

Affaire C-39/21 PPU

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

26 janvier 2021

Juridiction de renvoi :

Rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch (Pays-Bas)

Date de la décision de renvoi :

26 janvier 2021

Partie requérante :

X

Partie défenderesse :

Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid

Jugement

RECHTBANK DEN HAAG (tribunal de La Haye, Pays-Bas)

siégeant à Bois-le-Duc

en matière administrative

[OMISSIS] DÉCISION DE RENVOI

Jugement de la chambre à juge unique du 26 janvier 2021 dans l'affaire opposant

[demandeur], né le [date de naissance] 1973, de nationalité marocaine, demandeur,

[OMISSIS]

et

le staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (secrétaire d'État à la Justice et à la Sécurité, Pays-Bas), défendeur

[OMISSIS]

Demande préjudicielle d’urgence (PPU) :

Demande formée au titre de l’article 267 TFUE¹ et tendant à ce que la Cour réponde aux questions préjudicielles suivantes, en recourant à la procédure d’urgence prévue à l’article 23 bis du statut de la Cour de justice de l’Union européenne et à l’article 107 du règlement de procédure de la Cour :

I. Eu égard à l’article 47, lu en combinaison avec les articles 6 et 53, de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après la « Charte »)² ainsi que dans le contexte de l’article 15, paragraphe 2, initio et sous b), de la directive « retour »³, de l’article 9, paragraphe 3, de la directive « accueil »⁴ et de l’article 28, paragraphe 4, du règlement « Dublin III »⁵, les États membres peuvent-ils organiser la procédure judiciaire permettant de contester le placement en rétention d’un ressortissant étranger ordonné par les autorités de telle manière qu’il est interdit au juge d’examiner et d’apprécier d’office tous les aspects de la légalité de la rétention et, s’il constate d’office que la rétention est illégale, de mettre fin immédiatement à cette rétention illégale et d’ordonner la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger ? Si la Cour estime qu’une telle réglementation nationale est incompatible avec le droit de l’Union, cela signifie-t-il également que, si le ressortissant étranger demande au juge sa remise en liberté, celui-ci est toujours tenu d’examiner et d’apprécier d’office, de manière active et approfondie, tous les faits et éléments pertinents de la légalité de la rétention ?

II. Compte tenu de l’article 24, paragraphe 2, de la Charte, lu en combinaison avec l’article 3, point 9, de la directive « retour », l’article 21 de la directive « accueil » et l’article 6 du règlement « Dublin III », la réponse à la première question est-elle différente si le ressortissant étranger placé en rétention par les autorités est mineur ? [Or. 2]

¹ Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne.

² JO 2007, C 303, p. 1.

³ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO 2008, L 348, p. 98, ci-après la « directive “retour” »).

⁴ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l’accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte) (JO 2013, L 180, p. 96, ci-après la « directive “accueil” »).

⁵ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l’État membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (JO 2013 L 180, p. 31, ci-après le « règlement “Dublin III” »).

III. Le droit à un recours effectif garanti par l'article 47, lu en combinaison avec les articles 6 et 53, de la Charte et dans le contexte de l'article 15, paragraphe 2, initio et sous b), de la directive « retour », de l'article 9, paragraphe 3, de la directive « accueil » et de l'article 28, paragraphe 4, du règlement « Dublin III » implique-t-il que le juge, à chaque degré de juridiction, lorsqu'un ressortissant étranger lui demande la levée de la rétention et sa remise en liberté, doit assortir toute décision sur cette demande d'une motivation au fond suffisante si le recours a, par ailleurs, été conçu de la manière dont il l'est aux Pays-Bas ? Si la Cour estime incompatible avec le droit de l'Union une pratique judiciaire nationale dans laquelle la juridiction de second et donc dernier ressort peut [Or. 3] se contenter de statuer sans aucune motivation au fond, compte tenu de la manière dont ce recours a par ailleurs été conçu aux Pays-Bas, cela signifie-t-il alors que ce pouvoir de la juridiction qui statue en second et donc dernier ressort dans des affaires en matière d'asile et des affaires ordinaires de droit des étrangers doit également être considéré comme étant incompatible avec le droit de l'Union, eu égard à la situation vulnérable du ressortissant étranger, aux intérêts importants en jeu dans les procédures en matière de droit des étrangers et à la constatation que, contrairement à toutes les autres procédures administratives, s'agissant de protection juridictionnelle, ces procédures connaissant les mêmes faibles garanties procédurales pour le ressortissant étranger que la procédure de rétention ? Compte tenu de l'article 24, paragraphe 2, de la Charte, la réponse à ces questions est-elle différente si le ressortissant étranger qui conteste en justice une décision des autorités en matière de droit des étrangers est mineur ?

Conformément à l'article 107, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, la juridiction de céans entend proposer à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées de la manière suivante :

I. L'article 47, lu en combinaison avec les articles 6 et 53, de la Charte ainsi que dans le contexte et au vu de la finalité de la directive « retour », de la directive « accueil » et du règlement « Dublin III », doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui interdit au juge d'examiner et d'apprécier d'office tous les aspects de la légalité de la rétention et, s'il constate d'office que la rétention est illégale, de mettre fin immédiatement à cette rétention illégale et d'ordonner la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger. Si le ressortissant étranger demande en justice la levée de la rétention et sa remise en liberté, le juge est toujours tenu d'examiner et d'apprécier d'office, de manière active et approfondie, tous les faits et éléments pertinents de la légalité de la rétention et, s'il constate son illégalité, de mettre fin immédiatement à cette rétention illégale et d'ordonner la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger.

II. L'article 47, lu en combinaison avec les articles 6, 24 et 53 de la Charte, ainsi que dans le contexte et au vu de la finalité de la directive « retour », de la directive « accueil » et du règlement « Dublin III », doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un ressortissant étranger mineur demande en justice la levée de la rétention et sa remise en liberté, le juge est tenu d'examiner et d'apprécier

d'office, de manière approfondie et active, tous les faits et éléments pertinents de la légalité de la rétention, le juge étant toujours tenu de mettre fin immédiatement à la rétention si elle est illégale, de sorte que la remise en liberté du mineur est immédiatement ordonnée.

III. L'article 47 de la Charte, lu en combinaison avec les articles 6 et 53 de la Charte ainsi que dans le contexte et au vu de la finalité de la directive « retour », de la directive « accueil » et du « règlement Dublin III », doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui accorde à la juridiction statuant en second et dernier ressort sur le placement en rétention des ressortissants étrangers le pouvoir de ne pas assortir sa décision d'une motivation au fond suffisante, si cela s'écarte d'une obligation de motivation qui a été imposée dans cet État membre pour toutes les autres procédures administratives, pénales et civiles.

L'article 47 de la Charte, lu dans le contexte et au vu de la finalité des dispositions pertinentes de droit des étrangers en droit de l'Union, doit être interprété en ce sens que l'accès à la justice, dans le cas où un ressortissant étranger conteste en justice une décision des autorités en matière de droit des étrangers, comprend également le droit à une décision motivée au fond de la juridiction statuant en second et dernier ressort, à tout le moins dans la mesure où, dans cet État membre, toutes les autres [Or. 4] procédures juridictionnelles administratives, pénales et civiles sont soumises à une obligation de motivation.

L'article 47, lu en combinaison avec l'article 24, paragraphe 2, de la Charte, ainsi que dans le contexte et au vu de la finalité des dispositions pertinentes du droit des étrangers en droit de l'Union, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un ressortissant étranger mineur conteste en justice une décision des autorités en matière de droit des étrangers, le juge est – toujours – tenu de motiver au fond sa décision de manière à permettre au mineur, à tout le moins par l'intermédiaire d'un avocat qui fournit l'assistance juridique, de comprendre les raisons pour lesquelles il est fait droit ou non à sa demande.

Motivation de l'urgence (PPU), conformément à l'article 107 du règlement de procédure de la Cour

Le renvoi préjudiciel porte sur l'interprétation de dispositions du droit de l'Union relevant des domaines visés au titre V de la troisième partie du traité FUE, relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Le demandeur se trouve en rétention depuis le 1^{er} novembre 2020, il est donc privé de liberté, au moment de la présente décision de renvoi, depuis presque trois mois, de sorte que la circonstance visée à l'article 267, quatrième alinéa, TFUE est en cause.

La réponse de la Cour aux questions préjudicielles aura une incidence directe et décisive sur l'issue du litige au principal et peut-être sur la fin ou le maintien de la

rétenion. La procédure nationale dans le cadre de laquelle le demandeur a contesté sa rétenion a été suspendue jusqu'à ce que la Cour ait répondu aux questions, mais en même temps les autorités préparent bien la reconduite à la frontière du demandeur.

Les questions préjudicielles portent sur la portée et l'intensité des modalités de contrôle juridictionnel de la mesure de rétenion. Dans la pratique judiciaire nationale, il est actuellement interdit à un juge, lorsqu'il constate d'office l'illégalité de la rétenion, d'y mettre immédiatement fin et d'ordonner la libération immédiate du ressortissant étranger concerné.

Il ne saurait être exclu que la réponse que la Cour apportera aux questions préjudicielles impliquera qu'un juge soit tenu d'examiner d'office tous les faits et éléments de la légalité de la rétenion afin de respecter ainsi ses obligations au titre du droit de l'Union d'assurer une protection juridictionnelle effective et, sur ce fondement, de mettre immédiatement fin à une rétenion illégale et d'ordonner la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger concerné.

Jusqu'à ce que la Cour réponde à ces questions, il n'est pas exclu qu'un ressortissant étranger ait été illégalement privé de sa liberté alors que la juridiction le reconnaît, mais que la rétenion illégale persiste néanmoins parce que les faits et les éléments qui permettent précisément de conclure à l'illégalité de la rétenion n'ont pas été expressément invoqués par le ressortissant étranger ou en son nom.

En ce qui concerne les ressortissants étrangers mineurs, cette pratique judiciaire nationale n'opère aucune distinction. **[Or. 5]**

En outre, il existe une divergence dans la jurisprudence quant à la question de savoir si, à la lumière du droit de l'Union, il y a lieu de procéder à une appréciation d'office de la légalité de la rétenion, d'autant plus que l'Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (section du contentieux administratif du Conseil d'État, Pays-Bas, ci-après l'« Afdeling ») a saisi la Cour, le 23 décembre 2020⁶, d'une question préjudicielle à ce sujet. La juridiction de céans estime que cette divergence est particulièrement peu souhaitable, car elle entraîne une insécurité juridique et une inégalité des droits. Le ressortissant étranger ne peut pas déterminer lui-même la juridiction devant laquelle il introduit son action, alors que l'intensité de l'appréciation de la légalité de la rétenion sera déterminée en fonction de la juridiction et du juge qui aura à connaître de son affaire.

Demande de jonction et demande de fixation d'une audience

Le 23 décembre 2020, l'Afdeling a saisi la Cour d'une demande de traitement accéléré (PPA) d'une demande de décision préjudicielle portant sur les mêmes

⁶ ECLI:NL:RVS:2020:3034.

questions de droit que celles qui se posent dans le cadre de la présente procédure ⁷. La juridiction de céans demande à la Cour de joindre les deux demandes de décision préjudicielle, pour cause de connexité, conformément à l'article 54 du règlement de procédure de la Cour, aux fins de la phase orale de la procédure et de l'arrêt mettant fin à l'instance.

La juridiction de céans demande à la Cour de fixer une audience publique. Les questions préjudicielles portent sur le pouvoir et l'obligation du juge s'agissant de l'appréciation de la légalité de la rétention d'un ressortissant étranger et de la question de la conformité de la pratique judiciaire nationale à cet égard au droit de l'Union.

Les questions posées portent sur l'étendue de la mission qu'a le juge d'accorder une protection juridictionnelle aux ressortissants étrangers individuels qui forment un recours contre les autorités. Or, ce sont les deux parties à la procédure qui sont le mieux à même d'éclairer la Cour sur les conséquences pour les ressortissants étrangers de la pratique judiciaire nationale, et une procédure orale contribuera donc à une meilleure compréhension de l'affaire et des intérêts en cause.

Une procédure orale permettra à la Cour d'investiguer pleinement les effets de la pratique judiciaire nationale et d'en tenir compte dans l'interprétation des dispositions du droit de l'Union sollicitée par la juridiction de céans. La Cour sera également en mesure, lors d'une audience, d'interroger expressément et de manière approfondie les autorités sur les raisons pour lesquelles il est toujours interjeté appel lorsqu'un juge examine d'office la légalité de la rétention en dépit de l'interdiction imposée par la pratique nationale. L'attitude procédurale des autorités consiste toujours à s'opposer à une extension de la possibilité pour un juge d'accorder une protection juridictionnelle à des ressortissant étrangers individuels qui sont placés en rétention par ces mêmes autorités. La juridiction de céans constate que les autorités n'ont jamais précisé dans le cadre de procédures judiciaires nationales quel intérêt elles ont à agir ainsi. Lorsque les autorités interjettent appel en faisant valoir, à titre principal, qu'il est interdit au juge d'apprécier d'office la légalité de la rétention, jusqu'ici l'Afdeling donne toujours – sauf dans les deux affaires dans lesquelles l'Afdeling a actuellement soumis une demande de décision préjudicielle à la Cour – gain de cause aux autorités, annule la décision du juge sur la base de cette motivation et n'examine pas au fond l'appréciation de la légalité de la rétention effectuée d'office par le juge.

Les autorités ont manifestement un intérêt au maintien de l'interdiction d'un contrôle juridictionnel plus poussé des mesures de placement en rétention de ressortissants étrangers. L'Afdeling n'interroge pas les autorités à ce sujet et, si elle en fait la demande, la juridiction de céans ne reçoit pas de réponse à ce sujet.
[Or. 6]

⁷ ECLI:NL:RVS:2020:3034.

Résumé

Ni le droit de l'Union ni la CEDH ne contiennent de dispositions relatives à l'intensité du contrôle et de l'appréciation par le juge de la légalité de la rétention. Les États membres peuvent, compte tenu du principe de l'autonomie procédurale, organiser eux-mêmes une procédure dans le cadre de laquelle le ressortissant étranger peut demander au juge sa remise en liberté.

Dans la pratique judiciaire nationale, il est actuellement interdit au juge d'examiner d'office les faits et éléments pertinents de la légalité de la rétention et d'en tenir compte d'office dans sa décision lorsqu'un ressortissant étranger demande sa remise en liberté. Le juge n'est compétent que pour examiner et apprécier les faits et circonstances invoqués par le ressortissant étranger ou en son nom. Ce n'est que si ces faits et circonstances amènent à conclure que la rétention est illégale que le juge a le pouvoir d'y mettre fin et d'ordonner la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger, et qu'il est tenu de le faire.

Partant, actuellement, même si l'accès (rapide) à la justice est garanti, le juge, s'il constate « seulement » d'office que la rétention est illégale, doit maintenir cette rétention illégale parce que la législation nationale et l'interprétation de celle-ci par l'Afdeling lui interdisent d'accorder une protection juridictionnelle effective et de garantir l'effectivité du droit fondamental à la liberté consacré par la Charte. Cela vaut tout autant si le ressortissant étranger placé en rétention est mineur.

