

Chapitre 10
Garanties procédurales : le droit de faire valoir ses droits fondamentaux

Ces dernières années, la politique migratoire belge a surtout été synonyme de limitation des droits des étrangers. Le renforcement des règles relatives au regroupement familial, l'accès de plus en plus réduit aux droits sociaux, le renforcement de la politique de retour illustrent ce phénomène. Plus les droits fondamentaux sont mis sous pression, plus les garanties procédurales sont importantes. C'est pourquoi Myria a choisi d'approfondir ce sujet. Les droits et les garanties procédurales sont en effet une condition sine qua non à la mise en œuvre des droits fondamentaux.

Chacun doit avoir l'occasion de faire valoir ses droits personnels, qui sont de plus en plus limités. Quant au juge, il exerce une fonction essentielle pour décider jusqu'à quel point les restrictions instaurées sont justifiées. Dans ce contexte, nous nous intéressons surtout au droit à un recours effectif. Dans le focus, nous abordons le droit d'être entendu, en particulier dans le cas des décisions de retour.

1. CHIFFRES

Pour la première fois, Myria consacre un chapitre à part entière à la question des droits et garanties procéduraux, parce qu'ils constituent une condition sine qua non d'accès aux droits substantiels. Afin de mieux comprendre les procédures utilisées et leur ampleur, une série de chiffres est présentée ci-dessous.

Le Conseil du contentieux des étrangers (CCE) est la principale instance de recours dans le contentieux de la migration et de l'asile. Il a été créé par la loi du 15 septembre 2006 et a démarré ses activités le 1er juin 2007.

Le CCE est compétent pour statuer sur deux types de recours :

1) Ceux liés à l'**asile**. Ce sont les recours contre les décisions du Commissariat général aux Réfugiés et aux Apatrides (CGRA) relatives à la qualité de réfugié ou à la protection subsidiaire (en principe en plein contentieux).

2) Ceux concernant d'autres questions liées à la **migration**. Il s'agit des recours contre les décisions individuelles prises en application des lois sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (annulation).

Signalons qu'un étranger ne peut pas contester sa détention en vue d'un éloignement auprès du CCE. C'est la Chambre du conseil et la Chambre des mises en accusation qui sont les instances juidiciaires compétentes dans ce cas.

La loi sur les étrangers impose au CCE de rédiger chaque année un rapport d'activités[655]. La publication de chiffres est en effet une plus-value importante. Tous les ans, le CCE publie les chiffres de ses activités sur son site web, une source majeure d'informations tant pour la compréhension que pour l'analyse de son activité. Jusqu'en 2010 le CCE rédigait un rapport détaillé mais, depuis 2011, il se limite à une contribution succinte dans le rapport d'acitivités du SPF Intérieur. De ce fait, beaucoup d'informations précieuses sont malheureusement perdues.

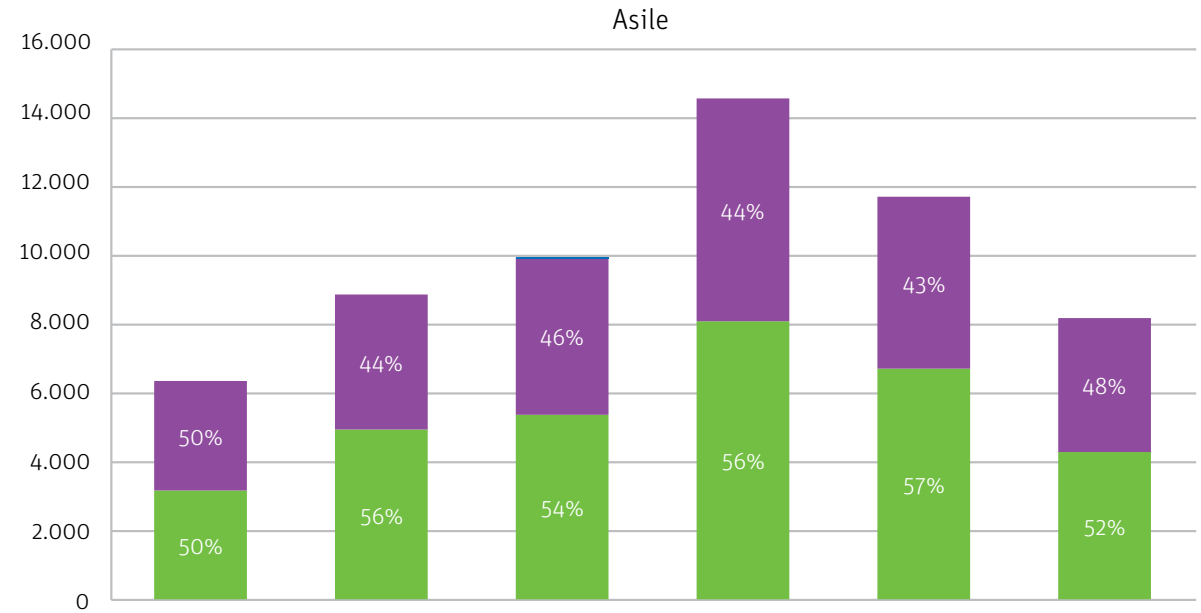
1.1. | Le nombre de dossiers introduits au CCE diminue mais l'arriéré augmente

Le nombre de dossiers introduits au CCE a connu un pic important en 2012. Cette année a été marquée par l'introduction record de 14.920 dossiers en matière de migration (51%) et de 14.556 dossiers en matière d'asile (49%). Ce total de 29.476 nouveaux dossiers présente une forte croissance (+123%) par rapport aux chiffres de 2009, année pendant laquelle 13.230 dossiers avaient été introduits. Après le pic de 2012, le nombre de nouveaux dossiers a diminué de -6% pour atteindre 27.771 dossiers en 2013 et 21.691 en 2014 (soit -22% entre 2013 et 2014).

Cependant, si l'on isole les dossiers liés à la migration, on remarque que le nombre de nouveaux dossiers augmente encore en 2013 pour atteindre 16.072 dossiers. Alors qu'elle était de 51% en 2012, la proportion de nouveaux dossiers en matière de migration a atteint 58% de l'ensemble des dossiers en 2013 et a continué à augmenter l'année suivante pour atteindre 62% en 2014.

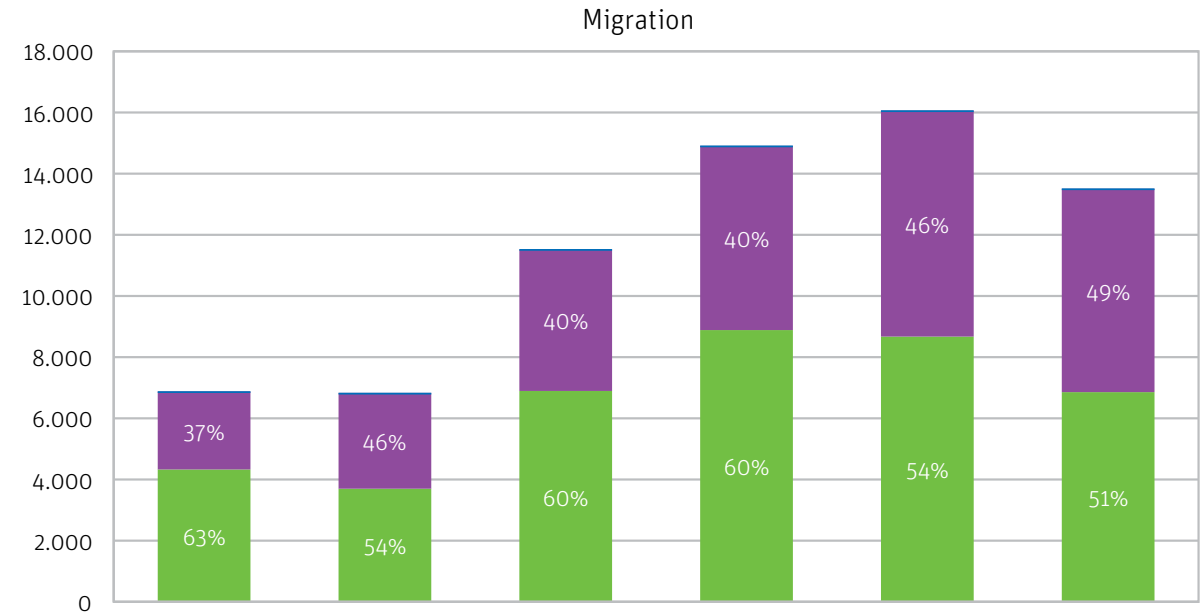
655 Article 39/3 de la loi sur les étrangers.

Figure 49. Dossiers introduits en matière d'asile par rôle linguistique, 2009-2014 (Source : CCE)



	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Allemand	0	0	1	0	0	0
Néerlandais	3.183	3.924	4.569	6.476	4.997	3.893
Français	3.161	4.933	5.361	8.080	6.702	4.279

Figure 50. Dossiers introduits en matière de migration par rôle linguistique, 2009-2014 (Source : CCE)



	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Allemand	7	3	15	11	8	13
Néerlandais	2.551	3.134	4.626	6.023	7.391	6.649
Français	4.328	3.699	6.895	8.886	8.673	6.857

