

## I. Edito

### Arrêt K : détenir un étranger en séjour régulier pour l'empêcher d'entrer irrégulièrement

*Le législateur belge s'apprête à augmenter de manière significative les possibilités de placer en détention les demandeurs d'asile (notamment en vue de déterminer leur identité ou les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection) qui ont introduit leur demande après leur entrée sur le territoire<sup>1</sup>. La CJUE se penche précisément sur cette question dans un arrêt récent. Il nous semble donc important de revenir sur la légalité de cette mesure particulièrement attentatoire au droit fondamental à la liberté qu'est la détention des demandeurs de protection.*

Dans son récent arrêt K<sup>2</sup>, la CJUE a en effet examiné la légalité de la détention d'une personne étrangère en demande d'asile aux Pays-Bas. Elle conclut que la mesure de détention prise afin d'établir son identité et le fondement de sa demande de protection ne porte pas atteinte au droit à la liberté garanti dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>3</sup>. La Cour considère par cet arrêt que le motif d'« empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire », autorisé par la Convention européenne des Droits de l'Homme<sup>4</sup>, peut valablement être avancé pour légitimer la détention d'une personne autorisée à demeurer sur le territoire pendant l'examen de sa demande d'asile. Nous proposons une lecture critique de cette décision et de ses conséquences.

#### Détention pour « empêcher l'entrée irrégulière dans le territoire »

La matière ici examinée relève du droit fondamental à la liberté protégé par la Charte<sup>5</sup> qui précise lacuniquement que « toute personne a droit à la liberté et la sûreté »<sup>6</sup>. Le sens et la portée exacte de cette phrase sont à chercher<sup>7</sup> dans la disposition correspondante de la CEDH<sup>8</sup>. Pointons que les limitations du droit de l'Union ne peuvent aller au-delà de celles prévues dans la CEDH<sup>9</sup>. Le libellé du droit à la liberté de la CEDH prévoit seulement deux motifs de détention des étrangers : 1) empêcher l'entrée irrégulière, 2) si une expulsion ou une extradition est en cours<sup>10</sup>. Selon la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) la liste des motifs autorisant la détention est exhaustive et doit être limitativement et restrictivement interprétée<sup>11</sup>.

Mr K est un demandeur d'asile placé en détention afin de permettre d'établir son identité et de déterminer les éléments nécessaires pour apprécier sa demande de protection<sup>12</sup> mais cette affaire doit s'examiner uniquement sur le seul motif autorisé par les droits fondamentaux visant à « empêcher l'entrée irrégulière dans le territoire »<sup>13</sup>.

En ce qui concerne le motif « empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire », la Cour EDH réunie en Grande Chambre a précisé que « tant qu'un Etat n'a pas « autorisé » l'entrée sur son territoire, celle-ci est « irrégulière », et que la détention d'un individu souhaitant entrer dans le pays mais ayant pour cela besoin d'une autorisation dont il ne dispose pas encore peut viser – sans que la formule soit dénaturée – à « empêcher [l'intéressé] de pénétrer irrégulièrement »<sup>14</sup>. Dans cette affaire la Cour semble faire la distinction entre les notions d'entrée et celle d'admission provisoire au séjour. Il en résulte que tant que l'entrée n'a pas été formellement autorisée celle-ci reste irrégulière. Et ce même si la personne a fait l'objet ultérieurement d'une admission provisoire au séjour.

1 La Chambre, DOC 54 2548/003. Voir en particulier le nouvel article 74/6 (art. 57 du projet de loi).

2 CJUE, Arrêt K c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie du 14 septembre 2017, C-18/16.

3 Ci-après « la Charte ».

4 Ci-après « la CEDH ».

5 Art. 6 de la Charte.

6 Une lecture spontanée de ce texte nous conduit à conclure que la Charte ne prévoit aucune exception au droit à la liberté qu'elle proclame... Tel ne semble toutefois pas avoir été l'intention des rédacteurs de la Charte.

