

*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.*

**Pour rappel, les cinq ouvrages du colloque  
« La seconde génération du droit européen de l'asile en droit belge.  
Le temps des juges »  
sont disponibles ici.**

### Sommaire

**1. C.J.U.E., 17 mars 2016, Benallal, aff. C-161/15, EU:C:2016:175: Droit d'être entendu et ordre public. Le rappel du principe d'équivalence .....3**

*Saisie, par le Conseil d'Etat de Belgique, de la question de déterminer si le droit d'être entendu relève de l'ordre public, de sorte qu'il peut être invoqué pour la première fois au titre de moyen de cassation, la Cour de justice rappelle sa doctrine relative au principe d'équivalence. Elle juge qu'il revient au Conseil d'Etat de déterminer si le droit d'être entendu, tel que consacré par le droit de l'Union européenne, revêt une importance suffisamment importante au sein de l'ordre juridique belge pour être qualifié de « moyen d'ordre public », invocable au stade de la cassation administrative. A toutes fins utiles, elle précise que, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, le droit d'être entendu constitue pareil principe fondamental.*

**Droit d'être entendu – cassation administrative – moyen d'ordre public – autonomie procédurale – principe d'équivalence – principe d'effectivité.**

**2. Arrêt J.N., C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84. Réention des demandeurs d'asile en droit européen : « primauté » de l'effectivité de retour .....8**

*La Cour de justice de l'Union européenne examine la compatibilité d'une limitation du droit des demandeurs d'asile à la liberté et à la sûreté garantie par la directive accueil avec l'Article 6 de la Charte. Elle adopte une interprétation qui affirme que la refonte restreint la faculté des Etats membres de placer un demandeur d'asile en réention. Elle confirme l'applicabilité au droit d'asile de sa jurisprudence, issue d'autres domaines du droit européen, quant aux contours des notions de protection de la « sécurité nationale » et d' « ordre public ». Or, la CJUE semble procéder à un examen superficiel de la*

*compatibilité des limitations au droit à la liberté avec la CEDH et sa jurisprudence. La préoccupation de la CJUE paraît être davantage l'effectivité de la procédure de retour que des considérations relatives au droit à la liberté.*

**Art. 5 CEDH – Arts. 6, 52 Charte – Cons. 15-18, 20, 35 et Arts. 2, 8 Directive 2013/33/UE- Arts. 2, 9 Directive 2013/32/UE – Arts. 7, 8, 11 Directive 2008/115/CE – placement en rétention des demandeurs d'asile– protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public-séjour régulier-droit de rester dans un État membre-procédure de retour-validité de la limitation.**

**3. C.C.E., 12 janvier 2016, n° 159 724. Absence de convocation de l'avocat à l'audition devant le CGRA : caducité de l'audition et irrégularité substantielle de la décision ..... 16**

*Le Conseil du contentieux des étrangers estime que le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, en n'informant pas le conseil du requérant de sa convocation à l'audition, s'est rendu responsable d'un vice de procédure rendant l'audition caduque et la décision de refus entachée d'une irrégularité substantielle.*

**Arrêté royal du 11 juillet 2003, art. 7 et 19 – audition CGRA – absence de convocation de l'avocat – irrégularité substantielle – annulation et renvoi.**

## 1. C.J.U.E., 17 MARS 2016, *BENALLAL*, AFF. C-161/15, EU:C:2016:175

### *Droit d'être entendu et ordre public. Le rappel du principe d'équivalence*

#### A. Arrêt

A l'origine de la question préjudicielle se trouve le recours intenté par un ressortissant espagnol, M. Benallal, à l'encontre d'une décision de l'Office des étrangers lui retirant l'autorisation de séjour accordée en tant que travailleur salarié, au motif que l'activité salariée serait factice. Dans son recours adressé au Conseil du contentieux des étrangers, M. Benallal n'invoque pas explicitement la violation de son droit d'être entendu avant le retrait de son autorisation au séjour<sup>1</sup>. Prenant acte de l'évolution de la jurisprudence belge, intervenue suite aux arrêts de la Cour de justice consacrant le droit d'être entendu en tant que principe général de droit de l'Union européenne, il souhaite cependant s'en prévaloir devant le Conseil d'Etat, dans le cadre du recours en cassation introduit à l'encontre de l'arrêt du Conseil du contentieux des étrangers lui donnant tort.

Le Conseil d'Etat interroge, en conséquence, la Cour de justice sur la nature du droit d'être entendu, tel que consacré par le droit de l'Union européenne : relève-t-il de l'ordre public, de sorte qu'il peut être invoqué pour la première fois au titre de moyen de cassation administrative ?

Dans sa réponse, la Cour de justice rappelle le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres. Ces derniers ont la compétence de fixer les règles relatives à l'organisation de leurs procédures nationales. Il en résulte que chaque Etat membre demeure libre de fixer les conditions d'invocation du droit de l'Union européenne.

Cette autonomie procédurale n'est, toutefois, pas absolue. Elle est encadrée par deux limites : l'équivalence et l'effectivité. L'équivalence implique que les règles d'invocation du droit de l'Union ne soient pas moins favorables que celles relatives à l'invocation du droit national. L'effectivité implique que les règles d'invocation du droit de l'Union n'aient pas pour effet de rendre, de fait, son invocation impossible ou excessivement difficile<sup>2</sup> :

« Le droit de l'Union, en principe, ne s'oppose pas à ce que les États membres, conformément au principe de l'autonomie procédurale, limitent ou soumettent à des conditions les moyens susceptibles d'être invoqués dans les procédures de cassation, sous réserve du respect des principes d'effectivité et d'équivalence »<sup>3</sup>

La Cour examine, ensuite, si soumettre l'invocation, au stade du recours en cassation, du principe général du droit d'être entendu, tel que consacré par le droit de l'Union européenne, à la condition qu'il ait été préalablement invoqué en première instance porterait atteinte aux principes d'équivalence et d'effectivité.

<sup>1</sup> Dans ses conclusions, l'Avocat général Paolo Mengozzi considère toutefois que cet argument a bien été invoqué « au moins implicitement » par le Conseil du requérant devant le Conseil du contentieux des étrangers, tout en reconnaissant que cette question « relève exclusivement de l'appréciation de la juridiction de renvoi (le Conseil d'Etat) » (Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 13 janvier 2016 dans *Benallal*, aff. C-161/15, EU:C:2016:3, §§15 et 16).

<sup>2</sup> C.J.U.E., 17 mars 2016, *Benallal*, aff. C-161/15, EU:C:2016:175, §24.

<sup>3</sup> *Ibidem*, §27.