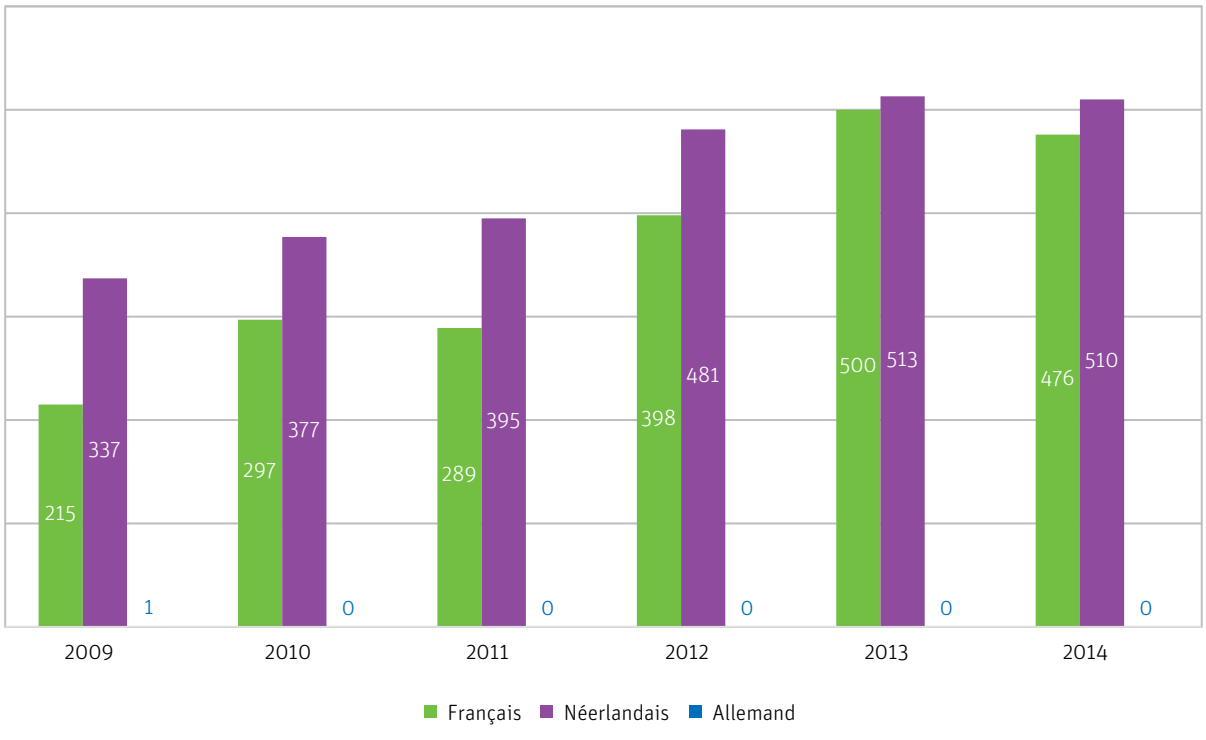
En termes de répartition par rôle linguistique, on observe que la majorité des dossiers sont introduits en français. En 2014, la proportion de dossiers introduits est plus équilibrée que pour les années précédentes, elle est de 51% de dossiers introduits en français pour 49% en néerlandais pour les dossiers en matière d'asile et de migration pris ensemble. Depuis 2009, la proportion de dossiers francophones varie entre 51% et 58%. Le nombre de dossiers introduits en allemand est par contre très limité, il ne représente même pas 1% du total de chaque année.

1.2. | Un arriéré qui augmente les délais de traitement

Le 11 mars 2015, le premier président du CCE a tiré la sonnette d'alarme pour attirer l'attention des décideurs politiques sur l'impossibilité de traiter l'arriéré accumulé depuis 2012 avec les moyens structurels dont il dispose actuellement. Créée en 2007, la structure du CCE a été conçue pour gérer un afflux d'environ 16.000 dossiers par an. Dès 2011, ce chiffre a été largement dépassé (21.467 recours introduits) et il a continué à croître jusqu'aux 29.476 recours introduits en 2012. En 2013, 27.771 recours ont encore été introduits. Si ce chiffre a diminué en 2014 pour atteindre 21.691 recours, un arriéré de plus de 27.000 dossiers s'est accumulé depuis 2011. Dès lors, il n'est plus possible pour le CCE d'assurer son rôle d'instance de recours dans les délais prescrits.

Par ailleurs, et dans le cadre des efforts réalisés pour limiter la crise de l'accueil, la priorité a été donnée au traitement des dossiers liés à l'asile. Le CCE se fixe pour objectif de traiter ces dossiers dans les trois mois[656]. Par conséquent, les délais de traitement des dossiers du contentieux de la migration ont fortement augmenté. Ce délai est aujourd'hui, en moyenne, de 450 jours.

Figure 51. Nombre de dossiers introduits en extrême urgence par rôle linguistique, 2009-2014
(Source : CCE)



656 Compte rendu de la réunion de contact du CBAR du 10 février 2015, § 35.

1.3. | Les recours en extrême urgence

Le nombre de dossiers introduits en extrême urgence[657] auprès du CCE n'a fait qu'augmenter entre 2009 et 2013. Il était de 553 en 2009 et a pratiquement doublé pour atteindre 1.013 dossiers en 2013. De 2013 à 2014, il a très légèrement diminué de -3% pour atteindre 986 dossiers.

En ce qui concerne la procédure en extrême urgence, les dossiers sont majoritairement introduits en néerlandais. En 2014, la proportion était de 52% de dossiers introduits en néerlandais pour 48% de dossiers introduits en français. Depuis 2009, les dossiers néerlandophones ont toujours été majoritaires, allant de 51% à 61% de l'ensemble des dossiers.

Malgré les conditions strictes mises à l'introduction d'un recours en extrême urgence, le CCE a ordonné, entre 2008 et 2013, dans 15% des cas la suspension de la décision.

La loi du 10 avril 2014 instaure de nouvelles règles pour les demandes de suspension en extrême urgence introduites devant le CCE[658]. Selon l'exposé des motifs qui accompagne la loi, 4.219 recours ont en effet été introduits en procédure d'extrême urgence entre 2008 et 2013. Sur cette période, malgré les conditions strictes mises à l'introduction d'un recours en extrême urgence, le CCE a ordonné 632 fois la suspension de la décision, ce qui représente 15% des cas[659].

2. ÉVOLUTIONS RÉCENTES

Ces dernières années, la politique migratoire belge a surtout été synonyme de limitation des droits des étrangers. Le renforcement des règles relatives au regroupement familial, l'accès de plus en plus réduit aux droits sociaux, le renforcement de la politique de retour illustrent notamment ce phénomène. Myria a décidé de consacrer cette année un chapitre au sujet des garanties procédurales car plus les droits fondamentaux sont mis sous pression, plus il est important que ces garanties soient efficaces. Les droits et les garanties qui portent sur la procédure elle-même sont en effet une condition sine qua non à la mise en oeuvre des droits substantiels. Chacun doit avoir l'occasion de faire valoir ses droits personnels dans les mêmes conditions, même s'ils sont de plus en plus restreints. Quant au juge, il exerce une fonction essentielle pour décider jusqu'où les restrictions instaurées sont justifiées.

Pour la Belgique, l'année a commencé par une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme : les procédures devant le Conseil du Contentieux des Étrangers (CCE) sont trop complexes pour garantir le droit au recours effectif. Plus tard, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur l'absence de recours effectif pour les demandeurs d'asile issus de pays sûrs. Le CCE a prolongé ce raisonnement pour les demandes d'asile multiples.

Entre-temps, le législateur a pris l'initiative de réformer la procédure en extrême urgence pour que ce recours réponde aux exigences d'un recours effectif.[660] C'était une lacune dans le cadre juridique belge, qui avait déjà valu à la Belgique une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, début 2011, dans l'arrêt M.S.S. contre Belgique et Grèce[661]. Le 4 décembre 2014, près de quatre ans après cette condamnation, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui veille à l'exécution des arrêts de la Cour, a fait savoir que la Belgique avait entièrement donné suite à l'arrêt et avait pris les mesures générales nécessaires pour éviter des infractions à l'avenir[662]. Cette loi prévoit par ailleurs un recours de plein contentieux (jugement aussi bien sur les faits qu'en droit) pour les demandes d'asile multiples et les demandes d'asile de pays sûrs.

L'accord de gouvernement fédéral prévoit la simplification et l'accélération des procédures. Si cette réforme est menée avec tout le soin nécessaire et en tenant compte des droits du justiciable, elle peut constituer une évolution positive. Mais, pour la sécurité juridique de l'État comme pour celle des justiciables, des procédures plus simples et plus rapides ne peuvent pas se faire au détriment de la qualité de la procédure. Le législateur devra donc veiller à ce que le droit à un recours effectif soit pleinement garanti dans la réforme en projet.

657 Pour plus d'informations sur la procédure de suspension en extrême urgence, voir le point 2.2.3. dans ce chapitre.

658 Loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses concernant la procédure devant le Conseil du Contentieux des étrangers et devant le Conseil d'État, MB 21 mai 2014.

659 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et modifiant les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, Chambre, 13 mars 2014, DOC 53 3445/001, p.4.

660 Loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses concernant la procédure devant le Conseil du Contentieux des étrangers et devant le Conseil d'État, MB 21 mai 2014.

661 Cour EDH, *M.S.S contre Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.

662 http://bit.ly/1DPNLuL

2.1. | Droit à l'aide juridique : une réforme en profondeur en vue

L'accès à la justice, en droit et en fait, est un des éléments du droit à un recours effectif. Cela suppose, entre autres, un système d'aide juridique, conformément à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le dernier alinéa de cet article, dans lequel est ancré le droit au recours effectif, stipule en effet qu'une aide juridique est octroyée aux justiciables qui ne disposent pas de ressources suffisantes, pour autant que cette aide soit indispensable pour garantir l'effectivité de leur accès à la justice.

Le gouvernement a annoncé son intention de réformer en profondeur l'aide juridique de deuxième ligne. Il prévoit entre autres les mesures suivantes :

- un contrôle plus strict des utilisateurs de l'aide de deuxième ligne et des avocats pro deo;
- la suppression de la présomption irréfragable de l'état de besoin (à l'exception des procédures d'urgence);
- la prise en compte de tous les revenus pour l'accès à l'aide juridique de deuxième ligne;
- l'amélioration du recouvrement de l'aide juridique payée indûment;
- la révision de la procédure de sanction en cas d'abus par des avocats;
- une réflexion sur le rôle des Bureaux d'aide juridique concernant l'accès à la justice;
- l'obligation pour les avocats stagiaires de traiter un nombre minimum de dossiers pro deo[663].

D'autre part, un ticket modérateur sera instauré, ce qui permettra de récupérer auprès du justiciable une partie du coût de l'aide juridique de deuxième ligne.

Le gouvernement fédéral doit mesurer l'impact des mesures qu'il compte prendre sur l'accès effectif du citoyen à la justice.

Avec cette batterie de mesures, le gouvernement veut réduire le coût de l'aide juridique, qui aurait explosé au cours des dix dernières années. Toutefois, des considérations budgétaires ne peuvent pas justifier de porter atteinte au droit fondamental des citoyens d'avoir accès à la justice. Le gouvernement fédéral devra donc mesurer l'impact des mesures qu'il compte prendre sur l'accès effectif du citoyen à la justice, ce qui n'a pas encore été fait selon les informations dont Myria dispose à ce jour.