La question qui se pose est de savoir si cette pratique judiciaire nationale est conforme au droit de l'Union, en tenant compte à cet égard de l'obligation imposée au juge en vertu du droit de l'Union de mettre immédiatement fin à une rétention illégale et d'ordonner la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger.

À cet égard, la juridiction de céans demande à la Cour une interprétation plus précise de l'article 47, lu en combinaison avec l'article 6, l'article 24, paragraphe 2, et l'article 53 de la Charte, ainsi que des dispositions pertinentes de la directive « retour », de la directive « accueil » et du règlement « Dublin III ».

La procédure judiciaire nationale permettant de s'opposer à la rétention comporte, du point de vue de la protection juridictionnelle, un certain nombre de garanties procédurales. La question qui se pose est de savoir si ces garanties, indépendamment de la question de savoir si la Cour déduit du droit de l'Union une obligation pour le juge d'apprécier d'office la légalité de la rétention, suffisent pour considérer que la procédure de rétention dans son ensemble, sur le plan matériel, est un recours effectif. La juridiction de céans attire l'attention sur les exceptions procédurales prévues par la pratique judiciaire nationale qui valent – exclusivement – en matière de droit des étrangers, y compris la procédure de rétention. À cet égard, la juridiction de céans interroge la Cour sur la conformité au droit de l'Union d'une réglementation nationale qui prévoit une exception à l'obligation de motivation pour la juridiction de second et dernier ressort, qui

dispose d'un pouvoir légal de se limiter à statuer sans aucune motivation au fond, mais avec seulement une motivation dite « abrégée », exception qui est donc limitée aux procédures de rétention et autres procédures en matière de droit des étrangers.

Déroulement de la procédure

Par décision du 1^{er} novembre 2020, le défendeur a imposé au requérant la mesure de rétention prise sur la base de l'article 59, paragraphe 1, initio et sous a), de la Vreemdelingenwet (loi de 2000 sur les étrangers, ci-après la « Vw »). [Or. 7]

[La juridiction de céans], s'est prononcé[e] le 14 décembre 2020 sur le recours contre l'imposition de la mesure de rétention et a déclaré ce recours non fondé. Le demandeur a interjeté appel de ce jugement. Au moment de l'instruction d'audience dans la présente procédure, il n'a pas encore été statué en appel.

Le demandeur a introduit, le 8 janvier 2021, un recours contre le maintien de la mesure de rétention. Ce recours doit également être considéré comme une demande de dommages et intérêts.

[déroulement de la procédure] [OMISSIS] [Or. 8] [OMISSIS]

Considérations

- 1 Dans la mesure de rétention, le défendeur a considéré que la mesure nécessitée par l'ordre public, parce qu'il existait un risque que le demandeur se soustraisse au contrôle et qu'il évite ou empêche la préparation du départ ou de la procédure de reconduite à la frontière. Par jugement du 14 décembre 2020, la juridiction de céans s'est prononcée sur le recours contre l'imposition de la mesure et l'a déclaré non fondé. L'enquête préliminaire en vue de ce jugement a été clôturée le 7 décembre 2020. Dans la présente procédure, dans le cadre de laquelle le demandeur conteste le maintien de la rétention, la juridiction de céans, pour apprécier la légalité de la rétention, tiendra compte de la période allant du 8 décembre 2020 jusqu'à la clôture de l'enquête.
- 2 Le demandeur a étayé sa demande de remise en liberté en invoquant, de manière motivée, l'absence de perspective d'une reconduite à la frontière dans un délai raisonnable. En réponse, le défendeur a indiqué que la procédure de demande d'un document de voyage de remplacement est toujours en cours et que les autorités marocaines n'ont pas indiqué qu'aucun document de voyage ne serait fourni.

Introduction

- 3 La juridiction de céans estime nécessaire d'obtenir de la Cour, avant d'examiner le recours, des éclaircissements sur la portée de son obligation et de son pouvoir lors de l'examen et de l'appréciation de la légalité de la mesure de rétention. La

question qui se pose est de savoir comment la juridiction de céans doit examiner et apprécier, eu égard au droit de l'Union et à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « CEDH »), la légalité de la rétention si le ressortissant étranger demande à être remis en liberté⁸. Le ressortissant étranger a accès au juge auquel il peut demander à être remis en liberté et il peut présenter des arguments à cet égard. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si le juge, pour respecter les obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union, compte tenu de l'importance de la mesure habeas corpus, doit d'office examiner et apprécier au fond la légalité de la rétention si le ressortissant étranger demande à être remis en liberté. La juridiction de céans demande à la Cour de répondre à cette question en expliquant si la procédure nationale de rétention offre un recours effectif.

- 4 Par décision du 23 décembre 2020 relative à la question de savoir si, sur la base du droit de l'Union, **[Or. 9]** il convient de considérer qu'il existe une obligation de procéder à un contrôle d'office de la mesure de rétention, l'Afdeling a soumis une question préjudicielle à la Cour. Normalement, l'intention de poser des questions préjudicielles est communiquée, sur la base d'accords non contraignants entre les juridictions statuant en matière administrative, à toutes les autres juridictions afin de leur permettre d'indiquer qu'elles envisagent de poser des questions préjudicielles comparables, de sorte que les questions peuvent être jointes pour être présentées à la Cour. La juridiction de céans constate que l'Afdeling, contrairement à son habitude, ne l'a pas fait avant cette décision de renvoi. La juridiction de céans n'a donc pas eu la possibilité de demander à l'Afdeling de soumettre des questions supplémentaires à la Cour, indépendamment du fait que cela aurait été difficile car la décision de renvoi de l'Afdeling concerne deux recours en appel formés par le défendeur contre des jugements de la juridiction de céans précisément. La juridiction de céans se voit donc dans l'obligation de former un renvoi préjudiciel autonome afin de pouvoir soumettre pleinement à la Cour les questions de droit qui se posent dans la pratique judiciaire nationale, à savoir si l'interdiction du contrôle d'office par le juge d'une mesure de rétention, existant dans la législation nationale et interprétée en ce sens par l'Afdeling, est conforme au droit de l'Union.
- 5 L'Afdeling a posé la question de savoir si « [l]e droit de l'Union et plus précisément l'article 15, paragraphe 2, de la directive "retour" (directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO 2008, L 348, p. 98) et l'article 9 de la directive "accueil" (directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO 2013, L 180, p. 96), lus

⁸ Par « ressortissant étranger », on entend également un ressortissant de l'Union dont le droit de séjour dans l'État membre imposant la rétention a pris fin et qui peut être placé en rétention aux fins de la reconduite à la frontière pour des raisons relevant du droit des étrangers, voir également arrêt du 14 septembre 2017, Petrea (C-184/16, EU:C:2017:684).

conjointement avec l'article 6 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JO 2007, C 303, p. 1), imposent-il au juge de procéder à un contrôle d'office en ce sens qu'il est tenu d'apprécier de sa propre initiative (d'office) si l'ensemble des conditions de la détention ont été respectées, notamment les conditions dont la violation n'a pas été soulevée par le ressortissant étranger alors qu'il en avait effectivement la possibilité ? »

- 6 Les questions de la juridiction de céans portent sur l'étendue et la portée du droit fondamental à un recours effectif et sur la protection juridictionnelle effective que le juge doit accorder si les autorités privent (temporairement) une personne de son droit fondamental à la liberté pour des raisons relevant du droit des étrangers. La juridiction de céans constate que l'Afdeling, dans sa décision de renvoi comptant 25 pages, n'a pas mentionné l'article 47 de la Charte dans le cadre juridique sur lequel elle fonde sa jurisprudence et son renvoi. Au point 6.5, l'Afdeling se limite à observer que les explications relatives à la charte des droits fondamentaux⁹ indiquent que l'article 6 de la Charte garantit également le droit à un recours effectif, et [que] l'article 6 de la Charte pourrait accorder une protection plus étendue que ce que l'Afdeling déduit de l'article 5 de la CEDH.
- 7 La juridiction de céans est consciente de l'importance accordée à l'autonomie procédurale des États membres, telle qu'elle a été confirmée à plusieurs reprises par la Cour dans sa jurisprudence constante, ainsi que des conditions d'équivalence et d'effectivité qui s'imposent à cette fin¹⁰. Toutefois, elle cherche à connaître comment ce principe s'articule avec la portée de la protection juridictionnelle que le juge doit accorder si les autorités d'un État membre placent un ressortissant étranger en rétention sur le fondement de la directive « retour », de la directive « accueil » ou du règlement « Dublin III », portant ainsi atteinte au droit fondamental d'un individu à la liberté. Dans les développements qui suivent, la juridiction de céans exposera les conséquences auxquelles aboutit, dans la pratique judiciaire nationale, le fait d'accorder une plus grande importance à l'autonomie procédurale des États membres qu'à l'obligation pour le juge d'accorder une protection juridictionnelle en appréciant d'office la légalité de la rétention. La juridiction de céans précisera également dans ses motifs pourquoi la question de droit se pose, en vertu du droit de l'Union et de la CEDH, de savoir si cette pratique judiciaire nationale prévoit un recours effectif ; elle indiquera ensuite, en posant les questions en interprétation des dispositions qu'elle estime pertinentes, qu'elle considère que tout juge est tenu, quel que soit le cadre de contrôle juridique prévu par le droit national, de garantir que les droits fondamentaux de l'individu soient pleinement efficaces dans le cadre d'une procédure intentée par le ressortissant étranger contre les autorités qui (le) privent (temporairement) du droit fondamental à la liberté pour des raisons relevant du droit des étrangers.

⁹ JO 2007, C 303, p. 17.

¹⁰ Voir, par exemple, arrêt du 9 septembre 2020, Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure – Délai de recours), C-651/19, EU:C:2020:681.

- 8 Le droit national prévoit que, en matière de procédures administratives, le juge statue en se fondant sur le recours, les pièces produites, l’instruction préalable et l’examen de l’affaire à l’audience. Le juge complète d’office les moyens de droit et peut compléter d’office les faits ¹¹. Il ressort de l’exposé des motifs de cette disposition législative **[Or. 10]** que, par celle-ci, le législateur a entendu accorder une protection juridictionnelle à l’individu qui conteste une décision de l’administration ¹². Le législateur national a choisi d’intégrer au droit administratif la procédure de contestation de la rétention. L’Afdeling a toujours interprété cette disposition législative en ce sens qu’il est *interdit* à un juge d’examiner d’office, au fond, la légalité de la rétention et, s’il constate que la rétention est illégale, de mettre fin immédiatement à cette rétention et d’ordonner la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger. Dans sa jurisprudence constante, l’Afdeling a seulement permis que le juge contrôle d’office les prescriptions relatives à l’accès à la justice, les règles de compétence et les dispositions relatives au droit à un procès équitable. L’Afdeling a toujours indiqué à cet égard que seuls les faits et circonstances expressément invoqués par le ressortissant étranger ou en son nom pour soutenir qu’il y a lieu de mettre fin à la rétention peuvent être examinés par le juge lors du contrôle de la mesure de placement en rétention d’un ressortissant étranger adoptée par les autorités. L’Afdeling a également toujours estimé que cette interprétation s’appliquait tout autant si les ressortissants étrangers placés en rétention étaient mineurs.
- 9 L’Afdeling a considéré, sur le fondement de la législation nationale, qu’il était interdit au juge d’apprécier d’office la légalité. La juridiction de céans constate que l’Afdeling, dans sa décision de renvoi du 23 décembre 2020, se borne à interroger la Cour sur une éventuelle obligation en vertu du droit de l’Union de contrôler d’office la rétention. Toutefois, l’Afdeling n’a pas expressément envisagé que – contrairement à sa jurisprudence constante – un pouvoir de contrôle d’office était désormais admis pour le juge, de sorte que la juridiction de céans en tiendra compte dans les questions en interprétation du droit de l’Union qu’elle adressera à la Cour. À cet égard, la juridiction de renvoi considère que, si la Cour se limitait à déduire du droit de l’Union un pouvoir de contrôle d’office, cela pourrait conduire, dans la pratique judiciaire nationale, à l’arbitraire, à une inégalité de droit et à une insécurité juridique. Pour le ressortissant étranger, la question de savoir si ce pouvoir sera exercé dépendra alors de la juridiction saisie de son affaire et du juge individuel qui sera chargé d’apprécier le recours contre la rétention, étant entendu que le ressortissant étranger n’a aucun choix à cet égard. La juridiction de céans invite la Cour à en tenir compte dans l’interprétation de l’étendue et de la portée du droit fondamental à un recours effectif.

¹¹ Article 8:69 Algemene wet bestuursrecht (code de droit administratif, ci-après également l’« Awb »).

¹² Kamerdossiers II 1991/92, 22 495, n° 3.

Le droit à la liberté et la privation de celui-ci pour des raisons relevant du droit des étrangers

- 10 L'article 52, paragraphe 3, de la Charte dispose que, dans la mesure où celle-ci contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention, cette disposition ne faisant pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.
- 11 L'article 5, paragraphe 1, de la CEDH et l'article 6 de la Charte consacrent le droit fondamental à la liberté. L'article 5, paragraphe 1, de la CEDH prévoit également que nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans certains cas limitativement énumérés et selon les voies légales. L'article 52, paragraphe 1, de la Charte prévoit que toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Ainsi, la Charte et la CEDH permettent que le droit fondamental à la liberté puisse être retiré ou limité.
- 12 La directive « retour », la directive « accueil » et le règlement « Dublin III » permettent également aux autorités de priver un ressortissant étranger de sa liberté.
- 13 La juridiction de céans constate que la directive « retour », la directive « accueil » et le règlement « Dublin III » ne contiennent aucune disposition relative aux modalités et à l'intensité du contrôle de la rétention par un juge. En revanche, la directive « retour », la directive « accueil » et le règlement « Dublin III » énumèrent limitativement les motifs pour lesquels les autorités peuvent placer un ressortissant étranger en rétention [Or. 11] et, partant, le priver (temporairement) de sa liberté. Ces actes précisent également dans quels faits et circonstances les autorités peuvent placer un ressortissant étranger en détention.
- 14 La juridiction de céans rappelle, en outre, les dispositions suivantes :

Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. (article 5, paragraphe 4, CEDH) ;

Le ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale. (article 15, paragraphe 2, sous b), deuxième alinéa, directive « retour ») ;

Lorsque, à la suite du contrôle juridictionnel, le placement en rétention est jugé illégal, le demandeur concerné est libéré immédiatement (article 9, paragraphe 3, deuxième alinéa, directive « accueil ») ;

En ce qui concerne les conditions de placement en rétention et les garanties applicables aux personnes placées en rétention, (...) [l'article] 9, (...) de la directive 2013/33/UE [s'applique] (article 28, paragraphe 4, règlement Dublin).