D'une part, en ce qui concerne le principe d'effectivité, la Cour renvoie à la position de son Avocat général<sup>4</sup>. L'essentiel est que les parties aient bénéficié d'une « véritable possibilité » d'invoquer le droit de l'Union. Peu importe que cette véritable possibilité soit limitée au juge de première instance. La circonstance que le principe général du droit d'être entendu ne puisse pas être invoqué pour la première fois au titre de moyen de cassation ne porte pas, en elle-même, atteinte à son effectivité :

« la circonstance que le juge administratif de dernière instance ne puisse pas examiner d'office ou doive rejeter comme étant irrecevable un moyen tiré de la violation du droit d'être entendu soulevé pour la première fois devant lui ne signifie aucunement que les règles de procédure internes rendent impossible ou excessivement difficile l'invocation de la violation d'un tel droit devant les juridictions nationales. Au regard du principe d'effectivité, ce qui importe, selon la jurisprudence de la Cour, est que les parties aient eu une véritable possibilité de soulever un moyen fondé sur le droit de l'Union devant une juridiction nationale. En d'autres termes, ce principe n'exige pas du juge national qu'il pallie la carence ou l'omission des parties dès lors que ces dernières ont eu une véritable possibilité, au titre des règles de procédures internes, d'invoquer un moyen tiré de la violation du droit de l'Union. »<sup>5</sup>

D'autre part, en ce qui concerne le principe d'équivalence, la Cour estime que le droit d'être entendu doit pouvoir être invoqué selon les mêmes conditions que les normes similaires de droit belge<sup>6</sup>. Elle précise qu'il revient au Conseil d'Etat de fixer les modalités suivant lesquelles le droit d'être entendu, tel que consacré par le droit belge, peut être invoqué devant lui, pour ensuite soumettre le droit d'être entendu tel que consacré par le droit de l'Union européenne aux mêmes exigences<sup>7</sup>.

A ce sujet, la Cour constate qu'en droit belge les « normes qui revêtent une importance fondamentale dans l'ordre juridique belge » relèvent de l'ordre public<sup>8</sup>. Elle souligne, à toutes fins utiles, que le droit d'être entendu constitue un principe fondamental au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>9</sup>. Il revient au Conseil d'Etat de déterminer s'il en va de même au sein de l'ordre juridique belge<sup>10</sup>.

## B. Éclairage

L'arrêt *Benallal* illustre la difficulté de traduire le droit de l'Union européenne en droit national. La jurisprudence de la Cour de justice relative au droit d'être entendu en matière migratoire, telle que développée par les arrêts *M., G. et R.* et, surtout, *Mukarubega* et *Boudjlida*, a engendré un revirement de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil du contentieux des étrangers. Ces

<sup>4</sup> *Ibidem*, §28.

<sup>5</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi, *op. cit.*, §42.

<sup>6</sup> *Ibidem*, §30.

<sup>7</sup> *Ibidem*, §34.

<sup>8</sup> C.J.U.E., *Benallal*, *op. cit.*, §32.

<sup>9</sup> *Ibidem*, §33.

<sup>10</sup> *Ibidem*, §34.

derniers reconnaissent désormais le droit de tout étranger de bénéficier de la possibilité effective de faire valoir ses arguments avant l'adoption d'une décision de refus ou de retrait de séjour<sup>11</sup>.

Cette évolution jurisprudentielle a posé la question de déterminer si pareil droit d'être entendu pouvait être invoqué au stade du recours en cassation administrative, devant le Conseil d'Etat. En droit belge, seuls les moyens d'ordre public peuvent être invoqués, pour la première fois, en cassation. L'ordre public relève d'une construction prétorienne. Il n'est pas exhaustivement défini par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Traditionnellement, le Conseil d'Etat juge que :

« les moyens d'ordre public sont ceux qui sont pris de la violation de règles qui visent à promouvoir ou préserver un intérêt public fondamental, c'est-à-dire de règles qui concernent des valeurs essentielles de la vie en société ou qui touchent de manière fondamentale au fonctionnement de l'État de droit et qui, pour ces raisons, doivent toujours être garanties au profit de la société dans son ensemble. Les principaux moyens d'ordre public sont l'incompétence de l'auteur, le défaut de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat, la violation de la loi sur l'emploi des langues, la violation de l'autorité de chose jugée, l'interdiction de la rétroactivité. La liste n'est toutefois pas parfaitement stable »<sup>12</sup>

Dans ses conclusions, l'Avocat général Paolo Mengozzi proposait d'apporter une réponse définitive au Conseil d'Etat. Il suggérait d'imposer aux juridictions nationales de suivre la définition de l'« ordre public » développée par la Cour de justice. A suivre ses conclusions, pour être qualifiée « d'ordre public » au sens du droit de l'Union européenne, une norme doit réunir deux conditions : elle doit protéger une « valeur essentielle de l'ordre juridique de l'Union », d'une part, et relever d'une forme substantielle dont la violation engendre *ipso facto* l'annulation de l'acte, d'autre part. L'Avocat général estime que le droit d'être entendu répond à la première condition en ce qu'il permet de protéger les droits fondamentaux qui, de part leur valeur constitutionnelle, relèvent des fondements de l'ordre juridique européen<sup>13</sup>. Il déduit, toutefois, de la jurisprudence de la Cour de justice relative au droit d'être entendu dans des affaires de droit de la concurrence notamment, que le droit d'être entendu ne constitue pas une forme substantielle. Cette position trouve son expression, en matière migratoire, dans l'arrêt *G. et R.* par lequel la Cour de justice a jugé que la violation du droit d'être entendu n'est susceptible d'engendrer l'annulation de l'acte attaqué que dans l'hypothèse où la personne concernée démontre que, si elle avait été entendue, elle aurait pu faire valoir des arguments de nature à inciter l'administration à adopter une décision différente<sup>14</sup>.

La Cour de justice préfère, quant à elle, déployer son raisonnement sous l'angle de l'autonomie procédurale des Etats membres. Suivant un raisonnement somme toute très classique, elle rappelle qu'il revient aux Etats membres de fixer les règles d'invocation du droit de l'Union européenne, dans le plein respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Elle écarte d'emblée toute

<sup>11</sup> Sur cette évolution, voy. notamment H. GRIBOMONT, « Ressortissants de pays tiers en situation irrégulière : le droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision de retour », *J.D.E.*, 2015, p. 192 ; L. LEBOEUF et S. SAROLEA, « L'invocation du droit de l'Union européenne devant le Conseil du contentieux des étrangers », in N. CARIAT et J.T. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 323, n° 45.

<sup>12</sup> C.E., arrêt n° 221.470 du 22 novembre 2012.

<sup>13</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi, *op. cit.*, §70.

<sup>14</sup> C.J.U.E., 10 septembre 2013, *G. et R.*, aff. C-383/13 PPU, *EU:C:2013:533*, obs. J.-Y. CARLIER, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2014, p. 112, n° 15 ; 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.

difficulté que les limitations à la possibilité d'invoquer le droit de l'Union européenne au stade du recours en cassation administrative pourraient poser au regard du principe d'effectivité. L'essentiel, au regard de ce principe, est que le droit de l'Union ait pu être invoqué à un stade de la procédure de recours.

