



**AVIS DE Mme MARILLY,  
AVOCAT GÉNÉRAL REFERENDAIRE**

**Arrêt n° 790 FS-B du 15 décembre 2021 – Première chambre civile**

**Pourvoi n° 20-17.628**

**Décision attaquée : 18 novembre 2019 de la cour d'appel de Paris**

**M. [X] [K]**

**C/**

**le procureur général près la cour d'appel de Paris**

---

Sens de l'avis : cassation

**FAITS ET PROCÉDURE**

Il résulte de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention que M. [K] a été placé en garde à vue pour vol le 12 novembre 2019 à 20h25. Le 13 novembre 2019 à 17 h 25, le procureur de la République a ordonné le classement sans suite de la procédure diligentée à son encontre. La garde à vue a été levée le 13 novembre à 19 heures, heure à laquelle, l'intéressé a été placé en rétention.

Le juge des libertés et de la détention, saisi par le préfet d'une demande de prolongation de la mesure et, par M. [K], d'une contestation de la régularité de son placement en rétention, a constaté l'irrégularité de la procédure.

Selon lui, M.[K] avait été maintenu en garde à vue de manière irrégulière durant 1 h 35 (soit de 17 h 25 à 19 h) après que le procureur de la République avait ordonné le classement sans suite de la procédure en raison d'autres mesures non pénales (CSS 61), alors que, selon le juge, il résultait de ces instructions que la garde à vue devait être levée sans délai.

Sur appel du préfet, le premier président a infirmé cette décision, rejeté divers moyens de nullité soulevés par M. [K] et ordonné la prolongation de sa rétention pour une durée de 28 jours.

C'est la décision attaquée.

## **MOYENS**

M. [K] fait grief à l'ordonnance infirmative attaquée de rejeter sa requête en contestation du placement en rétention, de rejeter ses moyens de nullité et d'ordonner la prolongation de sa rétention pour une durée de 28 jours, alors :

« 1°/ que la garde à vue s'effectue sous le contrôle du procureur de la République, qui apprécie si le maintien de la personne en garde à vue est nécessaire à l'enquête ; que l'avis de classement sans suite, par le ministère public, de la procédure ayant donné lieu au placement de l'intéressé en garde à vue rend sans objet tout acte d'enquête complémentaire et prive dès lors de fondement légal la mesure de garde à vue ; qu'en retenant l'absence d'irrégularité de la durée de la garde à vue de M. [K], maintenue jusqu'au 13 novembre à 19h en dépit de l'avis de classement sans suite du 13 novembre à 17h03, au motif inopérant que la garde à vue n'avait pas excédé la durée légale de 24 h et que le procureur de la République n'avait pas immédiatement ordonné la mainlevée de la mesure, sans rechercher comme il y était invité si à défaut de nécessité pour l'enquête pénale, le maintien en garde à vue de M. [K] n'avait pas eu lieu à des fins purement administratives dès lors que la levée de sa garde avait eu lieu à l'heure précise de la notification de son placement en rétention administrative, le premier président de la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles 62-2 et 62-3 du code de procédure pénale ;

2°/ que toute personne a le droit d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ; qu'un étranger ne peut être placé en rétention administrative sans avoir au préalable été entendu, et ainsi mis en mesure de présenter ses observations, dès lors que cette mesure restreint sa liberté d'aller et venir ; qu'en retenant le contraire, le premier président de la cour d'appel a violé les articles L. 121-1, L. 211-2 et L. 121-2, 3o du code des relations entre le public et l'administration, ensemble le principe des droits de la défense et l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. »

## QUESTION JURIDIQUE

L'étranger en situation irrégulière doit-il faire l'objet d'une audition préalable et spécifique avant son placement en rétention sous peine d'irrégularité de la mesure ?

## DISCUSSION

Seul le second moyen fera l'objet d'un avis développé, le premier pouvant faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé comme suggéré par le conseiller rapporteur.

Le régime juridique de l'éloignement forcé des étrangers en situation irrégulière a fait l'objet de réformes récurrentes ayant pour but d'en améliorer l'effectivité<sup>1</sup>.

Le 16 décembre 2008, le Parlement européen et le Conseil ont adopté une [directive n° 2008/115/CE](#) relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Elle "*fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme.* (Art.1er)". **Le chapitre IV est consacré à la "rétention à des fins d'éloignement"**, les conditions de placement, la prolongation, l'autorité compétente, le contrôle juridictionnel des mesures et les modalités de la mesure.