- 15 De même, la législation nationale prévoit des dispositions analogues qui obligent le juge à ordonner la levée de la mesure si, dans le cadre du recours, il estime que l'application ou l'exécution de la mesure (ou du maintien de celle-ci) est contraire à la loi ou ne se justifie pas lors d'une mise en balance de tous les intérêts en présence ¹³.
- 16 Les dispositions susmentionnées de la CEDH et du droit de l'Union imposent de manière impérative que, si la rétention n'est pas (ou plus) légale, il doit y être mis fin immédiatement et le ressortissant étranger doit être immédiatement remis en liberté. La juridiction de céans constate que ces dispositions sont formulées de manière si claire qu'elles ne nécessitent pas d'explication supplémentaire. En effet, il est tout à fait clair que, si la rétention n'est pas légale, il doit immédiatement y être mis fin et que cette obligation, outre le fait que les autorités doivent elles-mêmes mettre fin immédiatement à la mesure de restriction de liberté dès qu'elles reconnaissent qu'elle est illégale, s'impose au juge si le ressortissant étranger conteste en justice la violation de son droit fondamental à la liberté. La juridiction de céans constate également que ces dispositions ne contiennent aucune condition ou réserve selon laquelle cette obligation ne vaudrait pas pour le juge si, dans le cadre d'une procédure, aucune circonstance ou argument dont il ressort que le placement en rétention n'est pas légal n'est invoqué par le ressortissant étranger ou en son nom. Cela signifie, selon la juridiction de céans, que, dès que les circonstances énumérées par la directive « retour », la directive « accueil » et le règlement « Dublin III » cessent d'exister, la rétention n'est donc pas (ou plus) légale et le juge, qui est tenue d'agir conformément au droit de l'Union, doit donc immédiatement mettre fin à cette rétention illégale.
- 17 La juridiction de céans se trouve confrontée à la question de savoir ce que cela implique quant aux modalités et à l'intensité de l'appréciation de la légalité par le juge et quelle est, ainsi, l'étendue de la protection juridictionnelle que le juge doit accorder à un ressortissant étranger qui demande à être remis en liberté.

Modalités et intensité de l'appréciation de la légalité du placement en rétention par le juge

- 18 La juridiction de renvoi considère que la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH ») n'a jamais expressément jugé dans sa jurisprudence que le juge est toujours obligé de contrôler d'office tous les aspects de la légalité de la rétention. La Cour EDH n'a jamais jugé non plus qu'un tel droit à une appréciation d'office par un juge découle de la CEDH. [Or. 12]

¹³ Article 94, paragraphe 6, de la Vw et article 96, paragraphe 3, de la Vw.

- 19 Toutefois, la juridiction de céans n'a pas connaissance d'une décision de la Cour EDH relative à une plainte concernant le maintien d'une rétention illégale au motif que le juge, tout en constatant d'office cette illégalité, n'aurait pas mis fin à cette situation en raison d'une interdiction imposée par la pratique judiciaire nationale. Dans la mesure où l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH prévoit que, en cas de rétention illégale, l'individu « shall be released », il ne saurait donc être déduit que la Cour EDH ne constaterait aucune violation du droit fondamental à la liberté si le ressortissant étranger était et restait illégalement en rétention parce que tant les autorités administratives que les autorités judiciaires auraient fait perdurer cette atteinte illégale au droit à la liberté, alors que le juge était pleinement conscient du caractère illégal de la rétention. Le fait que la Cour EDH n'a jamais considéré textuellement que l'accès à la justice, intégré dans le droit à la liberté, implique que le juge soit d'office en mesure ou d'office tenu d'ordonner la remise en liberté immédiate si la rétention est illégale ne signifie donc pas que la pratique judiciaire nationale n'est pas susceptible d'être en contradiction avec l'article 5 de la CEDH et ne donnerait pas lieu à une plainte fondée. Il semble plutôt à la juridiction de renvoi qu'il découle de manière si évidente de l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH que le juge est tenu de mettre fin à une rétention illégale et d'ordonner la remise en liberté immédiate qu'il n'y a pas lieu d'en discuter expressément. À cet égard, il convient de partir de la prémisse que le ressortissant étranger dispose d'un droit fondamental à la liberté. À titre exceptionnel, les autorités peuvent, pour des raisons relevant du droit des étrangers, porter atteinte à ce droit fondamental dans des situations prévues par la loi. C'est donc aux autorités qu'il incombe de démontrer que cette atteinte est légale. En effet, il est parfaitement logique, et il s'agit d'un principe général du droit, qu'une partie à une procédure qui prétend pouvoir invoquer une exception à la règle principale doit également le justifier. Cela vaut d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté car, dans ce cas, l'exception à la règle principale a des conséquences très lourdes et, en outre, les parties à la procédure ne sont pas en position d'égalité. En effet, ce sont les autorités qui dérogent au droit fondamental à la liberté d'un ressortissant étranger individuel. La juridiction de céans invite la Cour à expliquer si la charge de la preuve de la thèse selon laquelle l'atteinte à la liberté est permise incombe effectivement aux autorités. Cela signifie, en effet, que, quels que soient les arguments invoqués par le ressortissant étranger, les autorités doivent convaincre le juge de la légalité du placement en rétention dès que le ressortissant étranger le saisit d'une action contre son placement en rétention. Si la Cour partage ce raisonnement de la juridiction de céans, il résulte déjà de l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH qu'elle a l'obligation d'examiner et d'apprécier d'office la légalité du placement en rétention et, en tout état de cause, de ne pas se limiter aux faits et circonstances invoqués par les ressortissants étrangers ou en leur nom.
- 20 Une pratique judiciaire nationale interdisant au juge d'exécuter son obligation de mettre fin immédiatement à une rétention illégale, alors que le contrôle juridictionnel figure dans la même disposition que celle garantissant le droit fondamental à la liberté, apparaît ainsi contraire à l'article 5 de la CEDH. Au point 9 de la décision de renvoi du 23 décembre 2020, l'Afdeling, pour motiver sa

demande de traitement accéléré a notamment indiqué que la réponse à la question préjudicielle était susceptible de réduire la durée d'une privation de liberté éventuellement illégale dans toutes les procédures concernant des ressortissants étrangers actuellement en rétention. L'Afdeling semble ainsi reconnaître que la pratique judiciaire nationale est effectivement susceptible de conduire à ce qu'une rétention illégale puisse perdurer, en dépit de l'accès à la justice garanti par l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH, mais elle n'y voit – manifestement – pas de raison de considérer que cette pratique judiciaire nationale est contraire à l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH. En effet, ainsi qu'il ressort de son ordonnance de renvoi, l'Afdeling ne soumet une question préjudicielle à la Cour que parce que l'article 6 de la Charte pourrait accorder une protection plus étendue que l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH. À cet égard, l'Afdeling semble considérer que les deux dispositions garantissent l'accès à la justice et, par conséquent, déjà le droit fondamental à la liberté. La juridiction de céans invite la Cour à expliquer si le seul droit de saisir le juge d'une demande motivée de remise en liberté suffit pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la Charte. En effet, si le juge ne peut pas accorder de protection au ressortissant étranger en garantissant qu'il ne soit pas indûment privé de sa liberté, le droit d'accès à la justice n'a guère de sens.

21 Dans l'arrêt Otis ¹⁴, la Cour a jugé que : **[Or. 13]**

« En ce qui concerne, en particulier, le droit d'accès à un tribunal, il y a lieu de préciser que, pour qu'un «tribunal» puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations découlant du droit de l'Union en conformité avec l'article 47 de la Charte, il faut qu'il ait compétence pour examiner toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi. »

22 Dans l'arrêt Mahdi ¹⁵, la Cour a notamment jugé ce qui suit :

« 45. Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour que cette obligation de communiquer lesdits motifs est nécessaire tant pour permettre au ressortissant concerné d'un pays tiers de défendre ses droits dans les meilleures conditions possibles et de décider en pleine connaissance de cause s'il est utile de saisir le juge compétent que pour mettre ce dernier pleinement en mesure d'exercer le contrôle de la légalité de la décision en cause (...)

(...)

62. Il en résulte qu'une autorité judiciaire statuant sur une demande de prolongation de rétention doit être en mesure de statuer sur tout élément de fait et de droit pertinent pour déterminer si une prolongation de la rétention est justifiée, au regard des exigences énoncées aux points 58 à 61 du présent arrêt, ce qui

¹⁴ Arrêt du 6 novembre 2012, Otis e.a., C-199/11, EU:C:2012:684, point 49.

¹⁵ Arrêt du 5 juin 2014, Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320.

nécessite un examen approfondi des éléments de fait propres à chaque cas d'espèce. Lorsque la rétention initialement ordonnée ne se justifie plus au regard de ces exigences, l'autorité judiciaire compétente doit être en mesure (...) [d'ordonner] la remise en liberté du ressortissant concerné d'un pays tiers. À cette fin, l'autorité judiciaire statuant sur une demande de prolongation de rétention doit être en mesure de prendre en considération tant les éléments de fait et les preuves invoqués par l'autorité administrative ayant ordonné la rétention initiale que toute observation éventuelle du ressortissant concerné d'un pays tiers. En outre, elle doit être en mesure de rechercher tout autre élément pertinent pour sa décision au cas où elle le jugerait nécessaire. Il s'ensuit que les pouvoirs détenus par l'autorité judiciaire dans le cadre d'un contrôle ne peuvent, en aucun cas, être circonscrits aux seuls éléments présentés par l'autorité administrative.

63. Toute autre interprétation de l'article 15 de la directive 2008/115 aurait pour effet de priver les paragraphes 4 et 6 de cet article de leur effet utile et viderait le contrôle judiciaire exigé à l'article 15, paragraphe 3, seconde phrase, de cette directive de son contenu, mettant ainsi en péril la réalisation des objectifs poursuivis par ladite directive.

(...) »

- 23 Tout d'abord, il ressort de l'arrêt Mahdi que l'appréciation de la légalité de la rétention doit également porter sur les arguments avancés par le ressortissant étranger. Il en résulte, selon la juridiction de céans, que l'appréciation du juge ne saurait être limitée par la pratique judiciaire nationale aux arguments avancés par le ressortissant étranger ou en son nom. Par ailleurs, la juridiction de céans souligne que, si le ressortissant étranger ne conteste pas lui-même l'imposition de la mesure, le défendeur est obligé, dans la pratique judiciaire nationale, de communiquer le placement en rétention, de sorte que le juge examine toute mesure même si le ressortissant étranger n'en fait pas lui-même la demande. Le contrôle par le juge de la légalité de la rétention dans cette procédure dite de notification serait vidé de son sens s'il **[Or. 14]** lui était interdit d'examiner tous les éléments et faits, parce que le ressortissant étranger n'a pas du tout demandé un contrôle juridictionnel et n'a donc pas invoqué de faits ou circonstances à cet égard.
- 24 Les questions de droit et les circonstances factuelles qui sont à l'origine de cet arrêt ne sont pas identiques à celles en cause en l'espèce. En outre, cet arrêt porte sur la directive « retour » et la Cour n'énonce pas de manière littérale que les motifs de cet arrêt s'appliquent également à une mesure de rétention fondée sur la directive « accueil » ou sur le règlement « Dublin III ». Cela n'enlève rien au fait que la Cour indique, dans cet arrêt, que le juge qui se prononce sur une décision de prolongation doit être mis pleinement en mesure d'exercer le contrôle de la légalité de la décision en cause et doit ordonner la remise en liberté si la rétention n'est pas (ou plus) légale. On voit mal pourquoi l'autorité judiciaire qui se prononce sur toute autre demande du ressortissant étranger visant à la levée de la rétention ne devrait pas être en mesure, pour des raisons comparables, eu égard à

la nature de la privation de liberté, d'examiner de manière approfondie les éléments factuels de chaque cas d'espèce et de contrôler pleinement la légalité de la rétention. En effet, ce qui importe, c'est que le ressortissant étranger ne peut pas être privé illégalement de sa liberté et qu'il peut faire contrôler cela par le juge, qui doit ensuite procéder à un examen approfondi de tous les aspects de la légalité, être en mesure de mettre fin immédiatement à la rétention illégale et y être également tenu, que la constatation de l'illégalité intervienne d'office ou sur la base de faits et de circonstances invoqués par le ressortissant étranger ou en son nom.

- 25 Or, la pratique judiciaire nationale limite a priori le contrôle juridictionnel en limitant le contrôle de la légalité aux seuls faits et circonstances invoqués par le ressortissant étranger sans permettre au juge de vérifier et d'apprécier tout élément de fait et de droit pertinent. L'arrêt Mahdi porte sur les possibilités qui doivent être offertes au juge pour apprécier la légalité du placement en rétention. Dès lors que le droit de l'Union et la CEDH prévoient que, si les circonstances limitativement énumérées sur lesquelles se fonde la rétention ne sont pas (ou plus) présentes et que, partant, cette rétention est illégale, il doit être mis fin immédiatement à la rétention, il est évident non seulement que cette appréciation du juge doit porter sur tous les aspects de la légalité de la rétention pour des raisons relevant du droit des étrangers, mais également que le juge est non seulement compétent pour examiner l'ensemble de ces éléments afin de vérifier la légalité du placement en rétention par les autorités, mais y est également tenu.
- 26 Les considérations de la Cour qui précèdent semblent indiquer des prémisses générales, de sorte que la juridiction de ceans fonde donc également sur ces considérations la motivation selon laquelle un pouvoir d'examiner et d'apprécier d'office la légalité de la rétention ne saurait suffire. Certes, il ressort de la directive « retour », de la directive « accueil » et du règlement « Dublin III » ainsi que de leur transposition dans les législations et réglementations nationales dans quelles circonstances un ressortissant étranger peut être placé en rétention, de sorte qu'il existe, en ce sens, il est vrai, une sécurité juridique. La question de savoir quel juge sera chargé d'examiner la demande de remise en liberté sera toutefois décisive pour savoir avec quelle intensité la légalité sera examinée et appréciée. Il appartient donc au juge individuel de déterminer dans quels cas il exercera ou non son pouvoir d'examiner et d'apprécier d'office la rétention. Il semble, selon la juridiction de renvoi, que cela conduise à une imprévisibilité, à une insécurité juridique et à des inégalités des droits. La juridiction de renvoi se réfère à cet égard à l'arrêt de la Cour du 15 mars 2017, Al Chodor ¹⁶, dans lequel la Cour juge que la rétention, constituant une ingérence grave dans le droit à la liberté, est soumise au respect de garanties strictes. La juridiction de renvoi en déduit qu'une voie de recours, précisément si elle concerne la contestation d'une atteinte des autorités au droit fondamental à la liberté, doit au moins accorder les garanties de sécurité juridique et d'égalité des droits.

¹⁶ Arrêt du 15 mars 2017, Al Chodor, C-528/15, EU:C:2017:213, points 35 à 39 [point 40].

Un recours effectif pour contester la rétention

Le droit de l'Union

[Or. 15]

27 Le droit fondamental à la liberté est consacré par tous les traités relatifs aux droits de l'homme et par le droit de l'Union. Si les autorités d'un État membre veulent faire usage de leur faculté de restreindre temporairement ou de retirer ce droit fondamental pour des raisons relevant du droit des étrangers, elles devront, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, motiver la légalité de la rétention. Le ressortissant étranger a le droit de contester cette décision dans le cadre d'une procédure judiciaire. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, le droit de l'Union et la CEDH ne règlent pas la manière dont les États membres doivent organiser la procédure de recours contre la rétention. En vertu de leur autonomie procédurale, les États membres sont compétents pour l'aménager eux-mêmes dans le respect des principes de proportionnalité et d'effectivité. Le droit de l'Union garantit bien le droit à un recours effectif à toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés, de sorte que le recours juridictionnel permettant de contester la légalité de la rétention doit également être effectif.