Il revient, dès lors, au Conseil d'Etat de fixer les modalités du droit d'être entendu, tel que consacré par le droit de l'Union européenne, en veillant à ce qu'elles soient équivalentes à celles relatives au droit d'être entendu, tel que consacré par le droit belge. Pareille tâche impliquera pour le Conseil d'Etat d'adresser la distinction qu'opère traditionnellement sa jurisprudence entre les droits de la défense, d'une part, et le principe *audi alteram partem*, parfois qualifié de « principe de l'équitable procédure », d'autre part<sup>15</sup>. La juridiction administrative suprême devra déterminer si le droit d'être entendu, tel que consacré par le droit de l'Union européenne, relève des premiers ou du second. Elle devra préciser sa jurisprudence sur ce point, qui estimait que le droit d'être entendu tel que consacré par le droit de l'Union européenne correspond à un « principe général de droit dans l'ordre juridique interne », sans autres précisions<sup>16</sup>.

Les droits de la défense ont pour objectif de permettre à l'intéressé de se défendre dans le cadre de procédures disciplinaires, raison pour laquelle ils sont d'ordre public<sup>17</sup> et font l'objet d'une évaluation stricte. Le principe *audi alteram partem* a pour objectif de permettre à l'administration de disposer de l'ensemble des informations nécessaires pour adopter une décision qui, bien que non punitive, revêt des conséquences graves pour un administré. En tant que principe de bonne administration, le principe *audi alteram partem* protège non seulement l'intérêt de l'administré, mais également celui de l'administration en permettant à cette dernière de disposer de l'ensemble des informations nécessaires à une prise de décision adéquate<sup>18</sup>. Pour cette raison, le principe de l'*audi alteram partem* n'est pas d'ordre public<sup>19</sup> et souffre des exceptions. L'administration peut démontrer qu'il ne lui était pas nécessaire d'entendre l'intéressé, par exemple parce qu'elle dispose déjà de tous les éléments nécessaires pour statuer, ou parce qu'elle exerce une compétence liée.

D'un côté, au vu de ses caractéristiques, en particulier de la circonstance qu'il ne constitue pas une forme substantielle dont la violation engendre *ipso facto* l'annulation de l'acte, le droit d'être entendu tel que consacré par le droit de l'Union européenne semble relever en droit belge de l'*audi alteram partem* davantage que des droits de la défense. D'un autre côté, dans l'arrêt *Benallal*, la Cour de justice souligne l'importance que revêt le droit d'être entendu au sein de l'ordre juridique européen. Elle suggère, par-là, qu'il pourrait bien remplir la définition de l'ordre public fixée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui exige la protection d'un intérêt public fondamental. L'arrêt *Benallal* augure, décidément, un beau débat de droit belge.

<sup>15</sup> Si cette distinction a un temps paru s'estomper dans la jurisprudence du Conseil d'état (J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat*, 2012, p. 816), une étude récente a démontré qu'elle demeure bien vivace (F. PIRET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 63).

<sup>16</sup> C.E., 29 octobre 2015, n° 232.758.

<sup>17</sup> Voy. par ex. C.E., 23 décembre 2010, n° 210.105.

<sup>18</sup> Comme l'écrit David Renders, le principe de l'*audi alteram partem* « témoigne [...] de la volonté de respecter, non tant le principe du contradictoire pour lui-même, que celui de minutie » (D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 307, n° 582).

<sup>19</sup> Voy. par ex. C.E., 20 septembre 2010, n° 207.459.

L.L.

**C. Pour en savoir plus****Lire l'arrêt :**

C.J.U.E., 17 mars 2016, *Benallal*, aff. C-161/15, *EU:C:2016:175*

**Doctrine :**

- Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 13 janvier 2016 dans *Benallal*, aff. C-161/15, *EU:C:2016:3* ;
- F. PIRET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 63.

**Pour citer cette note :** L. LEBOEUF, « Droit d'être entendu et ordre public. Le rappel du principe d'équivalence », *Newsletter EDEM*, Mars 2016.

## 2. ARRET J.N., C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84

### *Rétention des demandeurs d'asile en droit européen : « primauté » de l'effectivité de retour ?*

#### A. Arrêt

La question préjudicielle, posée à la Cour de justice de l'Union européenne par le *Raad van State* néerlandais, porte sur la compatibilité avec l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la CDFUE) de la limitation au droit des demandeurs d'asile à la liberté et à la sûreté prévue par la directive accueil. Le requérant, M. N., avait été condamné à vingt-et-une reprises pour une série d'infractions (principalement des vols) à des amendes ou des mesures privatives de liberté d'un maximum de trois mois en vingt ans. Malgré le fait qu'il avait fait l'objet d'une décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée après le rejet de sa troisième demande d'asile, il n'a pas quitté le territoire néerlandais. Alors qu'il purgeait sa peine en 2015 pour vol et méconnaissance de l'interdiction d'entrée, il a introduit une quatrième demande d'asile. Après sa sortie de détention criminelle, il a fait l'objet d'une rétention administrative en tant que demandeur d'asile basée sur la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public.

Un premier recours contestant sa rétention administrative est rejeté par le Tribunal de première instance de la Haye. Par la suite, il introduit un recours devant le *Raad van State* avançant que sa rétention était contraire à l'article 5(1)(f) de la CEDH qui ne permet une privation de liberté qu'à des fins d'éloignement et qu'il se trouvait en séjour régulier depuis l'introduction de sa quatrième demande d'asile. Le Conseil d'état néerlandais décide de surseoir à statuer et demande à la Cour de justice d'analyser la validité de l'article 8(3)(3) de la directive accueil qui permet la privation de liberté « lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige » avec l'Article 6 de la Charte énonçant le droit à la liberté et la sécurité de personne. Le *Raad van State* souligne que les limitations qui peuvent légitimement être portées aux droits garantis par l'article 6 de la Charte ne peuvent excéder les limites permises par la CEDH, telles qu'interprétées par la Cour eur. D.H., en particulier dans l'arrêt *Nabil et autres contre Hongrie*.<sup>1</sup>

La Cour commence par rappeler les relations entre la CEDH et le droit de l'Union. Elle rappelle sa jurisprudence antérieure, ainsi que le texte de l'article 6(3) TUE, selon lequel les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. Elle rappelle également l'article 52(3) de la Charte qui dispose que les droits contenus dans celle-ci, correspondant à des droits garantis par la CEDH, ont le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention. Néanmoins, elle souligne que tant que l'Union n'y a pas adhéré, la CEDH ne constitue pas un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union. Par conséquent, la validité du droit européen doit être analysée uniquement au regard des droits fondamentaux garantis par la Charte. Ensuite, la Cour note que l'affaire concerne une limitation de l'exercice du droit à la liberté, consacré à l'article 6 de la Charte. Conformément à l'article 52(1) de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi, respecter leur contenu essentiel, ainsi que le principe de proportionnalité. Selon ce dernier, des limitations ne peuvent être apportées à l'exercice de ces droits et de ces libertés

<sup>1</sup> Cour eur. D.H., 2 septembre 2015, *Nabil et autres c. Hongrie*, req. n°62116/12.

que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui.

