

I. Edito

L'impossible détention des personnes en demande d'asile

L'arrêt Al Chodor, rendu ce 15 mars 2017 par la Cour de Justice de l'Union européenne, offre l'occasion de se pencher sur les possibilités d'enfermement de personnes en demande d'asile et spécifiquement sous procédure Dublin. L'accent est mis ici sur trois points : (1) La distinction entre les régimes juridiques de l'asile et du retour, (2) les alternatives à la détention pour les personnes en demande d'asile et (3) la question du risque non négligeable de fuite dans la procédure Dublin. Ces sujets sont analysés sous l'angle du droit de l'Union et du droit national. Ceci, afin de vérifier si la Belgique respecte ses engagements européens. La conclusion qui s'impose, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, est sans appel : En l'état actuel du droit belge, les détentions de personnes en demande d'asile sont toutes illégales, et certaines le sont encore plus que d'autres.

Introduction

Toute mesure d'enfermement constitue une atteinte grave à l'un des droits les plus fondamentaux : le droit à la liberté. Celui-ci est garanti par la Convention Européenne des droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Les dérogations pouvant y être apportées sont soumises aux respects de strictes conditions. Une détention doit ainsi respecter le droit, pour ne pas être qualifiée d'arbitraire. En matière de détention administrative des personnes en demande d'asile, le cadre légal est, depuis plusieurs années, imposé par le droit européen. Le législateur belge n'a, cependant, pas effectué les adaptations qui s'imposaient à lui. L'administration continue, par habitude, à procéder à des enfermements sur base d'un droit belge devenu obsolète. Heureusement, les arguments existent pour permettre au pouvoir judiciaire d'y mettre un terme au plus vite.

1. Rappel préalable : Principe de primauté du droit de l'UE¹

Le droit européen doit primer sur le droit interne². En cas de conflit entre une norme interne et une norme européenne, cette dernière l'emporte et le droit national est écarté. En pratique, cette primauté s'impose aux autorités publiques et donc aussi aux juges nationaux³. Afin d'en assurer l'effectivité, ces juges sont dans l'obligation d'effectuer une analyse de conformité⁴ pour savoir si le droit national respecte bien les textes de l'Union. Cette analyse suppose une interprétation du droit de l'UE, éventuellement par le biais d'une question d'interprétation posée directement à la Cour de Justice sous forme de question préjudicielle. Cette nécessaire interprétation ne peut être écartée que de manière exceptionnelle⁵. Les juges internes ont l'obligation de motiver leurs refus d'interpréter le droit national et le droit de l'Union⁶. Le droit de l'UE fait partie du patrimoine juridique⁷ des individus. Ceci signifie qu'ils doivent pouvoir obtenir réparation lorsque leurs droits sont bafoués par violation du droit communautaire⁸ et si cette violation du droit communautaire est de la responsabilité de l'État, celui-ci est dans l'obligation de réparer le dommage causé⁹.

2. Distinction entre les régimes juridiques de l'asile et du retour

En droit de l'UE

Les textes s'appliquant aux personnes en demande d'asile¹⁰ et celui visant celles qui séjournent irrégulièrement¹¹ en Europe « relèvent de régimes juridiques distincts »¹². Ce qui est propre à l'un des régimes ne peut être utilisé dans l'autre.

¹ Voir CIRÉ, « Fiche pratique n° 12 : Argumentaire juridique : Invoquer le droit de l'UE dans un recours en matière d'asile et d'immigration », 24 avril 2015

² CJUE, arrêt du 9 mars 1978, C-106/77

³ CJUE, arrêt du 1 décembre 1965, C-16/65

⁴ CJUE, arrêt n° C-109/09 du 10 mars 2011, § 52

⁵ CJUE, 9 octobre 2008, affaire C-404/07, § 31 ; CJUE, 6 octobre 1982, C-283/81, § 21

⁶ Cour EDH, arrêt du 08 mars 2012, affaire Ullens de Schooten et Rezabeck c. Belgique