Cette directive a fait l'objet d'une transposition complète par la Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, et le décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011 pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et portant sur les procédures d'éloignement des étrangers.

Il résulte de ces textes modifiés depuis à plusieurs reprises et encore récemment par l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, **que l'autorité administrative peut, sur le fondement de l'article 741-1 du CESEDA<sup>2</sup>, placer en rétention, pour une durée de quarante-huit heures :**

- ***l'étranger qui se trouve dans l'un des cas prévus à l'article L. 731-1*** : décision portant obligation de quitter le territoire français, prise moins d'un an auparavant, pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé ; arrêté d'expulsion, décision de transfert etc...

---

<sup>1</sup> V. Répertoire de contentieux administratif- Étranger : contentieux de l'obligation de quitter le territoire français – Christophe Pouly juin 2019

<sup>2</sup> Anciennement L.551-1 du CESEDA

- **lorsqu'il ne présente pas de garanties de représentation effectives** propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement **et qu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision**, notamment une assignation à résidence (art. L.743-13 du CESEDA) *Le risque est apprécié selon les mêmes critères que ceux prévus à l'article L. 612-3 (l'étranger ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ; s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ; s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement etc...).*

Le droit français n'impose pas d'audition de l'étranger par l'autorité administrative préalable à son placement en rétention ce qui conduit les avocats<sup>3</sup> à en contester la régularité en se fondant sur les principes généraux du droit de l'Union d'une part, et sur l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration d'autre part.

### **1) sur l'irrégularité du placement en rétention au regard du droit de l'Union européenne**

Le Conseil d'Etat s'est déjà prononcé sur l'obligation de procéder à une audition préalable au placement en rétention d'un étranger en situation irrégulière ([CE 5 juin 2015 req.n° 375423](#)). Après avoir rappelé la jurisprudence de la Cour de Justice sur le droit d'être entendu préalablement à une décision de retour, qui implique que l'autorité administrative mette le ressortissant étranger en situation irrégulière à même de présenter, de manière utile et effective, son point de vue sur l'irrégularité du séjour et les motifs qui seraient susceptibles de justifier que l'autorité s'abstienne de prendre à son égard une décision de retour, **le Conseil d'Etat a jugé que la cour administrative d'appel avait commis une erreur de droit en annulant la décision de placement en rétention au motif qu'il n'avait pas été mis à même de présenter ses observations de façon spécifique sur le placement en rétention, alors qu'il avait été entendu au préalable par les services de police.** (Nous soulignons)

Cet arrêt a fait l'objet de critiques, un auteur relevant que *“concrètement, il suffit que l'intéressé ait été mis en mesure, à un moment donné, de présenter ses observations pour que les exigences découlant du droit à être entendu soient réputées satisfaites. Si ce raisonnement globalisant a pu être critiqué à propos de l'arrêt Halifa (V. G. Marti, Droit d'être entendu dans le cadre d'une mesure d'éloignement : un pas en avant, deux pas en arrière : JCP A 2014, 2355), il doit d'autant plus l'être qu'en l'espèce, la cour administrative d'appel de Nancy s'était fondée sur ce que l'intéressé, bien qu'entendu lors de sa remise aux autorités françaises, n'avait pas été spécialement informé qu'il était susceptible de faire l'objet d'une rétention et n'avait donc pas du tout été entendu sur ce point.* “<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Plusieurs dossiers audiencés devant la Cour posent la même question

<sup>4</sup> Gaëlle Marti : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 12, 29 Mars 2016, 2078 - Interprétation restrictive du droit à être entendu préalablement au placement en rétention :

La première chambre civile de la Cour de cassation, a jugé que *“les garanties procédurales qui assurent à l'étranger, notamment au chapitre III de la directive retour n° 2008/115/CE du 21 décembre 2008, le droit d'être entendu, avec une assistance juridique, sur la légalité du séjour et les modalités de son retour, ne s'appliquent pas aux décisions de placement en rétention, mais aux décisions d'éloignement dont la contestation ne relève pas de la compétence de l'autorité judiciaire”* ([1re Civ., 21 novembre 2018, pourvoi n° 18-11.421](#)).

Bien que l'utilisation de l'adverbe “notamment” nous fasse douter de l'interprétation de cet arrêt, il nous paraît cependant vouloir circonscrire le droit d'être entendu prévu spécifiquement par la “directive retour” aux seules mesures d'éloignement, sans aller jusqu'à écarter le droit d'être entendu, principe fondamental du droit de l'Union, avant un placement en rétention.