La Cour estime qu'en espèce, ces exigences sont respectées. La limitation est issue d'une directive qui est un acte législatif de l'Union. Elle n'affecte pas le contenu essentiel du droit à la liberté, vu qu'elle est permise seulement sur la base d'un examen individuel, dans les circonstances exceptionnelles visées à cette même disposition, ces circonstances étant par ailleurs encadrées par l'ensemble des conditions figurant à la directive 2013/33/UE (ci-après directive accueil). Les notions de la sécurité nationale et de l'ordre public répondent effectivement à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union ainsi qu'à la protection des droits et des libertés d'autrui. La Cour réfère spécifiquement au droit de toute personne à la sûreté. Le placement en rétention est, par sa nature même, une mesure apte à protéger le public du danger que peut constituer le comportement d'une telle personne. Néanmoins, vu la gravité de l'ingérence que constitue une telle mesure de rétention au droit de liberté, les limitations de l'exercice de celui-ci doivent s'opérer dans les limites du strict nécessaire. Plus spécifiquement, la Cour souligne les garanties énoncées par la directive accueil, ainsi que sa jurisprudence dans les domaines du retour et de la liberté de circulation des citoyens européens concernant l'invocation des notions de sécurité nationale et d'ordre public.

Appliquant le principe de proportionnalité en espèce, la Cour remarque que les motifs du placement en rétention du requérant au principal tiennent, essentiellement, aux infractions qu'il a commises sur le territoire néerlandais ainsi qu'au fait qu'il a fait l'objet d'une décision de quitter ce territoire, assortie d'une interdiction d'entrée d'une durée de dix ans, devenues définitives. La Cour précise que sa rétention n'a eu aucune incidence sur son droit de rester aux fins de l'examen de sa demande d'asile. Ensuite la Cour rappelle que les Etats Membres doivent assurer l'effectivité de la directive 2008/115/CE (ci-après directive retour). Elle note que selon la pratique nationale, l'introduction d'une demande d'asile par une personne faisant l'objet d'une procédure de retour a pour effet de rendre caduque de plein droit toute décision de retour qui aurait précédemment été adoptée dans le contexte de cette procédure. Elle souligne que cette pratique compromet l'effectivité de la directive retour. Par contre, il résulte tant du devoir de loyauté des États membres<sup>2</sup>, que des exigences d'efficacité énoncées notamment au considérant 4 de la directive retour, qu'après le rejet en première instance de la demande de protection internationale, une procédure de retour doit être reprise au stade où elle a été interrompue.

Ensuite, la Cour examine la compatibilité de cette limitation avec le droit à la liberté de la personne énoncée à l'article 5(1) CEDH et la juge compatible. Citant un passage de l'arrêt *Nabil* de la Cour eur. D.H., elle estime que la rétention d'une personne ayant introduit une demande d'asile pourrait être qualifiée de détention « en vue d'une expulsion », puisqu'un éventuel rejet de cette demande peut ouvrir la voie à l'exécution des mesures d'éloignement déjà décidées. Partant, la Cour conclut qu'en l'espèce la situation tombe sous le champ d'application de l'article 5(1)(f), seconde partie, de la CEDH qui prévoit la rétention d'une personne « contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

---

<sup>2</sup> Voy. TUE, Article 4(3).

## B. Éclairage

Nous analysons l'arrêt sous trois axes : la construction du régime de la rétention des demandeurs d'asile en droit européen (sous-section i) ; l'examen par la Cour de la compatibilité des normes européennes avec la CEDH (sous-section ii) ; et, les dangers que l'interprétation donnée par la Cour à la directive retour présente (sous-section iii).

### *i - La rétention des demandeurs d'asile en droit européen : l'affirmation d'un cadre restreint*

La Cour affirme que les garanties issues de la Charte, ainsi que de la législation européenne révisée, établissent un cadre restreint. Les références aux principes dégagés par la jurisprudence antérieure de la Cour renforcent ces garanties. Premièrement, la Cour applique par analogie son raisonnement de l'affaire *Digital Rights Ireland*<sup>3</sup>, pour conclure que vu la gravité de l'ingérence que la rétention présente au droit de liberté, les limitations à l'exercice de celui-ci doivent s'opérer dans les limites du *strict* nécessaire. Il mérite d'être souligné que selon la Cour eur. D.H., l'Article 5(1)(f) de la CEDH ne prévoit une application du principe de nécessité que si le droit nationale l'exige<sup>4</sup>.

La Cour fait référence aux garanties prévues dans la législation européenne révisée. La directive accueil stipule que « les demandeurs ne peuvent être placés en rétention que dans des circonstances exceptionnelles définies de manière très claire dans la présente directive »<sup>5</sup>. Elle rappelle que « nul ne doit être placé en rétention pour le seul motif qu'il demande une protection internationale »<sup>6</sup>. Par contre, la directive contient une liste exhaustive des motifs.<sup>7</sup> Elle impose aux Etats Membres de procéder à une appréciation au cas par cas, respectant les principes de proportionnalité et de nécessité<sup>8</sup>. Les autorités nationales sont également censées examiner préalablement si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées<sup>9</sup>. En outre, une série des garanties procédurales est énoncée concernant la décision initiale, ainsi que le droit à un recours effectif.

Pour ce qui concerne plus spécifiquement l'invocation de notion de l'ordre public, la Cour a jugé que la notion d'« ordre public » suppose, en tout état de cause, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société<sup>10</sup>. Pour ce qui concerne la notion de la sécurité nationale, la Cour a tiré des enseignements de sa jurisprudence concernant la libre circulation de citoyens qui contient la notion de la 'sécurité publique'. Cette notion couvre la sécurité intérieure d'un État membre et sa sécurité extérieure et partant, l'atteinte au fonctionnement des institutions et des services publics essentiels ainsi que la survie de la

<sup>3</sup> Voy., arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

<sup>4</sup> Voy., Cour eur. D.H., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n°22414/93 ainsi que Cour eur. D.H., *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n°13229/03, 29 janvier 2008.

<sup>5</sup> Voy., directive accueil, considérant 15.

<sup>6</sup> *Ibid.*, voy. également directive accueil, article 8(1).

<sup>7</sup> Voy. directive accueil, article 8(3).

<sup>8</sup> Voy. directive accueil, article 8(2).

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> La Cour a fait référence aux arrêts *Zh. et O.*, C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377 concernant la politique de retour ainsi que *H.T.*, C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413 concernant la révocation du titre de séjour d'un réfugié reconnu.

population, de même que le risque d'une perturbation grave des relations extérieures ou de la coexistence pacifique des peuples, ou encore l'atteinte aux intérêts militaires<sup>11</sup>.

