil » et de la directive « retour » sont consultables aux côtés de nombreux autres dans le [répertoire de jurisprudences de l'EDEM](#).

La présente newsletter comprend non seulement quatre commentaires de jurisprudence mais aussi une contribution écrite de Monsieur Jacques Jaumotte, Conseiller au Conseil d'État, sur les principes généraux de droit administratif. Il s'agit du rapport écrit de son intervention lors du colloque des 4 et 5 décembre 2014 au sein du panel consacré aux procédures. Cette étude fouillée complète très utilement le commentaire de l'arrêt Boudjlida rendu par la CJUE le 11 décembre 2014 et le commentaire de l'arrêt Mukarubega rendu le 5 novembre 2014, proposé par la dernière newsletter de 2014. La richesse de ce commentaire, son actualité et son intérêt pour les praticiens nous ont conduits à lui souhaiter la plus grande diffusion possible.

Nous vous rappelons que vous pouvez vous procurer les ouvrages du colloque :

« La seconde génération du SECA en droit belge - Le temps des juges »

Renseignements pratiques : <http://www.uclouvain.be/474605.html>

Sommaire

1. C.J.U.E., 2 décembre 2014, A, B et C, aff. jointes C-148/13 à C-150/13, EU:C:2014:2406. Les limites à respecter dans l'évaluation de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile..... 4

Par l'arrêt A, B et C, la C.J.U.E. précise que l'évaluation de l'orientation sexuelle alléguée par un demandeur d'asile doit se réaliser de façon individuelle et en respectant la Charte des droits fondamentaux. D'une part, le caractère individuel de l'évaluation implique que l'orientation sexuelle ne puisse pas être remise en question au seul motif que le demandeur est incapable de répondre à des questions relatives à des stéréotypes ou qu'il a invoqué son orientation sexuelle tardivement. D'autre part, le respect de la Charte implique que le demandeur ne peut pas être interrogé sur ses pratiques sexuelles (droit à la vie privée) et que les preuves d'actes sexuels ainsi que des tests médicaux ne peuvent être ni exigés, ni pris en considération lorsqu'ils sont produits volontairement (droit à la dignité).

Art. 1 de la Charte – art. 7 de la Charte – art. 4 de la directive qualification – examen de crédibilité – orientation sexuelle.

2. C.J.U.E., 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, C-249/13 : La Cour précise la teneur et les modalités du droit d'être entendu des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière avant l'adoption d'une décision de retour... 9

Selon la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.), le ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière a le droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision de retour quant à la légalité de son séjour, aux exceptions à l'adoption d'une telle décision et aux modalités de son retour. Toutefois, l'autorité compétente ne doit pas lui communiquer préalablement ses arguments ni lui octroyer un temps de réflexion pour préparer son audition. En outre, le respect du droit d'être entendu n'est pas conditionné par une certaine durée d'audition mais bien par le fait que l'intéressé ait la possibilité de s'exprimer sur la légalité de son séjour et sa situation personnelle. Enfin, si l'intéressé peut recourir à un conseil juridique lors de l'audition, à la condition que l'exercice de ce droit n'affecte pas le bon déroulement et l'efficacité de la procédure de retour, la Cour considère que les Etats membres ne doivent pas prendre en charge cette assistance dans le cadre de l'aide juridique gratuite.

Articles 5, 6, 12 et 13 de la Directive 2008/115/CE – article 41, § 2, a) de la Charte des droits fondamentaux de l'UE – retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier – respect des droits de la défense – droit d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier d'être entendu avant l'adoption d'une décision susceptible d'affecter ses intérêts – modalité du droit d'être entendu – assistance juridique.

3. C.C.E., arrêt n°134 477 du 2 décembre 2014 – Le risque de contamination par le virus Ebola ne donne pas lieu au constat d'un besoin de protection internationale 15

Le C.C.E. confirme le refus de prendre en considération une demande d'asile subséquente fondée sur la crainte d'être contaminé par le virus Ebola. Cette décision de refus est fondée sur deux arguments. Le premier, basé sur l'exigence d'individualisation du risque, reproche au requérant de ne pas établir in concreto le risque de subir personnellement une atteinte grave. Le second, fondé sur l'absence de protection accessible dans le pays d'origine, aboutit au constat que la responsabilité des autorités ou d'un des autres acteurs visés à l'art. 48/5 n'est pas établie.

Articles 48/4 et 48/5 - loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers – risque réel – acteur de persécution – épidémie d'Ebola - rejet.

- 4. CCE, arrêt n°137.196 du 30 janvier 2015 : Après et outre Tarakhel : «Au-delà de l'arrêt *Tarakhel* : le Conseil du contentieux des étrangers impose une analyse individuelle et approfondie de la situation d'un demandeur d'asile renvoyé en Italie, indépendamment de la vulnérabilité de son profil.» 18**

Dans l'arrêt commenté, le Conseil du contentieux des étrangers suspend, selon la procédure de l'extrême urgence, une décision de transfert d'un demandeur d'asile de la Belgique vers l'Italie, en application du Règlement Dublin III. Il reproche à l'Office des étrangers un examen peu rigoureux et peu précis des rapports internationaux joints au dossier administratif, pointant une lecture partielle des informations objectives en sa possession, et n'excluant pas la possibilité de traitement inhumain et dégradant pour les demandeurs d'asile renvoyés en Italie en application du Règlement Dublin III.

Art. 51/5 de la loi du 15 décembre 1980 – articles 17 et 25 du Règlement Dublin III du 26 juin 2013 – décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire – renvoi « Dublin » vers l'Italie – suspension en extrême urgence.

- 5. Colloque EDEM – LLN 4/5 décembre 2014 : La seconde génération du REAC en droit belge : le temps des juges – Intervention de J. JAUMOTTE : « Le rôle des principes généraux de droit administratif dans la mise en place du REAC » 23**

1. C.J.U.E., 2 DÉCEMBRE 2014, A, B ET C, AFF. JOINTES C-148/13 À C-150/13, EU:C:2014:2406

Les limites à respecter dans l'évaluation de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile.

A. Arrêt

Les demandes d'asile¹ d'A., B. et C., sont rejetées par les instances d'asile des Pays-Bas au motif que leur homosexualité n'est pas crédible. Saisi en appel, le Conseil d'Etat néerlandais adresse une question préjudicielle à la C.J.U.E. afin de connaître les limites encadrant l'évaluation de l'orientation sexuelle alléguée par un demandeur d'asile. La C.J.U.E. répond à la question préjudicielle à l'aide d'un raisonnement en deux temps, par lequel elle admet qu'il peut être nécessaire d'évaluer la crédibilité de l'orientation sexuelle alléguée (i) avant de fixer les limites que cet examen de crédibilité doit respecter (ii).

(i) Le rejet de l'auto-identification

La C.J.U.E. rappelle le contenu de l'article 4 de la directive qualification, qui fixe les modalités d'évaluation de toute demande d'asile, tel qu'elle l'avait clarifié à l'occasion de l'arrêt *M.*² L'article 4 de la directive qualification prévoit que l'évaluation d'une demande d'asile se réalise en deux temps. Premièrement, la réalité des faits qui fondent la demande d'asile doit être établie. S'il revient au demandeur d'asile d'établir ces faits, ce dernier doit bénéficier de la coopération des autorités nationales qui peuvent être les mieux placées pour obtenir certaines preuves, comme des rapports relatifs à la situation prévalant dans le pays d'origine. Deuxièmement, les faits établis doivent être confrontés aux conditions juridiques de reconnaissance de la qualité de réfugié ou d'octroi de la protection subsidiaire. Cette évaluation juridique relève de la seule responsabilité des autorités nationales.

L'évaluation de l'orientation sexuelle appartient à la première étape, où les autorités nationales sont intimement impliquées. Elles peuvent donc évaluer l'orientation sexuelle et refuser de se contenter de l'auto-identification par le demandeur, sous réserve de l'hypothèse où ce dernier bénéficie du doute conformément à l'article 4, §5 de la directive qualification³. Selon la C.J.U.E., « bien qu'il appartienne au demandeur d'asile d'identifier cette orientation, qui constitue un

¹ Par « demande d'asile », nous entendons tant les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié que celles d'octroi de la protection subsidiaire.

² C.J.U.E., 22 novembre 2012, *M.*, aff. C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744. Sur l'examen de crédibilité, voy. H.C.R., *Beyond Proof. Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, 2013.

³ C.J.U.E., 2 décembre 2014, A, B et C, aff. jointes C-148/13 à C-150/13, EU:C:2014:2406, §51 ; art. 4, §5, de la directive qualification « [...] lorsque certains aspects des déclarations du demandeur ne sont pas étayés par des preuves documentaires ou autres, ces aspects ne nécessitent pas confirmation lorsque les conditions suivantes sont remplies: a) le demandeur s'est réellement efforcé d'étayer sa demande; b) tous les éléments pertinents à la disposition du demandeur ont été présentés et une explication satisfaisante a été fournie quant à l'absence d'autres éléments probants; c) les déclarations du demandeur sont jugées cohérentes et plausibles et elles ne sont pas contredites par les informations générales et particulières connues et pertinentes pour sa demande; d) le demandeur a présenté sa demande de protection internationale dès que possible, à moins qu'il puisse avancer de bonnes raisons pour ne pas l'avoir fait, et e) la crédibilité générale du demandeur a pu être établie. »

élément relevant de sa sphère personnelle, les demandes d'octroi du statut de réfugié motivées par une crainte de persécution en raison de cette orientation, tout comme les demandes fondées sur d'autres motifs de persécution »⁴.

(ii) Les limites que l'évaluation de l'orientation sexuelle doit respecter

La C.J.U.E. précise les limites que cette évaluation de la crédibilité de l'orientation sexuelle devra respecter en rappelant l'exigence d'un examen individuel des demandes d'asile ainsi que du respect de la Charte des droits fondamentaux.

Premièrement, l'obligation d'individualisation s'oppose à ce que l'orientation sexuelle alléguée soit remise en cause au seul motif que le demandeur échoue à répondre à des questions fondées sur des stéréotypes, comme en l'occurrence la connaissance des associations de défense des intérêts des homosexuels⁵. Si de telles questions peuvent être utiles, elles ne sont pas déterminantes et ne peuvent pas être les seules posées. Selon la C.J.U.E., « l'évaluation des demandes d'octroi du statut de réfugié sur la seule base de notions stéréotypées associées aux homosexuels ne répond pas aux exigences des dispositions mentionnées au point précédent [l'article 4 de la directive qualification *ndla*], en ce qu'elle ne permet pas auxdites autorités de tenir compte de la situation individuelle et personnelle du demandeur d'asile concerné »⁶.

En outre, l'obligation d'individualisation s'oppose à ce que l'orientation sexuelle alléguée soit estimée non crédible pour la seule raison qu'elle n'a été invoquée qu'à un stade tardif de la procédure. Si l'article 4 de la directive qualification autorise les Etats membres à consacrer l'obligation du demandeur d'asile de présenter les éléments à l'origine de sa demande le plus rapidement possible⁷, il oblige également les Etats membres à tenir compte de la situation personnelle ou générale dans laquelle s'inscrit la demande⁸. Or, les questions relatives à la sexualité sont particulièrement sensibles, raison pour laquelle « il ne saurait être conclu au défaut de crédibilité de celle-ci du seul fait que, en raison de sa réticence à révéler des aspects intimes de sa vie, cette personne n'ait pas d'emblée déclaré son homosexualité »⁹.

Deuxièmement, deux droits de la Charte en particulier doivent être respectés lorsque l'orientation sexuelle est évaluée. Le droit à la vie privée et familiale s'oppose à ce que le demandeur soit interrogé en détails sur ses pratiques sexuelles¹⁰. Le droit à la dignité humaine s'oppose à la soumission du demandeur à des tests médicaux et à la production de preuves d'actes sexuels¹¹. Même soumises volontairement, de telles preuves ne peuvent jamais être admises sous peine de susciter un effet incitatif qui impliquerait que chaque demandeur d'asile soit *de facto* contraint de les produire¹².