Le présent pourvoi offre à la chambre la possibilité d'éclaircir sa position, la question de l'audition préalable au placement en rétention se trouvant à nouveau au coeur du présent pourvoi, l'auteur de celui-ci se fondant notamment sur les droits de la défense, principe fondamental du droit de l'Union dont le droit d'être entendu fait partie intégrante.

En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 7 mars 2016, le JLD est compétent pour exercer le contrôle de la légalité de l'acte administratif ordonnant le placement en rétention de l'étranger aux fins d'éloignement, ce qu'il doit faire en appliquant le droit de l'union et en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ([1re Civ., 7 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.370, Bull. 2015, I, n° 243](#)).

La première chambre civile a ainsi jugé “[...] *qu'il incombe au juge des libertés et de la détention, saisi en application des articles L. 552-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, de mettre fin, à tout moment, à la rétention administrative, lorsque des circonstances de droit ou de fait le justifient, résultant, notamment, de la recherche de la conformité au droit de l'Union de la mesure de rétention [...]*” ([1re Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-27.357, Bull. 2016, I, n° 215](#).)

**Il convient par conséquent d'apprécier la compatibilité du régime procédural de la rétention des étrangers, tel que prévu par le droit français, avec le droit de l'Union, notamment au regard de l'absence d'audition spécifique et préalable au placement en rétention.**

Le droit d'être entendu dans toute procédure est aujourd'hui consacré non seulement par les articles 47 et 48 de la [Charte des droits fondamentaux](#), qui garantissent le respect des droits de la défense ainsi que du droit à un procès équitable dans le cadre de toute procédure juridictionnelle, mais également par l'article 41 de celle-ci, qui assure le droit à une bonne administration. ([CJUE 3 juillet 2014 Kamino International Logistics BV et Datema Hellmann Worldwide Logistics BV contre Staatssecretaris van Financiën C129/13](#) point 29)

La Cour de justice de l'Union a cependant jugé que l'article 41 de la Charte s'adresse non pas aux États membres, mais uniquement aux institutions, aux organes et aux organismes de l'Union ( [CJUE, 21 déc.2011, aff. C-482/10 Cicala](#), point 28) et qu'il ne saurait donc être tiré de l'article 41, paragraphe 2, sous a), un droit d'être entendu dans toute procédure relative à sa demande ([CJUE, 5e ch., 5 nov. 2014, aff. C-166/13, Sophie \[N\] point 44](#)).

En revanche, la Cour rappelle régulièrement **qu'un tel droit fait partie intégrante du respect des droits de la défense, principe général du droit de l'Union** (CJUE, 5e ch., 5 nov. 2014, aff. C-166/13, Sophie [N] point 45), **qui peut être utilement invoqué par les particuliers.**

En effet, le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental de droit de l'Union qui **doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure** (voir, notamment, [arrêts du 29 juin 1994, Fiskano/Commission, C-135/92, point 39](#), et du [24 octobre 1996, Commission/Lisrestal e.a., C-32/95 point 42](#)).

En vertu de ce principe, les destinataires de décisions qui affectent de manière sensible leurs intérêts **doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue quant aux éléments sur lesquels l'administration entend fonder sa décision** ( [CJUE 18 décembre 2008 Sopropé C-349/07](#) point 37) et de corriger une erreur ou faire valoir tels éléments relatifs à leur situation personnelle qui militent dans le sens que la décision soit prise, ne soit pas prise ou qu'elle ait tel ou tel contenu (CJUE, 5e ch., 5 nov. 2014, aff. C-166/13, Sophie [N] point 47). L'autorité compétente doit être mise à même de tenir utilement compte de l'ensemble des éléments pertinents pour prendre sa décision.

**Cette obligation pèse sur les administrations des États membres lorsqu'elles prennent des décisions entrant dans le champ d'application du droit de l'Union, alors même que la législation européenne applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité** (CJUE 18 décembre 2008 Sopropé C-349/07 point 38).