⁷ CJCE, affaires jointes C-6/90 et C-9/90, Francovich et Bonifaci et autres c. République italienne, 19 novembre 1991, §31

⁸ CJCE, *idem*, § 33

⁹ CJCE, *idem*, §§ 34-37

¹⁰ A savoir : la directive qualification 2001/95/UE, la directive procédure 2013/32/UE, la directive accueil 2013/33/UE et le Règlement Dublin III n° 604/2013

¹¹ Directive retour 2008/115/CE qui fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

¹² CJUE, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, 30 novembre 2009, § 45 et Conclusions de l'Avocat Général, *Al Chodor*, C-528/15, 10 novembre

Est spécifique à la directive retour, le concept de « *séjour irrégulier* » visant « *la présence sur le territoire d'un État membre [d'une personne] qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, [...] les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet État* »¹³. Les notions de « *décision de retour* » et d'« *éloignement* » sont, elles aussi, exclusivement propres à la directive retour et aux personnes en séjour irrégulier. La première est, par définition, « *une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour* »¹⁴. La seconde est « *l'exécution de l'obligation de retour, à savoir le transfert physique hors de l'État membre* »¹⁵ des personnes en séjour irrégulier.

Les personnes en demande d'asile ont, quant à elles, le droit de « *rester dans l'État membre, aux seules fins de la procédure, jusqu'à ce que l'autorité responsable* »¹⁶ de l'examen des demandes d'asile rende une décision en première instance. Ce droit est valable même pendant la procédure Dublin. En effet, comme le mentionne l'Avocat Général dans le récent arrêt *Al Chodor* de la CJUE, ces personnes « *doivent être considérées comme séjournant légalement sur le territoire [...] même si cet État membre estime qu'il n'est pas responsable du traitement de cette demande et requiert la prise en charge du demandeur par un autre État membre en application des dispositions du règlement Dublin III* »¹⁷. Ces dernières peuvent éventuellement faire l'objet d'une « *décision de transfert* » et d'un « *transfert* » dans le cadre de la procédure Dublin. Il s'agit, pour l'une, de la décision notifiée à la personne en demande d'asile pour l'informer de « *la décision de le transférer vers l'État membre responsable et, le cas échéant, la décision de ne pas examiner sa demande de protection internationale* »¹⁸. L'autre est l'« *action de déplacer [...] quelqu'un* »¹⁹ « *vers l'État membre responsable* »²⁰ de l'examen de sa procédure d'asile.

En droit belge

Le « *séjour illégal* » est « *la présence sur le territoire d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'accès au territoire ou de séjour* »²¹. La « *décision d'éloignement* » est « *la décision constatant l'illégalité du séjour d'un étranger et imposant une obligation de retour* »²². L'« *éloignement* » désigne « *l'exécution de la décision d'éloignement, à savoir le transfert physique hors du territoire* »²³. Ces trois notions sont équivalentes respectivement au « *séjour irrégulier* », à l'« *éloignement* » et à la « *décision de retour* » du droit de l'Union.

Il est possible de détenir une personne qui introduit une demande d'asile et « *dont le séjour a cessé d'être régulier* »²⁴ afin de « *garantir l'éloignement effectif* »²⁵ du territoire. Dans cette hypothèse, la personne se voit « *délivrer immédiatement lors de l'introduction de la demande d'asile un ordre de quitter le territoire* »²⁶ et une décision de maintien²⁷.

Lorsqu'une personne en demande d'asile doit être transférée, conformément à la procédure Dublin, elle se fait notifier un ordre de quitter le territoire²⁸. Il est explicitement mentionné qu'il s'agit de la notification d'une décision de « *refus de séjour* »²⁹.

Par conséquent

Vu que les personnes en demande d'asile sont autorisées à séjourner sur le territoire (tant qu'elles n'ont pas eu de décision en première instance), les décisions et détentions, impliquant l'illégalité de séjour ou prisent en

2016, § 65 et références citées.