La Cour apporte alors des précisions précieuses aux autorités nationales concernant le respect du principe de nécessité quand ces notions sont invoquées. Une telle invocation n'est possible qu'à la condition que le comportement individuel représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ou la sécurité intérieure ou extérieure de l'État membre concerné<sup>12</sup>. Telle était l'approche adoptée également par l'Avocate Générale Sharpston qui a évoqué l'exemple d'un ressortissant d'un pays tiers appartenant à une association qui soutient le terrorisme international ou soutenant une telle association. Elle a conclu qu'« une telle appartenance, si elle est dûment établie, pourrait suffire à établir la nécessité d'une mesure de rétention au titre de la disposition litigieuse »<sup>13</sup>. Par contre, elle a noté qu'elle ne partage pas le point de vue de la Commission selon lequel la disposition litigieuse permettrait à un État membre de placer des demandeurs d'asile en rétention s'ils font partie d'un afflux massif et soudain de migrants menaçant l'ordre interne de cet État et sa capacité à faire face à un tel afflux<sup>14</sup>. Même si la Cour n'a pas évoqué cette hypothèse spécifique, son raisonnement qui est basé sur le comportement *individuel* du demandeur ne laisse pas de doutes sur l'impossibilité d'utiliser ce motif pour autoriser une détention systématique de tout demandeur d'asile dans de cas d'un afflux massif.

*ii -L'examen de la compatibilité des normes européennes avec la CEDH : une analyse superficielle*

Le point de vue selon lequel, malgré le contenu de l'article 6(3) TUE ainsi que 52(3) de la Charte, la CEDH ne constitue pas encore un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union, et qu'aucun des deux articles ne forme une base afin d'appliquer les dispositions de la CEDH directement, a été exprimé par la Cour à plusieurs reprises. Il a été repris dans son Avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union à la CEDH<sup>15</sup>, mais avait déjà été exprimé précédemment<sup>16</sup>. Cette posture n'est ni réservée exclusivement au domaine de l'asile, ni réservée exclusivement à la CEDH. La Cour a adopté une position similaire dans l'affaire *Qurbani* concernant la Convention de Genève quand elle a conclu que : « la Cour ne saurait être compétente pour interpréter directement l'article 31 de cette convention, non plus que tout autre article de celle-ci »<sup>17</sup>. Elle a observé que :

[I]e fait que l'article 78 TFUE précise que la politique commune en matière d'asile doit être conforme à la convention de Genève et que l'article 18 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne souligne que le droit d'asile est garanti dans le respect de cette convention et du protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967 n'est pas de nature à remettre en cause le constat d'incompétence de la Cour<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> La Cour a fait référence à l'arrêt *Tsakouridis*, affaire C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708.

<sup>12</sup> Arrêt commenté, point 67.

<sup>13</sup> [Prise de position](#) de l'Avocat Général Sharpston dans l'affaire *J.N.*, C-601/15, ECLI:EU:C:2016:85, point 92.

<sup>14</sup> *Ibid.*, point 96.

<sup>15</sup> Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>16</sup> *Voy.*, arrêt *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280, point 44 ainsi que l'arrêt *Kamberaj*, C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233, point 62.

<sup>17</sup> Arrêt *Qurbani*, C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101, point 24.

<sup>18</sup> *Ibid.*, point 25.

De ce qui précède, il nous semble que même si cette position est certainement « formaliste », elle n'est pas motivée par opportunisme dans la présente affaire<sup>19</sup>.

Ceci dit, l'analyse de la Cour sur le point de la compatibilité avec la CEDH laisse beaucoup à désirer<sup>20</sup>. La Cour n'a pas avancé qu'il n'était pas du tout nécessaire d'examiner la compatibilité de l'article 6 de la Charte avec les motifs exhaustifs de l'Article 5(1) CEDH. Elle a plutôt procédé à une analyse extrêmement superficielle, avant de conclure que 'le législateur de l'Union n'a pas méconnu le niveau de protection offerte par cette article'.

Vu l'énumération exhaustive des limitations au droit de liberté contenues dans l'Article 5 CEDH, les motifs de sécurité nationale ou de l'ordre public ne peuvent être invoqués que s'ils tombent sous le champ d'application d'une de ces exceptions. La Cour eur. D.H. a clairement indiqué dans l'affaire *A. et autres* que :

[l]a Cour ne souscrit pas à la thèse du Gouvernement selon laquelle l'article 5 § 1 de la Convention doit s'interpréter comme autorisant la recherche d'un juste équilibre entre le droit à la liberté individuelle et l'intérêt de l'Etat à protéger sa population contre la menace terroriste. Cette thèse contredit non seulement la jurisprudence de la Cour relative à l'alinéa f) de l'article 5 § 1, mais aussi le principe voulant que les alinéas a) à f) de cette disposition contiennent une liste exhaustive des exceptions au droit à la liberté et que seule une interprétation étroite de celles-ci soit compatible avec les buts poursuivis par cet article. Lorsqu'une détention sort des limites de ces alinéas fixées par la jurisprudence de la Cour, on ne peut l'y ramener en invoquant la nécessité de mettre en balance les intérêts de l'Etat et ceux des détenus<sup>21</sup>.

En l'espèce, la CJUE avance que la rétention de M.N. tombait sous le champ d'application de l'article 5(1)(f) second membre de phrase, de la CEDH. Pour ce qui concerne l'articulation entre les régimes d'asile et de retour, la Cour eur. D.H. examine exhaustivement le contenu de la loi nationale. Elle a, donc, conclu dans le passé que le fait qu'un demandeur ne pouvait être expulsé avant l'examen de la demande d'asile faisait que sa détention était lors dépourvue de fondement en droit interne<sup>22</sup>. Dans *Nabil* cette Cour a rappelé cette jurisprudence<sup>23</sup>. Il est vrai que la Cour eur. D.H. a observé que :

[...] l'existence d'une procédure d'asile en cours n'implique pas par elle-même que la rétention d'une personne ayant introduit une demande d'asile n'est plus mise en œuvre « en vue d'une expulsion », puisqu'un éventuel rejet de cette demande peut ouvrir la voie à l'exécution des mesures d'éloignement déjà décidées<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Voy. contre C. PEYRONNET, « [Rétention des demandeurs d'asile et droit à la liberté et à la sûreté : Les errements stratégiques de la Cour de justice](#) », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 mars 2016.

<sup>20</sup> Arrêt commenté, points 77-81.

<sup>21</sup> Cour eur. D.H., 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n°3455/05.

<sup>22</sup> Voy. Cour eur. D.H., 25 septembre 2012, *Ahmade c. Grèce*, req. n°50520/09, paras. 142-144 ainsi que Cour eur. D.H., 7 juin 2011, *RU c. Grèce*, req. n°2237/08, paras. 88-96.

<sup>23</sup> Voy., *Nabil et autres*, arrêt précité, para. 35.

<sup>24</sup> *Ibid.*, para 38.

Néanmoins, elle a également observé que cette détention doit être compatible avec la loi nationale et nullement arbitraire<sup>25</sup>. Ensuite, elle a observé que les autorités hongroises n'ont pas tiré les conséquences du fait qu'une demande d'asile avait été déposée. Examinant la législation nationale, la Cour eur. D.H. a conclu qu'afin de prolonger la rétention, les autorités devraient examiner si le dépôt de la demande avait pour objet de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour, ainsi que de vérifier l'impossibilité d'appliquer des mesures moins coercitives. Soulignant qu'un tel examen n'a pas eu lieu, la Cour avait condamné la Hongrie pour violation de l'article 5(1) de la CEDH.