⁴ C.J.U.E., *A, B et C*, *op. cit.*, §52.

⁵ *Ibidem*, §60.

⁶ *Ibidem*, §62.

⁷ Art. 4, §1^{er}, de la directive qualification.

⁸ Art. 4, §3, de la directive qualification.

⁹ C.J.U.E., *A, B et C*, *op. cit.*, §69.

¹⁰ *Ibidem*, §64.

¹¹ *Ibidem*, §65.

¹² *Ibidem*, §66.

B. Éclairage

Bien que les enseignements de l'arrêt *A, B et C* concernent principalement les modalités de l'évaluation de l'orientation sexuelle alléguée par un demandeur d'asile (i), certains d'entre eux pourraient également s'appliquer à l'évaluation de la crédibilité d'autres circonstances factuelles invoquées en appui du récit d'asile (ii).

(i) Quant à l'évaluation de l'orientation sexuelle

Par l'arrêt *A, B et C*, la C.J.U.E. condamne clairement les pratiques largement décriées de certains Etats membres. Ainsi, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le H.C.R. ont critiqué les tests phallométriques infligés par les autorités tchèques aux demandeurs d'asile qui invoquent leur orientation sexuelle au motif qu'ils portent atteinte aux droits fondamentaux et ne sont pas fiables¹³.

Si l'arrêt *A, B et C* précise comment l'orientation sexuelle ne peut pas être évaluée, reste encore à déterminer comment elle peut l'être. Dans ses principes directeurs, le Haut-commissariat pour les réfugiés des Nations-Unies recommande d'interroger le demandeur sur les « éléments relatifs aux perceptions, aux sentiments et aux expériences personnels du demandeur en matière de différence, de stigmatisation et de honte »¹⁴. Interroger le demandeur d'asile sur son vécu personnel permet de plus aisément cerner la crédibilité de son orientation sexuelle.

(ii) Quant à l'évaluation d'autres motifs de persécution

L'égalité. L'interdiction d'une évaluation de l'orientation sexuelle qui ne respecterait pas les garanties générales d'individualisation, exigée par l'article 4 de la directive qualification, et de respect de la Charte, indique que la C.J.U.E. poursuit l'approche initiée dans l'arrêt *X, Y et Z*. Dans cet arrêt, la C.J.U.E. avait notamment jugé que les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle ne pouvaient pas être rejetées au motif que le demandeur pourrait dissimuler son orientation, ou l'exprimer avec réserve, dans son pays d'origine¹⁵. Elle se fondait pour cela sur sa jurisprudence *Y. et Z.* selon laquelle une telle exigence de « demeurer discret » ne pouvait pas non plus être exigée du demandeur d'asile persécuté en raison de ses croyances religieuses¹⁶. Les principes généraux applicables aux demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle sont identiques à ceux applicables aux demandes d'asile fondées sur d'autres motifs.

Ce faisant, la C.J.U.E. confirme que les standards du droit européen de l'asile sont plus protecteurs que ceux de la C.E.D.H. en ce qui concerne les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle. A l'occasion de l'arrêt *M.E. c. Suède*, la Cour eur. D.H. a en effet pris en considération le « choix actif » du requérant de « vivre discrètement » son homosexualité au motif qu'il résulte de

¹³ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 2010, p. 65. Voy. aussi H.C.R., *Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation*, avril 2011.

¹⁴ H.C.R., « Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre », *Principes directeurs n°9*, 2012, §§62 et s. Pour des cas d'application, voy. C.C.E., 10 octobre 2013, n°111 674 ; C.C.E., 5 décembre 2013, n°115 126.

¹⁵ C.J.U.E., 7 novembre 2013, *X, Y. et Z.*, aff. jointes C-199/12 à C-201/12, *EU:C:2013:720*.

¹⁶ C.J.U.E., 5 septembre 2012, *Y. et Z.*, aff. jointes C-71/11 et C-99/11, *EU:C:2012:518*.

considérations privées et non d'une peur de subir la persécution, pour conclure que son renvoi vers la Libye ne violerait pas la C.E.D.H.¹⁷.

L'occasion manquée. Force est cependant de constater que l'arrêt *A, B et C* paraît intimement lié aux spécificités des cas d'espèce. Plutôt que de développer des standards applicables à toute demande d'asile quel que soit le motif sur lequel elle se fonde, la C.J.U.E. précise expressément n'analyser que les « modalités d'appréciation des déclarations et des preuves documentaires ou autres dans chacune des affaires au principal »¹⁸. La C.J.U.E. ne précise pas le contenu de l'article 4 de la directive qualification autrement qu'elle l'avait esquissé à l'occasion de l'arrêt *M*. Ainsi, la C.J.U.E. ne se prononce pas sur la question du droit du demandeur d'asile d'être entendu sur les motifs pour lesquels les autorités nationales s'appêtent à remettre en cause sa crédibilité, que l'Avocat général déduisait de l'article 4 de la directive qualification¹⁹.

Certains enseignements de l'arrêt *A, B et C* pourraient cependant être étendus à l'évaluation de la crédibilité d'autres circonstances factuelles. Il en va ainsi en particulier de l'exigence d'un examen individuel, qui tient compte de la vulnérabilité spécifique de chaque demandeur d'asile²⁰. Cette exigence de prendre la vulnérabilité spécifique du demandeur d'asile en considération pour évaluer ses déclarations clarifie le contenu de l'article 4 de la directive qualification, qui ne la mentionne qu'en ce qui concerne l'évaluation du degré de gravité des actes craints dans le pays d'origine²¹. Elle peut être utilement invoquée par des demandeurs d'asile qui fondent leur demande sur un motif autre que leur orientation sexuelle²².

L.L.

C. Pour en savoir plus

Consulter l'arrêt :

C.J.U.E., 2 décembre 2014, *A, B et C*, aff. jointes C-148/13 à C-150/13, *EU:C:2014:2406* ;

Doctrine

- CBAR-BCHV, *Trauma, geloofwaardigheid en bewijs in de asielpcedure*, 2014 ;
- Conclusions de l'Avocat général Sharpston, présentées le 17 juillet 2014 dans *A, B et C* ;
- L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile et homosexualité », *R.D.E.*, 2014, pp. 3 à 12 ;

¹⁷ Cour eur. D.H., 26 juin 2014, *M.E. c. Suède*, req. n°71398/12, §86. Voy. également l'opinion dissidente de la juge Power-Forde sur ce point.

¹⁸ C.J.U.E., *A, B et C*, *op. cit.*, §59.

¹⁹ Conclusions de l'Avocat général Sharpston, présentées le 17 juillet 2014 dans *A, B et C*, §81.

²⁰ *Ibidem*, §60.

²¹ Art. 4, §3, c) de la directive qualification : « Il convient de procéder à l'évaluation individuelle d'une demande de protection internationale en tenant compte des éléments suivants: [...] le statut individuel et la situation personnelle du demandeur, y compris des facteurs comme son passé, son sexe et son âge, pour déterminer si, compte tenu de la situation personnelle du demandeur, les actes auxquels le demandeur a été ou risque d'être exposé pourraient être considérés comme une persécution ou une atteinte grave ».

²² Sur la prise en considération de la vulnérabilité dans le cadre de la procédure d'asile, voy. CBAR-BCHV, *Trauma, geloofwaardigheid en bewijs in de asielpcedure*, 2014.

- J. PETIN, « L'examen de la crédibilité d'une demande de protection fondée sur l'orientation sexuelle : vers une reconnaissance de la vulnérabilité des demandeurs homosexuels par la CJUE ? », *GDR-ELSJ*, 2014 ;
- M. TISSIER-RAFIN, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *Lettre ADL du CREDOF*, janvier 2015
- Vluchtelingenwerk Vlaanderen, *Holebi's op de vlucht. Een analyse van beslissingen door de asielinstanties*, 2013.

Pour citer cette note : L. LEBOEUF, « Les limites à respecter dans l'évaluation de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile », *Newsletter EDEM*, janvier 2015.

2. C.J.U.E., 11 DÉCEMBRE 2014, *KHALED BOUDJLIDA C. PRÉFET DES PYRÉNÉES-ATLANTIQUES*, C-249/13

La Cour précise la teneur et les modalités du droit d'être entendu des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière avant l'adoption d'une décision de retour.

A. L'arrêt commenté

Le requérant, de nationalité algérienne, est arrivé en France en septembre 2007 pour poursuivre des études supérieures. Il y a séjourné régulièrement en vertu d'un titre de séjour « étudiant », qu'il a renouvelé annuellement jusqu'au dernier dont la validité expirait le 31 octobre 2012. Il n'a pas non plus sollicité la délivrance d'un nouveau titre. En janvier 2013, il a déposé une demande d'enregistrement en tant qu'auto-entrepreneur auprès de l'Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales. Lors du rendez-vous fixé par cet organisme, il a, en raison de sa situation irrégulière, été convoqué par les services de la police aux frontières à se présenter à leurs locaux, le jour même ou le lendemain, afin que soit examinée la régularité de son séjour. Il s'y est rendu volontairement, le jour même, et a été entendu sur sa situation au regard du droit au séjour en France et plus particulièrement sur sa demande d'enregistrement, sur les circonstances de son arrivée, sur les conditions de son séjour comme étudiant et sur sa situation familiale en France et en Algérie. A la question de savoir s'il consentait à quitter le territoire dans l'hypothèse d'une décision de la préfecture en ce sens, il a répondu par l'affirmative. A l'issue de cet entretien – d'une trentaine de minutes – le préfet a pris un arrêté l'obligeant à quitter le territoire.

M. Boudjlida a saisi le tribunal administratif d'un recours en annulation dudit arrêté. Il fait valoir l'irrégularité de la procédure au motif qu'il n'a pas bénéficié du droit d'être entendu utilement avant l'adoption de la décision litigieuse. La juridiction pose trois questions préjudicielles à la C.J.U.E.

La première porte sur le contenu du droit d'être entendu tel que défini par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux. Le tribunal administratif demande à la Cour si celui-ci comprend, pour le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier devant faire l'objet d'une décision de retour, le droit d'être mis à même d'analyser les éléments qui lui sont opposés et sur lesquels l'autorité compétente entend adopter cette décision, celui de disposer d'un temps de réflexion suffisant avant de présenter ses observations et celui de bénéficier de l'assistance du conseil de son choix lors de l'audition.

Avant toute chose, la C.J.U.E. relève que la directive retour¹ ne précise pas si, et dans quelles conditions, le respect du droit des ressortissants de pays tiers d'être entendus avant l'adoption d'une décision de retour les concernant doit être assuré. Elle rappelle toutefois que le droit d'être entendu fait partie intégrante du respect des droits de la défense qui est un principe général du

¹ Dir. (CE) n° 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O.U.E.*, L 348, du 24 décembre 2008, p. 98.

droit de l'Union² et que partant, il s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité³. Une fois ces préalables posés, la Cour raisonne en deux temps.

Dans un premier temps, elle formule quelques considérations générales synthétisant, pour l'essentiel, les quatre points sur lesquels le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier doit être entendu avant la prise d'une décision de retour le concernant. En vertu de l'article 6, § 1^{er}, de la directive retour, une fois l'irrégularité du séjour constatée, l'autorité nationale compétente doit adopter une décision de retour. Au vu de cette obligation, la Cour considère que le droit d'être entendu avant l'adoption d'une telle décision a pour finalité de mettre l'intéressé en mesure d'exprimer son point de vue sur la légalité de son séjour. En outre, les paragraphes 2 à 5 de l'article 6 prévoyant des exceptions au principe, l'intéressé doit également pouvoir s'exprimer sur l'éventuelle application de celles-ci⁴. Ensuite, l'instance nationale compétente doit respecter les obligations imposées par l'article 5 de la directive: les Etats membres, lorsqu'ils mettent en œuvre la directive, doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale et de l'état de santé du ressortissant concerné, si bien que l'intéressé doit aussi être entendu à ce sujet. Enfin, il découle du droit d'être entendu que l'intéressé doit pouvoir exprimer son point de vue sur les modalités de son retour, soit le délai de départ et le caractère volontaire ou contraignant du retour, étant entendu que ce délai peut être prolongé en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux⁵.