L'arrêt *Anakomba Yula*[664], par lequel la Belgique a été condamnée en 2009 par la Cour européenne des droits de l'homme porte sur cette question. Dans cette affaire, la Cour considère comme une violation du droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial et au droit à l'égalité de traitement[665] le fait d'exclure de l'assistance juridique gratuite[666] des personnes en séjour irrégulier (sauf quand il s'agit de procédures de séjour). Certes, cette mesure peut poursuivre des buts légitimes, comme le soutenait le gouvernement belge[667]. Il reste qu'elle crée une différence de traitement, quant à l'accès à la justice, entre les étrangers en séjour légal et les étrangers en séjour irrégulier. Ce type de différence ne peut être justifié que par des raisons particulièrement impérieuses, ce qui n'était pas le cas ici, compte tenu notamment des droits fondamentaux en cause dans l'affaire.

Pour mettre la Belgique en conformité avec l'arrêt *Anakomba Yula*, Myria recommande de réformer l'article 668 du Code judiciaire en supprimant au point c) de cet article les mots « d'une manière régulière » afin d'ouvrir l'assistance judiciaire à tous les étrangers et pour tous les types de procédures.

Myria considère qu'il est indiqué de maintenir le critère de « résidence » dans la mesure où il indique une situation de fait, et traduit par là un rattachement minimal avec la Belgique.

Les considérations de la Cour sur les « questions graves liées au droit de vivre en famille » doivent, selon Myria, s'interpréter comme des questions graves liées à l'un des droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme.

En outre, Myria recommande que les mots « ou qui est en situation régulière de séjour dans l'un des États membres de l'Union européenne » dans l'article 668 du Code Judiciaire soient remplacés par les mots « ou dans l'un des États membres de l'Union européenne » de manière à maintenir le bénéfice de l'assistance judiciaire à ce groupe, mais dans les mêmes conditions que pour les étrangers résidant en Belgique.

Plus de six ans après la condamnation, le Comité des Ministres, qui veille à l'exécution des arrêts, n'a pas encore

663 Accord de gouvernement fédéral, 9 octobre 2014, p.114.

664 Cour EDH, *Anakomba Yula,* 10 mars 2009.
665 Articles 6 et 14 de la Convention EDH européenne des droits de l'homme.
666 Telle qu'elle est prévue à l'article 668 du Code judiciaire.
667 Comme réserver les ressources publiques aux étrangers qui ont un certain lien avec la Belgique ou dissuader l'immigration irrégulière.

pu clôturer le dossier[668]. Il incombe désormais à l'actuel ministre de la Justice de donner suite aux principes définis dans l'arrêt *Anakomba Yula*. Celui-ci constitue en effet une balise importante dont le gouvernement doit tenir compte pour que la réforme de l'aide juridique et de l'assistance judiciaire soit conforme aux normes relatives aux droits humains.

2.2. | Un recours effectif dans le contentieux belge en matière d'asile et de migration

2.2.1. | Introduction

L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que toute violation des droits et libertés qu'elle consacre ouvre le droit à un recours effectif devant une instance nationale. L'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne contient une disposition semblable : toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'UE ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal.

La Belgique a déjà été condamnée plusieurs fois pour l'absence d'un recours effectif.

Concernant la Belgique, l'essentiel de la jurisprudence dans cette matière se trouve au niveau du Conseil de l'Europe, et porte sur l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. La Belgique a été condamnée au moins douze fois depuis 2002 pour l'absence d'un recours effectif, en combinaison avec l'un des autres droits et libertés consacrés par la Convention. La moitié de ces condamnations portait sur des dossiers de migration ou d'asile[669].

Ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni la Charte ne donnent la définition exacte de ce qu'est un recours effectif. La Cour européenne des droits de l'homme, elle, s'intéresse au résultat final. En d'autres termes, elle examine l'ensemble des procédures nationales pour estimer si on peut qualifier ou non de recours effectif le cadre dans lequel le juge national soumet la violation supposée d'une disposition de la Convention à un examen rigoureux[670]. On retrouve l'illustration la plus récente de cette approche vis-à-vis de la Belgique dans l'arrêt *S.J.* du 27 février 2014.

Il est toutefois possible de déduire de la jurisprudence quatre éléments constitutifs du recours effectif :

- les garanties fondamentales d'indépendance et d'impartialité et le principe du contradictoire doivent être respectés.
- le juge doit être accessible tant en droit qu'en fait. Ce qui suppose entre autres un système d'aide juridique et l'assistance d'un interprète, mais aussi un système dont la complexité n'empêche pas l'accès à la justice.
- le juge doit pouvoir se prononcer aussi bien sur les faits que sur le droit, et ce au moment où il prononce son jugement.
- le recours doit aussi avoir un effet suspensif[671].

C'est surtout par rapport à ces deux derniers éléments que le système belge est déficient et que la Cour a déjà condamné la Belgique à plusieurs reprises[672].

668 Comité des Ministres, DH-DD(2014)1503F ,1222 réunion (mars 2015) (DH) - Plan d'action (01/12/2014) - Communication de la Belgique concernant l'affaire *Anakomba Yula contre Belgique* (Requête n° 45413/07), 15 décembre 2014 , https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=DH-DD(2014)1503&Language=lanEnglish&Site=CM.

669 Un relevé statistique de la Cour EDH sur le nombre de violations par pays et par article (www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2014_ENG.pdf) montre qu'entre 1959 et 2014, la Belgique a été condamnée à onze reprises pour l'absence de recours effectif. Dans le texte, nous arrivons à douze dossiers parce que nous comptabilisons aussi une affaire de détention de migrant qui a fait l'objet d'une condamnation en vertu de l'article 5 § 4. Comme celui-ci mentionne le droit au recours effectif, la conformité avec l'article 13 n'a plus été évaluée séparément, mais il a bel et bien été jugé qu'en l'occurrence il n'y avait pas eu de recours effectif (M.D. contre Belgique, 14 novembre 2013). Nous avons ensuite vérifié, sur la base de la banque de données Hudoc (qui rassemble toute la jurisprudence de la Cour EDH) combien de condamnations ont été prononcées en vertu de l'article 13 dans une affaire d'asile et de migration. Pour cela, nous avons effectué une recherche combinant le terme de recherche 'article 13' et les articles de la Convention EDH qui sont invoqués dans des affaires d'asile et de migration. Nous sommes ainsi parvenus à la conclusion que ces affaires représentent au moins la moitié des condamnations.

670 L. Leboeuf, Les pays sûrs en droit belge d'asile, Revue du droit des étrangers, n° 168, Avril-juin 2012, p. 200.

671 EDEM, La loi du 14 avril 2014, une effectivité laborieuse : Note d'analyse, Newsletter Juin 2014, p. 17.

672 Voir entre autres Cour EDH, *M.S.S contre Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011; *Singh et autres contre Belgique*, 2 octobre 2012, *Yoh-ekale Mwanje contre Belgique*, 20 décembre 2011.

2.2.2. | Arrêt S.J. : la complexité des procédures entrave un recours effectif

Le 27 février 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Belgique dans l'affaire *S.J.* pour violation de l'article 13 (en combinaison avec l'article 3) de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a estimé à l'unanimité que les procédures devant le CCE ne permettaient pas un recours effectif contre le refus de séjour et l'ordre d'expulsion lorsqu'un rapatriement n'est pas encore prévu et que l'étranger redoute un traitement dégradant[673].

En 2007, S.J., une patiente atteinte du sida, a introduit une demande de séjour pour raisons médicales. L'Office des Étrangers (OE) a déclaré en 2010 cette demande non fondée et pris une décision négative, accompagnée d'un ordre de quitter le territoire. S.J. a alors introduit un recours en annulation devant le CCE. Mais comme cette action ne suspendait pas la décision d'éloignement, elle a décidé d'introduire aussi un recours en extrême urgence. En effet, ce recours-là a un caractère suspensif de plein droit, jusqu'à ce qu'un jugement intervienne.

Le CCE a toutefois rejeté le recours suspensif en extrême urgence. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, la seule délivrance d'un ordre de quitter le territoire n'est en effet pas suffisante pour démontrer l'extrême urgence : le requérant doit prouver, en sus, que la procédure de suspension ordinaire ne permet pas de prévenir le préjudice invoqué, en l'occurrence la violation des articles 3[674] et 8[675] de la Convention. Selon la loi, cette démonstration ne peut être apportée que lorsque l'exécution de la mesure d'éloignement est « imminente », soit en pratique lorsque l'étranger est déjà détenu. Or, S.J. avait délibérément décidé de ne pas recourir à une procédure de suspension ordinaire, précisément parce qu'elle n'a pas d'effet suspensif et qu'il faut un délai de plusieurs mois pour l'examiner.

Pour évaluer le droit au recours effectif, la Cour européenne des droits de l'homme a examiné l'ensemble des procédures offertes. Elle a considéré que ces procédures étaient trop complexes et trop peu efficaces pour remplir les exigences de l'article 13 de la Convention. Les autorités ne peuvent en effet pas demander à l'étranger, au moment où il introduit un recours en annulation, d'introduire systématiquement une demande de suspension à titre « conservatoire », c'est-à-dire dans le seul but de se préserver le droit de pouvoir faire plus tard une demande de mesures provisoires en extrême urgence pour suspendre la décision lorsque l'éloignement deviendra « imminent ». La procédure est tout aussi complexe lorsqu'un étranger introduit un recours en extrême urgence et que celui-ci est rejeté, par exemple parce que l'extrême urgence n'est pas suffisamment établie, comme c'était le cas ici. Dans ce cas, l'intéressé peut introduire une demande de suspension ordinaire, si le délai de recours n'est pas dépassé, mais seulement à condition de retirer son recours en annulation et de le réintroduire en même temps que la demande de suspension ordinaire.

La Cour observe que la procédure contraint les étrangers à agir *in extremis*, pendant leur détention et lorsque l'éloignement est imminent. C'est d'autant plus problématique pour les familles accompagnées d'enfants dont le placement en détention doit être évité[676]. Enfin, la Cour a estimé que la possibilité, qui existe, de saisir le juge des référés ne suffit pas pour garantir un recours effectif puisque cette procédure elle-même n'a pas d'effet suspensif.

Il découle dès lors de l'arrêt que, dans des circonstances exceptionnelles et pour satisfaire aux exigences de l'article 13 de la Convention, la partie requérante doit conserver la possibilité de demander en extrême urgence la suspension d'un ordre de quitter le territoire, même si elle ne fait pas l'objet de mesures de contrainte, lorsqu'il est nécessaire et urgent d'examiner effectivement les griefs fondés sur l'article 3 de la Convention[677].