La CJUE en procédant à une lecture sélective de la jurisprudence de la Cour eur. D.H., a très rapidement conclu, qu'en l'espèce, la procédure de retour doit être reprise au stade où elle a été interrompue en raison du dépôt d'une demande de protection internationale rejetée en première instance, même si la procédure est toujours « en cours ». Ce constat est problématique. La Cour n'a pas analysé suffisamment quelle est l'incidence du fait que selon la législation européenne un demandeur d'asile est en séjour légal durant l'examen de sa demande<sup>26</sup>, et ainsi que selon la législation nationale le dépôt de la demande d'asile a rendu caduque de plein droit toute décision de retour. Elle n'a pas non plus examiné la recevabilité de ce motif (i.e. sécurité nationale ou ordre public) dans les cas où une décision de retour n'a pas été adoptée. Par contre, l'Avocat Général, adoptant une approche de principe, a examiné si ces motifs rendent dans les champs d'application des autres limitations prévus dans l'Article 5(1) de la CEDH<sup>27</sup>.

### *iii. Les écueils de la « primauté » de l'effectivité de retour*

Le raisonnement de la CJUE est imprégné par le souci d'assurer l'effectivité de la politique de retour. Pour rappel, la Cour a jugé que selon une interprétation téléologique de la directive retour, les autorités nationales doivent seulement suspendre, mais pas annuler, une décision de retour pendant l'examen d'une demande d'asile. En l'espèce, les autorités néerlandaises avaient fondé la menace pour la sécurité nationale ou l'ordre public sur la base de l'obligation de retour qui incombait à M. N. *conjointement* avec ses condamnations pénales.

Un danger apparent est une application extensive de cette jurisprudence qui pourrait conduire à l'invocation de ce motif de rétention vis-à-vis des demandeurs d'asile sans antécédents criminels, ou ayant un antécédent criminel exclusivement basé sur des infractions liées à l'immigration, quand la législation nationale criminalise ces types d'infractions. Consciente de ces potentielles conséquences, l'Avocat General a observé que :

[I]a circonstance qu'un demandeur a fait l'objet d'une décision de retour, précédemment au dépôt de sa demande d'asile, voire a été condamné pour s'être soustrait à cette décision, est, en soi, étrangère au constat selon lequel ledit demandeur constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité nationale ou l'ordre public dans l'État membre concerné<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Voy. L. TSOURDI, « Asylum Detention in EU Law : Falling Between Two Stools? », 35(1) Refugee Survey Quartely, 2016, 7, 11-13.

<sup>27</sup> Voy. prise de position de l'Avocat General précitée, points 116-126.

<sup>28</sup> Voy. prise de position de l'Avocat General précitée, point 100.

Concernant l'imposition d'une interdiction d'entrée, elle a noté qu'elle est « susceptible de fournir un indice » mais n'est pas en soi déterminante<sup>29</sup>.

La Cour n'a pas examiné ces hypothèses. D'autres auteurs ont remarqué qu'une telle interprétation pourrait « motiver » les autorités nationales à notifier automatiquement des décisions de retour aux nouveaux arrivants, avant qu'ils aient eu la possibilité de demander l'asile<sup>30</sup>. Si une interprétation extensive de la notion de sécurité nationale ou d'ordre public devait prévaloir, l'adoption d'une décision de retour sera suffisante pour répondre au critère d'individualisation, de sorte que presque tous les demandeurs d'asile pourraient être concernés. En outre, une telle interprétation peut nuire à l'effectivité de la législation européenne sur l'asile qui contient une disposition spécifique concernant la rétention des demandeurs d'asile en processus de retour<sup>31</sup>.

#### *iv. Conclusions*

Le raisonnement de la CJUE dans *J.N.* a, d'une part, bien cadré les notions de sécurité nationale et d'ordre public, notions qui semblaient juridiquement vagues. Cependant, en essayant d'assurer l'effectivité de la politique de retour, la Cour a peut-être créé un autre écueil, qui est l'instrumentalisation de la rétention des demandeurs d'asile afin d'opérationnaliser leur « futur » retour. Les dangers sont bien réels et attestés par des évolutions actuelles. Le 22 mars, le HCR a suspendu une partie de ces opérations dans des soi-disant « hotspots » quand il est apparu qu'un régime de détention systématique de tous les nouveaux arrivants y était applicable<sup>32</sup>. Il est souhaitable que la CJUE nuance son raisonnement afin de ne pas ébranler l'effectivité du régime d'asile en faisant « primer » l'effectivité de la politique de retour européen.

L.T.

### C. Pour aller plus loin

#### Consulter l'arrêt :

Arrêt *J.N.*, [C-601/15](#), ECLI:EU:C:2016:84

[Prise de position](#) de l'Avocat Général Sharpston dans l'affaire *J.N.*, C-601/15, ECLI:EU:C:2016:85

#### Jurisprudence :

- Avis [2/13](#), ECLI:EU:C:2014:2454 ;
- Arrêt *Qurbani*, C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101 ;
- Arrêt *Zh. et O.*, C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377 ;
- Arrêt *H.T.*, C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413 ;
- Arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 ;
- Arrêt *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 ;

<sup>29</sup> Ibid., points 111-112.

<sup>30</sup> S. PEERS, « [Detention of asylum-seekers: the first CJEU judgment](#) », *EU Law Analysis*, 9 mars 2016.

<sup>31</sup> *Voy.*, directive accueil, Article 8(3)(d).

<sup>32</sup> *Voy.*, HCR, [UNHCR redefines role in Greece as EU-Turkey deal comes into effect](#), 22 mars 2016.

- Arrêt *Kamberaj*, C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233 ;
- Arrêt *Tsakouridis*, affaire C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708 ;
- Cour eur. D.H., 2 septembre 2015, *Nabil et autres c. Hongrie*, req. n°62116/12 ;
- Cour eur. D.H., 25 septembre 2012, *Ahmade c. Grèce*, req. n°50520/09 ;
- Cour eur. D.H., 7 juin 2011, *RU c. Grèce*, req. n°2237/08 ;
- Cour eur. D.H., 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n°3455/05.

**Doctrine :**

- S. PEERS, « *Detention of asylum-seekers: the first CJEU judgment* », *EU Law Analysis*, 9 mars 2016 ;
- C. PEYRONNET, « *Rétention des demandeurs d'asile et droit à la liberté et à la sûreté : Les errements stratégiques de la Cour de justice* », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 mars 2016 ;
- L. TSOURDI, « *EU Reception Conditions : A Dignified Standard of Living ?* », in V. Chetail, P. De Bruycker & F. Maiani (dir.), *Reforming the Common European Asylum System : The New European Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2016 ;
- L. TSOURDI, « *Asylum Detention in EU Law : Falling Between Two Stools?* », 35(1) *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 7.