7 Art. 52 § 3 de la Charte.

8 Art. 5, CEDH.

9 « Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux », 2007/C 303/02, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32007X1214%2801%29>

10 Art. 5, § 1 f) CEDH.

11 Cour EDH, Khlaifia et autres c. Italie, § 60.

12 CJUE, arrêt K, § 20.

13 CJUE, arrêt K, § 51 et dans le même sens Conclusions de l'Avocate Générale, affaire K, § 80.

14 Cour EDH, Saadi c. Royaume-Uni, § 65 et Cour EDH, Mahamed Jama c. Malte, § 137.

Tout aussi utile pour cette affaire est l'enseignement dégagé par la Cour EDH dans un autre arrêt qui précise expressément que « *lorsqu'un État, qui est allé au-delà de ses obligations en créant d'autres droits ou un régime plus favorable – ce qu'il lui est loisible de faire en vertu de l'article 53 de la Convention, adopte de son propre chef ou en application du droit de l'Union européenne une loi autorisant expressément l'entrée et le séjour des étrangers dans l'attente de l'examen de leur demande d'asile (voir, par exemple, en ce qui concerne le droit belge, l'arrêt Kanagaratnam, précité, § 35 in fine)<sup>15</sup>, toute détention ultérieure visant à empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le pays peut soulever une question concernant la régularité de la détention au regard de l'article 5 § 1 f). En pareilles circonstances, il serait certes difficile de considérer que la mesure est étroitement liée au but de la détention et de juger la situation conforme au droit interne. En fait, il serait arbitraire, et donc contraire au but de l'article 5 § 1 f), d'interpréter des dispositions claires et précises du droit interne de manière contraire à leur sens (Longa Yonkeu c. Lettonie, no 57229/09, § 125, 15 novembre 2011). Dans l'affaire Saadi, le droit interne autorisait l'admission provisoire mais ne prévoyait pas l'octroi au requérant d'une autorisation officielle de séjour ou d'entrée sur le territoire, raison pour laquelle cette question ne s'était pas posée. Dès lors, le point de savoir à quel moment la première partie de l'article 5 cesse de s'appliquer, au motif que la personne concernée s'est vu accorder une autorisation officielle d'entrée ou de séjour, dépend largement du droit interne. »<sup>16</sup>.*

### Détention d'un « étranger en séjour régulier »

Le droit de l'Union européenne mis en cause dans la question préjudicielle posée dans l'affaire K est celui relatif aux hypothèses de détention de personnes en demande d'asile afin de vérifier leur identité ou les motifs de leur demande de protection prévues par la Directive accueil<sup>17</sup>. L'article de la loi nationale hollandaise transposant les motifs de détention de cette norme européenne précise que la personne est un « étranger en séjour régulier »<sup>18</sup>. Cette affirmation constitue également la transposition de diverses normes européennes (confirmées par la jurisprudence de la CJUE) qui précisent que les personnes en demande d'asile sont « autorisés à rester dans l'État membre » et ne peuvent être considérées comme étant en séjour irrégulier pendant l'examen de cette demande d'asile<sup>19</sup>.

### Examen par la CJUE

Dans l'arrêt K, la Cour prend appui sur la jurisprudence de la Cour EDH pour affirmer que le droit à la liberté « ne s'oppose pas à ce que des mesures nécessaires de rétention puissent être prononcées à l'encontre de ressortissants de pays tiers ayant présenté une demande de protection internationale, pourvu qu'une telle mesure soit régulière et mise en œuvre dans des conditions conformes à l'objectif consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire »<sup>20</sup>. L'essentiel du raisonnement de la CJUE<sup>21</sup> porte alors sur certaines des conditions nécessaires à toutes limitations d'un droit ou d'une liberté reconnue dans la Charte : Légalité, proportionnalité, nécessité et poursuite d'un intérêt général<sup>22</sup>. Au terme de l'examen de ses différents critères la CJUE conclut dans un ultime paragraphe que son examen de la disposition de la directive accueil qui permet de détenir des demandeurs d'asile pour déterminer leur identité ou les motifs au fondement de leur demande d'asile « n'a révélé aucun élément de nature à affecter la validité de cette disposition » au regard du droit fondamental à la liberté<sup>23</sup>.