Entretemps, le législateur fédéral a adopté une nouvelle loi qui modifie substantiellement cette procédure, entre autres sur la notion de « caractère imminent », qui est élargi de manière à englober aussi des situations hors détention. Mais l'enchevêtrement des procédures reste le même et Myria estime qu'on est dès lors en droit de se demander si la complexité du système ne continue pas à entraver le droit à un recours effectif.

Les deux parties ont fait appel de cette décision mais avant que la grande Chambre ne se prononce, elles ont trouvé un arrangement à l'amiable. Madame et ses enfants ont reçu un droit de séjour illimité et une compensation de 7000 euros pour les dommages causés[678].

673 Voir aussi : *Rapport annuel Migration 2013*, pp. 62-63 et p.80.
674 Une violation de l'interdiction de la torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants.
675 Droit au respect de la vie privée et de la vie familiale.
676 Ou durant une période réduite au strict minimum.
677 Cour EDH, *S.J. contre Belgique*, 27 février 2014, §§ 100-104.
678 Cour EDH [GC], *S.J. contre Belgique*, 19 mars 2015 (Radiation).

2.2.3. | La loi du 10 avril 2014 modifie considérablement la procédure en extrême urgence

La loi du 10 avril 2014 instaure de nouvelles règles pour les demandes de suspension en extrême urgence introduites devant le CCE[679]. Elles sont en vigueur depuis le 1er juin 2014. Cette réforme prévoit un raccourcissement des délais de recours et de nouvelles conditions de recevabilité.

La loi poursuit un double objectif. D'une part, le législateur veut désengorger le CCE. Selon l'exposé des motifs qui accompagne la loi, 4.219 recours ont en effet été introduits en procédure d'extrême urgence entre 2008 et 2013. Il y a eu 877 recours en 2012 et 1.009 en 2013. Malgré les conditions strictes mises à l'introduction d'un recours en extrême urgence, le CCE a ordonné la suspension de la décision dans 15% des cas[680]. D'autre part, la nouvelle loi vise à mettre la procédure en extrême urgence en conformité avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a condamné la Belgique en 2011 pour l'absence de recours effectif dans l'arrêt M.S.S.

Les nouvelles règles sont applicables aux ordres de quitter le territoire notifiés après le 31 mai 2014 et à toutes les mesures de mise en œuvre de l'éloignement après cette date.

Les conditions

La loi précise les trois conditions cumulatives pour qu'une demande de suspension en extrême urgence soit conforme à l'arrêt M.S.S. :

1. L'étranger doit se trouver dans une situation d'extrême urgence. Il y a deux éléments ici : 1) l'étranger doit faire l'objet d'un ordre de quitter le territoire et 2) l'exécution de cette mesure doit être « imminente ». C'est sur ce dernier point que le législateur apporte une modification[681]. Il ouvre en effet la possibilité de démontrer que l'exécution de la mesure est « imminente » même si la personne n'est pas détenue dans un lieu déterminé. Le législateur semble ainsi tenir compte de l'arrêt *S.J.* (voir ci-dessus), dans lequel la Belgique avait été condamnée entre autres parce que la demande en extrême urgence avait été rejetée faute de détention et parce que S.J. n'avait aucun autre recours efficace. Depuis, le CCE a d'ailleurs confirmé que l'exécution de la mesure pouvait aussi être « imminente » en dehors des situations de détention[682]. Il a en effet suspendu en extrême urgence l'exécution d'un ordre de quitter le territoire concernant une personne non détenue. Ici, le CCE a tenu compte d'un certain nombre d'autres éléments : l'état de santé de l'intéressée et de ses enfants, qui sont également malades et qui fréquentent l'école en Belgique, et le séjour légal antérieur de la famille, qui n'a reçu un ordre de quitter le territoire qu'après une troisième demande de prolongation de son séjour.
2. Des moyens sérieux susceptibles de fonder l'annulation de la mesure contestée doivent en justifier la suspension. On peut parler d'un moyen sérieux lorsque la gravité de la situation apparaît clairement à première vue ou lorsqu'il y a un doute à ce sujet.
3. L'exécution de la mesure doit être susceptible d'infliger à l'intéressé un préjudice grave difficilement réparable. C'est le cas lorsqu'un moyen sérieux a été invoqué sur la base des droits fondamentaux, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est permise par l'article 15, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit concrètement du droit à la vie (article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme), de l'interdiction de la torture (article 3), de l'interdiction de l'esclavage (article 4, premier alinéa) et du principe de légalité des peines (article 7). L'exposé des motifs[683] précise que cette condition du préjudice grave et difficilement réparable est *toujours* remplie si un moyen sérieux, reposant sur ces droits fondamentaux, est invoqué. Cette réforme ancre en droit belge l'enseignement – qui régissait déjà la pratique - de la jurisprudence de l'affaire M.S.S. contre Grèce et Belgique.

La loi précise en outre que le juge se prononce en priorité sur la recevabilité de la demande, au besoin sans convoquer les parties, lorsque :

- il s'agit d'une deuxième mesure d'éloignement ou de refoulement,
- la demande est manifestement tardive,
- la demande est introduite moins de 12 heures avant le moment prévu pour l'exécution de la mesure et le

679 Loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses concernant la procédure devant le Conseil du Contentieux des étrangers et devant le Conseil d'État, MB 21 mai 2014.

680 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et modifiant les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, Chambre, 13 mars 2014, DOC 53 3445/001, p.4.

681 Le nouvel article 39/82 § 4 précise en effet : « Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure d'éloignement ou de refoulement dont l'exécution est imminente, en particulier lorsqu'il est maintenu dans un lieu déterminé ».

682 CCE, 17 octobre 2014, n°131.614.

683 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et modifiant les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, Chambre, 13 mars 2014, DOC 53 3445/001, p.10.

requérant a été informé au moins 48 heures avant le moment prévu pour l'exécution de la mesure.

Si le juge déclare la demande irrecevable, l'arrêt met fin à la procédure. S'il la déclare recevable, la procédure se poursuit.

Délais de recours

La loi introduit aussi de nouveaux délais de recours[684]. À partir de la notification de la décision qu'il conteste, le requérant a dix jours pour introduire sa demande de suspension. À partir d'une deuxième mesure d'éloignement[685], ce délai est ramené à cinq jours. Durant cette période de cinq ou dix jours, l'ordre de quitter le territoire ne peut donc pas être exécuté et le recours en extrême urgence a automatiquement un effet suspensif. Si l'étranger n'introduit pas de recours en extrême urgence pendant ce délai, l'OE peut le refouler ou le rapatrier[686].

La loi contient donc de nouveaux délais pour l'introduction du recours en extrême urgence qui seront effectivement appliqués alors que les anciens délais légaux n'étaient plus appliqués depuis l'arrêt *M.S.S*[687]. Suite à cet arrêt, l'Assemblée générale du CCE avait en effet décidé qu'une demande de suspension en extrême urgence introduite dans les 30 jours après la notification d'une décision d'expulsion[688] devait automatiquement avoir un effet suspensif[689]. Les délais réintroduits par la réforme sont sensiblement plus courts.

Une autre nouveauté touche la fixation d'un délai de recours spécifique si l'étranger fait déjà l'objet d'une mesure d'éloignement lorsqu'une décision suivante est prise (par exemple concernant une demande d'asile multiple). Cette disposition a été adoptée afin de pouvoir garantir que les procédures multiples seront traitées dans un délai raisonnable[690]. Lors de nos échanges avec l'Office des étrangers, il nous a été indiqué qu'à leur sens, seuls les OQT délivrés après l'entrée en vigueur de la loi (à savoir à partir du 31 mai 2014) pourront être pris en considération comme « première mesure d'éloignement » afin de savoir si un nouvel OQT doit être considéré comme « seconde mesure d'éloignement ». Néanmoins, il semblerait que, dans certains cas, l'interprétation du CCE diverge sur ce point et tienne également compte des OQT délivrés avant l'entrée en vigueur de la loi[691].

Myria recommande que l'OE mentionne clairement, sur l'ordre de quitter le territoire, le délai de recours qui s'applique dans le cas spécifique de l'intéressé. Ceci permettra d'accroître la sécurité juridique puisque l'intéressé aura alors la possibilité d'exercer son droit à un recours effectif en connaissant le délai dont il dispose.

Délais de traitement

Le président de chambre ou le juge au contentieux des étrangers examine la demande en suspension en extrême urgence dans les quarante-huit heures suivant sa réception. Ce délai est toutefois étendu à cinq jours lorsque l'éloignement ou le refoulement effectif de l'étranger est prévu à plus de huit jours.

Si le juge ne se prononce pas dans ce délai, il doit en avertir le premier président ou le président. Celui-ci prend alors les mesures nécessaires pour qu'une décision soit rendue soit dans les 72 heures suivant la réception de la requête, soit dans les meilleurs délais.

Examen de tous les éléments disponibles

L'un des problèmes révélé par l'arrêt M.S.S. était que le juge n'avait tenu compte que des éléments qui étaient connus ou qui auraient dû être connus au moment des faits et non de tous ceux qui étaient réellement à sa disposition au jour de sa décision. Or, le droit au recours effectif exige que le juge tienne compte des éléments qui sont connus au moment de l'examen du recours, y compris les éléments neufs.

Aux termes de la nouvelle loi, le CCE « procède à un examen attentif et rigoureux de tous les éléments de preuve portés à sa connaissance, en particulier ceux qui sont de nature à indiquer qu'il existe des motifs de croire que l'exécution de la décision attaquée exposerait le requérant au risque d'être soumis à la violation des droits fondamentaux de l'homme auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, alinéa 2, de la Convention européenne

684 Article 39/57, § 1, troisième alinéa de la loi du 15 décembre 1980.

685 Nous entendons par là aussi bien la mesure d'éloignement que de refoulement. Dans le cadre de ce texte, nous parlerons de « mesure d'éloignement ».

686 Si l'étranger veut encore introduire une procédure en extrême urgence après ce délai, elle sera déclarée irrecevable sauf s'il peut démontrer que cette introduction tardive est due à un cas de force majeure.

687 Cour EDH, *M.S.S contre Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.

688 Dans les 15 jours si la décision d'expulsion a été prise pendant une période de détention.

689 Kruispunt Migratie-integratie, Nieuwe UDN procedure, 3 juin 2014, www.kruispuntmi.be

690 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et modifiant les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, Chambre, 13 mars 2014, DOC 53 3445/001, p.9.