La Cour a précisé, en répondant à une question préjudicielle que *“le principe du respect par l'administration des droits de la défense et le droit qui en découle, pour toute personne, d'être entendue avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts, [...] peuvent être invoqués directement, par les particuliers, devant les juridictions nationales”*. ([CJUE 3 juillet 2014 Kamino International Logistics BV et Datema Hellmann Worldwide Logistics BV contre Staatssecretaris van Financiën C129/13](#) point 35)

La Cour a cependant précisé que **pour qu'une violation des droits de la défense entraîne une annulation de l'acte en question, il faut que, en l'absence de cette irrégularité, la procédure ait pu aboutir à un résultat différent** ([CJCE 6 septembre 2012, August Storck KG contre Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, aff.C-96/11 §80](#); [CJUE 10 septembre 2013 M. G. et N. R. contre Staatssecretaris van](#)

[Veiligheid en Justitie aff. 383/13](#) point 38) ; il n'est d'ailleurs pas nécessaire de démontrer que la décision aurait eu un contenu différent, mais qu'une telle hypothèse n'est pas entièrement exclue dès lors que le requérant aurait pu mieux assurer sa défense en l'absence de l'irrégularité procédurale ([CJCE 1er octobre 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd contre Conseil de l'Union européenne, aff.C-141/08](#) point 94). **Le contrôle du respect des droits de la défense doit donc se faire in concreto**, en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce (voir, en ce sens, [CJUE, 25 oct.2011 Solvay/Commission, C-110/10 point 63](#)), notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée ( [CJUE 18 juillet 2013 Commission e.a./Kadi, C-584/10 point 102](#) et [C-166/13 point 54](#)).

La Cour rappelle également que **les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à la condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général** poursuivis par la mesure en cause et **ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable** qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis ([CJUE 18 mars 2010 Alassini e.a., C-317/08 à C-320/08, point 63](#); [10 sept.2013 G. et R., C-383/13 point 33](#), ainsi que [Texdata Software, C-418/11, point 84](#) ; [Sophie \[N\] C-166/13, point 53](#) ).

Répondant à une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat, la Cour de Justice a jugé que *“le droit d'être entendu dans toute procédure, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2008/115 et, notamment, de l'article 6 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une autorité nationale n'entende pas le ressortissant d'un pays tiers spécifiquement au sujet d'une décision de retour lorsque, après avoir constaté le caractère irrégulier de son séjour sur le territoire national à l'issue d'une procédure ayant pleinement respecté son droit d'être entendu, elle envisage de prendre à son égard une telle décision, que cette décision de retour soit consécutive ou non à un refus de titre de séjour.”* ( [Sophie \[N\] C-166/13, point 82](#))

Dans ce dossier, et comme l'observe un auteur<sup>5</sup>, *“la Cour constate, sans même éprouver le besoin de renvoyer à l'appréciation de la juridiction nationale sur ce point, que la procédure suivie dans le cas d'espèce, a permis à Mme [N] de faire valoir son point de vue. Dans ces conditions, obliger l'État membre à procéder à une nouvelle audition spécifiquement sur la décision de retour apparaît superflu et allongerait inutilement la procédure d'éloignement sans accroître la protection juridictionnelle de l'intéressée. Manifestement la Cour entend éviter que les demandes répétées d'audition ne conduisent à une instrumentalisation de l'invocation des droits fondamentaux à la seule fin de prolonger les procédures administratives”*.

La Cour a ajouté que *“le droit d'être entendu dans toute procédure, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2008/115 et, notamment, de l'article 6 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il n'oblige l'autorité nationale compétente ni à prévenir ce*

---

<sup>5</sup> Denys Simon, droits fondamentaux, droits d'être entendu, Europe n°2, février 2015, comm.45

*ressortissant, préalablement à l'audition organisée en vue de ladite adoption, de ce qu'elle envisage d'adopter à son égard une décision de retour, ni à lui communiquer les éléments sur lesquels elle entend fonder celle-ci, ni à lui laisser un délai de réflexion avant de recueillir ses observations, dès lors que ledit ressortissant a la possibilité de présenter, de manière utile et effective, son point de vue au sujet de l'irrégularité de son séjour et des motifs pouvant justifier, en vertu du droit national, que cette autorité s'abstienne de prendre une décision de retour". (CJUE du 11 décembre 2014 [V] [W] contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques aff. C249/13 point 70 )*

Comme l'a parfaitement relevé la conseillère Feydeau-Thieffry dans un de ses rapports sur la question, la jurisprudence des cours d'appel est variable sur l'irrégularité tirée de l'absence d'audition préalable au placement en rétention, certaines accueillant le moyen, sur le fondement du droit de l'Union et/ou de l'article L.121-1 du CRPA, dès lors que l'absence d'audition a fait grief à l'étranger, d'autres le rejetant en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation du 21 novembre 2018, pourvoi n°18-11.421, ou sur celle du Conseil d'Etat du 15 juin 2015.<sup>6</sup>

\*\*\*

Les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, ce qui est le cas des mesures relatives à l'éloignement des étrangers, et plus précisément du placement en rétention, régi par la directive dite retour du 16 décembre 2008 entièrement transposée en droit français.