Dans un second temps, la Cour répond à la question préjudicielle et examine le contenu, les modalités, du droit d'être entendu tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive retour. Premièrement, elle déclare que l'autorité nationale compétente n'est pas tenue de prévenir l'intéressé qu'elle envisage d'adopter à son égard une décision de retour, ni de lui communiquer au préalable les éléments sur lesquels elle entend fonder cette décision, ni de lui laisser un délai de réflexion pour préparer son audition. La directive n'instaurant pas de telles modalités procédurales contradictoires, il est suffisant que l'intéressé ait la possibilité de présenter, de manière utile et effective, son point de vue à propos de l'irrégularité de son séjour et des motifs éventuels en faveur d'une non-adoption de la décision de retour. Une double exception doit toutefois être admise : les cas où l'intéressé ne peut pas raisonnablement se douter des éléments pouvant lui être opposés ou ne serait objectivement en mesure d'y répondre qu'après certaines vérifications ou démarches afin, notamment, d'obtenir des documents justificatifs. *In casu*, la Cour estime que M. Boudjlida savait que son titre de séjour avait expiré et qu'il était en situation irrégulière. De plus, les services de police l'ont informé qu'il était susceptible de faire l'objet d'une décision de retour et l'ont interrogé

² Sur ce point, voy. : S. DATOUSSAID et H. GRIBOMONT, « Les ressortissants de pays tiers qui ont été dûment entendus sur le caractère irrégulier de leur séjour ne doivent pas nécessairement être entendus une nouvelle fois avant l'adoption de la décision de retour », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2014.

³ C.J.U.E., 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, C-249/13, §§ 36-42.

⁴ Les Etats membres peuvent s'abstenir de prendre une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier si celui-ci dispose d'un droit de séjour dans un autre Etat membre, s'il est repris par un autre Etat membre, si son séjour est accepté pour des motifs charitables, humanitaire ou autres ou bien si une procédure est en cours sur le renouvellement de son droit de séjour.

⁵ C.J.U.E., *Boudjlida*, *op. cit.*, §§ 44-51.

sur le point de savoir s'il accepterait de quitter le territoire dans l'hypothèse d'une décision en ce sens. Il était par conséquent informé des motifs de son audition et en connaissait le sujet ainsi que les éventuelles conséquences. En outre, en se présentant volontairement le jour même auxdits services afin d'être entendu, il a renoncé au délai d'un jour qui lui avait été octroyé⁶.

Deuxièmement, s'agissant du point de savoir si le droit d'être entendu comprend le droit de bénéficier de l'assistance d'un conseil lors de l'audition, la Cour répond que le droit à l'assistance juridique n'est prévu par la directive que dans le cadre des recours formés contre les décisions de retour⁷. Elle précise néanmoins que l'intéressé peut toujours faire appel, à ses frais, à un conseil juridique à condition que l'exercice de ce droit n'affecte pas le bon déroulement de la procédure de retour et ne compromette pas la mise en œuvre efficace de la directive. Toutefois, les Etats membres ne doivent pas prendre en charge cette assistance dans le cadre de l'aide juridique gratuite. La Cour constate que le requérant n'a pas demandé à être assisté d'un conseil juridique⁸.

Troisièmement, la Cour juge que la durée de l'audition n'a pas d'incidence déterminante sur le respect du droit d'être entendu, ce qui importe étant de savoir si l'intéressé a eu la possibilité d'être entendu, de manière suffisante, sur la légalité de son séjour et sur sa situation personnelle. La Cour estime que c'est le cas en l'espèce⁹.

Par les deuxième et troisième questions, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur la question de savoir si, et le cas échéant selon quels critères, il faut moduler ou limiter le droit d'un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière d'être entendu en application de l'article 41, § 2, a), de la Charte avant l'adoption d'une décision de retour à son égard. Au vu de sa réponse à la première question, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu d'y répondre.

B. Éclairage

Après les affaires *M.M.*¹⁰, *M.G. et R.N.*¹¹ et *Mukarubega*¹², la C.J.U.E. poursuit le tracé des contours du droit d'être entendu dans le contentieux de l'asile et de l'immigration.

- Base légale

Soulignant d'emblée que l'article 41 de la Charte s'adresse non pas aux Etats mais uniquement aux institutions, organes et organismes de l'Union, la Cour confirme la clarification déjà avancée dans l'arrêt *Mukarubega*¹³ et permet d'affirmer que le flottement relatif au champ d'application de l'article 41 est bel et bien dépassé. Le praticien veillera donc à ne pas formuler un moyen tiré seul

⁶ C.J.U.E., *Boudjlida*, *op. cit.*, §§ 53- 63.

⁷ Article 13 de la directive 2008/115.

⁸ C.J.U.E., *Boudjlida*, *op. cit.*, §§ 64-66 ; § 71.

⁹ *Ibid.*, § 67.

¹⁰ C.J.U.E., 22 novembre 2012, *M.M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland and Attorney General*, C-277/11. Voy. : L. LEBOEUF, « Le droit d'être entendu s'applique au demandeur de protection subsidiaire », *Newsletter EDEM*, novembre 2012, pp. 10-12.

¹¹ C.J.U.E., 10 septembre 2013, *M.G. et R.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justicie*, C-383/13 PPU. Voy. : M. LYS, « Les conséquences de la violation du droit d'être entendu sur la légalité d'une décision de prolongation de la rétention d'un étranger en séjour irrégulier », *Newsletter EDEM*, octobre 2013, pp. 3-7.

¹² C.J.U.E., 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega c. Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis*, C-166/13. Voy. : S. DATOUSSAID et H. GRIBOMONT, *op. cit.*

¹³ C.J.U.E., *Mukarubega*, *op. cit.*, § 44.

de la violation de l'article 41 de la Charte sans faire référence au principe général du respect des droits de la défense que cette disposition consacre.

- Modalités

Alors que la question préjudicielle est circonscrite aux modalités du droit d'être entendu avant l'adoption d'une mesure d'éloignement à l'égard d'un étranger en séjour irrégulier, la C.J.U.E. rappelle les principes en quelques paragraphes élevés en « considérations générales »¹⁴. Elle dresse l'état des lieux de cette garantie et des points sur lesquels l'intéressé doit être entendu. La mise en lumière de ces considérations ne peut se faire qu'en égard à l'arrêt *Mukarubega* dans lequel la Cour a estimé que le droit d'être entendu ne s'oppose pas à ce qu'une autorité nationale n'entende pas le ressortissant d'un Etat tiers spécifiquement au sujet d'une décision de retour lorsque, après avoir constaté le caractère irrégulier de son séjour 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 celle-ci soit consécutive ou non à un refus de titre de séjour¹⁵. La différence dans l'analyse de la Cour se situe au niveau de la cause de l'irrégularité du séjour de l'intéressé et *de facto* aux garanties procédurales qui s'y attachent. Dans le cas *Mukarubega*, l'ordre de quitter le territoire est pris suite au rejet d'une demande d'asile. La Cour part du postulat que la requérante a été entendue sur l'irrégularité de son séjour au cours de la procédure d'octroi de la protection internationale, et sur les potentielles conséquences d'un renvoi vers le pays d'origine. En l'espèce par contre, l'irrégularité réside dans le non-renouvellement d'un titre de séjour « étudiant ». Il est donc nécessaire que l'intéressé soit entendu sur la question de son retour dans sa globalité, l'objectif étant de « permettre à l'administration nationale compétente d'instruire le dossier de manière à prendre une décision en pleine connaissance de cause et de motiver cette dernière de manière appropriée, afin que, le cas échéant, l'intéressé puisse valablement exercer son droit de recours »¹⁶.

Pour atteindre ce but, les modalités du droit d'être entendu dégagées par la Cour restent en pratique insuffisantes. Si l'objectif est bien d'instruire de manière complète le dossier pour pouvoir statuer en connaissance de cause, il faut alors engager un véritable dialogue contradictoire avec la personne concernée et que cette dernière ait l'occasion de présenter sa situation et ses arguments de manière complète. En effet, si l'autorité compétente ne doit ni prévenir l'intéressé de son intention d'adopter à son égard une décision de retour, ni lui communiquer au préalable les éléments sur lesquels elle entend fonder cette décision, ni lui laisser un délai de réflexion pour préparer son audition, il est difficile de saisir ce qu'il reste du droit d'être entendu et l'on risque rapidement de se trouver face à une coquille vide. Pourtant, vu la complexité de la directive retour, l'intéressé est bien mal outillé pour appréhender le fait qu'il pourrait se trouver dans l'une ou l'autre exception des paragraphes 2 à 5 de l'article 6 ou pour faire valoir un élément justificatif, telle la vie familiale, prévu par l'article 5. Connaître la raison et l'issue potentielle de son audition et disposer de temps pour s'y préparer permettrait sans conteste à l'intéressé de présenter à l'administration toutes les informations nécessaires afin que celle-ci puisse statuer en pleine

¹⁴ C.J.U.E., *Boudjlida*, *op. cit.*, § 44.

¹⁵ C.J.U.E., *Mukarubega*, *op. cit.*, § 82.

¹⁶ C.J.U.E., *Boudjlida*, *op. cit.*, § 59 ; §§ 37-38.

connaissance de cause. Or, plus la procédure en première instance est de qualité, plus on limite le risque que des recours soient introduits. Tel est par contre le cas, si la personne concernée est persuadée qu'en formant un recours, elle pourra faire valoir des arguments qui n'auraient pas été entendus.

- Assistance juridique

Il en va de même concernant le refus de faire bénéficier l'intéressé d'une assistance juridique lors de l'audition. Outre la difficulté textuelle des directives, la jurisprudence européenne montre à quel point le champ d'application du contentieux asile et immigration est sujet à discussion. En attestent les récents arrêts *M'Bodj* et *Abdida*¹⁷. *De facto*, pour les mêmes raisons que celles exposées ci-avant, afin que l'étranger soit outillé au mieux, il doit bénéficier d'une assistance juridique. Si la Cour n'écarte pas la possibilité de recourir à son propre conseil, à ses frais, celle-ci pourrait s'avérer difficile en pratique ; d'une part, parce qu'au vu de l'état de précarité nombreux ressortissants d'Etat tiers, peu pourraient recourir à un conseil dans ce type de conjoncture, et d'autre part, car sans délai de réflexion prévu, prendre contact avec un conseil et préparer avec ce dernier à une audition dont la cause et la conséquence ne sont pas connues semble irréalisable. En outre, une telle modalité est contraire à l'article 47, alinéa 3 de la Charte des droits fondamentaux qui stipule qu'« une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

De surcroît, bien que conscients de la différence marquée entre un étranger en situation irrégulière tel M. Boudjlida et un demandeur d'asile, comme M^{me} Mukarubega, quant à la vulnérabilité inhérente à ce statut¹⁸, la question que nous nous posons reste toutefois celle de la qualité d'une audition d'une trentaine de minutes réalisée par les services de police sans l'assistance d'un avocat. En effet, « 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 »¹⁹.

- Conclusion

La construction prétorienne du droit fondamental qu'est le droit d'être entendu est intéressante. Elle doit être pensée comme un maillon du droit à l'effectivité des recours. Premier ballon d'essai, dans le cadre de la directive retour, l'arrêt *Mukarubega* semblait ne pas pouvoir être dissocié de son cas d'espèce. L'arrêt commenté vient élargir le champ de la réflexion.

H.G.

¹⁷ C.J.U.E., 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj c. Etat belge*, C-542/13 ; C.J.U.E. 18 décembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*, C-562/13. Voy. L. TSOURDI, « Le régime belge de la régularisation médicale face au juge de l'Union européenne », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2014.