691 Informations fournies par l'OE lors d'une rencontre tenue le 2 juillet 2014 et confirmées par e-mail le 19 décembre 2014.

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[692].

L'exposé des motifs indique que le CCE doit prendre en compte tous les éléments qui lui sont soumis. Il précise que cela implique que, de plein droit, le Conseil peut tenir compte d'un nouvel élément de preuve lorsqu'il examine un grief défendable, basé sur une violation des droits fondamentaux auxquels aucune dérogation n'est possible[693].

Même si la loi ne le dit pas explicitement, le législateur admet que, pour qu'il puisse être question d'un recours effectif, il faut qu'au moment de sa décision le juge se place dans la situation telle qu'elle se présente au moment où il statue et non au moment de la décision de l'OE. Il est donc possible d'accepter même en séance de nouveaux éléments de preuve. Cette pratique a déjà été appliquée par le CCE dans certains dossiers[694]. Myria considère que si cette précision était ancrée dans la loi, cela ne pourrait qu'accroître la sécurité juridique.

2.2.4. | Un recours de plein contentieux pour les demandeurs d'asile issus de pays sûrs et les demandes d'asile multiples

La loi du 10 avril 2014 a également instauré un recours suspensif de plein contentieux pour les demandeurs d'asile originaires de pays sûrs et pour les demandes d'asile multiples. Cette modification fait suite à un arrêt de la Cour constitutionnelle[695], qui a jugé qu'un recours en annulation non suspensif pour les demandeurs d'asile issus de pays sûrs ne constituait pas un recours effectif.

La Cour constitutionnelle a annulé plusieurs dispositions relatives à la procédure de recours prévue pour ce groupe cible. Selon ces dispositions, les demandeurs d'asile originaires de pays sûrs étaient seulement autorisés à introduire un recours en annulation non suspensif auprès du CCE contre une décision de non prise en considération du Commissariat général aux Réfugiés et Apatrides (CGRA). Par ailleurs, ils pouvaient, en cas d'extrême urgence, introduire un recours en suspension contre la décision de rapatriement faisant suite au refus de prendre leur dossier en considération. La Cour a considéré qu'il ne s'agit pas là d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. La directive procédure (et l'interprétation qui en est faite par la CJUE) autorise pour les demandeurs d'asile originaires de pays sûrs une procédure différente et accélérée mais, selon la Cour, les États membres ne peuvent pas pour autant les priver de garanties fondamentales comme le droit à un recours effectif[696].

Dans un arrêt du 31 janvier 2014[697], le CCE a étendu les conclusions de la Cour constitutionnelle aux demandes d'asile multiples, en suspendant la non prise en considération de la demande d'asile multiple en cas d'extrême urgence. Le CCE a estimé qu'il était nécessaire de permettre un recours suspensif de plein droit contre ce type de décision, comme la loi le prévoit depuis lors.

Le délai d'introduction du recours pour les demandeurs d'asile originaires de pays sûrs est de 15 jours après la notification de la décision, peu importe s'ils sont détenus ou non en un lieu déterminé.

En cas de demandes d'asile multiples, le législateur fait une distinction selon qu'il s'agit d'une deuxième ou d'une troisième demande (ou plus). Dans le premier cas, c'est le délai normal de 15 jours qui s'applique. Ce délai est réduit à 10 jours si la personne est détenue dans un centre fermé. À partir de la troisième demande, le délai est de cinq jours (qu'il y ait détention ou non).

Aperçu des procédures de recours dans le contentieux relatif à l'asile[698]

Plein contentieux	Recours en annulation
Demandes d'asile selon la procédure ordinaire Demandes d'asile de pays d'origine sûrs Demandes d'asile multiples	Demandes d'asile de pays d'origine de l'UE Demandes d'asile de réfugiés déjà reconnus dans un autre État membre de l'UE Demandes d'asile qui se trouvent encore dans la phase de Dublin (désignation de l'État membre compétent) Demandes d'asile refusées pour des raisons techniques (comme absence du choix du lieu de résidence, absence de réaction à des convocations…)

692 Article 39/85, quatrième alinéa.
693 Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et modifiant les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, Chambre, 13 mars 2014, DOC 53 3445/001, p.11.
694 CCE, 3 janvier 2014, n° 116471 ; CCE, 30 juillet 2013, n° 107734; CCE, 20 juin 2013, n° 105543.
695 Cour constitutionnelle, Arrêt n° 1/2014 du 16 janvier 2014.
696 *Rapport annuel Migration 2013*, pp. 82-83.
697 CCE, arrêt n° 118156, 31 janvier 2014.
698 Pour un schéma détaillé de toutes les procédures dans le contentieux relatif à l'asile et à la migration, voir : Edem, www.uclouvain.be/472067.html.

Pour l'instant, seul un recours en annulation est possible pour les demandes d'asile qui sont refusées dans la phase de détermination de l'État responsable du traitement de la demande. Ce n'est cependant pas en conformité avec le règlement Dublin III. L'article 27 de ce règlement, qui est directement applicable depuis le 1er janvier 2014, prévoit en effet que le demandeur d'asile renvoyé vers un autre État membre pour le traitement de sa demande, a le droit d'introduire un recours effectif contre cette décision de transfert auprès d'une instance judiciaire, sous la forme d'un recours ou d'une révision en fait et en droit. Étant donné que le juge doit aussi juger des faits, un recours en annulation n'est donc pas suffisant. En outre, le recours en annulation n'a pas d'effet suspensif. Comme ce règlement est directement applicable, ces dispositions entrent en vigueur sans devoir être transposées dans une loi nationale. Mais pour garantir la sécurité juridique, Myria recommande de mettre la loi relative aux étrangers, sur ce point, en conformité avec les termes du règlement et de prévoir un recours de plein contentieux avec effet suspensif.

Pour l'instant, seul un recours en annulation est possible pour les demandes d'asile qui sont refusées dans la phase Dublin. Ce n'est pas en conformité avec le règlement Dublin III.

2.2.5. | Recours effectif suite à un refus ou retrait de séjour en vue de rejoindre sa famille

Selon la Commission européenne, les recours contre des refus de visa ou de séjour en matière de regroupement familial doivent respecter le principe du recours effectif[699]. Ceci implique qu'un « contrôle juridictionnel exhaustif doit être disponible quant au fond et à la légalité des décisions » et que « les décisions peuvent être contestées non seulement en droit, mais également compte tenu des faits d'un cas d'espèce »[700].

Myria considère que le recours actuel en annulation et en suspension au CCE ne remplit pas les conditions du recours effectif tel qu'il est préconisé par la Commission[701].

En droit belge, les décisions de refus ou de retrait de séjour sur base du regroupement familial ne peuvent faire l'objet que de recours en suspension et annulation devant le CCE. Les juges doivent annuler les décisions qui seraient illégales « pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir » mais ne peuvent pas substituer leur décision à celle de l'administration comme c'est le cas en matière d'asile[702]. Le contrôle judiciaire est donc limité à la légalité, ce qui va à l'encontre du droit européen qui prévoit que les décisions doivent pouvoir être contestées non seulement en droit, mais également compte tenu des faits de chaque cas[703].

2.2.6. | Arrêt Abdiba : un recours suspensif contre une décision négative de régularisation médicale

La Cour de justice de l'Union européenne a considéré[704] que la directive retour s'applique au refus de séjour pour raisons médicales. Ce refus est en effet un acte administratif par lequel l'administration déclare irrégulier le séjour d'un ressortissant de pays tiers et impose une obligation de retour. Il s'agit donc bien d'une « décision de retour » comme la définit la directive en question[705]. L'application de la directive entraîne également que l'étranger concerné a le droit d'attendre l'issue du recours contre cette décision dans le pays d'accueil. Sinon, il ne s'agirait pas d'un recours effectif au sens de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le préjudice subi au cas où l'expulsion violerait l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme risque en effet d'être grave et irréparable. Il en résulte donc qu'un étranger qui, sur la base de l'article 3 de la Convention, introduit un recours contre le rejet d'une demande de permis de séjour pour raisons médicales ne peut pas être expulsé pendant le traitement de ce recours[706].

699 Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 47, applicable chaque fois que les autorités mettent en œuvre le droit de l'UE.
700 Communication du 3 avril 2014 de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant les lignes directrices pour l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, COM(2014) 210 final, point 1, point 7.5.
701 Voir focus plus loin dans ce chapitre.
702 Loi du 15 décembre 1980, art. 39/2, § 2.
703 Voir 5.2.1.1.
704 CJUE, arrêt du 18 décembre 2014, C-562/13.
705 CJUE, arrêt du 18 décembre 2014, C-562/13, § 39.
706 CJUE, arrêt du 18 décembre 2014, C-562/13, § 58.

FOCUS : LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU

Introduction

Le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire ou administrative est un élément essentiel des droits de la défense. Il ne fait pas seulement partie du droit à un recours effectif, mais constitue aussi un principe général en tant que tel.

Le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire ou administrative est un élément essentiel des droits de la défense.

Au niveau européen, le droit d'être entendu est ancré dans l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux et c'est un principe général du droit de l'Union. Comme ils relèvent tous deux de l'intitulé général des 'droits de la défense', les articles 41 (droit à une bonne administration) et 47 (droit à un recours effectif) sont souvent confondus. Ils concernent pourtant deux domaines différents : l'article 41 de la Charte s'inscrit dans un contexte administratif alors que l'article 47 s'applique aux procédures judiciaires. Dans le cadre juridique belge, le droit d'être entendu dans un contexte administratif est un principe de bonne administration, développé par la jurisprudence.

Nous allons examiner successivement le droit d'être entendu dans l'ordre juridique européen et belge, en analysant plus en profondeur les différences entre ces deux ordres juridiques ainsi que la jurisprudence qui s'est développée en 2014, aussi bien au niveau de la Cour de justice de l'Union européenne qu'à celui du Conseil du Contentieux des Étrangers. Nous accorderons une attention particulière au droit d'être entendu quand une décision de retour est prise en application de la directive retour. Cette décision, éventuellement accompagnée d'une interdiction d'entrée, constitue souvent l'aboutissement du parcours d'un migrant. Il est donc toujours possible qu'une violation de ses droits fondamentaux soit en jeu. Pour éviter cela, il est d'autant plus important que l'administration donne une dernière fois à l'étranger la possibilité de se faire entendre sur sa situation.