Or, il ne fait aucun doute que le placement en rétention d'un étranger, mesure privative de liberté, est une décision faisant grief, qui, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, doit résulter d'une procédure respectant les droits de la défense, au cours de laquelle l'étranger a pu faire valoir ses observations, utiles à la décision de l'autorité administrative, laquelle dépend des garanties de représentation dont il dispose et justifie, de nature à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement. Les informations recueillies avant le placement en rétention à l'occasion d'une audition doivent également permettre de vérifier qu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision.

Les Etats membres disposent cependant d'une certaine autonomie dans la mise en oeuvre des droits de la défense desquels découle le droit à une audition préalable à toute décision faisant grief.

La Cour ajoute ainsi, s'agissant de la décision de retour, que rien n'oblige les Etats membres à prévoir une audition spécifique et préalable dès lors que la personne concernée a fait l'objet d'une audition au cours de la procédure ayant permis le recueil d'informations personnelles de nature à éclairer l'autorité

---

<sup>6</sup> Rapport du conseiller Feydeau-Thieffry p. 27 pourvoi n°2017283

administrative sur la décision à prendre. Cette jurisprudence nous paraît parfaitement transposable au placement en rétention, l'objectif étant que l'étranger ait pu faire connaître des éléments d'informations actualisés, utiles au représentant de l'Etat sur sa situation personnelle et ses garanties de représentation (adresse en France, situation matrimoniale, charge de famille, travail, vulnérabilité, santé etc...), sans qu'il ne soit nécessaire d'organiser de manière systématique une audition spécifique.

En effet, dans la procédure française, il est fréquent que l'étranger ait la possibilité de faire état de ces informations, avant le placement en rétention, sans qu'il ne soit nécessaire qu'il sache qu'elles seront utiles au Préfet pour prendre une décision sur la rétention, et sans qu'il ne soit spécifiquement interrogé en ce sens. Tel est le cas d'une audition de personnalité réalisée en garde à vue (art.62-2 du c.pr.pénal) qui pourrait être communiquée au Préfet, ou d'une audition réalisée dans le cadre d'une retenue aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour sur le territoire français (art.813-1 du CESEDA), préalables au placement en rétention. Il se peut également qu'il soit entendu dans le cadre de la procédure administrative sur l'irrégularité du séjour ou la perspective de l'éloignement.

Dans certaines hypothèses cependant, l'étranger en situation irrégulière est interpellé et placé immédiatement en rétention, sans audition préalable récente, de nature à informer l'autorité administrative sur sa situation.

Or, en application du principe des droits de la défense, principe fondamental du droit de l'Union, le Préfet ne peut ordonner le placement en rétention d'un étranger sans lui avoir permis de faire valoir des éléments pertinents sur sa situation personnelle et sur ses garanties de représentation, sauf à considérer que le contrôle a posteriori du juge suffit à restreindre le droit à cette audition préalable, ce que nous excluons au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union. Dans l'hypothèse où l'étranger n'aurait pas fait l'objet d'une audition préalable, y compris dans le cadre d'une procédure distincte, l'autorité administrative se verrait contrainte d'organiser une telle audition, sous peine d'irrégularité du placement en rétention. Elle pourrait le faire par exemple, en plaçant l'étranger en retenue ou en procédant à une audition libre.

**Pour conclure et en résumé**, nous considérons qu'il découle du principe général des droits de la défense principe fondamental du droit de l'Union, un droit pour tout intéressé d'être mis en mesure de faire connaître des éléments utiles à la décision de l'autorité administrative susceptible de lui faire grief, sans qu'il soit cependant nécessaire de prévoir une audition spécifique préalable au placement en rétention.

**Concrètement**, il appartiendra aux juges des libertés et de la détention d'apprécier, si, dans les dossiers qui leur sont soumis, les étrangers en situation irrégulière ont pu faire connaître des éléments sur leur situation personnelle et leurs garanties de représentation, de nature à éclairer l'autorité administrative sur la décision à prendre.

**Dans le cas contraire**, les juges des libertés et de la détention devront vérifier si l'irrégularité invoquée a porté atteinte aux droits de l'étranger en application de l'article L.743-12 du CESEDA<sup>7</sup>, ce contrôle étant parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union selon laquelle il appartient à l'intéressé de démontrer que l'audition préalable aurait pu conduire l'autorité administrative à prendre une décision différente<sup>8</sup>.