¹⁸ Cour eur D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. 30696/09, §§ 232-233.

¹⁹ S. SAROLEA (dir.), L. LEBOEUF, E. NERAUDAU, P. D'HUART, L. TSOURDI, S. DATOUSSAID et H. GRIBOMONT, *La seconde génération du droit européen de l'asile : le temps des juges*, 5 vol., Louvain-la-Neuve, 2014, 750 p.

C. Pour en savoir plus

Pour lire l'arrêt :

C.J.U.E., 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, C-249/13 ;
Conclusions de l'Avocat général M. Melchior Wathelet présentées le 25 juin 2014.

Jurisprudence

C.J.U.E., 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega c. Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis*, C-166/13 ;

C.J.U.E., 10 septembre 2013, *M.G. et R.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-383/13
PPU ;

C.J.U.E., 22 novembre 2012, *M.M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland et Attorney General*, C-277/11.

Doctrine :

S. Datoussaid et H. Gribomont, « Les ressortissants de pays tiers qui ont été dûment entendus sur le caractère irrégulier de leur séjour ne doivent pas nécessairement être entendus une nouvelle fois avant l'adoption de la décision de retour », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2014.

Pour citer cette note : H. GRIBOMONT, « La Cour précise la teneur et les modalités du droit d'être entendu des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière avant l'adoption d'une décision de retour », *Newsletter EDEM*, janvier 2015..

3. C.C.E., ARRÊT N°134 477 DU 2 DÉCEMBRE 2014

Le risque de contamination par le virus Ebola ne donne pas lieu au constat d'un besoin de protection internationale.

A. Arrêt

Le requérant, de nationalité libérienne, est arrivé en Belgique le 22 avril 2012 bien avant l'apparition de l'épidémie d'*Ebola* dans son pays d'origine. Il introduit une première demande d'asile dans laquelle il invoque avoir été réduit en esclavage par un cultivateur en Côte d'Ivoire, pays où il avait résidé. Le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (ci-après C.G.R.A.) prend une décision de refus de reconnaissance du statut de réfugié et de refus d'octroi de la protection subsidiaire en se fondant sur l'absence de crédibilité. En appel, le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après C.C.E.) confirme la décision du C.G.R.A. Faute d'un recours devant le Conseil d'Etat, la décision est définitive sur l'évaluation des faits.

Suite à ce rejet et sans être retourné dans son pays d'origine, le requérant introduit une seconde demande d'asile le 17 septembre 2014. Il invoque la prévalence et l'ampleur du virus *Ebola* comme élément nouveau en l'étayant de plusieurs sources documentaires. Le C.G.R.A. lui refuse la qualité de réfugié et la protection subsidiaire.

Le C.C.E. confirme la décision du C.G.R.A. en adoptant une motivation à deux volets fondée sur les articles 48/4 et 48/5 de la loi sur les étrangers. Premièrement, le C.C.E. constate que le C.G.R.A. a « à bon droit considéré que les faits allégués par le requérant ne ressortissent pas au champ d'application de l'art. 48/4 » (point 4.12). Analysant la notion du risque réel, il reproche au requérant de n'avoir pas établi *in concreto* qu'il risque de subir personnellement une atteinte grave, le risque demeurant hypothétique (point 4.8). Deuxièmement, le C.C.E. analyse les motifs de l'acte attaqué relatif à l'art. 48/5. Il arrive à la conclusion qu'un défaut de protection au sens de cette disposition ne peut être imputé à l'Etat libérien sur la base de la propagation du virus *Ebola*. Le C.C.E. rejette ainsi l'argument du requérant basé sur l'hypothèse de l'incapacité de protection dans le chef de l'Etat libérien en arguant que la question de la protection de l'Etat ne se pose que lorsque l'auteur des atteintes graves alléguées est un des acteurs non étatiques identifiés aux litera b) et c).

Or le requérant, selon le juge, n'est pas en mesure d'identifier un quelconque auteur des atteintes graves. Par conséquent, le C.C.E. constate qu'un défaut de protection tel qu'allégué par le requérant ne pourrait être imputé à l'Etat libérien (point 4.11).

Sans devoir poser la question préjudicielle proposée par le requérant (point 4.13), le C.C.E. conclut à une décision de rejet dont l'examen est focalisé sur l'identité de l'acteur des atteintes graves.

B. Éclairage

Après avoir constaté que le débat porte sur l'existence d'un risque réel d'atteinte grave au sens de l'art. 48/4 de la loi sur les étrangers, le C.C.E. focalise son attention sur l'identification des acteurs des atteintes graves et celle du risque réel. Pour que le risque allégué par le requérant tombe dans le champ d'application de l'art. 48/4 de la loi sur les étrangers, il exige que la responsabilité des autorités ou des acteurs non étatiques au sens de l'art. 48/5 soit établie. Ainsi, il constate que « la partie requérante est en défaut d'identifier un quelconque acteur des atteintes graves (...) et le

C.C.E. n'aperçoit par conséquent pas en quoi un défaut de protection au sens de l'art. 48/5 précité pourrait être imputé à l'Etat libérien »¹. En d'autres termes, le C.C.E. conditionne l'application de cette disposition à l'identification d'un acteur non étatique pour qu'une protection soit octroyée en cas de défaut de protection de l'Etat.

L'interprétation par le C.C.E. de l'art. 48/5 et l'exigence d'identification de l'acteur appellent quelques commentaires. L'identité de l'acteur importe-t-elle réellement ? L'analyse ne devrait-elle pas se concentrer sur l'existence d'une protection effective contre l'atteinte grave dans le pays d'origine plutôt que sur l'identité de l'auteur ? La question centrale à cette disposition n'est pas tant l'identification de l'acteur pour en déduire une responsabilité de l'Etat mais de démontrer l'absence de protection de la part des autorités du pays en présence d'une atteinte grave émanant d'acteurs privés².

Il n'est pas certain que le C.C.E. abandonne l'approche développée dans l'arrêt sous examen. Les arrêts *M'Bodj* et *Abdida* de la C.J.U.E. intervenus³ après celui du C.C.E., dont la motivation coïncide avec les conclusions de l'Avocat général⁴, se prononcent sur la responsabilité des acteurs d'atteintes graves. Dans *M'Bodj*, la C.J.U.E. considère que le risque de subir une violation de l'art. 3 CEDH ne relève pas de la protection subsidiaire car la responsabilité des acteurs figurant à l'art. 6 de la directive qualification n'est pas établie. Or dans *Elgafaji* la C.J.U.E. a considéré que « l'art. 15 b) correspond en substance à l'art. 3 CEDH »⁵ sans préciser le contour de cette substance. Dans *M'Bodj*, l'Avocat général a tenté de préciser la portée de l'art. 15 b) sans s'écarter du *dictum* de l'arrêt *Elgafaji*⁶. Après une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *D. c/ Royaume-Uni*)⁷, il arrive à la conclusion suivante : « Pour qu'une personne puisse être considérée comme susceptible de bénéficier de la protection subsidiaire, il n'est donc pas suffisant de prouver que celle-ci courrait un risque d'être exposée à un traitement inhumain ou dégradant une fois de retour dans son pays d'origine, encore faut-il démontrer que ce risque provient de facteurs qui sont directement ou indirectement imputables aux autorités publiques de ce pays soit que les menaces pesant sur l'intéressé sont le fait des autorités du pays dont il a la nationalité ou sont tolérées par ces autorités, soit que ces menaces sont le fait de groupes indépendants contre lesquels les autorités de son pays ne sont pas en mesure d'assurer une protection effective à leurs ressortissants. »⁸. L'Avocat général ne remet pas en question l'affirmation de la C.J.U.E. dans *Elgafaji* mais il la précise. Désormais, l'art. 15 b) « correspond en substance à l'art. 3 de la CEDH », ce qui implique aussi qu'une responsabilité d'acteurs étatiques ou

¹ C.C.E., arrêt n°134 477 du 2 décembre 2014, point 4.11.

² Sylvie Saroléa (Dir.), Luc Lebœuf, « La réception du droit européen de l'asile : la directive qualification », *Louvain-la-Neuve*, 2014, p. 75.

³ Voy. à ce sujet : Lilian. Tsourdi, « Le régime belge de la régularisation médicale face au juge de l'Union européenne », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2014.

⁴ Voy. les conclusions de l'Avocat général M. Yves Bot, présentées le 04 septembre 2014 dans C.J.U.E., *Abdida*, aff. C-562/13, par. 76-77.

⁵ C.J.U.E., 17 février 2009, *Elgafaji*, aff. C-465/06, par. 28.

⁶ Voy. les conclusions de l'Avocat général M. Yves Bot, présentées le 17 juillet 2014 dans C.J.U.E., *M'Bodj*, Aff. C-542/13, par. 43.

⁷ *Ibidem*, par. 44-46.

⁸ *Ibidem*, par. 58.

non-étatiques soit démontrée pour prétendre à la protection subsidiaire. La C.J.U.E. s'alignant sur les conclusions de l'Avocat général en a déduit deux conditions d'application de l'art. 15 b) :

- Un risque de subir les traitements inhumains et dégradants dans son pays d'origine⁹ ;
- La responsabilité des auteurs des atteintes graves figurant à l'art. 6¹⁰.

L'arrêt du C.C.E suit ce raisonnement en s'inspirant non pas de la C.J.U.E. mais des conclusions de l'Avocat général. Un pari gagné car la C.J.U.E. ne s'en est pas écarté. Mais la décision du C.C.E. demeure sujette à critique comme relevé ci-haut.

Ces trois arrêts traduisent la difficulté d'identifier et de démontrer la responsabilité des acteurs de persécution s'agissant des violations des droits économiques, sociaux et culturels. Ainsi, les juridictions constatent les insuffisances générales du système de santé¹¹ et la gravité de l'épidémie¹² dans les pays d'origine sans octroyer la protection subsidiaire faute d'un risque concret et l'absence d'imputabilité de ces faits aux acteurs des atteintes graves.

T.M.

C. Pour en savoir plus

Pour consulter l'arrêt

C.C.E., arrêt n°134 477 du 2 décembre 2014

Jurisprudence

- C.J.U.E., 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj* contre État belge ;
- C.J.U.E., 18 décembre 2014, Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contre *Moussa Abdida*, C-562/13 ;
- C.J.U.E., 17 février 2009, *Elgafaji*, aff. C-465/06.

Doctrine

- Sylvie Saroléa (Dir.), Luc Leboeuf, « La réception du droit européen de l'asile : la directive qualification », Louvain-la-Neuve, 2014 ;
- Lilian Tsourdi, « Le régime belge de la régularisation médicale face au juge de l'Union européenne », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2014.

Pour citer cette note : T. MAHESHE, « Le risque de contamination par le virus *Ebola* ne donne pas lieu au constat d'un besoin de protection internationale », *Newsletter EDEM*, Janvier 2015..

⁹ C.J.U.E., 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj* contre État belge, C-542/13, par. 32.

¹⁰ *Ibidem*, par. 35.

¹¹ *Ibidem*, par. 35.

¹² C.C.E., *op. cit.*, point 1 B.

4. CCE, ARRÊT N°137.196 DU 30 JANVIER 2015 : APRÈS ET OUTRE TARAKHEL

«Au-delà de l'arrêt Tarakhel : le Conseil du contentieux des étrangers impose une analyse individuelle et approfondie de la situation d'un demandeur d'asile renvoyé en Italie, indépendamment de la vulnérabilité de son profil.»

A. La décision commentée

Le requérant est un candidat réfugié palestinien, ayant introduit une demande d'asile en Belgique le 24 septembre 2014.

L'Office des étrangers (ci-après : OE) se rend compte que le requérant a déjà introduit une demande d'asile en Italie le 19 septembre 2014. Ses empreintes digitales ont été prises à cette occasion. La Belgique adresse alors une demande de reprise en charge à l'Italie en application des articles 23 et suivants du Règlement Dublin III.