28 Dans son arrêt du 14 mai 2020, FMS e.a.¹⁷, la Cour a notamment jugé ce qui suit :

140. (...) il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'article 47 de la Charte se suffit à lui-même et ne doit pas être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel. (...)

142. Deuxièmement, s'il appartient, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits individuels dérivés de l'ordre juridique de l'Union, les États membres ont toutefois la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, le respect du droit à une protection juridictionnelle effective desdits droits tel que garanti à l'article 47 de la Charte. (...)

287. Il appartient dès lors à la Cour de déterminer, en premier lieu, si, à supposer que la juridiction de renvoi considère que le placement des requérants au principal dans le secteur de la zone de transit de Rösztke réservé aux ressortissants de pays tiers dont la demande d'asile a été rejetée constitue une rétention, celle-ci peut, en vertu du droit de l'Union, se déclarer compétente pour contrôler la régularité d'une telle rétention, malgré l'absence de toute disposition nationale permettant d'exercer un tel contrôle juridictionnel.

¹⁷ Arrêt du 14 mai 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, EU:C:2020:367.

288. À cet égard, il convient de relever, premièrement, que l'article 15 de la directive 2008/115 est inconditionnel et suffisamment précis et qu'il est, partant, doté d'un effet direct (...) Pour des motifs similaires, l'article 9 de la directive 2013/33 doit aussi être considéré comme étant doté d'un tel effet.

289. En outre, l'article 15, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2008/115 et l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2013/33 constituent une matérialisation, dans le domaine considéré, du droit à une protection juridictionnelle effective, garanti à l'article 47 de la Charte. Comme il a été souligné au point 140 du présent arrêt, cet article 47 se suffit à lui-même et ne doit pas être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel.

290. Deuxièmement, une réglementation nationale n'assurant aucun contrôle juridictionnel de la légalité de la décision administrative ordonnant la rétention d'un demandeur de protection internationale ou d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier constitue, non seulement, comme il a été relevé aux points 261 et 277 du présent arrêt, une violation de l'article 15, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2008/115 et de l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2013/33, mais méconnaît aussi le contenu essentiel du droit à une protection juridictionnelle effective, garanti à l'article 47 de la Charte, en ce qu'elle empêche, de manière absolue, qu'une juridiction statue sur le respect des droits et libertés qui sont garantis par le droit de l'Union au ressortissant d'un pays tiers placé en rétention.

291. Dès lors, et pour des motifs analogues à ceux exposés aux points 138 à 146 du présent arrêt, **[Or. 16]** le principe de primauté du droit de l'Union ainsi que le droit à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47 de la Charte, imposent à la juridiction de renvoi, si elle estime que les requérants au principal font l'objet d'une rétention, de se déclarer compétente pour examiner la régularité d'une telle rétention en laissant, au besoin, inappliquée toute disposition nationale qui lui interdirait de procéder en ce sens.

292. Il convient de souligner, en deuxième lieu, que l'article 15, paragraphe 2, dernier alinéa, de la directive 2008/115 et l'article 9, paragraphe 3, dernier alinéa, de la directive 2013/33 disposent expressément que, lorsque la rétention est jugée illégale, la personne concernée doit être libérée immédiatement.

293. Il s'ensuit que, dans un tel cas, la juridiction nationale doit être en mesure de substituer sa propre décision à celle de l'autorité administrative ayant ordonné le placement en rétention et de prononcer soit une mesure alternative à la rétention, soit la remise en liberté de la personne concernée (voir, en ce sens, arrêt du 5 juin 2014, Mahdi, C- 146/14 PPU, EU:C:2014:1320, point 62). (...)

294. Dès lors, l'article 15, paragraphe 2, de la directive 2008/115 et l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2013/33 habilite, à défaut de toute autre juridiction compétente en vertu du droit national, la juridiction de renvoi à

prononcer la libération immédiate des requérants au principal si elle considère que leur placement dans le secteur de la zone de transit de Röszke réservé aux ressortissants de pays tiers dont la demande d'asile a été rejetée constitue une rétention contraire aux dispositions du droit de l'Union qui y sont applicables.

- 29 Dans l'arrêt FMS e.a., la Cour a répondu aux questions préjudicielles, notamment de la manière suivante :

Sur la réponse à la question 8

Le principe de primauté du droit de l'Union ainsi que le droit à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens qu'ils imposent à la juridiction nationale, en l'absence de disposition nationale prévoyant un contrôle juridictionnel de la légalité d'une décision administrative ordonnant le placement en rétention de demandeurs de protection internationale ou de ressortissants de pays tiers dont la demande d'asile a été rejetée, de se déclarer compétente pour se prononcer sur la légalité d'un tel placement en rétention et habilite cette juridiction à libérer immédiatement les personnes concernées si elle estime que ce placement constitue une rétention contraire au droit de l'Union.

- 30 Les faits et les questions de droit à l'origine de cet arrêt de la Cour ne sont pas identiques à la pratique judiciaire nationale qui prévoit, de fait, bel et bien un contrôle juridictionnel. Toutefois, la Cour considère bien que le juge doit vraiment assurer une protection juridictionnelle effective et, partant, se prononcer sur la légalité de la rétention et, en cas de violation du droit de l'Union, doit immédiatement mettre le ressortissant étranger en liberté, même si la réglementation nationale ne le prévoit pas.
- 31 Dans l'affaire FMS e.a., un contrôle juridictionnel faisait totalement défaut, de sorte qu'il est clair que les garanties d'un recours juridictionnel effectif n'étaient pas assurées. En revanche, la pratique judiciaire nationale prévoit bel et bien un contrôle juridictionnel. Cependant, si cette procédure n'est pas un recours juridictionnel effectif, se pose la question de savoir si, sur la base de l'interprétation donnée par la Cour dans l'arrêt précité, cela signifie que le juge doit se considérer tenu d'apprécier d'office tous les aspects de la légalité de la rétention ou compétent pour ce faire, afin d'assurer ainsi une protection juridictionnelle effective en l'absence d'une réglementation nationale lui permettant de le faire. Par conséquent, la juridiction de céans exposera les modalités d'organisation du recours juridictionnel national permettant de s'opposer à la rétention, ce qui permettra d'apprécier s'il assure au ressortissant étranger une protection juridictionnelle effective.

Pratique juridique nationale

[Or. 17]

32 La Cour a répété, au point 34 de son arrêt du 9 septembre 2020 ¹⁸:

« 34. Or, il y a lieu de rappeler que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, en l'absence de règles de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits des justiciables, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, à condition, toutefois, qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité) (...) »

33 La Cour a également jugé dans ce même arrêt que :

«42. Quant au respect, en second lieu, de la condition tenant au principe d'effectivité s'agissant d'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, chaque cas dans lequel se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et des particularités de celle-ci, devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu, notamment, de prendre en considération, le cas échéant, la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure ».

34 La juridiction de céans déduit de cet arrêt de la Cour que, pour respecter le principe d'effectivité, le recours juridictionnel doit être matériellement suffisant pour constituer un recours effectif.

35 La juridiction de céans exposera les garanties procédurales prévues dans le cadre de la procédure juridictionnelle nationale. Elle précisera également la portée de ces garanties en pratique, de sorte que la Cour sera mieux en mesure d'examiner, dans le cadre de la réponse aux questions posées, si ce recours juridictionnel est matériellement suffisant pour pouvoir être considéré comme un recours effectif pour un ressortissant étranger placé en rétention par les autorités et qui demande au juge sa remise en liberté.

36 Afin de garantir une voie de recours adéquate, la pratique judiciaire nationale prévoit un certain nombre de garanties, dont l'article 5 de la CEDH et l'article 47 de la Charte disposent également qu'elles doivent être prises en compte lorsqu'un recours juridictionnel est prévu. Ainsi, toute mesure privative de liberté fait l'objet d'un contrôle par un juge, même si le ressortissant étranger ne le demande pas, ce contrôle juridictionnel et le prononcé ont lieu rapidement après le placement en

¹⁸ Arrêt du 9 septembre 2020, Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure - Délai de recours), C-651/19, EU:C:2020:681.

rétenition, le ressortissant étranger a le droit d'être entendu en personne lors d'un premier examen juridictionnel et il a droit à l'assistance juridique spécialisée gratuite.

- 37 La juridiction de renvoi demande à la Cour de dire si ces garanties suffisent, à elles seules, pour que la procédure nationale puisse être considérée comme un recours effectif, en soulignant à cet égard ce qui suit.
- 38 Les autorités qui placent le ressortissant étranger en rétenition pour des raisons relevant du droit des étrangers mettent à la disposition du juge, dès que l'appréciation de la légalité de la rétenition lui est demandée, un dossier permettant d'apprécier les arguments du ressortissant étranger. Dans le cadre de la présente procédure, dans laquelle le ressortissant étranger conteste le maintien de la rétenition, les autorités ont mis à disposition un dossier qui est représentatif de ces procédures quant à son volume et son contenu. La Cour a pu prendre connaissance de ce dossier qui lui a été transmis en copie par la juridiction de céans. Si le ressortissant étranger conteste en justice le maintien de la rétenition, il n'a pas le droit d'être entendu en personne. Dans ces procédures, les motifs du recours sont donc transmis par écrit au nom du ressortissant étranger, de sorte que le rechtbank (tribunal) peut apprécier [Or. 18] si le bien-fondé des motifs apparaît clairement d'emblée ou non, ou si une audience s'indique afin de pouvoir trancher. La Cour a pu constater que, dans la présente affaire, le dossier se compose de deux rapports d'entretiens de départ dont un seul rapport d'une demi-page est pertinent en ce qui concerne la période de rétenition en cause. En outre, les autorités ont produit un rapport dit « de suivi », daté du 8 janvier 2021, intitulé « Modèle 120 – Informations relatives à la reconduite à la frontière ». Un tel rapport est un formulaire standard sur lequel les autorités indiquent les mesures concrètes qu'elles prennent pour procéder à la reconduite à la frontière. Aux fins de l'appréciation de la présente procédure, seuls sont pertinents, sur les quatre pages de ce rapport, les faits suivants : d'une part, dans la période en cause, qui débute le 8 décembre 2020, les autorités ont relancé par écrit les autorités marocaines pour savoir si la demande de document de voyage de remplacement du 14 mars 2019 était en cours de traitement, d'autre part, un entretien de départ avait eu lieu le 6 janvier 2021, au cours duquel le demandeur avait indiqué qu'il n'avait rien entrepris depuis son lieu de rétenition pour accélérer son retour au Maroc. Le demandeur a fait valoir qu'il n'existait pas de perspective d'une reconduite à la frontière dans un délai raisonnable. De ce dossier extrêmement sommaire, la juridiction de renvoi ne peut pas déduire tous les faits et circonstances pertinents qui sont nécessaires pour pouvoir apprécier si le maintien de la détention est légal. La juridiction de renvoi ne considère pas seulement pertinent d'apprendre pourquoi le défendeur considère qu'il s'occupe de la reconduite à la frontière, après déjà 21 relances écrites concernant la question de savoir si la demande d'un document de voyage est en cours de traitement. La juridiction de renvoi souhaite également être informée sur le point de savoir pourquoi les autorités estiment que l'imposition d'une mesure moins coercitive à ce stade de la rétenition n'est pas envisagée. Certes, le rapport de suivi mentionne que le ressortissant étranger n'a rien entrepris pour accélérer son retour au Maroc, mais une attitude non

coopérative n'est pas une motivation suffisante pour ne pas se contenter d'une mesure moins coercitive. La juridiction de céans doit pouvoir contrôler si les autorités ont activement examiné si d'autres mesures étaient possibles permettant de préparer la reconduite à la frontière sans que celle-ci soit empêchée du fait que le ressortissant étranger s'y soustrairait en cas de mesure moins coercitive. Si les autorités peuvent motiver cela à suffisance de droit, la juridiction de céans souhaite également savoir pourquoi la situation personnelle du demandeur n'implique pas, néanmoins, qu'elles renoncent à la rétention. En l'espèce, il ressort des motifs du recours que le demandeur séjourne aux Pays-Bas depuis très longtemps et qu'il fait face à une problématique de dépendance. Les services médicaux en rétention sont comparables aux services médicaux dispensés dans la société libre. Toutefois, la juridiction de céans souhaiterait apprendre des autorités quels services spécifiques existent en rétention pour les ressortissants étrangers faisant face à une problématique de dépendance. Le dossier ne permet pas à la juridiction de céans d'examiner ces aspects de la légalité. Le juge doit donc, eu égard à son obligation de mettre fin immédiatement à une rétention illégale, poser activement des questions au cours de l'instruction d'audience afin de rechercher, en tout cas, les faits et circonstances nécessaires au contrôle de légalité. Le fait que le ressortissant étranger a pu contester, dans le cadre d'une procédure antérieure, l'imposition de la mesure n'y change rien, car ces questions sont également pertinentes en ce qui concerne le point de savoir si le maintien de la rétention est légal. La juridiction de céans indique, à cet égard, que la décision du rechtbank relative au maintien de la mesure n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en appel. En outre, dans le cadre de la présente procédure, le ressortissant étranger n'a pas le droit d'être entendu en personne. La durée maximale du maintien possible de la rétention en vertu de la directive « retour », de la directive « accueil » et du règlement « Dublin III » est considérable, alors que dans le cadre d'un recours contre le maintien de la rétention, un dossier très sommaire est mis à disposition du juge. Dans la pratique judiciaire nationale, le ressortissant étranger doit, sur la base du même dossier sommaire, fonder ses arguments en vue de sa remise en liberté et, ensuite, il n'est pas permis au juge de s'assurer plus précisément de tous les faits et circonstances pertinents en procédant à un examen d'office. Le juge qui apprécie la légalité du maintien de la rétention est tout au plus par hasard le même que celui qui a effectué la première appréciation de légalité. Il n'en est pas tenu compte dans l'attribution des affaires. Il s'ensuit que le juge saisi du recours contre le maintien n'est pas nécessairement informé des arguments avancés par le ressortissant étranger contre l'imposition de la mesure, de la réponse des autorités à ces arguments, ni des motifs de la décision rendue par le juge en première instance et en appel. En outre, le dossier mis à la disposition du rechtbank (tribunal) aux fins d'apprécier la légalité du maintien de la rétention ne contient pas la mesure de placement en rétention. [Or. 19]

- 39 L'Afdeling interprète la législation nationale en ce sens que seuls les faits et circonstances invoqués par le ressortissant étranger ou en son nom peuvent et doivent être appréciés par le juge. Cela signifie également que, si le juge constate d'emblée des illégalités lors de l'examen du dossier, il doit, en tout état de cause, attendre l'instruction d'audience, parce que le ressortissant étranger ne fait

connaître ses arguments relatifs à sa demande de remise en liberté que lors du premier contrôle de légalité effectué par le juge¹⁹. Cela peut donc placer le juge dans la situation où il constate d'emblée, sur la base du dossier des autorités, que le ressortissant étranger a été placé illégalement en rétention, mais que, néanmoins, il doit d'abord prendre connaissance des arguments du ressortissant étranger et qu'il lui est ensuite interdit de le remettre en liberté s'il ne présente pas les bons arguments.