3.1. | Le cadre juridique européen

3.1.1. | Le droit d'être entendu est un droit fondamental

Le droit d'être entendu est l'un des droits qui relèvent du droit à une bonne administration, tel qu'il est défini à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux[707]. Cet article stipule que « toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union ». Il énumère ensuite, de manière non exhaustive, un certain nombre de ces droits, dont « le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ».

L'expression « traitées par les institutions, organes et organismes de l'Union » alimente des interprétations opposées[708]. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, l'article 41 n'est pas applicable à des décisions prises par les États membres, mais le droit d'être entendu est un principe général de l'Union européenne. En exécution du droit communautaire, les États membres doivent donc entendre chaque personne sur toute mesure individuelle qui serait prise à son encontre et qui lui serait préjudiciable. Dans sa jurisprudence, la Cour met ce principe général en lien avec l'article 41 pour en préciser le contenu.

3.1.2. | La portée du droit d'être entendu

Dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, le droit d'être entendu s'est d'abord

707 Avant même que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fasse partie du droit européen primaire, le droit d'être entendu avait été reconnu comme un principe général du droit de l'Union européenne. Les principes généraux de droit sont les sources non écrites qui sont reprises par la jurisprudence de la Cour de justice. Il peut s'agir de règles qui sont communes aux régimes juridiques nationaux, qui découlent de certains régimes juridiques nationaux ou qui sont spécifiques à l'UE. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux, la Convention EDH et les traditions constitutionnelles des États membres faisaient partie du droit de l'UE, en tant que principes généraux de droit. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a confirmé la force contraignante de la Charte des droits fondamentaux dans les traités constitutifs.

708 Il ressort de ses conclusions, aussi bien dans l'arrêt c-383/13 que dans l'arrêt c-166/13, que l'avocat-général Wathelet met l'article 41 en lien avec l'article 51. Même si l'article 41 semble limiter le champ d'application aux institutions de l'UE, lu en combinaison avec l'article 51, il s'appliquerait également aux États membres de l'Union européenne lorsqu'ils mettent en œuvre la réglementation de l'UE.

développé comme un droit de la défense. Les procédures de sanctions administratives prises par la Communauté européenne contre des particuliers, comme les sanctions en droit de la concurrence, ont forgé la doctrine sur ce point[709]. Depuis des années 90, le droit d'être entendu est considéré, selon une jurisprudence constante, dans toute procédure susceptible de causer un grief, comme un principe fondamental du droit communautaire, même s'il n'est pas prescrit par un texte spécifique[710].

C'est aussi la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance qui détermine la portée exacte du droit d'être entendu. Il ressort de cette jurisprudence que « le droit d'être entendu garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts »[711]. Cela implique que l'administration doit prendre connaissance, avec toute l'attention voulue, des observations de l'intéressé en examinant soigneusement et impartialement toutes les données pertinentes et en motivant sa décision sur cette base[712].

La décision attaquée ne peut être annulée que si les intéressés peuvent démontrer de manière plausible qu'elle aurait été différente s'ils avaient pu réagir aux motifs et aux documents rapportés. La Cour de justice s'efforce ainsi de concilier deux grands principes de base : d'une part, elle veut faire des droits administratifs de la défense des garanties essentielles pour la protection de l'individu; d'autre part, elle cherche à éviter tout formalisme inutile parce qu'elle craint que cela ne favorise l'utilisation abusive de ces droits de procédure[713].

Le droit d'être entendu n'est cependant pas un droit fondamental absolu, il peut être limité, mais dans le respect du principe de proportionnalité[714]. Les arrêts présentés ci-dessous montrent jusqu'où ces restrictions peuvent aller.

709 Marlies Desomer, De Belgische asielprocedure en de Europese administratieve rechtsbeginselen van de hoorplicht en het recht op inzage, T.Vreemd. 2009, p.16.
710 CJUE, arrêt Pays-Bas E. A. /Commission, C-48/90 et C-66/90, 12 février 1992, § 44.
711 M.M. contre Irlande, 22 novembre 2012, C-277/11, § 87.
712 M.M. contre Irlande, 22 novembre 2012, C-277/11, § 88; arrêt du 21 novembre 1991, Technische Universität München, C 269/90, Jurispr. p. I 5469, § 14.
713 Marlies Desomer, De Belgische asielprocedure en de Europese administratieve rechtsbeginselen van de hoorplicht en het recht op inzage, T.Vreemd. 2009, p.18.
714 Arrêt du 15 juin 2006, Dokter e.a., C-28/05, Jurispr. p. I-5431, point 75.

3.1.3. | Le droit d'être entendu en application de la directive retour

Nous analysons ci-dessous trois arrêts de la Cour de justice qui fournissent davantage de précisions sur la portée du droit d'être entendu en application de la directive retour.

Quatre grands principes découlent de la jurisprudence :

- le respect des droits de la défense est un principe fondamental du droit de l'UE et le droit d'être entendu dans toute procédure en fait partie intégrante ;
- la manière dont l'étranger peut exercer ce droit avant qu'une décision de retour soit prise doit être évaluée à la lumière de l'objectif de la directive retour ;
- le droit d'être entendu n'est pas un droit absolu et peut être limité, pour autant que cette restriction satisfasse à l'examen de la proportionnalité ;
- la violation du droit d'être entendu n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la décision.

La violation du droit d'être entendu n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la décision

Dans l'arrêt M. G., N. R.[715], la CJUE s'est prononcée sur le droit d'être entendu avant la prolongation de l'incarcération d'un étranger, qui est détenu en vue de son éloignement.

Le droit d'être entendu n'est pas prévu dans la directive retour, mais découlait, en l'espèce, des conditions de procédure imposées par le droit national. Dans cette affaire, le juge national – qui avait déjà jugé que le droit d'être entendu n'avait pas été respecté – s'est adressé à la Cour de justice en lui demandant quelles conséquences la violation de ce droit avait sur la validité de la décision attaquée.

La Cour a estimé que le fait que l'intéressé n'ait pas été entendu ne pouvait pas automatiquement entraîner une remise en liberté. Selon elle, cela porterait en effet atteinte à l'effet utile de la directive retour, à savoir l'expulsion d'étrangers en séjour irrégulier sur le territoire. Il incombe donc au juge national de vérifier au cas par cas, à travers les circonstances factuelles et juridiques spécifiques, si la procédure administrative aurait pu connaître une autre issue si l'intéressé avait eu, la possibilité d'exposer sa situation au cours d'une audition.

715 CJUE, M. G., N. R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 10 septembre 2013, C-383/13.

L'adoption d'une décision de retour n'exige pas nécessairement que l'étranger soit une nouvelle fois entendu

La Cour de justice a décidé[716] que le droit d'être entendu avant que l'administration ne prenne une décision de retour ne peut pas être invoqué pour rouvrir indéfiniment la procédure administrative. La Cour s'efforce ainsi de préserver l'équilibre entre le droit fondamental de l'intéressé à être entendu avant la décision de retour et l'obligation des États membres de lutter contre l'immigration clandestine[717].

Madame Mukarubega, une ressortissante rwandaise, résidait irrégulièrement en France depuis qu'elle avait reçu en novembre 2012 une décision négative en réponse à sa demande d'asile. Alors qu'elle disposait d'un délai de trente jours pour rentrer volontairement au Rwanda, elle a continué à séjourner en France, sans titre de séjour légal. Lors de son arrestation, environ six mois plus tard, les autorités françaises lui ont remis un ordre de quitter le territoire. Madame Mukarubega a contesté les décisions en argumentant qu'elles violaient les principes de bonne administration parce qu'elle n'avait pas eu la possibilité de transmettre préalablement ses observations[718].

Bien que la directive retour crée un cadre détaillé sur les garanties de procédure qui doivent être prises en considération au moment de délivrer des décisions de retour et des interdictions d'entrée sur le territoire, elle ne contient aucune disposition sur le droit d'être entendu. La Cour rappelle que le respect des droits de la défense est un principe fondamental du droit européen et que le droit d'être entendu dans toute procédure en fait partie intégrante[719].

Il s'agissait en l'occurrence d'une mesure prise en application de la directive retour. Dans ce cas, l'État membre doit veiller à ce qu'il soit mis un terme, de manière équitable et transparente, au séjour irrégulier du ressortissant de pays tiers. Il doit garantir à l'intéressé d'être correctement entendu dans le cadre de la procédure relative à sa demande d'asile ou au caractère illégal de son séjour. La Cour a jugé que madame Mukarubega avait pu présenter ses observations, de manière utile et effective, sur le caractère illégitime de son séjour. Elle a pu exposer son point de vue à plusieurs reprises au cours de la procédure d'asile et durant son arrestation, qui a eu lieu peu avant la deuxième décision de retour. Selon la Cour, l'obligation de l'entendre une nouvelle fois avant l'adoption de la décision de retour allongerait inutilement la procédure administrative sans que cela n'entraîne une amélioration de la protection juridique de l'intéressée[720].

La Cour précise les restrictions au droit d'être entendu

La Cour a affirmé[721] que le droit d'être entendu impose aux États membres de permettre à l'intéressé de faire valoir ses observations sur la décision de retour. Cependant, les autorités nationales ne sont pas tenues de divulguer les informations sur la base desquelles elles veulent expulser le ressortissant de pays tiers. La Cour a donc estimé que la décision d'expulsion peut toujours être contestée par des procédures judiciaires et ce pour garantir la protection et le droit à la défense de l'intéressé.

Monsieur Boudjlida, un ressortissant algérien qui avait d'abord pu séjourner en France pour raisons d'études, a perdu son droit au séjour pour n'avoir plus introduit de demande de prolongation. Pendant son séjour irrégulier, il a tenté de s'inscrire comme travailleur indépendant. Dans le cadre de cette demande, la police des frontières a mené une enquête sur la légalité de son séjour. Il s'est rendu volontairement pour cela à un entretien d'une trentaine de minutes. Le même jour, un ordre de quitter le territoire lui a été délivré, lui laissant trente jours pour retourner volontairement dans son pays. Monsieur Boudjlida a contesté la décision en argumentant entre autres que le principe général du droit d'être correctement entendu n'avait pas été respecté au moment où la décision de retour a été prise. Il affirmait qu'au cours de cet entretien de trente minutes, il n'avait pas été en mesure d'évaluer toutes les informations sur lesquelles se basaient les autorités françaises et qu'il n'avait pas eu suffisamment de temps de réflexion pour transmettre ses commentaires ou pour se faire assister par un avocat[722].