13 Art. 3, 2) de la directive retour 2008/115/CE

14 Art. 3, 4) de la directive retour 2008/115/CE

15 Art. 3, 5) de la directive retour 2008/115/CE

16 Art. 9, § 1 de la directive procédure 2013/32/UE

17 Conclusions de l'Avocat Général, *Al Chodor*, C-528/15, 10 novembre 2016, § 67

18 Art. 26, § 1 du Règlement Dublin III n° 604/2013

19 Définition du Larousse en ligne

20 Art. 29, § 1 du Règlement Dublin III n° 604/21013

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

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

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

24 Art. 74/6, § 1bis de la loi du 15 décembre 1980

25 Art. 74/6, § 1bis de la loi du 15 décembre 1980

26 Art. 52/3, § 2 de la loi du 15 décembre 1980 et art. 74, § 2 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981

27 Annexe 39bis

28 Annexe 26quater

29 Art. 71/3, § 3 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981

vue de leur éloignement, doivent être écartées. En pratique, ceci concerne certaines décisions³⁰, plusieurs possibilités de détentions³¹ et quelques textes de loi³².

3. Alternatives à la rétention/détention³³

En droit de l'UE

Selon la Cour de Justice, « *la rétention des demandeurs [d'asile], constituant une ingérence grave dans le droit à la liberté de ces derniers, est soumise au respect de garanties strictes, à savoir la présence d'une base légale, la clarté, la prévisibilité, l'accessibilité et la protection contre l'arbitraire* »³⁴. Afin qu'une rétention réponde à ces critères, la Cour précise qu'il est essentiel que les éléments « *qui constitue le motif d'un placement en rétention, soient clairement définis par un acte contraignant et prévisible dans son application* »³⁵.

Les personnes en demande d'asile, y compris pendant la procédure Dublin, ne peuvent être placées en rétention que moyennant, entre-autre³⁶, le respect de la condition suivante : Il faut une norme de droit national qui « *fixe les règles relatives aux alternatives au placement en rétention* »³⁷. Cette rétention n'étant possible que « *si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées* »³⁸. Afin de supprimer tout doute quant à la portée exacte de cette condition, le texte fourni lui-même des exemples : « *l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé* »³⁹. Il faut donc un texte de droit déterminant exactement quelles sont ces alternatives à la rétention.

L'analyse de la Cour de Justice faite au sujet des « *critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite* »⁴⁰, présentée ci-dessous, est entièrement transposable en l'espèce. En effet, il s'agit, ici aussi, de la nécessité d'une loi nationale fixant des critères indispensables à la justification d'une mesure de détention. Dès lors, la même conclusion s'impose : « *en l'absence desdits critères dans une telle disposition, [...], le placement en rétention doit être déclaré illégal* »⁴¹.

En droit belge

La disposition relative aux « *mesures préventives pouvant être prise [...], pour éviter le risque de fuite pendant le délai octroyé pour le départ volontaire* »⁴² ainsi que celle « *d'assignation à résidence* »⁴³ sont des « *dispositions applicables au retour des ressortissants d'un pays tiers en séjour illégal* »⁴⁴.

Les dispositions traitant de la possibilité, pour les familles déjà présentes sur le territoire⁴⁵, de « *résider, sous certaines conditions, dans une habitation personnelle* »⁴⁶ s'adressent à celles « *dont le séjour a cessé d'être régulier ou est irrégulier* »⁴⁷ et imposent de « *coopérer à l'organisation de son retour* »⁴⁸.

30 Comme l'annexe 26quater

31 Art. 7, 27 et 74/6, § 1bis de la loi du 15 décembre 1980

32 Tout le Titre IIIquater contenant les articles 74/10 à 74/19 de la loi du 15 décembre 1980 et tout le Chapitre X contenant les articles 110duodecies à 110quaterdecies de l'arrêté royal du 8 octobre 1981

33 L'enfermement administratif des personnes étrangères est qualifié de « rétention » en droit de l'Union et de « détention » ou « maintien » en droit belge. Le contenu de ces notions est toutefois équivalent.