Interrogé par l'OE sur les raisons pour lesquelles il souhaite introduire une demande d'asile en Belgique, et non en Italie, le requérant n'invoque aucun élément particulier, si ce n'est sa volonté de vivre en Belgique parce que ce pays montre « davantage de sympathie » pour les Palestiniens que l'Italie.

Considérant que cette qualité plutôt subjective attribuée par le requérant à la Belgique n'est pas suffisante pour que sa demande d'asile y soit traitée, l'OE poursuit la motivation de sa décision en se référant à l'arrêt *Tarakhel c. Suisse* de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CrE.D.H.). L'OE se base plus précisément sur les considérants de cet arrêt affirmant que la situation générale d'accueil des demandeurs d'asile en Italie ne peut en aucun cas être comparée à celle prévalant en Grèce, et que, dès lors, la question des renvois de demandeurs d'asile vers l'Italie ne peut être appréhendée de la même façon que dans le cadre de l'arrêt *MSS c. Belgique et Grèce*. Considérant qu'il n'y a pas de défaillance systémique dans l'accueil des demandeurs d'asile en Italie et que tout renvoi vers ce pays n'est pas constitutif d'un traitement inhumain et dégradant, l'OE considère toutefois, dans le prolongement des considérants de l'arrêt *Tarakhel*, que certaines catégories de demandeurs d'asile particulièrement vulnérables peuvent subir un tel traitement, contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : C.E.D.H.), en cas de renvoi vers l'Italie, si aucune garantie préalable et individuelle d'accueil n'est donnée par l'Italie.

En l'espèce, l'OE considère que le requérant, homme seul, en bonne santé, et sans famille en Belgique, ne présente pas un profil particulièrement vulnérable. Il affirme en outre que l'Italie sera mise au courant de l'arrivée du requérant sept jours au moins avant son transfert. Dans ces conditions, l'OE est d'avis qu'il n'y a pas lieu à application de la clause de souveraineté contenue dans l'article 17 du Règlement Dublin III et que, dès lors, la Belgique n'a pas à prendre en charge le traitement de la demande d'asile du requérant.

Le requérant introduit un recours en suspension d'extrême urgence contre cette décision de transfert Dublin auprès du Conseil du contentieux des étrangers (ci-après : CCE). Le débat devant le

CCE se concentre principalement sur la question de savoir si les conditions dans lesquelles le requérant sera accueilli en Italie sont contraires à l'article 3 de la C.E.D.H.

Après avoir rappelé la jurisprudence de la C r.E.D.H. relative à l'article 3 de la C.E.D.H., le CCE considère en l'espèce que l'OE a insuffisamment motivé sa décision sur la question.

L'OE s'est référé au rapport AIDA¹ pour conclure que les conditions d'accueil des demandeurs d'asile en Italie ne présentent pas un caractère tel qu'elles constituent un traitement inhumain et dégradant.

En l'espèce, et pour la première fois, le CCE reproche à l'OE une lecture très partielle de ce rapport. Il cite un passage du rapport AIDA non pris en compte par l'OE : « *These projects are addressed to asylum seekers under the Dublin procedure, while beneficiaries of subsidiary protection are admitted only after a specific authorisation issued by the Ministry of Interior. Once the asylum seekers arrive at the airport (Milan, Rome, Bari, Venice and Bologna) they are assisted by a specific NGO and referred to the reception centre, on the basis of the individual situation (vulnerable or 'ordinary' categories). Nevertheless, the problem remains that the capacity within reception centers is not sufficient and the projects are limited in terms of timeframe. Generally speaking these projects have a one-year duration.* ».

Suivant l'argumentation du requérant, le CCE reproche à l'OE de ne pas avoir pris en considération cette information importante. Contrairement à l'OE, il considère dès lors qu'on ne peut aujourd'hui affirmer, sur base du rapport AIDA, qu'il n'existe aucun « problème »² d'accueil des demandeurs d'asile en Italie dont pourrait être victime le requérant.

Rappelant que, certes, la seule invocation de rapports généraux ne peut suffire à établir l'existence d'un risque de violation de l'article 3 C.E.D.H. en cas de retour, le CCE affirme dans le même temps que ce n'est pas pour cette raison que l'OE peut se permettre une lecture partielle des informations objectives en sa possession. Le CCE lui impose à ce titre une obligation d'examiner si, sur base d'une lecture complète des informations objectives en sa possession, le requérant pourrait rencontrer des problèmes en termes d'accueil, une fois renvoyé en Italie³.

Sur base de cette argumentation, le Conseil conclut à l'existence d'un moyen sérieux et à celle d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable en cas d'exécution de l'acte attaqué. Partant, il décide de suspendre, en extrême urgence, le transfert du requérant vers l'Italie.

¹ Disponible, dans sa dernière version, sur <http://www.asylumineurope.org/reports/country/italy>.

² C'est le mot utilisé par le CCE dans son arrêt.

³ Voy. Point 2.3.2 de l'arrêt commenté (p. 9) : "De gemachtigde had *in casu* de moeite moeten doen na te gaan of er in het geval van verzoeker problemen inzake opvang zouden kunnen bestaan gelet op de informatie in haar bezit en die zij overigens partieel citeert ter staving van de bestreden beslissing. Niettegenstaande algemene rapporten op zich niet volstaan om aan te nemen dat er een schending is van artikel 3 van het EVRM, blijkt op het eerste gezicht noch uit het administratief dossier noch uit de bestreden beslissing dat een zorgvuldig en nauwkeurig onderzoek, conform artikel 3 van het EVRM en de relevante rechtspraak van het EHRM, werd gevoerd naar alle omstandigheden die betrekking hebben op het individueel geval van verzoeker, met name een nauwkeurig onderzoek in het kader van opvang voor Dublin terugkeerders wiens asielaanvraag nog niet definitief werd behandeld in Italië".

B. Éclairage

L'arrêt commenté constitue une nouvelle étape dans l'examen par les juridictions belges des décisions de renvoi « Dublin » vers l'Italie. Il est particulièrement intéressant car c'est la première fois que, postérieurement à l'arrêt *Tarakhel c. Suisse*⁴ de la Cr.E.D.H., le CCE sanctionne l'OE pour n'avoir pas suffisamment examiné le risque de traitement inhumain et dégradant auquel pourraient donner lieu les conditions d'accueil en Italie, .

Pour rappel, l'arrêt *Tarakhel c. Suisse* concernait le renvoi vers l'Italie d'une famille de demandeurs d'asile afghans. La famille était composée de six enfants mineurs et avait fui l'Italie en raison des mauvaises conditions d'hébergement. Dans ce contexte, la Cr.E.D.H. avait conclu que le renvoi de cette famille en Italie constituait une violation de l'article 3 de la C.E.D.H.. Elle avait reproché aux autorités suisses de ne pas avoir obtenu de garanties individuelles adaptées, dans un contexte où de sérieux doutes pouvaient être émis quant au système d'accueil italien et face à des requérants particulièrement vulnérables. La Cour de Strasbourg soulignait néanmoins que la situation italienne d'accueil des demandeurs d'asile ne pouvait être comparée à la situation grecque, qui avait fait l'objet de l'arrêt *MSS c. Belgique et Grèce*⁵. L'approche n'y est plus systémique mais individuelle.

Ce dernier argument est repris par l'OE dans la décision relative à l'espèce commentée. Si la Cour a conclu à une violation de l'article 3 de la C.E.D.H. dans son arrêt *Tarakhel*, c'est en raison de la combinaison des « sérieux doutes »⁶ qu'elle avait quant au système d'accueil italien et de la particulière vulnérabilité des requérants, qui exigeait une protection particulière,.

Le CCE a ensuite refusé de suspendre en extrême urgence des décisions de transfert Dublin vers l'Italie lorsque n'était invoqué aucun profil vulnérable rendant indispensable l'obtention de garanties individuelles d'accueil, se contentant de la motivation de l'OE selon laquelle l'Italie serait en tout état de cause prévenue de l'arrivée du demandeur d'asile sept jours avant son transfert.

L'arrêt commenté est intéressant en ce qu'il illustre une évolution de l'analyse de la situation italienne.

Si l'arrêt *Tarakhel* et les arrêts du CCE qui s'en sont suivis n'excluaient pas une possibilité de violation de l'article 3 de la C.E.D.H. en cas de renvoi Dublin vers l'Italie pour des profils vulnérables, ils ne prenaient cependant pas en considération la réelle dégradation des conditions d'accueil des demandeurs d'asile en Italie telle qu'elle résultait des informations objectives récoltées postérieurement à la prise en délibéré de l'affaire *Tarakhel*.

L'arrêt commenté reproche ainsi à l'OE une lecture partielle du rapport AIDA, actualisé en avril 2014, et faisant état de réels problèmes structurels dans l'accueil des demandeurs d'asile. La lecture attentive de ce rapport laisse entrevoir une nette dégradation des conditions d'accueil des demandeurs d'asile en Italie en 2014, et révèle l'existence de réelles carences en matière d'accueil des demandeurs d'asile. L'Italie continue en effet de faire face à un manque important de places d'accueil. Les conditions d'accueil varient par ailleurs très fort d'un établissement à l'autre. A titre

⁴ Cour eur. D.H., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n°29217/12.

⁵ Cour eur. D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n°30696/09.

⁶ Cour eur. D.H., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n°29217/12, §115 et 117.

d'exemple, selon le rapport AIDA, l'Italie compterait au 19 mars 2014, tous centres confondus, un peu plus de 21 000 places d'accueil (voy. p. 49 du rapport). Or, selon les déclarations faites par le Ministre de l'Intérieur le 23 novembre 2014⁷, pas moins de 56 000 demandes d'asile avaient été introduites à cette date en Italie.

Le CCE semble donc à nouveau admettre la possibilité de violation de l'article 3 de la C.E.D.H. en cas de renvoi des demandeurs d'asile vers l'Italie, indépendamment même de la particulière vulnérabilité de leur profil. Il rappelle que si, certes, la seule invocation de rapports internationaux ne peut suffire à établir le risque de violation de l'article 3 de la C.E.D.H. en cas de renvoi vers l'Italie, il n'en demeure pas moins que l'OE a une obligation d'examiner rigoureusement si, individuellement, le demandeur d'asile renvoyé vers l'Italie sera affecté par les carences générales du système d'accueil italien. Ce faisant, l'arrêt commenté adopte une position incluant deux sauvegardes : l'une fondée sur les particularités d'un demandeur vulnérable et l'autre sur la vulnérabilité de tout demandeur face à un système globalement défaillant. Il rejoint en cela la posture adoptée par l'arrêt *M.S.S.* D'ailleurs, l'arrêt *Tarakhel* n'avait pas écarté une telle analyse mais ne l'estimait plus d'actualité, sans exclure qu'elle puisse l'être à nouveau. L'O.E. et le juge doivent à la fois être attentif aux situations de vulnérabilités particulières mais aussi à l'évolution de la situation globale en ce qu'elle peut affecter sérieusement une demande qui serait *a priori* moins vulnérable.

M.L.

C. Pour en savoir plus

Lire l'arrêt

C.C.E, arrêt n°137.196 du 30 janvier 2015

Doctrine

S. PEERS, « *Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?* », EU LAW ANALYSIS, 5 novembre 2014 (<http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/11/tarakhel-vswitzerland-another-nail-in.html>).

L. ROSENTEIN, L'exigence d'une garantie individuelle des conditions d'accueil des familles en demande d'asile dans le cadre du mécanisme Dublin II, in *Revue des droits de l'homme/ADL*, 9 décembre 2014 (<http://revdh.revues.org/1027>).

E. NERAUDAU, S. SAROLEA (dir.), *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : le règlement Dublin*, EDEM, Louvain-la-Neuve, décembre 2014.