- 40 La procédure juridictionnelle dans le cadre de laquelle le ressortissant étranger peut contester le placement en rétention se déroule, contrairement à la plupart des procédures du droit national, en deux plutôt qu'en trois instances. Le droit d'interjeter appel prévoit un système de plainte. Cela signifie que la mesure de rétention n'est pas automatiquement soumise à l'Afdeling dans son intégralité. La partie qui interjette appel doit indiquer de manière motivée la partie de la décision du rechtbank (tribunal) qui est attaquée. Il en résulte que les faits et circonstances que la juridiction de première instance n'a pas appréciés dans son jugement ne peuvent pas être invoqués en appel. Il n'y a pas, comme exposé ci-dessus, de recours en appel possible contre le jugement sur le recours contre le maintien de la rétention, de sorte que le jugement de la juridiction de première instance est l'unique contrôle du maintien de la rétention. Certes, rien ne limite le nombre de recours possibles du ressortissant étranger contre le maintien de sa rétention, cependant en l'absence de nouveaux faits ou circonstances, ce recours n'aura guère de chances d'aboutir.
- 41 Par ailleurs, la législation ne prévoit pas si le recours (et du recours en appel) est examiné par une formation de jugement simple ou par une formation collégiale et cela ne dépend pas non plus d'un choix des parties. Dans la pratique judiciaire nationale, le traitement du recours (et du recours en appel) contre le placement en rétention est rarement soumis à une chambre collégiale, alors que le droit de la rétention est de plus en plus complexe. En outre, il convient de relever que, en appel, une audience a rarement lieu. Le droit d'être entendu en personne par le juge n'est garanti qu'en première instance et uniquement à l'occasion d'un premier contrôle de légalité de la rétention. Le ressortissant étranger ne dispose donc pas, en degré d'appel, dans une procédure contre le maintien de la rétention et dans un recours contre la prolongation de la mesure, d'un droit d'être entendu en personne. En pratique, les ressortissants étrangers sont rarement entendus en personne s'il ne s'agit pas d'un premier examen, bien que ce soit régulièrement demandé de manière motivée.
- 42 Ainsi que l'impose l'article 47 de la Charte, la pratique judiciaire nationale prévoit l'assistance juridique gratuite pour le ressortissant étranger qui veut contester en justice la mesure de rétention s'il ne dispose pas de ressources suffisantes. Il est tout à fait exceptionnel que, dans ces affaires, les avocats ne procèdent pas sur la base du système d'assistance juridique. L'assistance juridique est fournie par des

¹⁹ Décision de l'Afdeling, du 23 décembre 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3034, point 4.10.

avocats qui sont tenus de mener un nombre minimum de procédures de rétention sur une base annuelle et qui doivent également suivre des formations sur la rétention pour être éligibles au financement de ces activités sur la base d'un système de points.

- 43 Il en résulte une certaine expertise et une connaissance de base certaine de ces avocats. Toutefois, le faible montant des honoraires pour ce type d'assistance juridique signifie qu'un avocat devra traiter, outre les affaires traitées dans le cadre du système d'assistance juridique gratuite, celles des clients payants, sous peine de rendre pratiquement impossible la rentabilité d'une entreprise. L'avocat assistant les justiciables dans des procédures relatives à la rétention ne saurait donc se borner à traiter exclusivement ces procédures pour se spécialiser dans cette matière. En outre, le nombre d'avocats qui travaillent dans les affaires de rétention est si grand par comparaison à l'offre d'affaires que le nombre moyen d'affaires attribuées à un avocat qualifié individuel est limité. Il arrive régulièrement que des avocats parviennent tout juste, sur une base annuelle, **[Or. 20]** à mener le nombre minimal de procédures pour être éligibles à l'octroi de l'assistance juridique financée dans les affaires de rétention. La juridiction de céans relève que les mandataires ad litem des autorités et les juges traitent beaucoup plus d'affaires de rétention, sur une base annuelle, que les avocats individuels et qu'ils peuvent, en ce sens, acquérir plus d'expertise et de connaissances du droit de la rétention. La juridiction de céans estime en outre plausible à cet égard que tant le mandataire ad litem des autorités que le juge peuvent s'appuyer sur plus de soutien juridique dans le traitement d'affaires concrètes que l'avocat qui fournit l'assistance juridique.
- 44 La juridiction de céans attire, en outre, l'attention de la Cour sur le fait que le code de droit administratif prévoit, en règle générale, pour toutes les procédures administratives, que la décision écrite précise ses motifs²⁰. Toutefois, l'Afdeling est, en tant que juridiction de deuxième et dernier ressort, compétente pour motiver de manière « abrégée » ses décisions confirmant celles rendues par le rechtbank (tribunal) en vertu de la loi sur les étrangers. Ce pouvoir existe même s'il s'agit d'un placement en rétention. Cette motivation, dite « motivation abrégée », se limite à indiquer que l'intéressé n'a pas soulevé de griefs valables ni de « *questions nécessitant une réponse générale dans l'intérêt de l'uniformité du droit, de son évolution ou de la protection juridictionnelle en général* »²¹. Récemment, en réponse aux critiques persistantes de la profession juridique concernant l'utilisation fréquente et non obligatoire de ce pouvoir, l'Afdeling a pris l'initiative, à titre d'expérience, de fournir une brève communication complémentaire à cette motivation abrégée au moyen d'une catégorisation des affaires tranchées avec une telle motivation. Toutefois, il ne s'agit pas non plus d'une motivation au fond du jugement qui explique au justiciable individuellement les raisons de la décision statuant sur ses griefs. L'Afdeling fait

²⁰ Article 8:77, paragraphe 1, sous b), de l'Awb.

²¹ Article 91, paragraphe 2, de la Vw.

usage de ce pouvoir, y compris en matière de rétention, dans la quasi-totalité des arrêts en appel confirmant le jugement du rechtbank (tribunal). La juridiction de céans demande à la Cour si l'accès à la justice du ressortissant étranger qui demande à la juridiction sa remise en liberté comprend le droit à une décision motivée, compte tenu de l'importance que revêt la décision en dernière instance dans l'ensemble de la procédure. La juridiction de céans indique expressément à cet égard que, si une procédure concrète en matière de rétention se termine par une décision de l'Afdeling, cela ne signifie toutefois pas que la rétention prend toujours fin pour autant. La mesure imposant le placement en rétention peut donc perdurer, alors que le ressortissant étranger n'a aucun droit de connaître les motifs de la décision de l'Afdeling relative à cette mesure.

- 45 Le placement en rétention pour des raisons relevant du droit des étrangers est une mesure administrative et présente donc, sur le plan juridique, une nature différente de celle d'une détention de droit pénal. Toutefois, pour le ressortissant étranger, la nature juridique de cette rétention ne sera guère pertinente car, qu'il s'agisse d'une rétention administrative ou d'une détention de droit pénal, elle entraîne une privation de liberté. Ce qui est toutefois pertinent pour le ressortissant étranger, c'est le fait que la procédure pénale connaît, dans la pratique judiciaire nationale, trois degrés de juridiction au lieu de deux. Le droit pénal ne connaît pas de système de plainte, de sorte que, en deuxième instance, la question de savoir si un soupçon doit conduire à une condamnation et à une peine sous forme de détention est pleinement soumise à la juridiction, indépendamment de ce qui est soutenu par le suspect/condamné. La procédure pénale prévoit des dispositions, dont le suspect peut avoir connaissance, permettant de savoir quand l'affaire sera traitée par une formation collégiale, ce qui entraîne une sécurité juridique, au-delà du fait qu'un traitement par une formation collégiale constitue un gage de qualité par rapport au traitement par un juge unique. La juridiction pénale examine – y compris d'office – au fond, si le suspect a commis des actes délictueux, si ces actes sont répréhensibles et lui sont imputables et si une privation de liberté doit s'ensuivre. En droit pénal, celui qui établit qu'il y a lieu d'atteindre au droit à la liberté, à savoir le ministère public, doit fournir des preuves légales et convaincantes qu'une détention exigée est légale. L'examen par la juridiction n'est pas limité aux seuls faits et circonstances invoqués par le suspect pour apprécier la légalité d'une détention proposée. Outre le fait que cette procédure offre déjà pour cette raison nettement plus de garanties pour un suspect, s'agissant de la protection juridictionnelle, que celle dans laquelle un ressortissant étranger conteste la rétention, le ressortissant étranger, contrairement à un suspect, n'a aucun droit à une décision motivée en deuxième instance. Lorsqu'une peine est prononcée en dernier ressort, un suspect est certain de la durée de la détention à purger. Le ressortissant étranger [Or. 21] n'obtient pas cette certitude, même après une décision juridictionnelle de première ou de deuxième instance. Le ressortissant étranger ne peut connaître que la durée maximale possible de la rétention. Toutefois, une levée liée, par exemple, à une mise en balance des intérêts après une durée de six mois ne s'oppose pas à l'imposition d'une nouvelle mesure, de nouveau d'une durée incertaine, en vue également de parvenir à la reconduite à la frontière, qui n'a pas été effectuée auparavant. Le ressortissant étranger a donc

tout intérêt à connaître les raisons pour lesquelles l'Afdeling n'accueille pas sa demande de remise en liberté. En outre, une telle motivation abrégée ne permet pas aux avocats qui fournissent l'assistance juridique de comprendre les raisons pour lesquelles les griefs soulevés à l'encontre du jugement du rechtbank (tribunal) ne sont pas accueillis. Outre le fait que des avocats plaident donc dans un nombre nettement moins important d'affaires en matière de rétention que les mandataires ad litem n'en mènent et que les juges n'en traitent, il n'est pas simple pour les avocats, en l'absence d'une décision motivée au fond, de sonder la jurisprudence de l'Afdeling et de maîtriser le droit de la rétention, de plus en plus complexe sur le plan juridique, alors que ce sont précisément ces avocats qui doivent faire valoir les faits et circonstances pertinents au nom du ressortissant étranger, afin de garantir que le juge soit en mesure de mettre fin à une rétention illégale. En outre, ces jugements dits « 91, paragraphe 2 » ne sont jamais publiés, de sorte que, contrairement au mandataire ad litem et au juge qui peuvent prendre connaissance de toutes les décisions par l'intermédiaire de leur organisation, l'avocat qui fournit l'assistance juridique ne peut pas avoir connaissance de ces décisions, si elles n'ont pas été rendues dans des affaires dans lesquelles il assistait lui-même un ressortissant étranger.

- 46 La juridiction de céans considère que, eu égard aux considérations qui précèdent, les parties à la procédure ne sont pas en position d'égalité, dans une situation où la partie la plus forte porte atteinte au droit fondamental à la liberté de la partie la plus vulnérable. Conformément à la réglementation et à la jurisprudence nationales, c'est précisément cette partie la plus vulnérable, à savoir le ressortissant étranger et son avocat, qui détermine l'étendue du litige, dès lors qu'elle est tenue de présenter les faits et circonstances que le juge doit examiner.
- 47 L'Afdeling a indiqué, dans sa jurisprudence et dans sa décision de renvoi, qu'elle considérait que les garanties de la procédure nationale étaient suffisantes et conformes à la CEDH et au droit de l'Union. L'Afdeling considère également qu'il n'est pas contraire au droit de l'Union de ne pas assortir ses décisions, même en matière de rétention, d'une motivation au fond²² et, bien que cela ait été et soit demandé à plusieurs reprises par la profession juridique, dont le principal argument est que l'accès à la justice inclut le droit à un jugement motivé, l'Afdeling ne voit aucune raison de poser des questions préjudicielles à la Cour sur ce point²³.
- 48 La juridiction de céans demande à la Cour d'expliquer si l'article 47, lu conjointement avec l'article 6, de la Charte s'oppose à ce que les juridictions de second et dernier ressort disposent d'un pouvoir légal de se contenter d'une motivation abrégée, telle que mise en œuvre dans la pratique juridique nationale, eu égard à l'intérêt majeur pour le ressortissant étranger de connaître les raisons

²² Décision de l'Afdeling, du 29 novembre 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2309.

²³ Décision de l'Afdeling, du 3 avril 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1060 et ECLI:NL:RVS:2019:1061.

du rejet de sa demande et à la circonstance susmentionnée que l'avocat qui fournit l'assistance juridique est celui qui détermine actuellement quels faits et circonstances sont pris en compte par le juge dans son appréciation de la légalité.

La juridiction de céans insiste sur le fait que, dans toutes les procédures administratives qui ne portent pas sur le droit des étrangers, la pratique judiciaire nationale reconnaît le droit à une décision juridictionnelle motivée en deux instances. Ce n'est qu'en ce qui concerne les procédures relatives aux ressortissants étrangers, initiées par les ressortissants d'États tiers et par les citoyens de l'Union d'autres États membres, qu'il existe une exception à l'obligation de motivation et un pouvoir pour l'Afdeling, statuant en second et dernier ressort, de statuer sans fournir de raisons de fond.

À cet égard, la juridiction de céans se réfère également à la circonstance que seules les décisions du rechtbank (tribunal) qui portent sur un premier recours contre l'imposition de la mesure de rétention et sur une décision dite de prolongation peuvent faire l'objet d'un recours en appel. Ainsi, si la décision rendue en appel n'est pas motivée au fond, mais aboutit à un prolongement de la rétention, l'avocat qui fournit l'assistance juridique n'est pas informé des raisons pour lesquelles ses griefs ne sont pas accueillis. Cela rend le fait d'invoquer des faits et circonstances dans le cadre d'un éventuel recours contre le maintien [Or. 22] de la rétention bien plus complexe que dans le cas où la décision en appel énonce les raisons pour lesquelles l'Afdeling est parvenue à sa décision. L'avocat qui fournit l'assistance juridique doit produire les faits et éléments pertinents, mais il n'est pas en mesure d'acquérir des connaissances et une expertise dans un nombre de procédures comparable à ce qui est le cas des mandataires ad litem des autorités et des juges individuels. Ce retard dans la procédure est aggravé par le fait que, en cas de confirmation du jugement du rechtbank (tribunal), les décisions en appel sont presque toujours rendues avec une motivation abrégée. Enfin, l'absence presque totale de publication des décisions prononcées en matière de rétention contribue au retard dans la procédure. Les autorités et les juges ont accès à toutes les décisions, même non publiées. L'avocat qui fournit l'assistance juridique ne peut prendre connaissance que des décisions rendues dans les affaires dans lesquelles il assistait lui-même une partie ou dans lesquelles une décision de publier la décision a été quand même prise, cependant il convient de noter à cet égard, comme il a été expliqué ci-dessus, que les décisions de l'Afdeling prononcées avec une motivation abrégée ne sont jamais publiées.