34 CJUE, *Al Chodor*, C-528/15, 15 mars 2017, § 40

35 CJUE, *Al Chodor*, C-528/15, 15 mars 2017, § 42

36 Nous n'examinons pas ici les autres conditions requises par l'art. 8 de la directive accueil (nécessité, proportionnalité, individualisation de la décision, seulement possible pour l'un des six motifs repris).

37 Art. 8, § 4 de la directive accueil 2013/33/UE

38 Art. 8, § 2 de la directive accueil 2013/33/UE

39 Art. 8, § 4 de la directive accueil 2013/33/UE

40 CJUE, *Al Chodor*, C-528/15, 15 mars 2017, § 47

41 CJUE, *Al Chodor*, C-528/15, 15 mars 2017, § 46

42 Art. 110quaterdecies de l'arrêté royal du 8 octobre 1981

43 Art. 7, al. 5 de la loi du 15 décembre 1980

44 Intitulés du Titre IIIquater de la loi du 15 décembre 1980 et du Chapitre X de l'arrêté royal du 8 octobre 1981

45 Les familles détenues à la frontière et celle demandant l'asile n'ont pas accès à cette alternative à la détention.

46 Art. 74/9, § 3 de la loi du 15 décembre 1980 et arrêté royal du 17 septembre 2014 déterminant le contenu de la convention et les sanctions pouvant être prise en exécution de l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980

47 Art. 74/9, § 1 de la loi du 15 décembre 1980

48 Art. 2, 5° de l'arrêté royal du 17 septembre 2014

Les dispositions⁴⁹ concernant le maintien des familles en maison de retour⁵⁰ ne visent pas des alternatives à la détention mais des modalités de détentions alternatives. Juridiquement appelées « lieux d'hébergement »⁵¹, elles sont des endroits où l'étranger « est détenu, mis à la disposition du Gouvernement ou maintenu »⁵². Au regard de la loi « une maison de retour est un centre « fermé » »⁵³.

Par conséquent

Vu qu'il n'existe aucune disposition nationale fixant des alternatives à la détention des personnes en demande d'asile (y compris celles faisant l'objet d'une décision de transfert Dublin), aucune détention n'est légalement possible. En pratique, cette impossibilité concerne l'ensemble des mesures de détention dont les personnes en demande d'asile peuvent faire l'objet. Même les détentions à la frontières⁵⁴ ou les détentions pour raison d'ordre public ou de sécurité nationale⁵⁵ ne sont pas possibles.

4. Le risque non négligeable de fuite

En droit de l'UE

Dans le cadre d'un transfert Dublin, il est possible de maintenir en rétention des personnes en demande d'asile. Entre-autre conditions⁵⁶, il est requis d'être en présence d'un « risque non négligeable de fuite »⁵⁷. La notion de « risque de fuite »⁵⁸ en est distincte car « le seuil d'intensité qu'un tel risque doit franchir pour justifier une mesure de rétention varie en fonction de l'instrument applicable »⁵⁹. La seule définition d'un « risque de fuite » est donc, en soi, insuffisante pour déterminer si celui-ci est « non négligeable ».

Selon le Cour de Justice, le droit de l'Union impose un texte de droit national fixant « les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite »⁶⁰. Cette considération est de première importance car « en l'absence desdits critères dans une telle disposition, [...], le placement en rétention doit être déclaré illégal »⁶¹.

En droit Belge

Seul le « risque de fuite » apparaît dans les textes. Celui-ci vise uniquement les personnes faisant « l'objet d'une procédure d'éloignement »⁶². Il se retrouve dans des dispositions concernant une personne « qui n'est ni autorisée ni admis à séjourner »⁶³ ou qui « a reçu l'ordre de quitter le territoire »⁶⁴ et est donc en « séjour illégal »⁶⁵.

Par conséquent

Vu qu'il n'existe aucune disposition fixant les critères objectifs qui fondent un risque non négligeable de fuite, les détentions en vue de garantir le transfert Dublin ne sont pas légalement possible. Cette impossibilité ne concerne que les détentions de personnes sous procédure Dublin⁶⁶.

49 Art. 74/8 et 74/9, §§ 1 et 2 de la loi du 15 décembre 1980 et arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement des maisons de retour.