⁷ *Consiglio Italiano per I Rifugiati*, « *Interior Minister Alfano: 56,000 requests for protection to date in 2014* », article disponible à l'adresse suivante http://www.cir-onlus.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1514:interior-minister-alfano-56-000-requests-for-protection-to-date-in-2014&catid=42&Itemid=152&lang=en

E. NERAUDAU, « Des garanties individuelles avant transfert Dublin litigieux, gage de respect de la Convention EDH », *Newsletter EDEM*, novembre-décembre 2014..

Jurisprudence

Cour eur. D.H., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n°29217/12

Pour citer cette note : M. LYS, « Au-delà de l'arrêt *Tarakhel* : le Conseil du contentieux des étrangers impose une analyse individuelle et approfondie de la situation d'un demandeur d'asile renvoyé en Italie, indépendamment de la vulnérabilité de son profil. », *Newsletter EDEM*, janvier 2015.

5. COLLOQUE EDEM – LLN 4/5 DÉCEMBRE 2014 : LA SECONDE GÉNÉRATION DU REAC EN DROIT BELGE : LE TEMPS DES JUGES – INTERVENTION DE J. JAUMOTTE : « LE RÔLE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT ADMINISTRATIF DANS LA MISE EN PLACE DU REAC »

1. Qu'il me soit tout d'abord permis de remercier les organisateurs du colloque pour leur aimable invitation et de les féliciter pour l'ampleur et la qualité du travail qu'ils ont réalisé dans le cadre du présent colloque. Nul doute que l'abondante documentation écrite qu'ils ont pu mettre à la disposition des participants dès l'entame du colloque s'avérera très précieuse dans leur travail au quotidien.

Je profite également de l'occasion qui m'est donnée pour féliciter toute l'équipe de l'EDEM pour l'élaboration et la mise à la disposition des *newsletter*, source de documentation particulièrement utile et qui nous permet de nous tenir informés des évolutions jurisprudentielles récemment intervenues dans le droit des étrangers.

Je suis vraiment impressionné par le travail ainsi réalisé.

A. Approche du concept

2. Dans un livre que mon collègue de l'Auditorat, Monsieur Éric Thibaut, et moi-même avons récemment consacré au Conseil d'État de Belgique, nous avons eu l'occasion de schématiser comme suit la nature, la portée et le rôle concret des « principes généraux du droit » en tant que source autonome du droit administratif, dont fait en règle partie, du moins pour partie, le droit des étrangers. De manière paraphrasée, nous y précisons, notamment, ce qui suit⁸ :

« Source de droit particulièrement importante en droit administratif et de formation récente, les principes généraux du droit constituent des règles juridiques fondamentales, en principe non écrites, et applicables dans l'ensemble des domaines du droit, dont le droit administratif.

(...)

Certains de ces principes sont explicitement inscrits dans des normes de droit interne (ex : égalité devant la loi et interdiction des discriminations – art. 10 et 11 Const. Belge) ou internationales (ex : les droits de la défense [en matière juridictionnelle]). Mais nombreux sont aussi les principes généraux du droit qui, sans être énoncés expressément dans un texte, trouvent leur fondement dans la volonté implicite du Constituant, des législateurs ou de l'autorité réglementaire.

En d'autres termes, lorsque le juge affirme l'existence d'un principe général de droit, il se fonde sur la volonté implicite du Constituant, du législateur ou de l'autorité réglementaire, induite tantôt de la lettre, tantôt de l'esprit d'un ou plusieurs textes régissant diverses circonstances présentant quelque analogie, de telle manière que ceux-ci ne constituent que des applications particulières d'une règle générale préexistante, mais non écrite. Les principes généraux ainsi

⁸ J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, Le Conseil d'État de Belgique, Bruxelles, Bruylant, 2012, Vol. 1, n°s 370 et s.

affirmés entraînent tant pour les autorités administratives que pour les administrés des droits et obligations qui en sont les corollaires (C.E., n° 146.260 du 20 juin 2005).

Comme on le voit, si l'on ne saurait raisonnablement dénier l'œuvre créatrice du juge dans l'élaboration des principes généraux, il ne s'agit cependant pas d'une « découverte » du juge, mais bien d'une « consécration » par ce dernier d'un fait préexistant à son intervention. C'est au juge (qui ne peut faire la norme écrite, à peine de s'immiscer dans les fonctions administratives ou législatives) que revient le soin de proclamer l'existence des principes généraux, d'en déterminer le contenu exact et la portée.

Si, d'aventure, deux principes s'affrontent, c'est du juge que dépend en définitive la solution du conflit, par exemple en faisant prévaloir un principe sur l'autre. Il en ira de même lorsque s'affrontent une norme expresse et un principe général de droit.

Quoi qu'il en soit, il convient pour tout un chacun de garder présent à l'esprit que les principes généraux non écrits n'ont pour vocation que de combler les lacunes de la loi au sens formel du terme et n'ont donc, en règle, qu'une valeur supplétive. Un principe général de droit non écrit ne peut donc pas déroger à une norme expresse revêtue de la même valeur hiérarchique que le principe de droit lui-même ».

J'ajouterai encore que l'auteur de la norme formelle ainsi écartée peut toujours intervenir pour déroger à ce principe par une disposition formelle expresse de même valeur hiérarchique, pour autant que cela soit dans le respect de normes de droit de valeur supérieures, telle une norme de droit international ou du droit de l'Union européenne ou, encore, un principe fondamental du droit de l'Union européenne, tel le principe fondamental selon lequel « les décisions prises en ce qui concerne une demande d'asile⁹ ou de protection internationale¹⁰ doivent pouvoir faire l'objet d'un recours effectif devant une juridiction »¹¹.

3. Comme on le voit, et pour ceux qui douteraient encore à ce jour, tant de l'existence même de ce concept de « principes généraux du droit » que de la réelle valeur ajoutée de cette source supplétive du droit dans les systèmes de droit interne, il est permis de considérer que ce combat d'arrière-garde est dépassé¹², du fait même que ce concept est également consacré, comme nous le verrons ci-après, tant dans le droit de l'Union européenne¹³ que, de manière plus générale, dans le droit international¹⁴.

⁹ Considérant (27) du préambule de la DirProc initiale (2005).

¹⁰ Considérant (50) du préambule de la DirProc refonte (2013).

¹¹ Dans le considérant (27) du préambule de la DirProc initiale (2005), il était encore précisé que « L'effectivité du recours, en ce qui concerne également l'examen des faits pertinents, dépend du système administratif et judiciaire de chaque État membre considéré dans son ensemble ». Cette précision n'a plus été reprise dans le préambule de la DirProc refonte (2013), mais on sait que celle-ci se veut beaucoup plus précise sur ce point.

¹² C'est ce dont je faisais déjà état, à l'époque, dans l'article que j'avais écrit à l'occasion du cinquantième anniversaire du Conseil d'État de Belgique : J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. BLERO (Éd.), Le Conseil d'État de Belgique – Cinquante ans après sa création (1946 – 1996), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 593 – 697.

¹³ Ainsi, dans son récent arrêt Mukarubega, dont nous reparlerons par la suite, la CJUE a expressément affirmé que le droit pour un demandeur d'un titre de séjour d'être entendu dans toute procédure relative à sa demande fait partie

Mais s'il s'agit d'une « arme redoutable » dans les mains du juge, il convient que ce dernier en fasse usage avec parcimonie et discernement, sous peine de jeter à nouveau le discrédit sur cette source du droit.

4. Le cadre juridique ayant été ainsi sommairement rappelé, la question se pose ensuite de savoir si et de quelle manière les principes généraux du droit administratif ont pu ou non jouer un rôle dans l'élaboration progressive de normes de garanties procédurales dans la pratique du contentieux des étrangers et, plus particulièrement, dans celui de l'asile *sensu lato*, que ce soit dans la phase dite « administrative » de la procédure ou dans la phase dite « juridictionnelle » de celle-ci (les procédures « d'appel »).

Je crois qu'il est à cet égard possible de répondre par l'affirmative à cette question et que quatre grandes étapes peuvent être distinguées.

B. Analyse de l'impact des principes généraux du droit de droit administratif dans le contentieux des étrangers, plus particulièrement de l'asile *sensu lato*

(1) Première étape : la mise en application, pour ce qui concerne la Belgique, de la loi du 15 décembre 1980 (sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers), avec l'émergence progressive du recours aux principes généraux de droit du droit administratif en droit interne et ce, sous le contrôle de la Cour constitutionnelle.

5. C'est incontestablement au cours de cette première étape que l'influence des principes généraux du droit a été marquée dans l'affirmation progressive de l'obligation de respecter un certain nombre de garanties procédurales lors de la prise de décisions en matière d'asile notamment.

Il convient à cet égard de rappeler que, dès avant l'adoption de la loi du 28 mars 1952 sur la police des étrangers, la section d'administration du Conseil d'État, récemment mise en place, avait considéré que les mesures d'expulsion d'étrangers constituent des « actes administratifs » susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation et ce, nonobstant la tentative de l'autorité

intégrante du respect des droits de la défense, « principe général du droit de l'Union » (CJUE, Mukarubega, aff. C-166/13, 5 novembre 2014, paragraphe 43).

¹⁴ Les principes de droit international sont en effet expressément reconnus comme l'une des sources du droit international par l'article 38 (1) (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice (1945) : la CIJ applique : « [...] c) *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ». Il s'ensuit qu'il incombe au juge international, lorsqu'il constate la convergence des solutions (nationales) données dans les ordres internes au problème similaire à celui dont il est saisi, de transposer dans l'ordre international le « principe » qui est « commun » à ces droits nationaux et ce, après les avoir dépouillés des particularités techniques qui s'opposent à sa généralisation (J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2000, p. 347). Il a ainsi été rappelé que constitue un principe général de droit international l'interdiction pour les États de refuser le droit d'entrée sur le territoire à leurs propres ressortissants (C.J.C.E., 4 décembre 1974, Van Duyn, n° 41/74, Rec., 1974, (1337) 1351). Constitue de même un principe de droit international bien établi, par ailleurs expressément repris dans de nombreux traités internationaux, la prohibition de toute détention arbitraire, prohibition qui trouve également à s'appliquer aux détentions prévues en matière d'immigration illégale (V. CHÉTAIL, «The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law », in *Research Handbook on International Law and Migration*, V. CHÉTAIL et C. BAULOZ (Ed.), UK, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, pp. 1-75, spéc. n° 3.3.1. – p. 50).

administrative d'invoquer l'incompétence du Conseil d'État en se fondant sur la théorie de l' « acte de gouvernement »¹⁵.

6. On sait par ailleurs que la loi du 15 décembre 1980 avait maintenu l'intervention du délégué du HCR en Belgique dans la phase dite d' « éligibilité » de la demande d'asile, lequel décidait seul de la reconnaissance ou non de la qualité de réfugié sur la base des critères de la Convention de Genève sur les réfugiés, mais sans que ce dernier soit expressément obligé de prendre en compte les garanties par ailleurs prévues par la loi du 15 décembre 1980, notamment en matière de motivation formelle des décisions (article 62, alinéa 1^{er}, originel, de la loi). Dans la pratique, les ordres de quitter le territoire notifiés à des demandeurs d'asile déboutés par le délégué du HCR étaient donc fondés sur des décisions de ce dernier qui n'étaient pas formellement motivées. Dans ces conditions, diverses juridictions ont conclu au caractère illégal de ces ordres de quitter le territoire, en ce que ces ordres étaient formellement motivés par référence à une décision elle-même non formellement motivée et dont le dossier du HCR n'était pas produit. Il y avait donc à tout le moins violation du principe général du droit de l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs, à ne pas confondre avec l'obligation de motivation formelle de ceux-ci, laquelle n'avait précisément pas été considérée comme un principal général non écrit du droit administratif¹⁶. À la suite notamment de cette jurisprudence, la procédure d'asile a été revue en profondeur par la loi modificative du 14 juillet 1987 et par la création de deux nouvelles instances : l'une en qualité d'autorité administrative indépendante, à savoir le CGRA ; l'autre en qualité de juridiction administrative contentieuse, la Commission (permanente) de recours des réfugiés.