Compte tenu du retard procédural d'un avocat qui fournit l'assistance juridique dans les affaires de rétention, la question se pose de savoir si les États membres peuvent organiser la procédure de manière à ce que l'Afdeling, qui statue en second et dernier ressort sur l'imposition de la mesure et la décision de prolongation, a le pouvoir de se contenter d'une motivation dite abrégée. La juridiction de céans observe à cet égard, enfin, que ce pouvoir n'est prévu par la loi que pour maîtriser une charge de travail potentiellement importante. Cette maîtrise de la charge de travail, indépendamment de la question de savoir si elle peut jamais constituer un argument valable, pour un juge individuel ou une

juridiction dans son ensemble, pour ne pas motiver sa décision, est mise à la charge des seuls ressortissants étrangers qui exercent un recours juridictionnel dans le cadre d'une procédure de droit des étrangers. La maîtrise de la charge de travail n'est donc pas mise à la charge des justiciables qui exercent un recours contre d'autres décisions des pouvoirs publics, quel que soit l'intérêt en jeu dans ces procédures. Actuellement, en raison du recours fréquent à ce pouvoir, la question se pose de savoir dans quelle mesure le fait qu'une décision en seconde et dernière instance ne doive pas être motivée enfreint les exigences minimales auxquelles une procédure juridictionnelle doit satisfaire pour être considérée comme un recours effectif, s'agissant du placement en rétention.

- 49 Même si, dans le cadre de la réponse aux questions préjudicielles, la Cour comprenait comme recours effectif, lorsqu'un ressortissant étranger souhaite contester son placement en rétention, l'obligation pour le juge d'examiner et d'apprécier d'office tous les faits et circonstances pertinents de la légalité de la rétention, la juridiction de céans souhaiterait maintenir la question de la conformité au droit de l'Union de la « motivation abrégée » dans les affaires en matière de rétention. Compte tenu précisément du caractère extrêmement intrusif de la rétention, qui constitue une atteinte des autorités au droit fondamental à la liberté, la juridiction de céans se demande si le droit à un recours effectif signifie non seulement le droit à un accès rapide à la justice et à une décision rapide sur la demande de remise en liberté, mais également le droit, si la juridiction suprême rejette cette demande de remise en liberté, d'obtenir une décision motivée.
- 50 La juridiction de céans estime que la réponse à la demande en interprétation est importante pour la pratique judiciaire nationale, quelle que soit la réponse apportée aux autres questions qu'elle pose. La juridiction de céans estime que cette interprétation est nécessaire tant pour le ressortissant étranger individuel qui souhaite obtenir une décision motivée lorsque sa demande de remise en liberté est rejetée également par la juridiction suprême, que pour l'avocat qui fournit l'assistance juridique, qui doit pouvoir prendre connaissance des raisons pour lesquelles ses griefs ne sont pas accueillis, de sorte qu'il puisse, lorsqu'il conteste la prolongation de la procédure au nom du ressortissant étranger, adapter sa motivation. Si la Cour considère que la « motivation abrégée » dans les décisions rendues en matière de rétention n'est pas conforme au droit de l'Union, compte tenu de la portée limitée des autres garanties procédurales prévues dans la procédure nationale en matière de droit des étrangers, la juridiction de céans demande à la Cour de préciser également si cette interprétation vaut aussi pour les décisions rendues dans les autres affaires relatives à des ressortissants étrangers. Les garanties procédurales et leur portée dans les procédures en matière de rétention sont identiques aux garanties procédurales dans les décisions rendues dans le cadre de procédures d'asile et de procédures ordinaires en matière de droit des étrangers. Dans toutes les procédures en matière de droit des étrangers, contrairement aux procédures de droit civil et de droit pénal, il n'existe que deux instances et, en degré d'appel, [Or. 23] la décision est généralement prononcée sans audience, le ressortissant étranger n'ayant donc aucun droit à être entendu en personne. En outre, les décisions confirmant celles de première instance sont

pratiquement toujours exclusivement assorties d'une motivation dite « abrégée ». Pour les ressortissants étrangers, du fait que les procédures visent à l'octroi ou au maintien de la protection et des droits de séjour ordinaire dans l'État membre, l'intérêt à une procédure est bien plus important que dans de nombreuses autres procédures administratives. Selon la juridiction de renvoi, rien que pour cette raison, cela entraîne déjà une vulnérabilité particulière. C'est précisément pour cela que la question se pose de savoir si une décision motivée est requise dans les deux phases de la procédure juridictionnelle pour pouvoir parler d'un recours effectif. Si le rechtbank (tribunal) ne leur donne pas gain de cause et si l'Afdeling confirme cette décision, les ressortissants étrangers doivent pouvoir prendre connaissance des raisons pour lesquelles leurs griefs ne sont pas accueillis. En l'absence d'une décision motivée au fond, il est pratiquement impossible pour le ressortissant étranger et pour l'avocat qui lui fournit l'assistance juridique de décider s'il est utile de présenter une nouvelle demande de séjour, alors que le fait de ne pas introduire une nouvelle demande aura, en règle générale, pour conséquence l'illégalité du séjour de fait prolongé et l'existence d'une obligation de quitter l'État membre ou le territoire de l'Union.

- 51 Il apparaît à la juridiction de renvoi que c'est précisément dans le cadre de procédures en matière de droit des étrangers, telles qu'elles ont été organisées dans la pratique juridique nationale, qui sont assorties, eu égard aux considérations qui précèdent, de garanties procédurales limitées, que l'article 47 de la Charte impose, en tout cas, une obligation de motivation au fond pour les deux instances juridictionnelles. Or, c'est uniquement pour les procédures en matière de droit des étrangers que la législation nationale prévoit cette exception à l'obligation de motivation en tant que pouvoir de l'Afdeling lorsqu'il confirme la décision du rechtbank (tribunal). Les rechtbanken (tribunaux) sont tenus d'assortir tout jugement dans une affaire en matière de droit des étrangers d'une motivation au fond suffisante. L'Afdeling, bien qu'elle n'y soit nullement tenue, fait pratiquement toujours usage de ce pouvoir légal de ne pas motiver. La juridiction de céans souhaite soumettre à la Cour la présente question préjudicielle concernant la rétention et, en fonction de la réponse apportée par la Cour, l'élargir aux procédures d'asile et aux procédures ordinaires en matière de droit des étrangers. À cet égard, la juridiction de renvoi insiste sur le fait que ce pouvoir existe également dans le cas où le ressortissant étranger qui se trouve en rétention ou qui est partie à une procédure en matière de droit des étrangers est mineur. La juridiction de renvoi demande à la Cour d'explicitier si, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, on peut se contenter de se prononcer sans donner d'explications au mineur sur les raisons pour lesquelles sa demande est accueillie ou non. Pour un ressortissant étranger mineur, plus encore que pour un majeur, il est nécessaire de connaître les raisons pour lesquelles les procédures n'ont pas abouti au résultat souhaité, parce que l'incertitude que cela implique sera préjudiciable au bien-être de l'enfant. La juridiction de renvoi se réfère, à cet égard, à l'arrêt de la Cour du 14 janvier 2021²⁴. Dans cet arrêt, la Cour a

²⁴ Arrêt du 14 janvier 2021, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné), C-441/19, EU:C:2021:9.

considéré, au point 43 – entre autres – qu’un mineur non accompagné ne saurait être systématiquement traité comme un adulte. La juridiction de renvoi part du principe que la Cour a entendu juger qu’aucun mineur ne devait être systématiquement traité comme un adulte, eu égard à la vulnérabilité résultant déjà du seul fait qu’il est mineur. En outre, la Cour rappelle clairement que l’article 24, paragraphe 2, de la Charte prévoit que, dans tous les actes [relatifs aux enfants], l’intérêt supérieur de l’enfant doit être une considération primordiale et que cette disposition, lue en combinaison avec l’article 51, paragraphe 1, de la Charte, affirme le caractère fondamental des droits de l’enfant. La juridiction de céans demande à la Cour d’expliquer si un pouvoir légal de la juridiction de second et donc de dernier ressort et le fait qu’elle n’est pas tenue de faire usage de ce pouvoir sont conformes à ces considérations de l’arrêt du 14 janvier 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d’un mineur non accompagné)* (C-441/19, EU:C:2021:9).

Conséquences de ce mode d’organisation d’une procédure en matière de rétention

- 52 Dans la pratique judiciaire nationale, le mandataire ad litem des autorités peut adopter une attitude attentiste pendant l’instruction d’audience et évaluer si l’intérêt de la reconduite à la frontière revêt, pour les autorités, un poids supérieur à celui de l’obligation de mettre fin immédiatement à la rétention illégale. En effet, si le juge constate que [Or. 24] la rétention est illégale, mais que les arguments corrects ne sont pas invoqués par le ressortissant étranger ou en son nom, la rétention illégale persistera à moins que le mandataire ad litem * ne mette lui-même fin à cette rétention. Même si le mandataire ad litem est pleinement conscient du caractère illégal de la rétention, le juge n’est pas en mesure, dans la pratique judiciaire nationale, d’ordonner la levée de la rétention si le ressortissant étranger et l’avocat qui lui fournit l’assistance juridique n’envisagent pas tous les aspects de la légalité et n’indiquent pas expressément au juge les faits et circonstances établissant l’illégalité.
- 53 À cet égard, la juridiction de céans souligne que les autorités introduisent invariablement un recours si le juge statue d’office, contrairement à la jurisprudence de l’Afdeling, et invoquent, à titre principal, qu’il est interdit au juge d’apprécier d’office la légalité et que la décision du rechtbank (tribunal) doit, pour cette seule raison, être annulée par l’Afdeling. C’est ce que l’Afdeling a d’ailleurs toujours fait, sauf dans les deux recours en appel ayant donné lieu à la décision de renvoi du 23 décembre 2020.

La juridiction de céans estime qu’il est particulièrement remarquable que les autorités s’opposent à l’obligation, voire au pouvoir, du juge d’apprécier d’office la légalité de la rétention. En effet, ces autorités sont, elles aussi, tenues par les obligations découlant du droit de l’Union en vertu desquelles la restriction du droit à la liberté ne peut avoir lieu que dans certaines circonstances exhaustivement

* Ndt : il s’agit, probablement, des autorités représentées par celui-ci.

énumérées, en l'absence desquelles la rétention (devenue) illégale doit être immédiatement levée. Il n'y a donc pas lieu de procéder à une mise en balance des intérêts lorsqu'il s'agit d'une rétention illégale. Même si l'intérêt à l'éloignement ou à la remise d'un ressortissant étranger individuel est considéré comme important par les autorités, il découle du droit de l'Union qu'il doit être mis fin immédiatement à une atteinte illégale au droit fondamental à la liberté. En outre, il est concevable que, même pour les autorités chargées d'imposer la mesure de rétention, la complexité accrue du droit de la rétention ne permette pas toujours de connaître tous les aspects de la légalité. Pour cette raison également, les autorités peuvent difficilement s'opposer à une protection juridictionnelle plus complète qui consiste en substance à vérifier qu'elles respectent leurs obligations. Or, c'est précisément le juge qui est chargé de garantir la pleine efficacité des droits fondamentaux consacrés par la Charte. C'est notamment le cas lorsque les autorités portent atteinte au droit à la liberté et que le ressortissant étranger demande au juge d'examiner et d'apprécier la légalité de cette atteinte.

- 54 Dans sa décision du 23 décembre 2020, l'Afdeling a considéré, au point 5.3, qu'il incombait à l'autorité administrative d'agir dans l'intérêt général et qu'elle devait respecter des principes généraux de bonne administration. La juridiction de céans en déduit que l'Afdeling considère qu'il s'agit d'une garantie procédurale si importante, voire décisive, qu'elle justifie sa jurisprudence. En effet, l'Afdeling considère que ces garanties existent dans le droit administratif pallier la situation d'inégalité qui se présente. Toutefois, l'autorité administrative peut également réaliser l'intérêt général en accordant un poids décisif à l'éloignement d'un ressortissant étranger résidant irrégulièrement sur le territoire des États membres ou au transfert d'un ressortissant étranger vers un autre État membre. La juridiction de céans a souligné la cohérence de l'attitude procédurale de cette autorité administrative qui décide, dans la pratique judiciaire nationale, de l'imposition de la mesure de privation de liberté et qui démontre donc une forte opposition et une résistance à une obligation, voire un pouvoir, pour le juge d'accorder une protection juridictionnelle renforcée contre ses actions. La juridiction de céans constate que le fait que l'autorité administrative est liée par des principes généraux nationaux de bonne administration ne constitue pas une garantie suffisante de la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger en cas de rétention illégale. Si l'autorité administrative indiquait que le fait de ne pas placer en rétention ou maintenir la rétention illégalement est d'intérêt général et est un principe général, on ne comprendrait pas sa tentative d'empêcher, au moyen d'une procédure devant la juridiction suprême, que le rôle protecteur du juge soit étendu à une obligation d'examiner et d'évaluer de plein droit et d'office la légalité de la détention, afin de mieux contrôler l'autorité administrative. Par ailleurs, cette obligation découle directement du droit de l'Union et doit, dès lors, prévaloir sur tout autre intérêt pour les autorités nationales. La juridiction de céans invite la Cour **[Or. 25]** à tenir compte de cette attitude procédurale des autorités pour interpréter l'étendue et la portée du droit à un recours effectif et apprécier s'il s'agit effectivement d'une garantie procédurale supplémentaire.

- 55 S'agissant de la question de savoir si le ressortissant étranger dispose d'un recours juridictionnel effectif lorsqu'il entend contester son placement en rétention pour des raisons relevant du droit des étrangers, il convient donc de retenir que les garanties procédurales ont été prévues pour le ressortissant étranger, telles qu'elles sont expressément mentionnées à l'article 47 de la Charte, et doivent au moins avoir été prévues. Toutefois, eu égard aux considérations qui précèdent, la procédure judiciaire nationale dans le cadre de laquelle le ressortissant étranger peut contester son placement en rétention est fragile en ce qui concerne la protection juridictionnelle effective d'un individu qui a été privé de sa liberté par les autorités d'un État membre. Or, actuellement le juge n'est pas en mesure de compenser cela, parce qu'il est interdit, dans la pratique judiciaire nationale, d'accorder une pleine protection juridictionnelle en examinant et en appréciant d'office la légalité du placement en rétention.
- 56 La juridiction de céans invite la Cour à interpréter le contenu et la portée du droit à un recours juridictionnel effectif en tenant compte du niveau de protection prévu à l'article 53 de la Charte. Un recours juridictionnel par lequel le juge [est] saisi d'une demande d'appréciation de la légalité de la rétention peut difficilement être considéré comme effectif lorsque ce juge doit garder le silence s'il constate que les autorités retiennent illégalement le ressortissant étranger, mais que les faits et circonstances corrects n'ont pas été invoqués par le ressortissant étranger ou son nom.
- 57 Le juge, qui est en premier lieu, dans les affaires en matière de rétention, juge de l'Union, a pour tâche principale, dans une procédure dans le cadre de laquelle un ressortissant étranger agit contre les autorités qui l'ont placé en rétention, d'accorder une protection juridictionnelle. En cette qualité, il doit garantir le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et veiller à ce que les autorités ne portent pas indûment atteinte aux droits fondamentaux du ressortissant étranger. La procédure que les États membres organisent à cet effet doit donc permettre au juge de s'acquitter pleinement de cette mission.
- 58 Enfin, la juridiction de céans observe que la pratique judiciaire nationale ne fait aucune distinction quant à la manière d'apprécier la légalité lorsqu'il s'agit de la rétention de ressortissants étrangers mineurs.