**Pour citer cette note** : L. TSOURDI, « *Rétention des demandeurs d'asile en droit européen : vers la « primauté » de l'effectivité de retour ?* », *Newsletter EDEM*, mars 2016..

### 3. C.C.E., 12 JANVIER 2016, N° 159 724

#### ***Absence de convocation de l'avocat à l'audition devant le CGRA : caducité de l'audition et irrégularité substantielle de la décision***

##### **A. Arrêt**

Le **requérant**, de nationalité burkinabé, introduit une demande d'asile en mars 2015 fondée sur une  crainte d'être persécuté en raison de son homosexualité.

Le **Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides** rejette la demande au motif que le  récit du requérant quant à son vécu et à son parcours relatifs à son orientation sexuelle n'est  ni  circonstancié ni précis et présente des  incohérences majeures.

Le **Conseil du contentieux des étrangers** annule et renvoie l'affaire au Commissariat général.

- Dans sa requête, le  requérant reproche au Commissariat général de ne  pas avoir informé son avocat de sa convocation à l'audition alors que l'article 7 de l'arrêt royal du 11 juillet 2003 fixant la procédure devant le Commissariat général ainsi que son fonctionnement l'exige. Il estime dès lors que l'audition s'est déroulée sans qu'il ne puisse être assisté par son conseil, alors qu'il en a le droit en vertu de l'article 19 dudit arrêté, et que  cette situation lui a été préjudiciable car il présente un profil particulièrement vulnérable (limites intellectuelles et aucune éducation scolaire). Le requérant en déduit que  le rapport d'audition, sur lequel le Commissariat général fonde une majeure partie de sa décision,  est entaché d'une irrégularité substantielle et doit par conséquent être écarté des débats (pt 5.2).
- Dans sa décision, le  Commissariat général reconnaît que  l'absence de l'avocat du requérant à l'audition résulte d'une erreur administrative de sa part. Il estime néanmoins que  le requérant a eu la possibilité s'exprimer en toute autonomie et sans contrainte et que les déclarations qu'il a faites peuvent être utilisées. Il invoque en outre avoir répondu favorablement à la demande du requérant d'être  entendu une seconde fois en présence de son avocat et relève que lors de cette audition  ni l'un ni l'autre n'ont formulés de remarques particulières relatives à la première audition, malgré une invitation à le faire. Le Commissariat général est donc d'avis que  la première audition ne peut être considérée comme viciée (pt 5.3).
- Le  Conseil constate que  l'omission du Commissariat général d'adresser copie de la convocation à l'audition à l'avocat du requérant a pu contribuer à priver celui-ci de la possibilité d'en être assisté et ce, bien qu'il s'agisse d'une erreur administrative et  de facto involontaire. Il estime donc qu'au vu du prescrit de l'article 7 de l'arrêt royal susmentionné,  le Commissariat général s'est rendu responsable d'un vice de procédure rendant l'audition caduque, ce qui lui interdisait de motiver sa décision en utilisant les éléments contenus dans le rapport d'audition. Partant, il considère  la décision du Commissariat général comme étant  entachée d'une irrégularité substantielle en ce qu'elle fait reposer la majeure partie de sa motivation sur des éléments contenus dans ce rapport.

Le fait que le Commissariat général ait procédé à une deuxième audition du requérant en présence de son avocat ne peut, selon le Conseil, couvrir l'irrégularité constatée. Après avoir écarté des débats le rapport de la première audition, il reste dans l'incapacité de confirmer ou de réformer la décision attaquée sur la seule base des déclarations du requérant contenues dans ce rapport, d'autant plus que les pièces du dossier administratif, abstraction faite dudit rapport, ne lui permettent pas de se forger une conviction quant aux faits invoqués et, partant, au bienfondé de la demande d'asile.

Des mesures d'instruction complémentaires étant dès lors nécessaires, le Conseil annule la décision et renvoie l'affaire au Commissariat général afin que celui-ci procède au réexamen de la demande en programmant, au moins, une nouvelle audition en vue d'évaluer la crédibilité de l'ensemble des faits invoqués (pts 5.4 à 5.10).

## **B. Eclairage**

L'article 7, § 1<sup>er</sup>, de l'[arrêté royal du 11 juillet 2003 fixant la procédure devant le Commissariat général ainsi que son fonctionnement](#) prévoit que

« Outre la procédure d'envoi des convocations prévue à l'article 51/2, alinéa 6, de la loi, et sans préjudice de celle-ci, le Commissaire général ou son délégué adresse copie de tout envoi par courrier ordinaire tant à l'adresse effective, s'il en est informé et si elle est postérieure au choix du domicile élu, que par courrier ordinaire, par fax ou par courrier électronique qu'à l'avocat du demandeur d'asile. »

L'article 19, § 1<sup>er</sup>, dispose que

« Le demandeur d'asile peut se faire assister pendant le traitement de sa demande au Commissariat général par un avocat ou par une personne de confiance.

L'avocat ou la personne de confiance peut assister à l'audition du demandeur d'asile. [...]

L'absence de l'avocat ou de la personne de confiance n'empêche pas l'agent d'entendre personnellement le demandeur d'asile. »

Il ressort de la combinaison de ces deux articles que l'assistance d'un avocat auprès du demandeur d'asile lors de l'audition au Commissariat général est une faculté dont celui-ci dispose mais n'est pas une exigence imposée dans le chef du Commissariat général (voy. [C.C.E., 1<sup>er</sup> septembre 2011, n° 66 095, pt 3](#) ; [C.C.E., 25 juin 2012, n° 83 602, pt 4.6](#) ; [C.C.E., 20 juin 2013, n° 105 481, pt 5.5](#) ; [C.C.E., 11 décembre 2014, n° 134 954, pt 6.4.1](#) ; [C.C.E., 23 janvier 2015, n° 137 038, pt 7.4.1](#) ; [C.C.E., 30 mars 2015, n° 142 175, pt 5.3.2.6](#) ; [C.C.E., 20 juin 2013, n° 105 481, pt 5.5](#)), celui-ci étant uniquement tenu de prévenir le demandeur dans la convocation à l'audition de son droit s'y faire assister par un avocat d'une part et d'adresser copie de la convocation à l'audition à l'avocat d'autre part (voy. [C.C.E., 14 mars 2011, n° 57 832, pt 4.1](#) ; [C.C.E., 24 septembre 2012, n° 88 034, pts 5.3.2. et ss.](#)). Autrement dit, si l'article 7 prévoit une formalité obligatoire pour le Commissariat général, l'article 19 ne fixe qu'une possibilité dont peut user le demandeur d'asile.

L'article 19 arrêt royal du 11 juillet 2003, et de manière plus large le système d'aide juridique totalement gratuite dont bénéficie le demandeur d'asile, en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, § 2, 5<sup>o</sup>, de l'[arrêté royal du 18 décembre 2003 déterminant les conditions de la gratuité totale ou partielle du bénéfice de l'aide juridique de deuxième ligne et de l'assistance judiciaire](#), est en ce conforme à la [directive procédures \(refonte\)](#) à laquelle le Conseil renvoie (pt 5.6).