En l'espèce, faute d'audition préalable de M.[K] par le Préfet, il invoquait une violation des articles L.121-1 et suivants du CRPA, ainsi que du principe général du droit de l'Union selon lequel toute personne doit être entendu préalablement à toute décision faisant grief.

Le premier président l'a écarté aux motifs d'une part, "*que les garanties procédurales du chapitre III de la directive retour 2008/115/CE ne s'appliquent pas à la décision de placement en rétention, mais aux mesures d'éloignement dont la contestation ne relève pas de la compétence de l'autorité judiciaire*", et d'autre part, que les dispositions des articles L 121-1, L 211-2 et L121-2 3° du code des relations entre le public et l'administration ne s'appliquaient que « *dans le cadre fixé* » par l'article L 313-5-1 du CESEDA, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Ce faisant, la cour d'appel n'a pas répondu au moyen selon lequel l'intéressé devait être entendu préalablement à la décision de placement en rétention, en application du principe général du droit de l'Union, alors qu'elle devait, sur ce fondement, contrôler d'une part, qu'il avait été mis en mesure de faire valoir des éléments d'information utiles à la décision de l'autorité administrative sur le placement en rétention, et d'autre part, que l'absence d'audition lui avait fait ou non grief.

**Nous concluons par conséquent à la cassation de l'arrêt sur le premier moyen, première branche, mais pour manque de base légale et non pour violation de la loi.**

**A titre subsidiaire**, en cas de doute sur l'interprétation et les modalités de mise en oeuvre du droit d'être entendu avant tout placement en rétention, au regard du droit de l'Union, nous concluons à la saisine de la CJUE d'une **question préjudicielle** ainsi formulée :

**Le droit de l'Union doit-il être interprété en ce sens que l'étranger en situation irrégulière doit être entendu avant son placement en rétention aux fins d'éloignement? Dans l'affirmative, cette audition doit-elle porter spécifiquement sur un éventuel placement en rétention?**

---

<sup>7</sup> Anciennement L.552-13 du CESEDA

<sup>8</sup> V. Notamment [CJUE 10 septembre 2013 M. G. et N. R. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aff. 383/13](#) point 40 précitée

**S'agissant des conséquences de l'absence d'audition, la Cour de justice a déjà répondu au sujet de l'absence d'audition préalable à une prolongation de rétention constatée par les juridictions néerlandaises :**

*“Au vu de ce qui précède, il y a lieu de répondre aux questions posées que le droit de l'Union, en particulier l'article 15, paragraphes 2 et 6, de la directive 2008/115, doit être interprété en ce sens que, lorsque la prolongation d'une mesure de rétention a été décidée dans le cadre d'une procédure administrative en méconnaissance du droit d'être entendu, le juge national chargé de l'appréciation de la légalité de cette décision ne saurait accorder la levée de la mesure de rétention que s'il considère, eu égard à l'ensemble des circonstances de fait et de droit de chaque cas d'espèce, que cette violation a effectivement privé celui qui l'invoque de la possibilité de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que cette procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent.”* ([CJUE 10 sept.2013 G. et R., C-383/13](#) point 45)

## **2) sur l'absence d'applicabilité de l'article L.121-1 du code des relations entre le public et l'administration au placement en rétention**

Il est régulièrement soutenu que le placement en rétention de l'étranger est irrégulier au regard des articles L.121-1 et L.121-2 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) qui a codifié les dispositions de la loi n°200-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et qui contient notamment des articles relatifs à la motivation des décisions administratives ainsi qu'à la procédure contradictoire préalable qui doit être mise en oeuvre avant leur adoption.

Selon l'article L.121-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), *“exception faite des cas où il est statué sur une demande, **les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable.**”*

Figurent au nombre des mesures visées par l'article L.211-2 du code des relations entre le public et l'administration **celles qui “restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police”**.

L'article 121-2 ajoute que les dispositions de l'article L. 121-1 ne sont pas applicables, notamment « **aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière.** »

Or, seules deux dispositions du CESEDA renvoient de manière expresse aux articles du CRPA, l'article L. 313-5-1 devenu L. 432-5 et l'article l'article L. 321-6 devenu article L. 414-9, relatifs aux décisions de retrait d'une carte de séjour ou d'un document de circulation pour étranger mineur.

S'agissant du placement en rétention des étrangers en situation irrégulière , **une procédure spéciale est prévue par le titre IV du livre VII du CESEDA** consacré à l'exécution des mesures d'éloignement, sans qu'il ne soit renvoyé aux articles du CRPA.