À la différence des mineurs détenus pour des raisons pénales, la législation nationale ne prévoit pas de garanties procédurales spécifiques en faveur des mineurs lorsque les autorités procèdent, pour des raisons relevant du droit des étrangers, à la privation (temporaire) du droit à la liberté. Aucune garantie procédurale destinée à compenser la minorité n'est donc prévue par la loi. Les mineurs ne bénéficient que des mêmes garanties procédurales que celles qui s'appliquent à tous les ressortissants étrangers, et que nous avons exposées ci-dessus.

Pour les mineurs également, il est interdit au juge, dans la pratique judiciaire nationale, d'examiner et d'apprécier d'office la légalité de la rétention et, s'il

constate l'illégalité, de mettre fin immédiatement à la rétention illégale et de remettre immédiatement le ressortissant étranger mineur en liberté. À titre d'illustration, la juridiction de céans fait référence à une décision dans laquelle [elle] a constaté l'illégalité de la rétention d'un ressortissant étranger vietnamien âgé de quinze ans, en raison de lacunes en amont, de lacunes dans l'audition, de défauts de motivation de la mesure de rétention, de lacunes dans l'examen de la question de savoir si une mesure moins contraignante pouvait suffire et de lacunes dans la mise en œuvre de la rétention²⁵. Aucun de ces faits et circonstances n'avait été invoqué par le ressortissant étranger mineur ou en son nom. En vertu de la jurisprudence de l'Afdeling, il était interdit au juge d'examiner d'office ces aspects de légalité, de constater les illégalités et de mettre fin immédiatement à la rétention. En dépit de cela, [la juridiction de céans] a examiné d'office la légalité de la mesure, constaté plusieurs illégalités et immédiatement remis le ressortissant étranger mineur en liberté à la suite de l'instruction d'audience, au lieu de prolonger la rétention illégale d'un ressortissant étranger de quinze ans, qui durait déjà depuis treize jours au moment de l'instruction d'audience. Les autorités ont interjeté appel de ce jugement en invoquant en premier lieu qu'il était interdit au juge [Or. 26] d'apprécier d'office la légalité et que par conséquent, selon les autorités, le juge ne pouvait pas mettre fin à la rétention de ce ressortissant étranger de quinze ans et le jugement du rechtbank (tribunal) devait être annulé pour ces raisons. À la date de la présente décision de renvoi, l'Afdeling n'a pas encore statué sur ce recours en appel introduit le 2 septembre 2019.

- 59 Le 14 janvier 2021, la Cour a rendu son arrêt dans l'affaire [C-441/19]²⁶. La juridiction de céans demande expressément à la Cour de tenir compte des motifs suivants de cet arrêt lorsqu'elle répondra à la question préjudicielle relative à l'appréciation par le juge d'une demande de remise en liberté d'un ressortissant étranger mineur. Les considérants en question sont libellés comme suit :

« (42) Par ailleurs, cette directive contient des règles spécifiques applicables à certaines catégories de personnes, parmi lesquelles les mineurs non accompagnés, qui, ainsi qu'il résulte de l'article 3, point 9, de la directive 2008/115, relèvent de la catégorie des "personnes vulnérables".

(43) En ce sens, l'article 5, sous a), de la directive 2008/115, lu en combinaison avec le considérant 22 de cette directive, énonce que, lorsqu'ils mettent en œuvre ladite directive, les États membres tiennent dûment compte de l'"intérêt supérieur de l'enfant". Un mineur non accompagné ne saurait donc être systématiquement traité comme un adulte.

(45) En outre, l'article 24, paragraphe 2, de la Charte prévoit que, dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou

²⁵ Jugement du 19 août 2019 du rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch (tribunal de La Haye, siégeant à Bois-le-Duc, ECLI:NL:RBDHA:2019:8709).

²⁶ Arrêt du 14 janvier 2021, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné), C-441/19, EU:C:2021:9.

des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Cette disposition, lue en combinaison avec l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, affirme le caractère fondamental des droits de l'enfant, y compris dans le cadre du retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un État membre.

(46) Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 69 de ses conclusions, seule une appréciation générale et approfondie de la situation du mineur non accompagné en cause permet d'identifier l'"intérêt supérieur de l'enfant" et de prendre une décision conforme aux exigences de la directive 2008/115.

(51) Cependant, l'existence d'une telle obligation ne dispense pas l'État membre concerné d'autres obligations de vérification imposées par la directive 2008/115. En particulier, ainsi qu'il a été énoncé au point 44 du présent arrêt, l'article 5, sous a), de la directive 2008/115 impose que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte à tous les stades de la procédure.

(54) Une telle situation serait contraire à l'exigence de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant à tous les stades de la procédure, telle que prévue à l'article 5, sous a), de la directive 2008/115 et à l'article 24, paragraphe 2, de la Charte. »

- 60 Ces considérations portent sur l'interprétation de l'article 24 de la Charte dans le contexte de la directive « retour ». La juridiction de céans déduit de cet arrêt du 14 janvier 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné)* (C-441/19, EU:C:2021:9), – entre autres choses – qu'il est important que la directive « retour » prévoit que les mineurs relèvent des catégories de personnes qui sont « vulnérables », au sens de l'article 3, point 9, de la directive 2008/115. La directive « accueil » qualifie également, à son article 21, les mineurs de personnes vulnérables. L'article 6 du règlement « Dublin III » prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale pour les États membres dans toutes les procédures prévues par ledit règlement.
- 61 La juridiction de céans estime que les considérations de la Cour citées ci-dessus portent sur la vulnérabilité résultant déjà du simple fait d'être mineur, et elle suppose donc que la Cour juge qu'elles sont transposables, mutatis mutandis, à tout mineur dans toute procédure de droit des étrangers.
- 62 La Cour a considéré que l'intérêt supérieur de l'enfant imposait qu'un mineur ne soit pas systématiquement traité comme un adulte et qu'il devait être pris en compte à tous les stades de la procédure.

La Cour juge également dans l'arrêt du 14 janvier 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné)* (C-441/19, EU:C:2021:9), qu'il y a lieu d'apprécier si une situation est contraire à l'exigence de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant à tous les stades de la procédure, telle que prévue à l'article 5, sous a), de la directive 2008/115 [Or. 27] et à l'article 24, paragraphe 2, de la Charte.

- 63 L'organisation d'une procédure et la mise en place d'un recours juridictionnel permettant qu'un ressortissant étranger mineur fasse l'objet d'une mesure de rétention pour des raisons relevant du droit des étrangers et que ce mineur conteste ensuite en justice cette mesure de rétention doivent donc, conformément à l'article 24, paragraphe 2, de la Charte et à l'arrêt du 14 janvier 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné)* (C-441/19, EU:C:2021:9), avoir lieu dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Une procédure juridictionnelle dans laquelle la vulnérabilité résultant déjà du fait d'être mineur n'est nullement compensée par des garanties procédurales pourrait difficilement être considérée comme conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

- 64 Selon la juridiction de renvoi, s'agissant des mineurs que les autorités ont privé du droit fondamental à la liberté pour des raisons de droit des étrangers, ces enfants sont encore plus vulnérables que des enfants qui font seulement l'objet d'une procédure en vue d'obtenir un droit de séjour sur le territoire des États membres.

C'est précisément concernant ces ressortissants étrangers mineurs particulièrement vulnérables que c'est au juge qu'il incombe d'assurer la protection de leur droit fondamental à la liberté.

- 65 La juridiction de céans demande donc à la Cour d'expliquer si l'autonomie procédurale des États membres est limitée lorsque les droits de l'enfant ne peuvent pas être garantis par le juge en ce que celui-ci ne peut tout simplement pas, eu égard à la manière dont la procédure a été organisée puis interprétée par l'Afdeling, protéger le mineur contre une restriction illégale de son droit fondamental à la liberté. La juridiction de céans invite la Cour à répondre aux questions préjudicielles en tenant compte du fait que seul le droit national des étrangers ne prévoit aucune garantie procédurale, prévue par la loi, s'appliquant spécifiquement aux mineurs. En vertu, notamment, de la convention relative aux droits de l'enfant, de la CEDH et de la Charte, des obligations incombent aux États membres lorsque des mineurs sont impliqués. Les droits et intérêts que les mineurs peuvent en tirer devraient, à tout moment, inclure le droit à la liberté et le droit de ne pas être placés illégalement en rétention par les pouvoirs publics.

- 66 Une pratique judiciaire nationale qui interdit au juge d'examiner et d'apprécier d'office la légalité de la rétention d'un mineur et qui interdit à un juge de remettre immédiatement en liberté un mineur placé illégalement en rétention par les autorités ne saurait être considérée comme conforme à l'obligation qui lui incombe de sauvegarder et de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant parce qu'une telle interdiction est tout simplement manifestement contraire à l'intérêt et aux droits de l'enfant.

- 67 Si, dans le cadre de la réponse aux questions préjudicielles, la Cour ne déduit pas du droit de l'Union une obligation générale incombant au juge d'apprécier toujours d'office la légalité de la rétention, la juridiction de céans invite la Cour à

indiquer explicitement si, lorsque le ressortissant étranger est mineur, la réponse à la question relative au contenu et à la portée d'un recours juridictionnel effectif est différente, compte tenu de l'article 24 de la Charte et de l'arrêt du 14 janvier 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné)* (C-441/19, EU:C:2021:9).

Conclusions et questions préjudicielles soumises à la Cour

- 68 La juridiction de céans demande à la Cour, eu égard à la manière dont la pratique judiciaire nationale a mis en œuvre l'autonomie procédurale en organisant une procédure permettant de contester en justice la rétention autorisée par la directive « retour », la directive « accueil » et le règlement « Dublin III », d'interpréter le contenu et l'étendue du droit à un recours juridictionnel effectif.
- 69 Le juge est tenu de mettre immédiatement fin à une rétention illégale [Or. 28] et d'ordonner la remise en liberté immédiate de l'étranger. Cette obligation découle de la CEDH et du droit de l'Union. Si la pratique judiciaire nationale interdit au juge d'examiner et d'apprécier d'office au fond la légalité de la rétention, parce qu'il doit se limiter aux faits et circonstances invoqués par le ressortissant étranger ou en son nom, la question se pose de savoir si les objectifs de la directive « retour », de la directive « accueil » et du règlement « Dublin III » sont atteints.
- 70 C'est également dans ce cadre que la juridiction de renvoi souhaite interroger la Cour sur le point de savoir si le juge qui statue en second et donc en dernier ressort sur la légalité de la rétention peut se contenter d'indiquer, pour motiver sa décision, que le jugement de première instance est confirmé, ou s'il résulte de l'article 47, lu en combinaison avec l'article 6 de la Charte et dans le contexte de la directive « retour », de la directive « accueil » et du règlement « Dublin III », une obligation de motivation qui implique, eu égard aux spécificités de la procédure judiciaire nationale, qu'une décision assortie de motifs soit prononcée, à chaque degré de juridiction, quelle que soit cette décision. La juridiction de céans invite la Cour à prendre en considération, aux fins d'apprécier l'existence d'un recours juridictionnel effectif, l'obligation de motivation en tant qu'élément de toutes les procédures en matière de droit des étrangers et spécifiquement de la procédure de rétention.
- 71 Dans la pratique judiciaire nationale actuelle, il est interdit au juge d'examiner et d'apprécier d'office pleinement tous les faits et circonstances pertinents. Dans la situation où les circonstances démontrant l'illégalité de la rétention ne sont pas invoquées par le ressortissant étranger ou en son nom, le juge n'accorde aucune protection juridictionnelle, mais autorise le maintien de cette rétention illégale alors qu'il est pleinement conscient de cette illégalité. Cette pratique juridique s'applique tout autant aux ressortissants étrangers mineurs.
- 72 Dès lors, si la Cour considère que la pratique judiciaire nationale est conforme au droit de l'Union, cela signifie que le juge doit garder le silence s'il constate d'office qu'un ressortissant étranger, mineur ou non, est placé illégalement en

rétenion. Dans ce cas, la juridiction de céans invite la Cour à préciser comment le juge peut garantir le respect des droits fondamentaux consacrés par la Charte et remplir sa mission principale de protection juridictionnelle en cas d'atteinte illégale des autorités précisément au droit fondamental à la liberté individuelle.

- 73 L'objet central des questions préjudicielles posées à la Cour porte donc sur le point de savoir si la seule circonstance que le ressortissant étranger a accès à la justice et peut contester devant le juge l'ensemble des conditions de la mesure de rétention suffit pour parler de recours effectif ou s'il est nécessaire que le juge qui, s'agissant de la rétention, est en premier lieu juge de l'Union, soit aussi effectivement en mesure de garantir le respect du droit de l'Union et de garantir que le ressortissant étranger soit préservé d'une atteinte illégale des autorités à son droit à la liberté.
- 74 Il ressort de la décision de renvoi de l'Afdeling, du 23 décembre 2020, dans laquelle l'Afdeling explique pourquoi une obligation intégrale, voire un pouvoir, pour le juge d'examiner et d'apprécier d'office pleinement la rétention n'a jamais été adoptée, que, malgré le libellé du résumé figurant au point 7, l'Afdeling ne doute pas de la conformité du cadre national d'évaluation et de sa jurisprudence au droit de l'Union et à la CEDH.
- 75 La juridiction de céans considère, quant à elle, qu'il existe indéniablement des raisons de douter. Le droit de l'Union confère aux autorités des États membres une compétence leur permettant de priver, dans certains cas limitativement énumérés, un ressortissant étranger de son droit fondamental à la liberté. Le droit de l'Union ainsi que la CEDH imposent de manière impérative et inconditionnelle que, si les conditions de rétention ne sont pas (ou plus) remplies, le ressortissant étranger doit être immédiatement remis en liberté. Cette obligation s'adresse aux autorités qui imposent la rétention et au juge auprès duquel le ressortissant étranger peut demander à être remis en liberté. La CEDH [Or. 29] intègre le droit d'accès à la justice dans le droit à la liberté, tandis que le droit de l'Union prévoit que, s'agissant des restrictions des droits fondamentaux, le recours juridictionnel doit être effectif. Le recours juridictionnel pour contester la rétention prévoit un certain nombre de garanties procédurales. En pratique, ces garanties semblent fragiles lorsqu'il s'agit de protéger le ressortissant étranger pour qu'il ne subisse pas une atteinte illégale des autorités à son droit fondamental à la liberté. Une obligation pour le juge de toujours examiner et apprécier d'office, en cas de demande de remise en liberté, tous les aspects de la légalité de la rétention permet d'éviter que les garanties procédurales soient vidées de leur sens. Une interdiction pour le juge d'examiner et d'apprécier d'office la légalité de l'atteinte au droit à la liberté prive d'effet utile l'article 47 de la Charte, parce que le juge n'est pas en mesure d'assurer, en toutes circonstances, une protection juridictionnelle effective au justiciable.
- 76 Si, dans son interprétation du contenu et de la portée de cette notion de droit de l'Union, la Cour estime que le droit à un recours juridictionnel effectif lorsqu'il s'agit de contester la rétention est soumis à l'autonomie procédurale des États

membres, parce que seule l'obligation de remise en liberté immédiate en cas de rétention illégale est prévue et non la manière dont celle-ci doit être organisée sur le plan procédural, le juge national ne sera pas en mesure de respecter l'obligation qui lui incombe en vertu du droit de l'Union de mettre fin immédiatement à une situation de rétention illégale et de remettre immédiatement le ressortissant étranger en liberté. Dans la pratique judiciaire nationale actuelle, le juge doit garder le silence s'il constate d'office l'illégalité de la rétention, indépendamment de la question de savoir si les autorités qui ont ordonné la rétention reconnaissent le caractère illégal de celle-ci. Dans ces conditions, la juridiction de renvoi demande, enfin, à la Cour d'indiquer, en répondant aux questions préjudicielles, si le juge, lorsqu'il constate que la rétention est illégale mais la laisse perdurer en raison d'une interdiction d'appréciation d'office prévue par la pratique judiciaire nationale, enfreint lui-même la CEDH et le droit de l'Union.