La directive prévoit en effet que le demandeur

- peut être assisté et représenté, à ses frais, par un avocat à toutes les étapes de la procédure (art. 22, § 1<sup>er</sup>) ;
- peut être assisté et représenté par un avocat lors de son entretien personnel (art. 23, § 3) ;
- peut être assisté et représenté, gratuitement, par un avocat dans le cadre des procédures de recours, cette assistance/représentation comprenant « au moins la préparation des actes de procédures requis et la participation à l'audience devant une juridiction de première instance au nom du demandeur » (art. 20, § 1<sup>er</sup>).

Au niveau du recours, la directive prévoit toutefois des limites pour l'assistance et la représentation juridiques gratuites (art. 21).

Ces garanties participent au droit à un recours effectif, au même titre que le droit de rester sur le territoire de l'Etat membre en attendant l'examen du recours (effet suspensif du recours) et l'étendue du pouvoir de contrôle dévolu au juge (contrôle complet et *ex nunc*).

Bien qu'il porte sur la présence de l'avocat lors de l'audition uniquement, et que de surcroît, il rappelle qu'elle n'est prévue que comme une faculté, de manière plus générale, l'arrêt commenté est l'occasion d'insister sur l'importance d'un accompagnement juridique de qualité des demandeurs d'asile. De manière synthétique, on peut dire que la qualité de l'accompagnement juridique doit être mesurée eu égard à trois niveaux de garanties.

- Le droit à l'*information*. Il correspond, dans une certaine mesure, à l'aide juridique de première ligne telle que prévue par le [Code judiciaire](#) (art. 508/1 à 508/6) et octroyée par les avocats d'une part et par des organisations d'aide juridique d'autre part. En ce qui concerne les demandeurs d'asile, une information de base doit surtout être fournie par l'Office des étrangers ainsi que par les travailleurs sociaux et les fonctionnaires de retour des centres ouverts et fermés. La possibilité doit également être offerte aux demandeurs d'asile de consulter les ONG et des services extérieurs susceptibles de leur fournir une information juridique et procédurale, l'effectivité de cette consultation passant par la diffusion de leurs coordonnées ainsi que par la mise à disposition des moyens nécessaires pour s'y rendre.

On retrouve l'obligation d'information au niveau européen dans la directive procédures (art. 8, 12 et 19) ainsi que dans le [règlement Dublin](#) (art. 4) et au niveau national dans les arrêtés royaux relatif à la procédure devant l'Office des étrangers (art. 2 et 3) et devant le Commissariat général

(art. 9) ainsi que, concernant les fonctionnaires de retour, dans l'[arrêt royal du 2 août 2002](#) qui fixe le régime applicable dans les lieux de détention (art. 17). Quant à l'obligation d'information par les travailleurs sociaux, elle n'est prévue par aucune disposition légale mais découle plutôt des lignes directrices internes, et, à regret, divergentes, des différentes structures d'accueil.

- Le droit à l'*assistance juridique*. Il équivaut à l'aide juridique de deuxième ligne octroyée uniquement par les avocats et prévue par le Code judiciaire (art. 508/1 et 508/7 à 508/25) dès lors que, tel que mentionné ci-avant, les demandeurs d'asile ont droit à l'assistance gratuite d'un avocat, en raison d'une présomption réfragable d'insuffisance de leurs revenus. Ceci étant, certains demandeurs d'asile font toutefois le choix de consulter un avocat n'exerçant pas en aide juridique, autrement dit un avocat « payant » ou « privé ».

Les dispositions, européennes et internes, y relatives ont été référencées ci-dessus. Il faut y ajouter le règlement Dublin (art. 27).

- Le droit à l'*assistance d'un interprète*. Dans le cadre de la procédure d'asile, le recours aux interprètes est fréquent tant devant les autorités compétentes, qu'auprès des structures d'accueil, des avocats et du milieu associatif. Il s'agit d'une véritable garantie procédurale tant l'on sait que les demandeurs d'asile, déjà dans une situation de vulnérabilité, peuvent se sentir encore plus fragilisés lorsqu'ils ne parviennent pas à communiquer avec l'extérieur et tant l'on sait également l'importance d'un interprétariat de qualité pour répondre aux exigences de la procédure en terme d'examen de la crédibilité du récit.

Le droit à l'assistance d'un interprète est consacré au niveau européen par la directive procédures (art. 12 et 15) et au niveau national par l'[arrêt royal du 11 juillet 2003](#) fixant la procédure devant le Commissariat général (art. 15, 20 et 21) mais également par l'[arrêté royal du 11 juillet 2003 fixant certains éléments de la procédure à suivre par le service de l'Office des étrangers](#) (art. 14) et par la [loi du 15 décembre 1980](#) (art. 39/18 pour l'audience devant le Conseil du contentieux des étrangers et art. 51/4 pour l'audition devant le Commissariat général ; voy. [C.C.E., 27 juin 2014, n° 126 434, pts 4.9 et 4.10](#)).

Ces trois pôles sont clairement consacrés et encadrés par les textes, tant dans l'ordre juridique européen que national. Leur applicabilité pratique, leur effectivité, la manière dont ils se coordonnent eu égard aux rôles de chaque acteur de terrain intervenant dans le cadre de la procédure d'asile, rencontrent toutefois de nombreux obstacles en pratique. Ceux-ci remettent en cause la qualité de l'accompagnement juridique et procédural des demandeurs d'asile et posent, par conséquent, la question de l'amélioration de celle-ci.

L'arrêt commenté rappelle l'importance de ces garanties et le fait que leur violation, même s'il y a un doute sur les conséquences qu'elle a pu avoir dans le cas d'espèce, est un vice entraînant l'annulation de la décision prononcée. Ce faisant, le juge range l'accompagnement de l'avocat et, à cette fin, sa convocation, dans les garanties prescrites à peine de nullité.

**H.G.**

### C. Pour en savoir plus

#### Lire l'arrêt :

[C.C.E., 12 janvier 2016, n° 159 724](#)

#### Doctrines :

Sur l'encadrement juridique :

- S. Boonen, *L'aide juridique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009 ;
- « Faire valoir ses droits en centre fermé – Un état des lieux de l'accès à l'aide juridique dans les centres fermés pour étrangers en Belgique », 2010 ;
- « Recherche-action sur la mise en œuvre de l'aide juridique aux demandeurs d'asile », *R.D.E.*, n° 161, 2010/5, pp. 613-678.

Sur le défaut d'assistance d'un interprète lors de l'audition au CGRA :

- S. Datoussaid, « Annulation par le C.C.E. d'une décision de refus de protection internationale pour défaut d'assistance d'un interprète lors de l'audition au CGRA », *Newsletter EDEM*, août 2014, pp. 22-25.

**Pour citer cette note :** H. GRIBOMONT, « Absence de convocation de l'avocat à l'audition devant le CGRA : caducité de l'audition et irrégularité substantielle de la décision », *Newsletter EDEM*, mars 2016.