Le droit d'être entendu avant qu'une décision de retour soit prise a pour but de permettre à l'intéressé d'exposer son point de vue sur la légalité de son séjour. Les États membres doivent tenir compte lorsqu'ils apprécient chaque situation particulière de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie de famille, de l'état de santé de l'intéressé et du principe de non-refoulement[723].

716 CJUE, Sophie Mukarubega contre Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis, 5 novembre 2014, c-166/13.
717 CJUE, Sophie Mukarubega contre Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis, 5 novembre 2014, c-166/13, point 72.
718 CJUE, Sophie Mukarubega contre Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis, 5 novembre 2014, c-166/13.
719 CJUE, Sophie Mukarubega contre Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis, 5 novembre 2014, c-166/13, point 42.
720 CJUE, Sophie Mukarubega contre Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis, 5 novembre 2014, c-166/13, point 70.
721 CJUE, Boudjlida, 11 décembre 2014, c-249/13.
722 CJUE, Boudjlida, 11 décembre 2014, c-249/13, § 28.
723 CJUE, Boudjlida, 11 décembre 2014, c-249/13, § 47-50.

La Cour se penche ensuite sur la question de savoir si l'intéressé doit disposer d'un temps de réflexion suffisant pour préparer son audition et s'il a le droit de se faire assister par un avocat. Dans l'arrêt *Mukarubega*, elle avait déjà estimé que l'adoption d'une décision de retour est étroitement liée à la constatation du caractère irrégulier du séjour. Par conséquent, le droit d'être entendu n'implique pas que l'autorité nationale compétente, qui prendra simultanément une décision constatant le séjour illégal et une décision de retour, doive nécessairement entendre l'intéressé à propos de la décision de retour. En effet, ce dernier a déjà eu l'occasion de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue sur l'irrégularité de son séjour et sur les raisons qui, conformément au droit national, peuvent justifier que cette instance renonce à l'adoption d'une décision de retour[724].

En outre, la Cour affirme que les autorités nationales ne doivent pas informer l'intéressé de leur intention de prendre une décision de retour, ni partager avec lui les informations sur lesquelles elles se baseront. Elles ne doivent pas non plus lui donner un délai de réflexion pour transmettre ses observations. Il suffit donc que la personne ait la possibilité de présenter de manière utile et effective ses observations quant à l'irrégularité de son séjour ou à la non délivrance d'une décision de retour. La Cour de justice rappelle qu'il est toujours possible d'introduire un recours contre une décision de retour, de telle sorte que la protection et la défense de l'intéressé par rapport à une éventuelle décision négative sont assurées.

En l'occurrence, la Cour a jugé que monsieur Boudjlida savait qu'il n'avait plus droit à un séjour légal en France après l'expiration de son permis de séjour. La police des frontières lui aurait aussi explicitement communiqué qu'il devrait probablement retourner dans son pays. Monsieur Boudjlida aurait donc été mis au courant des raisons de son audition ainsi que des conséquences possibles.

Quant à la question de savoir si le droit d'être entendu implique le droit à l'assistance d'un avocat, la Cour affirme que le droit à l'aide juridique est prévu dans la directive lorsque l'intéressé fait appel de la décision de retour. La Cour indique que l'intéressé peut toujours demander à ses frais l'assistance d'un avocat quand il est entendu avant que la décision soit prise, à condition que l'exercice de ce droit n'ait pas de répercussions sur le bon fonctionnement de la procédure de retour et ne porte pas atteinte à l'exécution effective de la directive. Les États membres ne sont donc pas obligés de faciliter ce type d'aide dans le cadre de l'aide juridique gratuite.

Enfin, la Cour de justice a jugé que la durée de l'audition (30 minutes dans l'affaire de monsieur Boudjlida) n'avait pas d'influence décisive sur le respect du droit d'être entendu, pour autant que l'intéressé ait eu l'occasion d'être suffisamment entendu sur l'irrégularité de son séjour et sur sa situation personnelle.

Conclusion : la Cour de justice fait une interprétation stricte du droit d'être entendu

Il ressort de ces trois affaires que la Cour reconnaît le droit d'être entendu, même si la directive retour ne contient pas de dispositions spécifiques à ce sujet. Elle souligne en particulier que la directive ne précise pas à quelles conditions l'intéressé doit être entendu et quelles suites doivent être données en cas de violation de ce droit. Les États membres doivent respecter le droit d'être entendu en application de la législation européenne, donc en tant que principe général du droit de l'UE.

Il découle aussi de la jurisprudence de la Cour que le droit d'être entendu n'est pas un droit absolu et qu'il peut donc faire l'objet de restrictions, pour autant que celles-ci respectent le principe de proportionnalité. Les décisions ci-dessus montrent que ces restrictions peuvent aller loin. La Cour les considère justifiées à la lumière des objectifs de la directive retour, à savoir la lutte contre l'immigration irrégulière.

3.2. | Le cadre juridique belge

3.2.1. | Un principe de bonne administration

Dans le cadre juridique belge, le droit d'être entendu est un principe de bonne administration. Les principes de bonne administration sont des principes de droit non écrits qui trouvent leur origine dans la jurisprudence. Les pouvoirs publics ont aussi la possibilité d'ancrer ces principes dans un instrument légal.

Trois éléments encadrent l'application du droit d'être entendu comme principe de bonne administration :

1. Il n'existe aucune disposition légale qui impose ce droit[725]. Selon une jurisprudence constante du Conseil

724 CJUE, Boudjlida, 11 décembre 2014, c-249/13, § 54.

725 Conseil d'État, 17 décembre 2010, n° 209.855.

d'État, le droit d'être entendu ne peut être invoqué qu'en l'absence de toute disposition légale en la matière[726]. Le requérant ne peut pas non plus invoquer le droit d'être entendu pour prétendre bénéficier d'une protection juridique plus favorable que celle prescrite dans la loi. Dans le cadre juridique belge relatif à l'asile et à la migration, le droit d'être entendu a un ancrage légal, entre autres pour les demandes de protection internationale. C'est aussi le cas en ce qui concerne la procédure pour les mineurs étrangers non accompagnés : l'AR de 1981 prévoit que le mineur doit être entendu pour pouvoir déterminer la solution durable la plus adéquate.

2. L'autorité publique prend une décision individuelle qui occasionne un préjudice grave pour l'intéressé.
3. La décision est basée sur le comportement personnel de l'intéressé[727]. Cet élément implique que le droit d'être entendu ne peut pas être invoqué si la mesure résulte de l'application automatique de la loi et n'a aucun lien avec le comportement personnel de l'intéressé[728]. Le même principe se retrouve dans une ancienne jurisprudence du CCE : le droit d'être entendu n'est pas applicable à la décision prise en vertu de la loi sur les étrangers (voir ci-dessous).

Ceci suppose que l'intéressé doit être invité à exposer son point de vue, en toute connaissance de cause, avant que la décision ne soit prise. Et qu'il doit non seulement avoir la possibilité de consulter le dossier, mais que les faits doivent lui être communiqués au préalable, en même temps que la décision envisagée et la nature de sa base juridique. L'intéressé doit disposer d'un délai raisonnable pour cela, en tout cas avant l'adoption de la mesure. Cela peut se faire aussi bien par écrit qu'oralement. Les autorités doivent donc entendre l'intéressé et ce dernier doit adopter une attitude coopérative pour fournir les informations pertinentes[729].

Le droit d'être entendu suppose qu'au moment de prendre la mesure, l'administration tienne compte des éléments invoqués et qu'elle les intègre dans sa motivation. Si elle ne le fait pas, elle viole l'obligation de motivation matérielle et formelle prévue à l'article 62 de la loi relative aux étrangers[730].

Toutefois, il ne s'agit pas d'un droit absolu. Il est par exemple permis de déroger à l'obligation d'entendre l'intéressé lorsqu'une intervention rapide s'impose ou que l'intéressé n'est pas joignable[731].

Si le droit d'être entendu est invoqué avec succès et que le juge constate une violation de ce principe de bonne administration, il annulera la décision administrative. Ce processus est plus souple que la sanction au niveau européen, qui impose des conditions supplémentaires (voir plus haut)[732].

3.2.2. | Le droit d'être entendu dans la jurisprudence du CCE

Désormais, le CCE applique le droit d'être entendu, comme principe général du droit de l'UE, aux décisions prises par les autorités belges en exécution de la législation européenne. C'est devenu une jurisprudence constante du CCE[733].

Le droit d'être entendu à propos d'une décision de retour

Dans des arrêts du 5 septembre 2014[734] et du 26 septembre 2014[735], le CCE suspend en extrême urgence deux ordres de quitter le territoire pour cause de violation du droit d'être entendu. Dans ces deux affaires, les étrangers avaient reçu un ordre de quitter le territoire et avaient été détenus dans un centre fermé en vue d'un rapatriement. Aucun des deux n'a été entendu préalablement à cette décision. Comme l'OE prend sa décision d'éloignement en application de la directive retour, il doit respecter la Charte et doit donc respecter le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'article 41, avant de prendre une décision individuelle préjudiciable à l'étranger. Le CCE admet qu'il s'agit d'un principe général du droit de l'UE que l'OE est tenu de respecter. Conformément à la directive retour, l'OE doit tenir compte de la vie familiale, des droits de l'enfant et de l'état de santé de l'étranger concerné.

Le Conseil souligne que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne,

726 Conseil d'État t 19 février 2009, n° 190.646; Conseil d'État 4 mars 2011, n° 211.812.
727 Conseil d'État 17 février 2011, n° 211.309.
728 S. Janssens et P. Robert, Le droit d'être entendu en matière d'asile et migration : perspectives belge et européenne, Rev. du droit des étrangers, 2013, 1.174, p.382.
729 OPDEBEEK, I., « Hoorplicht » in OPDEBEEK, I. en VAN DAMME, M., Beginselen van behoorlijk bestuur, Brugge, Die Keure, 2006, 263-273.
730 S. Janssens et P. Robert, Le droit d'être entendu en matière d'asile et migration : perspectives belge et européenne, Rev. du droit des étrangers, 2013, 1.174, p.382.
731 Conseil d'État 23 février 1999, n° 78887.
732 S. Janssens et P. Robert, Le droit d'être entendu en matière d'asile et migration : perspectives belge et européenne, Rev. du droit des étrangers, 2013, 1.174, pp.390-391.
733 CCE, arrêt n° 126158 du 24 juin 2014; CCE, arrêt n° 130247 du 26 septembre 2014; CCE, arrêt n° 128856 du 6 septembre 2014.
734 CCE, arrêt n° 128856 du 6 septembre 2014.
735 CCE, arrêt n° 130247 du 26 septembre 2014.

une violation des droits de la défense, en l'occurrence du droit d'être entendu, ne peut entraîner, en vertu du droit européen, une annulation de la décision que si cette procédure aurait pu connaître une autre issue sans cette irrégularité. Pour constater une telle irrégularité, le Conseil doit vérifier, à partir des circonstances juridiques et des faits spécifiques de la cause, s'il est en présence d'une irrégularité qui porte atteinte au droit d'être entendu à un point tel que la décision prise aurait pu être différente. Pour ce faire, il évalue si, en l'espèce, le requérant invoque des circonstances spécifiques qui, après une enquête individuelle, auraient pu influencer la délivrance d'un ordre de quitter le territoire.