77 La juridiction de céans demande à la Cour de répondre aux questions préjudicielles suivantes :

I. Eu égard à l'article 47, lu en combinaison avec les articles 6 et 53 de la Charte ainsi que dans le contexte de l'article 15, paragraphe 2, initio et sous b), de la directive « retour », de l'article 9, paragraphe 3, de la directive « accueil » et de l'article 28, paragraphe 4, du règlement « Dublin III », les États membres peuvent-ils organiser la procédure judiciaire permettant de contester le placement en rétention ordonné par les autorités de telle manière qu'il est interdit au juge d'examiner et d'apprécier d'office tous les aspects de la légalité de la rétention et, s'il constate d'office que la rétention est illégale, de mettre fin immédiatement à cette rétention illégale et d'ordonner la remise en liberté immédiate du ressortissant étranger ? Si la Cour de justice de l'Union européenne estime qu'une telle réglementation nationale est incompatible avec le droit de l'Union, cela signifie-t-il également que, si le ressortissant étranger demande au juge sa remise en liberté, celui-ci est toujours tenu d'examiner et d'apprécier d'office, de manière active et approfondie, tous les faits et éléments pertinents de la légalité de la rétention ?

II. Compte tenu de l'article 24, paragraphe 2, de la Charte, lu en combinaison avec l'article 3, point 9, de la directive « retour », l'article 21 de la directive « accueil » et l'article 6 du règlement « Dublin III », la réponse à la première question est-elle différente si le ressortissant étranger placé en rétention par les autorités est mineur ?

III Le droit à un recours effectif, garanti par l'article 47, lu en combinaison avec les articles 6 et 53, de la Charte et dans le contexte de l'article 15, paragraphe 2, initio et sous b), de la directive « retour », de l'article 9, paragraphe 3, [Or. 30] de la directive « accueil » et de l'article 28, paragraphe 4, du règlement « Dublin III », implique-t-il que le juge, à chaque degré de juridiction, lorsqu'un ressortissant étranger lui demande la levée de la rétention et sa remise en liberté, doit assortir toute décision sur cette demande d'une motivation au fond suffisante si le recours a, par ailleurs, été conçu de la manière dont il l'est aux Pays-Bas ? Si

la Cour estime incompatible avec le droit de l'Union une pratique judiciaire nationale dans laquelle la juridiction de second et donc de dernier ressort peut se contenter de statuer sans aucune motivation au fond, compte tenu de la manière dont ce recours a par ailleurs été conçu aux Pays-Bas, cela signifie-t-il alors que ce pouvoir de la juridiction qui statue en second et donc de dernier ressort dans des affaires en matière d'asile et des affaires ordinaires de droit des étrangers doit également être considéré comme étant incompatible avec le droit de l'Union, eu égard à la situation vulnérable du ressortissant étranger, aux intérêts importants en jeu dans les procédures en matière de droit des étrangers et à la constatation que, contrairement à toutes les autres procédures administratives, s'agissant de protection juridictionnelle, ces procédures connaissent les mêmes faibles garanties procédurales pour le ressortissant étranger que la procédure de rétention ? Compte tenu de l'article 24, paragraphe 2, de la Charte, la réponse à ces questions est-elle différente si le ressortissant étranger qui conteste en justice une décision des autorités en matière de droit des étrangers est mineur ?

- 78 Dès lors que la directive « retour », la directive « accueil » et le règlement « Dublin III » déterminent dans quelles circonstances, limitativement énumérées, le ressortissant étranger peut être placé en rétention, mais ne connaissent aucune disposition relative à la manière dont le juge doit examiner et apprécier la légalité, il ne s'agit pas d'un acte clair. La Charte garantit un droit à un recours effectif, mais elle ne prévoit pas non plus explicitement que cela signifie que le juge doit apprécier d'office la légalité de la rétention. Dans ses arrêts cités dans la présente décision, la Cour a consacré plusieurs considérations à l'étendue des pouvoirs du juge dans l'appréciation de la légalité de la rétention des ressortissants étrangers, mais elle n'a jamais expressément considéré qu'un recours effectif comportait une obligation pour le juge d'apprécier d'office intégralement la rétention et elle ne s'est donc pas encore prononcée sur les points de droit tels que soulevés dans les deux décisions de renvoi ou d'autres comparables à celles-ci. Il ne s'agit donc pas d'un acte éclairé.

La question de savoir si un recours juridictionnel effectif exige qu'une décision rendue en second et dernier ressort dans une procédure de contestation d'un placement en rétention au titre de la directive « retour », de la directive « accueil » ou du règlement « Dublin III » doit être une décision motivée n'a jamais été soumise à la Cour. Il ne s'agit pas non plus d'un acte clair ou d'un acte éclairé concernant cette question, de sorte que la juridiction de céans estime également nécessaire de saisir la Cour de la présente question préjudicielle afin de pouvoir apprécier si la procédure judiciaire nationale comporte des garanties suffisantes pour le ressortissant étranger qui forme un recours contre les autorités. La Cour a jugé, dans son arrêt du 14 janvier 2021 ²⁷, combien l'intérêt supérieur de l'enfant était fondamental et combien la responsabilité des autorités administratives et judiciaires était importante chaque fois que des mineurs sont concernés dans des

²⁷ Arrêt du 14 janvier 2021, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné), C-441/19, EU:C:2021:9.

procédures. La réponse à la question de savoir si cela signifie que le juge de première et deuxième instance est, de ce seul fait, tenu de procéder d'office à une appréciation intégrale de la légalité et de motiver au fond ses décisions sur la demande de remise en liberté ne saurait être aisément déduite du droit de l'Union et elle ne ressort pas de manière évidente de la jurisprudence de la Cour, de sorte que concernant ces questions il ne s'agit pas non plus d'un acte clair ou d'un acte éclairé.

- 79 La juridiction de céans suspend l'examen du recours et réserve toute décision pour le surplus.

Décision

La juridiction de céans : **[Or. 31]**

— invite la Cour à se prononcer à titre préjudiciel sur les questions formulées au point 77 ci-dessus ;

— suspend l'examen du recours jusqu'à ce que la Cour se soit prononcée et réserve toute décision pour le surplus.

[Formule finale] [OMISSIS]

[OMISSIS] ANNEXE

Cadre juridique – Droit de l'Union

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Article 6 – Droit à la liberté et à la sûreté

Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté.

Article 24 – Droits de l'enfant

(...)

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

(...)

Article 47 – Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. **[Or. 32]**

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.

Article 52 – Portée et interprétation des droits et des principes

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci.

3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

(...)

7. Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres.

Article 53 – Niveau de protection

Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres.

Directive « retour » (directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO 2008, L 348, p. 98).

Article 3 – Définitions

9. « personnes vulnérables » : les mineurs, les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs et les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle. [Or. 33]

Article 5 – Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale et état de santé

Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte :

a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,

(...)

Article 15 – Rétention

(...)

2. La rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires. La rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit. Si la rétention a été ordonnée par des autorités administratives, les États membres :

a) soit prévoient qu'un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention,

b) soit accordent au ressortissant concerné d'un pays tiers le droit d'engager une procédure par laquelle la légalité de la rétention fait l'objet d'un contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du lancement de la procédure en question. Dans ce cas, les États membres informent immédiatement le ressortissant concerné d'un pays tiers de la possibilité d'engager cette procédure.

Le ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale.

3. Dans chaque cas, la rétention fait l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables soit à la demande du ressortissant concerné d'un pays tiers, soit d'office. En cas de périodes de rétention prolongées, les réexamens font l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire.

4. Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté.

5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois.

(...).

Directive « accueil » (directive n° 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte) (JO 2013, L 180, p. 96) ;

Article 2 – Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par :

(...)

h) « rétention », toute mesure d'isolement d'un demandeur par un État membre dans un lieu déterminé, où le demandeur est privé de sa liberté de mouvement ;

(...).

Article 9 – Garanties offertes aux demandeurs placés en rétention

1. Un demandeur n'est placé en rétention que pour une durée la plus brève possible et tant que les motifs énoncés à l'article 8, paragraphe 3, sont applicables.

[...]

2. Le placement en rétention des demandeurs est ordonné par écrit par les autorités judiciaires ou administratives. La décision de placement en rétention indique les motifs de fait et de droit sur lesquels elle est basée.

3. Lorsque le placement en rétention est ordonné par les autorités administratives, les États membres prévoient un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité du placement en rétention d'office et/ou à la demande du demandeur. **[Or. 34]** Lorsqu'il a lieu d'office, ce contrôle est décidé le plus rapidement possible à partir du début du placement en rétention. Lorsqu'il a lieu à la demande du demandeur, il est décidé le plus rapidement possible après le lancement de la procédure pertinente. À cette fin, les États membres définissent dans leur droit national le délai dans lequel ont lieu le contrôle juridictionnel d'office et/ou le contrôle juridictionnel à la demande du demandeur.

Lorsque, à la suite du contrôle juridictionnel, le placement en rétention est jugé illégal, le demandeur concerné est libéré immédiatement.

(...)

5. Le placement en rétention fait l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire à intervalles raisonnables, d'office et/ou à la demande du demandeur concerné, notamment en cas de prolongation, de survenance de circonstances pertinentes ou d'informations nouvelles pouvant avoir une incidence sur la légalité du placement en rétention.

6. En cas de contrôle juridictionnel de la décision de placement en rétention prévu au paragraphe 3, les États membres veillent à ce que les demandeurs aient accès à l'assistance juridique et à la représentation gratuites. Ceci comprend, au moins, la préparation des actes de procédure requis et la participation à l'audience devant les autorités judiciaires au nom du demandeur.

L'assistance juridique et la représentation gratuites sont fournies par des personnes dûment qualifiées, reconnues ou habilitées par le droit national, dont les intérêts n'entrent pas en conflit ou ne sont pas susceptibles d'entrer en conflit avec ceux du demandeur.

(...)

Article 21 – Principe général

Dans leur droit national transposant la présente directive, les États membres tiennent compte de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, par exemple les victimes de mutilation génitale féminine.

Règlement « Dublin III » règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (JO 2013, L 180, p. 31)

Article 6 – Garanties en faveur des mineurs

1. L'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale pour les États membres dans toutes les procédures prévues par le présent règlement.

(...)

Article 28 – Placement en rétention

(...)

4. En ce qui concerne les conditions de placement en rétention et les garanties applicables aux personnes placées en rétention, afin de garantir les procédures de transfert vers l'État membre responsable, les articles 9, 10 et 11 de la directive 2013/33/UE s'appliquent. [Or. 35]

Cadre juridique – Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Article 5 – Droit à la liberté et à la sûreté

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

(...)

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

(...)

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

(...)

Cadre juridique – Réglementation néerlandaise

Algemene wet bestuursrecht (code de droit administratif)

Article 8:69

1. La juridiction saisie statue en se fondant sur le recours, les pièces produites, l'instruction préalable et l'instruction de l'affaire à l'audience.

2. La juridiction complète d'office les moyens de droit.

3. La juridiction peut compléter les faits d'office.

Article 8:77

1. La décision écrite indique :

(...)

b. les motifs de la décision,

(...)

Vreemdelingenwet 2000 (loi sur les étrangers de 2000)

Article 85

(...)

2. Le moyen précise la partie de la décision que le demandeur ne peut pas accepter [Or. 36] ainsi que les raisons pour lesquelles il ne peut l'accepter.

(...)

Article 89

(...)

2. L'Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (section du contentieux du Conseil d'État) se prononce au plus tard vingt-trois semaines après réception de l'acte de recours.

Article 91

1. Dans sa décision, l'Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (section du contentieux administratif du Conseil d'État) peut se limiter à l'appréciation des griefs invoqués.

2. Si l'Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (section du contentieux administratif du Conseil d'État) estime qu'un grief invoqué n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation, elle peut se limiter à cette appréciation dans les motifs de sa décision.

Article 94

1. Lorsqu'il a pris une décision imposant une mesure privative de liberté visée aux articles 6, 6a, 58, 59, 59a et 59b, notre Ministre en avise le rechtbank (tribunal) au plus tard le 28^e jour suivant la notification de cette décision, sauf si le ressortissant étranger a déjà lui-même formé un recours. Aussitôt le rechtbank (tribunal) avisé, le ressortissant étranger est réputé avoir formé un recours contre la décision imposant une mesure privative de liberté. Le recours vise également à obtenir une indemnisation.

(...)

6. S'il considère que l'application ou l'exécution de la mesure est contraire à la présente loi ou s'il considère, après avoir pondéré l'ensemble des intérêts en présence, que la mesure n'est pas justifiée, le rechtbank (tribunal) saisi fait droit au recours. Dans ce cas, le rechtbank (tribunal) ordonne la levée de la mesure ou la modification de ses modalités d'exécution.

(...)

Article 96

1. Si le recours visé à l'article 94 est déclaré non fondé et que le ressortissant étranger forme un recours contre la prolongation de la privation de liberté, le rechtbank (tribunal) met fin à l'instruction préalable dans un délai d'une semaine à compter de la réception de la requête. Par dérogation à l'article 8:57 du code de droit administratif, le rechtbank (tribunal) peut également décider, sans le consentement des parties, que l'instruction d'audience n'aura pas lieu.

(...)

3. S'il considère que l'application ou l'exécution de la mesure est contraire à la présente loi ou s'il considère, après avoir pondéré l'ensemble des intérêts en présence, que la mesure n'est pas raisonnablement justifiée, le rechtbank (tribunal) saisi fait droit au recours. Dans ce cas, le rechtbank (tribunal) ordonne la levée de la mesure ou la modification de ses modalités d'exécution.