50 Également nommées unités d'hébergement, woonunits, unités d'habitation ouvertes, maisons Turtelboom, Turtelhuisje, maisons FITT (pour Famille Identificatie Terugkeer Team) situés à Zulte, Tubize, Sint-Gillis-Waas, Tielt et Beauvechain à des adresses précises déterminées par arrêté ministériel (voir les arrêtés ministériels du 14 mai 2009 de désignation des lieux d'hébergement au sens des articles 51/5, § 3, 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980, du 25 octobre 2010, du 28 novembre 2011, du 21 mai 2012 et du 23 septembre 2013)

51 Art. 74/9 de la loi sur les étrangers du 15 décembre 1980

52 Art. 74/8 §§ 1 et 2 ; 74/9 de la loi du 15 décembre 1980 ; art. 1, 3° de l'arrêté royal du 14 mai 2009 ; Conseil d'État, Avis n° 46.137/4 du 9 mars 2009 ; Cour const., arrêt n° 166/2013, B.9.4.3.

53 Trib trav Liège, 31 juillet 2014, RG n° 13/6/K et 14/9/K, p. 9

54 Art. 74/5, § 1, 2° de la loi du 15 décembre 1980

55 Art. 52/4 al. 4 et 54 de la loi du 15 décembre 1980

56 Nous n'examinons pas ici les autres conditions requises par l'art. 28 du règlement Dublin (nécessaire au transfert, proportionné, individualisé, subsidiarité)

57 Art. 28, § 2 du règlement Dublin III n° 604/2013

58 Qui se retrouve dans la directive accueil 2013/33/UE (Art. 8, b) et dans la directive retour 2008/115/CE (Art. 3, 8)

59 Conclusions de l'Avocat Général, *Al Chodor*, C-528/15, 10 novembre 2016, § 66

60 CJUE, *Al Chodor*, C-528/15, 15 mars 2017, § 47

61 CJUE, *Al Chodor*, C-528/15, 15 mars 2017, § 46

62 Art. 1, 11° de la loi du 15 décembre 1980

63 Art. 7 de la loi du 15 décembre 1980

64 Art. 27 de la loi du 15 décembre 1980

65 Intitulé du Titre IIIquater contenant les articles 74/14 et 74/17 de la loi du 15 décembre 1980 et Intitulé du Chapitre X contenant l'article 110quaterdecies de l'arrêté royal du 8 octobre 1981

66 Art. 51/5, §§ 1 et 3 de la loi du 15 décembre 1980

5. Conclusion

Trois carences de la législation belge ont été, à nouveau⁶⁷, mises ici en lumière : La confusion du régime juridique de l'asile et de celui du retour, l'absence d'un texte fixant les alternatives à la détention des demandeurs d'asile et le défaut d'une disposition légale reprenant les critères objectifs du risque non négligeable de fuite dans le cadre des transferts Dublin. La détention arbitraire de personnes en demande d'asile en est la conséquence directe la plus dramatique. Il est indispensable d'y mettre un terme et de faire primer le droit fondamental à la liberté et le droit européen sur l'inertie des habitudes de détention sur base d'une législation désuète.

Jean-Charles Stevens, juriste ADDE a.s.b.l., jc.stevens@adde.be

⁶⁷ Voir entre-autre : Myria, « La migration en chiffre et en droit 2016 », p. 235 ; Marjan CLAES, « Détention des demandeurs d'asile – Règlement Dublin III (traduction libre du CIRÉ) », CBAR, octobre 2015 ; Emmanuelle NÉRAUDAU, Sylvie SAROLÉA (dir.), La réception du droit européen de l'asile en droit belge : Le Règlement Dublin, Louvain-La-Neuve, Décembre 2014, p. 207 ; Lilian TSOURDI, Sylvie SAROLÉA, La réception du droit européen de l'asile en droit belge : La directive accueil, Louvain-La-Neuve, Décembre 2014, p. 81. Tristan WIBAULT, « La transposition de la directive retour en droit belge », R.D.E., n°169, 2012, p. 386