**Le Conseil d'Etat<sup>9</sup>**, saisi d'une demande d'avis sur l'applicabilité de l'article L.121-1 du CRPA à la décision portant obligation de quitter le territoire français prise sur le fondement du I de l'article L.511-1 du CESEDA, a relevé **“qu'il ressort de l'ensemble des dispositions du livre V du CESEDA, et notamment de son article L. 512-1, que le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des décisions par lesquelles l'autorité administrative signifie à l'étranger l'obligation dans laquelle il se trouve de quitter le territoire français. Dès lors, l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 qui fixe les règles générales de procédure applicables aux décisions devant être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979, en prévoyant que ces décisions « n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales (...) », ne saurait être utilement invoqué à l'encontre d'une décision portant obligation de quitter le territoire français prise sur le fondement du I de l'article L.511-1 du CESEDA, y compris à l'encontre d'un ressortissant communautaire, et même si celui-ci n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour”**.

Le professeur Tchen<sup>10</sup> rappelle la jurisprudence constante du Conseil d'Etat selon laquelle *“le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des décisions par lesquelles l'autorité administrative signifie à l'étranger l'obligation dans laquelle il se trouve de quitter le territoire français »* (CE, sect., 19 avr. 1991, n° 120435, préfet de police Paris c/ Demir : JurisData n° 1991-041893 ; Dr. adm. 1991, comm. 289 ; D. 1991, p. 406, Prétot ; RFDA 1991, p. 531 ; AJDA 1991, p. 641, concl. Leroy ; JCP G 1992, II, 21832, Icard). Pour cette raison, la personne visée par une obligation de quitter le territoire peut se prévaloir des seules dispositions reconnues par le livre 5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. L'application de la loi spéciale entraîne l'exclusion de la loi générale, au premier rang desquelles les articles L. 121-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration qui subordonnent l'intervention d'une décision défavorable au droit à présenter préalablement des observations orales et écrites.”

Le **juge des référés<sup>11</sup>** a jugé que *« la reconduite à la frontière régie par l'article L. 531-3 du CESEDA [reconduite d'office Schengen] constitue une mesure spécifique,*

---

<sup>9</sup> [Avis CE 26 novembre 2008, Silidor, n°315441](#)

<sup>10</sup> JCL droit international Fasc.524-20- étrangers- obligation de quitter le territoire-réadmission §120

<sup>11</sup> CE 24 novembre 2010, Eddomairi, n°344411

*distincte des mesures de reconduite à la frontière régies par le titre 1er du livre V de ce code et soumise à des règles différentes concernant la procédure administrative et le contrôle juridictionnel ; qu'à défaut de texte contraire, elle est soumise aux obligations résultant de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 et de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000.»*

La décision divergente du juge des référés du Conseil d'Etat découle cependant de la spécificité de la procédure de reconduite à la frontière intervenant sur le fondement de l'article L. 531-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, inséré dans le chapitre premier relatif aux mesures prises dans le cadre de l'Union européenne et de la convention Schengen. Le Conseil d'Etat juge en effet que cette reconduite est une mesure spécifique, qui ne peut être assimilée aux mesures de reconduite à la frontière régies par l'article 1er de ce code. Aussi, à défaut de texte contraire, est-elle soumise aux obligations résultant de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 et de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000.

Un auteur commente que *“la reconduite à la frontière prononcée sur le fondement d'un signalement aux fins de non-admission opéré par un Etat partie à la convention de Schengen est soumise à un régime particulier par rapport à celui ordinairement appliqué aux mesures d'éloignement frappant les étrangers en situation irrégulière. Ce régime est plus protecteur de l'étranger dans la phase administrative, il l'est beaucoup moins dans la phase contentieuse. Or, cette différence comporte le risque avéré que le non-respect par l'administration des exigences qui s'imposent à elle avant d'édicter ce type de reconduite à la frontière ne puisse pas être sanctionné efficacement au contentieux. C'est pour parer ces conséquences fâcheuses que le juge des référés du Conseil d'Etat a admis en l'espèce de faire jouer l'article L. 521-2 du code de justice administrative.”*<sup>12</sup>

Un autre relève que *“l'indépendance est ainsi clairement consacrée entre le régime de droit commun et ce régime spécifique. S'il faut se réjouir des garanties procédurales ainsi accordées dans le champ d'application des traités et de la convention Schengen, reste toutefois un certain malaise au regard de la procédure de droit commun nettement moins protectrice des droits et libertés fondamentales des individus.”*<sup>13</sup>