Voilà donc un premier exemple qui illustre concrètement l'impact que peut avoir l'application d'un principe général non écrit du droit administratif sur la reconnaissance de nouvelles garanties procédurales au profit, notamment, des demandeurs d'asile.

7. Par ailleurs, dans le cadre du recours en annulation qui pouvait être introduit devant la section d'administration du Conseil d'État contre les décisions d' « irrecevabilité » prises à l'encontre des demandeurs d'asile, soit par le Ministre ou son délégué dans un premier temps, soit par le CGRA dans un second temps, de nombreux demandeurs d'asile déboutés ont invoqué l'illégalité de la décision prise à leur égard en raison de leur absence de toute audition par le CGRA ou des déficiences de cette audition. Ils invoquaient plus précisément une violation du principe général non écrit de droit administratif (en abrégé, « PGD ») du droit de défense, lequel constitue, on le sait, l'une des facettes de l'adage « *Audi alteram partem...* ». La section d'administration du Conseil d'État, se fondant sur sa jurisprudence constante en la matière, non seulement pour le contentieux des étrangers, mais aussi pour le contentieux administratif en général¹⁷, a toutefois considéré que le PGD des droits de la défense ne trouvait pas à s'appliquer, étant donné que l'on

¹⁵ Sur l'évolution en la matière de la portée du contrôle juridictionnel opéré sur les décisions prises en application de la loi du 15 décembre 1980, voir : J. JAUMOTTE, « 30 ans de la loi sur les étrangers : les juridictions de droit public en tant qu'acteurs », in *Migratie- en Migrantenrecht – Recente ontwikkelingen – Deel 14 : Dertig jaar Vreemdelingenwet, M.-Cl. FOLETS, D. VANHEULE et M. MAES*(Éd.), 2011, pp. 47-169, spéc. p. 52.

¹⁶ Raison pour laquelle a dû être adoptée la loi du 18 juillet 1991 relative à la publicité formelle des actes administratifs.

¹⁷ J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, n°s 378 et s.

ne situait ni dans une matière d'ordre disciplinaire, susceptible de déboucher sur l'infliction d'une sanction disciplinaire, ni dans une matière quasi-contentieuse, au cours de laquelle une mesure punitive est envisagée en raison du comportement personnel de la personne en cause¹⁸.

La section d'administration du Conseil d'État a toutefois considéré que la seconde facette de l'adage « *Audi...* » trouve bien à s'appliquer, à savoir le PGD du caractère contradictoire de la procédure ou encore le PGD du droit d'être entendu. Toute décision consécutive à une demande d'asile est en effet une mesure qui, tout en n'ayant pas le caractère d'une sanction disciplinaire envers le demandeur d'asile ou d'une mesure punitive fondée sur son comportement personnel, revêt néanmoins un caractère grave pour l'intéressé. Il s'ensuit que ce dernier doit, en règle, être autorisé à présenter, de manière utile, ses observations auprès du CGRA et ce, de manière à informer complètement celui-ci de façon à ce qu'il puisse statuer en pleine connaissance de cause¹⁹.

Comme on le voit, ce second principe général de droit est toutefois nettement moins « protecteur » des intérêts de l'administré que celui tiré des droits de la défense puisqu'il est uniquement fondé sur l'objectif que l'autorité administrative puisse statuer en pleine connaissance de cause et qu'il est par ailleurs « tempéré » par un autre PGD, celui du caractère effectif de la procédure, en application duquel l'audition préalable de l'administré n'est en tout état de cause pas requise lorsque les faits sont susceptibles d'une constatation simple et directe ou lorsque l'autorité administrative estime qu'une telle audition ne sera pas de nature à l'éclairer davantage sur la situation de la personne qu'elle ne l'est déjà²⁰. Par contre, le PGD des droits de la défense contraint, en principe sans exception – du fait qu'est pris en compte l'intérêt de l'administré de pouvoir en tout état de cause se défendre à l'encontre d'une sanction disciplinaire ou d'une mesure punitive fondée sur son comportement personnel –, l'autorité administrative à recueillir les arguments de l'intéressé et à les examiner avant de prendre la sanction ou la mesure envisagée. À la différence du PGD du « droit d'être entendu », le PGD des « droits de la défense » n'admet donc pas d'exception à l'obligation d'entendre préalablement la personne faisant l'objet de la procédure, sous réserve de l'obligation de participation loyale de cette personne à la procédure

¹⁸ À titre d'exemple : C.E., n° 69.429 du 4 novembre 1997, XXX c/ CGRA ; C.E., n° 53.158 du 5 mai 1995, XXX c/ CGRA.

¹⁹ À titre d'exemple : C.E., n°103.319 du 7 février 2002, XXX c/ CGRA ; C.E., n°103.321 du 7 février 2002, XXX c/ CGRA ; C.E., n°103.322 du 7 février 2002, XXX c/ CGRA ; C.E., n°103.325 du 7 février 2002, XXX c/ CGRA. Pour une application du principe « *Audi alteram partem* » dans le cadre d'une mesure tendant à exclure un étranger du bénéfice de la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume : C.E., n° 195.328 du 16 juillet 2009, XXX c/ État belge.

²⁰ J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, n°s 379 et s. Voir, à titre d'exemple : C.E., n° 103.319 du 7 février 2002, XXX c/ CGRA ; C.E., n° 103.322 du 7 février 2002, XXX c/ CGRA ; C.E., n° 103.324 du 7 février 2002, XXX c/ CGRA ; C.E., n° 104.589 du 12 mars 2002.

Sur la distinction clairement établie entre le PGD des droits de la défense et le PGD du droit d'être entendu dans une matière administrative autre que le contentieux des étrangers, voir : C.E., n° 187.909 du 13 novembre 2008, de RADZITSKY d'OSTROWICK c/ Région wallonne ; C.E., n° 188.227 du 26 novembre 2008, LOVASIO c/ État belge ; C.E., n° 191.001 du 2 mars 2009, IPERSIEL c/ Zone de police de Charleroi.

administrative²¹. Enfin, lorsqu'il trouve à s'appliquer, le PGD du « droit d'être entendu » est soumis à un formalisme moins strict que celui qui accompagne le PGD des « droits de la défense ».

Même si la section d'administration du Conseil d'État s'est donc prononcée en la matière en faveur de l'application de celui des deux PGD qui offrent le moins de garantie pour la personne concernée, il n'en reste pas moins, qu'à l'époque, et avant même toute influence éventuelle de la jurisprudence de la Cour eur DH ou du droit de l'Union européenne, diverses décisions d'« irrecevabilité » d'une demande d'asile prises soit par le ministre ou de son délégué, soit par le CGRA, ont été annulées pour violation du PGD du « caractère contradictoire de la procédure/du droit d'être entendu ». Par application de ce PGD, il a été ainsi, dans certains arrêts du Conseil d'État, été fait reproche au CGRA, avant même la réforme opérée par la loi du 15 septembre 2006, de ne pas avoir entendu le candidat réfugié avant de prendre une décision confirmative de refus de séjour, alors que d'autres arrêts, se fondant sur les circonstances du cas d'espèce, ont au contraire considéré que le CGRA avait pu s'estimer suffisamment informé au regard des éléments du dossier (et notamment de l'audition à l'OE et des arguments figurant dans la DUR ou dans le formulaire CGRA) et avait donc pu raisonnablement estimer qu'une nouvelle audition du candidat réfugié n'était pas nécessaire.

Ceci a, notamment, eu pour effet que les autorités concernées ont dû faire preuve de plus de retenue dans leur décision d'entendre ou non le demandeur d'asile, préalablement à la prise de leur décision.

On ne peut à cet égard qu'être frappé par la similitude de raisonnement qui semble avoir été suivie par la CJUE dans son arrêt MUKARUBEGA précité par rapport à notre approche de droit interne et ce, même si les concepts utilisés ne semblent pas toujours revêtir la même portée.

8. C'est de même sur la base d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, dont on sait qu'ils ne sont que l'expression particulière du principe général de droit du « droit à l'égalité devant la loi », lequel droit constitue par ailleurs, en vertu du droit international, l'un des éléments du « noyau dur » applicable à tout étranger quel que soit par ailleurs son statut de séjour sur le territoire, que la Cour constitutionnelle a annulé les articles 69bis, alinéa 2, et 70, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980, tels qu'insérés par la loi modificative du 6 mai 1993²². Or, l'on sait que ces deux dispositions avaient pour effet de priver de la possibilité d'introduire une demande de suspension devant la section d'administration du Conseil d'État le demandeur d'asile débouté à l'égard duquel le CGRA avait déclaré sa décision « exécutoire nonobstant tout recours ».

9. Comme on le voit, cette première étape a vraiment été marquée par une véritable influence des principes généraux du droit administratif non écrits sur la reconnaissance progressive d'un certain nombre de garanties procédurales « minimales » dans le déroulement de la procédure d'asile plus particulièrement, mais aussi dans le contentieux des étrangers en général. De même,

²¹ J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *op. cit.*, n°s 380 et s.. De même, l'obligation de devoir tenir un débat contradictoire lors d'une procédure disciplinaire ne requiert toutefois nullement que l'agent puisse exposer oralement son point de vue à chaque stade de la procédure (C.E., n° 199.043 du 17 décembre 2009, DELLOYE c/ Cour des comptes).

²² C.C., n° 61/94, 14 juillet 1994, B.5.9.8.

dans le cadre de son contrôle de la loi du 15 septembre 2006, la Cour constitutionnelle a aussi rappelé que le « droit à un recours juridictionnel » est un principe général de droit qu'il lui incombe de contrôler²³.

(2) Deuxième étape : l'influence progressive de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour eur DH

10. L'évolution de la jurisprudence de la Cour eur DH dans le contentieux de l'asile, surtout depuis le milieu des années 1990²⁴, de même que l'adoption par la Cour, dès le milieu des années 2005, de mesures provisoires adoptées en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour²⁵, ont eu pour effet, qu'en tout cas pour les systèmes de droit nationaux dans lesquels les juges se reconnaissent le droit de prendre directement en compte la portée des arrêts de la Cour eur DH, que l'influence des principes généraux du droit non écrits de droit interne s'est faite moins prégnante, du fait que la compilation de la jurisprudence de la Cour a permis d'établir progressivement un « catalogue » des garanties minimales de procédure qu'il convient dorénavant de prendre en compte dans le chef des autorités compétentes et ce, d'une part, dans le cadre de la phase « administrative » d'examen des demandes d'asile *sensu lato* et, d'autre part, dans le cadre de la procédure d'appel²⁶. Or ces garanties minimales recouvrent, en grande partie, voire même vont plus loin que ce que l'on peut dégager des PGD en droit interne. Il est donc plus efficient de s'y référer directement et, en conséquence, de ne plus recourir aux PGD que si cela s'avère nécessaire dans des cas d'espèce plus spécifiques.

(3) Troisième étape : l'influence modérée du droit de l'Union Européenne et de la jurisprudence de la CJUE, à la suite de l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 1999, du traité d'Amsterdam (= immigration/asile deviennent des matières du droit de l'UE – art 63 traité) :

11. Cette étape n'a pas eu d'effet significatif, à notre estime, sur l'évolution survenue à l'issue des deux premières étapes décrites ci-dessus, du moins pour ce qui concerne la teneur des garanties procédurales « minimales » en matière de procédures d'asile *sensu lato*.

12. Différents facteurs permettent d'expliquer cet état des choses :

(1) la jurisprudence de la Cour eur DH a tout d'abord continué à exercer une influence prépondérante dans le contentieux du droit des étrangers et de l'asile, comme cela avait d'ailleurs déjà été le cas lors de la deuxième phase ;

(2) le niveau « très bas » d'uniformisation des procédures réalisé par la DirProc initiale (2005) a eu pour conséquence que les garanties procédurales minimales mises en place par cette directive n'ont pratiquement eu aucun impact digne de ce nom tant sur les droits internes des États membres que sur la jurisprudence des juridictions de ces États ;

²³ C.C., n° 81/2008 du 27 mai 2008, B.28.1.