15 L'arrêt fait référence à la disposition toujours selon laquelle une personne en demande d'asile ayant fait l'objet d'une mesure de détention et remises en liberté après les deux mois légaux est « autorisé à entrer dans le Royaume » (Art. 74/5 § 4 de la loi du 15 décembre 1980). Notons également la personne qui introduit une demande d'asile à la frontière et qui ne fait pas l'objet d'une interdiction d'entrée. Une telle personne est « est autorisé à pénétrer dans le Royaume et à y séjourner jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande d'asile » (Art. 72 § 2 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981)

16 Cour EDH, Suso Musa c. Malte, § 97.

17 Art. 8 § 3 a) et b) de la directive accueil 2013/33/UE.

18 Art. 59b et art. 8 de la loi nationale hollandaise.

19 Voir Art. 9 de la directive procédure 2013/32/UE, art. 6, § 1 de la directive accueil 2013/33/UE, le Considérant 25 de la directive procédure 2013/32/UE, le Considérant 9 de la Directive retour 2008/115/CE, l'arrêt de la CJUE Al Chodor au § 67, l'arrêt de la CJUE Arslan au § 48, les Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Arslan au § 62, les Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Cimade et Gisti aux §§ 46 et 64.

20 CJUE, arrêt K, § 52

21 Développé aux §§ 34 à 49 de l'arrêt K.

22 Art. 52 § 1 de la Charte. Nous relevons que le motif « respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés » dont l'examen justifierait selon nous l'analyse précise de la situation de séjour en droit national n'est pas clairement effectuée par la CJUE.

23 CJUE, arrêt K, § 54.

## Conclusion

La Cour n'effectue donc pas l'analyse du droit interne (pris éventuellement en transposition du droit de l'UE) requise par la jurisprudence de la Cour EDH indispensable pour déterminer si « *la personne concernée s'est vu accorder une autorisation officielle d'entrée ou de séjour* ». Ceci alors que c'est précisément l'examen de cette question qui permet de déterminer si la détention peut être effectuée au motif d' « *empêcher l'entrée irrégulière dans le territoire* ». Et dans la présente affaire cette question n'était en tout état de cause pas impertinente dès lors que Mr K était, selon le droit hollandais, « *en séjour régulier* ». En omettant cet examen, la Cour vient il nous semble diminuer le niveau de protection<sup>24</sup> offert par la disposition de la Charte garantissant le droit à la liberté. Elle valide le principe de la détention de personne en demande d'asile en vue de déterminer leur identité ou les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection ceci indépendamment de l'éventuel droit d'entrer ou de séjour dont elles peuvent bénéficier<sup>25</sup>. Nous continuons de nous poser la question de savoir comment un État peut prétendre, par une mesure de détention, empêcher l'entrée irrégulière sur son territoire alors qu'il autorise par ailleurs explicitement et officiellement la personne détenue à demeurer sur son territoire dans le cadre de l'examen de sa demande d'asile ?.

Jean-Charles Stevens, juriste ADDE a.s.b.l., [jc.stevens@adde.be](mailto:jc.stevens@adde.be)

---

<sup>24</sup> Ceci en contradiction avec les articles 53 et 54 de la Charte

<sup>25</sup> Déjà en 2008 lorsque la Cour EDH avait validé le principe de la détention d'une personne en demande d'asile cette décision avait fait l'objet d'une opinion partiellement dissidente dans laquelle ils était relevé que « *le débat théorique sur le point de savoir si tant qu'un Etat n'a pas autorisé l'entrée sur son territoire, celle-ci est irrégulière apparaît sans réelle pertinence en l'espèce dans la mesure où, en fait, le requérant a été admis sur le territoire* » (Cour EDH, Saadi c. Royaume-Uni, Opinion en partie dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN et HIRVELÄ)