S'agissant de la procédure de droit commun des mesures d'éloignement, la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, évoquée par le professeur Tchen cité ci-dessus, a fait l'objet de critiques par un auteur<sup>14</sup> qu'il est intéressant de mentionner : il rappelle l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui privilégiait la règle spéciale sur la règle générale, à la condition qu'elle présente des garanties équivalentes, et qui paraît avoir évolué sur ce point, de manière restrictive, en contentieux des étrangers, dans l'arrêt du 19 avril 1991( req. N°120435, Demir), dans lequel il a jugé qu’*“Il résulte*

---

<sup>12</sup> AJDA / Olivier Lecucq — AJDA 2011. 804 — 18 avril 2011

<sup>13</sup> RTD Eur. / Aude Bouveresse — RTD eur. 2011. 490 — 25 août 2011

<sup>14</sup> Philippe Icard, JCP G 1992, II, 21832

*de l'ensemble des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiées, et notamment des dispositions des articles 22 et 22 bis qui ouvrent un recours suspensif devant le juge administratif, organisent les garanties dont bénéficie l'étranger pour pouvoir exercer utilement ledit recours, et fixent les délais dans lesquels ces recours doivent être présentés et jugés, que le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des arrêtés de reconduite et par suite, exclure l'application des dispositions de l'article 8 du décret du 28 novembre 1983<sup>15</sup> concernant les relations entre l'Administration et les usagers."*

Dans son commentaire d'arrêt, l'auteur met en exergue les conclusions préalables du Commissaire du Gouvernement Leroy qui mettait *"l'accent sur le caractère fondamental du préalable pour les auteurs du décret. Le rapport au Président de la République annexé au décret atteste totalement des objectifs visés. Il s'agit d'informer systématiquement « les usagers sur les décisions que l'Administration prend ou envisage de prendre » et de faciliter « le dialogue entre l'Administration et ses usagers et à assurer une meilleure protection des administrés en instituant dès ce stade les éléments d'une procédure contradictoire » ; « que l'Administration devra également permettre aux administrés susceptibles d'être l'objet d'une mesure administrative qu'ils n'ont pas sollicitée, de faire connaître leurs observations à l'Administration, par écrit ou oralement, afin que celle-ci soit complètement informée des conséquences des décisions qu'elle envisage de prendre ».*

Il rappelle l'absence de procédure contradictoire préalable à l'arrêté de reconduite à la frontière, et regrette que le Conseil d'Etat n'ait pas combiné le texte général et les textes spéciaux, afin d'assurer une protection à l'étranger, en amont de la décision administrative avec l'article 8 du décret, et en aval de la décision avec l'ordonnance de 1945 et l'ouverture de recours contre la décision.

Il est vrai que le législateur n'a pas prévu d'audition préalable spécifique, ni à la reconduite à la frontière, ni au placement en rétention. En revanche le placement en rétention des étrangers en situation irrégulière, à l'instar de la décision d'éloignement, fait l'objet d'une procédure spéciale, administrative et contentieuse, régie par le titre IV du livre VII du CESEDA consacré à l'exécution des mesures d'éloignement, lequel prévoit un contrôle automatique du juge judiciaire, des conditions de prolongations strictes ainsi que des délais de recours et de jugement très brefs.

---

<sup>15</sup> *Aux termes de l'article 8 « sauf urgence ou circonstances exceptionnelles, sous réserve des nécessités de l'ordre public et de la conduite des relations internationales, et exception faite du cas où il est statué sur une demande de l'intéressé lui-même, les décisions qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979 ne peuvent légalement intervenir qu'après que l'intéressé ait été mis à même de présenter des observations écrites. Toute personne qui est concernée par une décision mentionnée au 1er alinéa du présent article doit être entendue, si elle en fait la demande, par l'agent chargé du dossier ou, à défaut, par une personne habilitée à recueillir ses observations orales. Elle peut se faire assister ou représenter par un mandataire de son choix ».*

Ce faisant, le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des décisions par lesquelles l'autorité administrative exécute les décisions d'éloignement, sans la soumettre aux obligations visées à l'article L.121-1 du CRPA.

Si l'applicabilité de l'article L.121-1 du CRPA à la décision du placement en rétention nous paraît donc exclue, il n'en demeure pas moins qu'une audition préalable, telle qu'exposée supra, s'impose désormais à l'autorité administrative en application des principes généraux du droit de l'Union.