²⁴ Pour une analyse plutôt critique de cette jurisprudence, voir : M. BOSSUYT, Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant, Bruxelles, Bruylant, 2010.

²⁵ Cour eur D. H. [GC], Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie, 4 février 2005.

²⁶ Pour une première « tentative » d'établissement d'un tel catalogue, voir : J. JAUMOTTE, « Le droit des étrangers : les derniers développements en droit européen – la jurisprudence récente de la CJUE et de la Cour eur. D.H., in S. BODART(Coord.), Droit des étrangers, collection UB³, Bruxelles, De Boeck, 2012, n° 62 – p. 89.

(3) la circonstance que la possibilité de poser des questions préjudicielles à la CJUE a, dans un premier temps, été expressément réservée aux juridictions suprêmes des États membres, combinée avec la circonstance que ces juridictions se sont montrées relativement peu enclines à poser des questions préjudicielles à la CJUE, en tout cas dans le domaine de l'asile, a eu pour effet que l'influence du droit de l'Union européenne en la matière et de la jurisprudence de la CJUE n'a pas encore été très significative lors de cette troisième phase.

13. L'on a donc constaté, lors de cette troisième phase, la poursuite du déclin de l'influence des PGD en droit interne et ce, au profit de l'influence opérée, essentiellement, par la jurisprudence de la Cour eur DH.

(4) Quatrième étape : une influence plus importante du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la CJUE, notamment à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), le 1^{er} décembre 2009.

14. Cette influence plus importante peut être, essentiellement, expliquée par les éléments suivants :

(1) l'analyse opérée par la Commission européenne dans son étude d'impact de la DirProc initiale (2005), étude dans laquelle la Commission a systématiquement mis en évidence les déficiences de cette directive au regard de la jurisprudence combinée de la Cour eur DH et de la CJUE²⁷ ;

(2) l'analyse qui avait été faite à l'époque par le réseau Odysseus dans une étude réalisée à la demande du Parlement européen au sujet de l'élaboration des instruments de la seconde phase du RACE et dont il apparaît que de nombreuses lacunes mises en évidence dans la DirProc initiale (2005) étaient en très grande partie rencontrées par le projet de directive qui allait devenir la DirProc refonte (2013)²⁸ ;

(3) l'adoption de la DirProc refonte (2013), dont la transposition doit avoir lieu pour le 20 juillet 2015, à l'exception de son article 31, paragraphes 3, 4 et 5, pour lesquels la transposition doit être opérée pour le 20 juillet 2008 au plus tard, directive qui, ainsi que permettra de la constater tant le tenue du présent colloque, et notamment l'exposé de Sahra Datoussaid, que les actes y relatifs, a considérablement rehaussé le niveau des garanties procédurales au bénéfice des demandeurs de protection subsidiaire en cours de procédure, tant administrative que juridictionnelle ;

(4) les arrêts de plus en plus fréquemment prononcés par la CJUE sur question préjudicielle, lesquelles peuvent dorénavant être posées par toute tribunal de droit interne, et qui, en complément de la jurisprudence déjà abondante en la matière de la Cour eur DH, contribuent, eux aussi, à élever sensiblement les garanties procédurales au bénéfice des demandeurs de protection

²⁷ Voir, notamment : SEC (2009) 1376 – Annex 21 : « *International and Community Standarts on access to effective remedy* ».

²⁸ La mise en place d'un Système Européen d'Asile Commun, Étude 2010 (PE 425.622), et notamment pp. 299 – 386 : « Chapitre 4 : la directive sur les procédures d'asile (DPA) », par J. JAUMOTTE et S. SAROLEA avec la collaboration de K. HAILBRONNER, <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=FR>.

subsidaire en cours de procédure, tant administrative que juridictionnelle. Il suffit pour s'en rendre compte de se référer sur la question aux actes publiés par l'équipe de l'EDEM dans le cadre du présent colloque²⁹.

15. Mais un nouvel élément de discussion très intéressant et dont le contexte d'application mérite encore d'être largement approfondi est récemment apparu : celui de l'utilisation par la Cour de justice elle-même dans le contentieux de l'immigration et de la protection subsidiaire de la notion de « **principe général de droit de l'Union** » : après avoir en effet considéré, ce qui pourrait en soi être contesté, mais tel n'est pas l'objet de notre propos³⁰, que l'article 41 CDFUE, relatif au droit à une bonne administration, ne s'adresse qu'aux institutions, aux organes et aux organismes de l'Union, la Cour a, en effet, estimé qu'un demandeur de titre de séjour peut demander à être entendu dans toute procédure relative à sa demande et ce, en vertu du principe général de droit de l'UE que constitue le respect des droits de la défense³¹.

L'on voit donc que la perte d'importance pratique de la notion de PGD en droit interne est largement compensée, d'une part, par le degré plus élevé d'exigence au niveau international des garanties de procédure minimales à prévoir pour tout demandeur de protection subsidiaire, et, d'autre part, par la circonstance que les PGD de droit interne sont progressivement supplantés par ceux de l'UE, voire même, à titre subsidiaire, par ceux du droit international.

La notion de PGD n'est donc pas devenue inutile ; elle est tout simplement montée de niveau sous l'influence de la mise en place progressive du RACE !!!! Encore convient-il d'examiner si le même concept revêt ou non la même portée selon le niveau auquel il est invoqué en tant que PGD. Si tel ne devait pas être le cas, il y aurait alors lieu de faire primer le PGD du droit de l'Union, voire même celui du droit international, sur le PGD de droit interne développant le même concept. Bien que ce sujet dépasse le cadre de notre exposé, un tel problème semble bien se poser en ce qui concerne la portée du PGD du « droit d'être entendu » au sens du droit de l'Union, telle que récemment dégagée par la CJUE, et celle du même PGD telle que dégagée en droit interne, par opposition au PGD des « droits de la défense »³².

²⁹ Voir aussi l'étude récemment réalisée par H. LABAYLE et Ph. DE BRUYCKER à l'attention du Parlement européen : *Impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH en matière d'asile et d'immigration*, Étude 2012 – PE 462.438, <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studies.html?action=7&tab=search#studies>

³⁰ Voir toutefois à ce sujet la prise de position de l'Avocat général M. Melchior WATHELET présentée le 23 août 2013 dans l'affaire C-383/13 PPU, M.G. et N.R.

³¹ C.J.U.E., Mukarubega, 5 novembre 2014, C-166/13, paragraphes 43 à 46. Voir, dans le même sens : C.J.U.E, Khaled Boudjlida, 11 décembre 2014, aff. C-249/13, paragraphes 30 à 34. Sur l'étendue et les modalités concrètes de ce « droit d'être entendu » préalablement à l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable les intérêts de la personne concernée – telle une décision de retour, voir les paragraphes 36 à 71 de ce même arrêt.

³² Comparer le point 7 du présent exposé avec les paragraphes 36 à 71 de l'arrêt CJUE, Khaled Boudjlida, 11 décembre 2014, aff. C-249/13.

Voir également CJUE, M.G. et N.R., 10 septembre 2013, aff. C-383/13 PPU:

«32. Selon une jurisprudence constante, les droits de la défense, qui comportent le droit d'être entendu et le droit d'accès au dossier, figurent au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et consacrés par la Charte (voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2013, *Commission e.a./Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, points 98 et 99 ainsi que jurisprudence citée). Il est vrai également que le respect de ces droits s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité (voir, en ce sens, arrêt du 22 novembre 2012, *M.*, C-277/11, point 86 et jurisprudence citée).

C. Conclusion

16. Comme on le voit, les « PGD du droit administratif », qu'ils soient de droit interne, du droit de l'UE ou, même, de droit international, continuent à remplir un rôle non négligeable, fût-il *a priori* d'ordre secondaire, dans l'échelle des normes de droit applicables au contentieux de la protection subsidiaire, notamment en ce qui concerne les garanties minimales de procédure à respecter, tant dans le cadre de la phase « administrative » de la procédure que dans celui de sa phase « juridictionnelle ».

Il s'ensuit que tout praticien de la matière, quelle que soit sa qualité, doit toujours avoir présent à l'esprit que cet aspect du « prisme » du contentieux de l'asile *sensu lato* ne doit pas être perdu de vue en cas de silence ou d'insuffisance des normes de droit écrites applicables en la matière et qu'il lui incombe, en fonction de la question de cas d'espèce qui lui est soumise, de

33. La Cour a toutefois déjà considéré que les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis (arrêt du 15 juin 2006, *Dokter e.a.*, C-28/05, Rec. p. I-5431, point 75).

34. En outre, l'existence d'une violation des droits de la défense doit être appréciée en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce (voir, en ce sens, arrêt du 25 octobre 2011, *Solvay/Commission*, C-110/10 P, Rec. p. I-10439, point 63), notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée (arrêt *Commission e.a./Kadi*, précité, point 102 et jurisprudence citée).

35. 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'Union. Lorsque, comme en l'espèce, ni les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect des droits de la défense des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, ni les conséquences de la méconnaissance de ces droits ne sont fixées par le droit de l'Union, ces conditions et ces conséquences relèvent du droit national pour autant que les mesures arrêtées en ce sens sont du même ordre que celles dont bénéficient les particuliers dans des situations de droit national comparables (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (voir en ce sens, notamment, arrêts du 18 décembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, Rec. p. I-10369, point 38, ainsi que du 19 mai 2011, *laia e.a.*, C-452/09, Rec. p. I-4043, point 16).

36. Pour autant, s'il est loisible aux États membres de permettre l'exercice des droits de la défense de ces ressortissants selon les mêmes modalités que celles retenues pour régir les situations internes, ces modalités doivent être conformes au droit de l'Union et, notamment, ne pas remettre en cause l'effet utile de la directive 2008/115.

37. C'est donc dans le contexte d'ensemble de la jurisprudence concernant le respect des droits de la défense et du système de la directive 2008/115 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 droit.

38. Au regard des questions posées par la juridiction de renvoi, il importe de relever que, selon le droit de l'Union, une violation des droits de la défense, en particulier du droit d'être entendu, n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent (voir en ce sens, notamment, arrêts du 14 février 1990, *France/Commission*, C-301/87, Rec. p. I-307, point 31; du 5 octobre 2000, *Allemagne/Commission*, C-288/96, Rec. p. I-8237, point 101; du 1^{er} octobre 2009, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil*, C-141/08 P, Rec. p. I-9147, point 94, et du 6 septembre 2012, *Storck/OHMI*, C-96/11 P, point 80).

(...)

40. Pour qu'une telle illégalité soit constatée, il incombe en effet au juge national de vérifier, lorsqu'il estime être en présence d'une irrégularité affectant le droit d'être entendu, si, en fonction des circonstances de fait et de droit spécifiques de l'espèce, la procédure administrative en cause aurait pu aboutir à un résultat différent du fait que les ressortissants des pays tiers concernés auraient pu faire valoir des éléments de nature à justifier qu'il soit mis fin à leur rétention».

prendre également en compte cette source du droit cette notion et donc de faire usage de celle des sources du droit positif qui lui paraît la plus adéquate.

Bien que cela déborde le cadre du présent colloque, l'accent peut également être mis sur ce que cette notion générique de « principe général de droit » (PGD) vaut également, peut-être même de manière encore plus importante – vu l'absence d'harmonisation progressivement poursuivie par la mise en place du RACE, dans les contentieux « étrangers », autres que celui de l'« asile *senso lato* », du fait que la plupart des instruments du droit de l'UE y relatifs ne comportent pas, au contraire de la DirProc refonte (2013), des normes, fût-ce même minimales, en matière de garanties procédurales.

Merci pour votre attention.

Jacques Jaumotte,
Conseiller d'État,
5 décembre 2014.