Dans les deux affaires, les étrangers formaient un ménage avec un ressortissant de l'UE qui était à leur charge, mais ils n'ont pas eu l'occasion d'exposer cette situation. Dans ces deux arrêts, le CCE affirme que le droit d'être entendu doit permettre aux étrangers concernés d'exposer leur situation familiale de manière à ce que l'OE puisse en tenir adéquatement compte dans sa décision. En effet, ces éléments étaient de nature à le conduire à modifier sa décision ou à y renoncer. C'est pourquoi le CCE prononce dans les deux cas la suspension de la décision.

Le droit d'être entendu à propos d'une interdiction d'entrée

Dans un arrêt du 26 novembre 2014[736], le CCE a annulé une interdiction d'entrée parce que le droit d'être entendu n'avait pas été respecté. Dans cette affaire, un ressortissant ghanéen, qui était en séjour irrégulier, avait reçu un ordre de quitter le territoire. Simultanément, une interdiction d'entrée de deux ans lui était signifiée.

Pour déterminer la durée d'une interdiction d'entrée, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. C'est ce que stipule la loi sur les étrangers, qui met en œuvre la directive retour. Pour matérialiser l'obligation de procéder à une enquête individuelle, l'étranger doit être en mesure de faire connaître son point de vue de manière utile et effective. En effet, la décision de lui imposer une interdiction d'entrée est de nature à nuire à ses intérêts.

Le CCE affirme que, pour constater une violation du droit d'être entendu, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'administration aurait pu parvenir à une autre décision si elle avait eu connaissance d'éléments supplémentaires si le requérant avait été entendu. Il suffit que l'intéressé démontre que certains éléments auraient pu être utiles pour sa défense et pour l'élaboration de la décision.

En l'occurrence, rien dans le dossier administratif n'indiquait que l'intéressé avait été entendu au sujet de sa vie familiale, alors qu'il n'était pas contesté qu'il a été arrêté au domicile de sa compagne et de ses enfants. Si l'OE avait respecté son obligation de l'entendre, il aurait eu connaissance de ces éléments, affirme le CCE. Selon le dossier administratif, ce n'est qu'au moment de remplir le formulaire d'entrée dans le centre fermé que le requérant a indiqué être cohabitant. S'il avait été entendu, il aurait pu communiquer cette information plus tôt.

3.2.3. | Conclusion : la jurisprudence du CCE est désormais conforme à celle de la Cour de justice

Le CCE reconnaît désormais que le droit d'être entendu est applicable, comme principe général du droit de l'UE, lorsque l'administration prend une décision en exécution de la législation européenne. Cela n'a pas toujours été le cas. En 2013, le CCE affirmait encore dans de nombreux arrêts que l'article 41 de la Charte concernait expressément la bonne administration des « *institutions, organes et organismes de l'Union* » et n'était donc pas applicable aux institutions belges. À l'époque, il ne faisait pas encore le lien avec le fait qu'il s'agit d'un principe général du droit de l'UE et que les États membres sont donc tenus de le respecter en exécution du droit européen[737]. Le CCE semble avoir adopté la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne.

Par conséquent, le CCE n'annule la décision contestée que si l'intéressé peut démontrer que, sans une violation du droit d'être entendu, la procédure aurait pu connaître une autre issue. Il ressort de la jurisprudence que, dans de nombreux cas, il n'est pas facile pour la partie requérante de démontrer que l'exposé de circonstances spécifiques lors d'une audition préalable aurait pu modifier la décision contestée[738].

Avant l'arrêt M.G., N.R. du 10 septembre 2013 de la Cour de justice de l'Union européenne, on constate dans la jurisprudence du CCE que le droit d'être entendu est interprété selon les principes de bonne administration de la jurisprudence belge. En effet, ce droit ne peut être

736 CCE, arrêt n° 133847 du 26 novembre 2014.

737 CCE, n° 106.356 du 4 juillet 2014 ; CCE, n°106.875 du 17 juillet 2013; CCE, n°108.186 du 12 août 2013.

738 CCE, arrêt n° 129092 du 10 septembre 2014; CCE, arrêt n° 128355 du 28 août 2014; CCE, arrêt n° 128798 du 4 septembre 2014.

invoqué que si deux conditions sont remplies : 1) il s'agit d'une mesure individuelle susceptible de nuire gravement aux intérêts de la personne concernée et 2) la décision est basée sur le comportement personnel de l'intéressé. Dans un arrêt du 2 août 2013[739] entre autres, le CCE a estimé que, comme principe de bonne administration, le droit d'être entendu implique qu'il ne peut être pris de mesure grave fondée sur le comportement personnel de l'étranger et qui est susceptible de nuire gravement à ses intérêts, sans lui avoir donné au préalable l'occasion d'exposer utilement son point de vue.

En l'occurrence, le CCE a affirmé qu'une décision de refus de séjour de plus de trois mois, assortie d'un ordre de quitter le territoire, résulte de l'application de la loi relative aux étrangers et ne se fonde donc pas sur le comportement personnel de l'étranger. Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, l'intéressé ne devait donc pas être entendu avant la décision contestée[740]. On retrouve ce même raisonnement dans d'autres arrêts du CCE qui sont antérieurs à l'arrêt M.G./N.R[741]. Dans bon nombre de ces décisions, le CCE a déclaré que le droit d'être entendu ne s'appliquait pas aux décisions administratives prises dans le cadre de la loi sur les étrangers puisqu'elles ne reposent pas sur le comportement personnel de l'intéressé.

3.2.4. | Conclusion

Tant dans l'ordre juridique belge qu'européen, le droit d'être entendu trouve son fondement dans la jurisprudence. C'est pourquoi l'interprétation qui lui a été donnée a connu une évolution.

L'arrêt M. G., N. R. de la Cour de justice de l'Union européenne, qui concerne le droit d'être entendu en application de la directive retour, a marqué un tournant dans la jurisprudence du CCE. Auparavant, le CCE, suivant en cela la jurisprudence du Conseil d'État, n'appliquait pas le droit d'être entendu aux décisions de pure mise en œuvre de la loi sur étrangers qui n'étaient pas basées sur le comportement personnel de l'intéressé. Depuis l'arrêt M. G., N. R., suivant désormais le droit européen, le CCE applique le droit d'être entendu à toute décision individuelle préjudiciable à la personne concernée lorsque l'administration belge prend une décision en application de la législation européenne.

C'est une évolution positive. En effet, les conditions d'application belges du droit d'être entendu sont très rigides et il est souvent difficile pour l'intéressé de les invoquer. Par contre, la jurisprudence européenne est plus stricte sur l'appréciation des conséquences d'une violation du droit d'être entendu. Cette violation n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la décision, contrairement à ce qui se passe en droit belge. Pour éviter l'usage abusif des garanties procédurales, la Cour de justice adopte une interprétation rigide sur ce point. En effet, l'intéressé doit démontrer que la décision aurait pu connaître une autre issue s'il avait eu l'occasion d'être entendu. Il incombe au juge national d'évaluer cela à partir des éléments propres à la cause.

À travers cette jurisprudence de la Cour de justice, on repère également une interprétation restreinte du droit d'être entendu : ce n'est pas un droit absolu et des restrictions peuvent être justifiées à la lumière des objectifs poursuivis par la législation européenne. Pour la directive retour, cela signifie concrètement que la Cour permet de limiter les droits fondamentaux des individus concernés afin que la directive puisse avoir un effet utile, à savoir lutter contre l'immigration irrégulière.

L'ordre de quitter le territoire, éventuellement assorti d'une interdiction d'entrée, constitue souvent l'aboutissement du parcours d'un migrant. Il est donc toujours possible qu'une violation de ses droits fondamentaux soit en jeu. Le droit d'être entendu donne à l'intéressé une ultime possibilité de faire connaître à l'administration sa situation et ses griefs avant que celle-ci prenne une décision. C'est pourquoi Myria recommande qu'au moment de prendre un ordre de quitter le territoire ou une interdiction d'entrée, l'OE donne encore l'occasion au migrant d'exposer sa situation. Cela permettrait à l'intéressé de communiquer des informations dont l'OE doit tenir compte, concernant la vie de famille, l'intérêt supérieur de l'enfant (voir check list intérêt de l'enfant), l'état de santé de l'intéressé ou le principe de non-refoulement, avant de prendre une décision de retour.

Le droit d'être entendu donne à l'intéressé une ultime possibilité de faire connaître à l'administration sa situation et ses griefs avant que celle-ci prenne une décision.

Dans tous les cas Myria recommande que les autorités garantissent le droit d'être entendu à chaque étranger à qui elles veulent délivrer un ordre de quitter le territoire et qui n'a jamais introduit de procédure de séjour ou qui dispose de nouveaux éléments depuis la clôture d'une précédente procédure d'asile ou de séjour. Entendre la personne sur sa situation est nécessaire non seulement pour faire

739 CCE, arrêt n° 107938 du 2 août 2013.
740 Conseil d'État 6 mai 2009, n° 193.074; Conseil d'État 23 novembre 2009, n° 198.143; Conseil d'État 30 novembre 2009, n° 198.379.
741 CCE, arrêt n° 107 420 du 26 juillet 2013; CCE, arrêt n° 107 052 du 22 juillet 2013; CCE, arrêt n° 106 987, 19 juillet 2013; CCE, arrêt n° 106427 du 8 juillet 2013; CCE, arrêt n° 105 758, 24 juin 2013; CCE, arrêt n° 105341, 20 juin 2013.

valoir des éléments qui peuvent avoir une influence déterminante sur la décision de retour (comme son état de santé ou sa situation familiale) mais aussi pour permettre de détecter la vulnérabilité éventuelle de la personne, comme par exemple celle des (potentielles) victimes de traite des êtres humains.