



RAPPORT DE Mme DARD, CONSEILLER

Arrêt n° 790 du 15 décembre 2021 – Première chambre civile

Pourvoi n° 2017628

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

M. [X] [K]

C/

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

***Rapport contenant une proposition de rejet par décision non spécialement
motivée (article 1014 du code de procédure civile)***

1 - Rappel des faits et de la procédure

Selon l'ordonnance attaquée et les pièces de la procédure, M. [X] [K], de nationalité algérienne, a été placé en rétention administrative le 13 novembre 2019 à 19 h, à la levée d'une garde à vue prise à son encontre le 12 novembre 2019 à 20 h 25.

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.

Cette irrégularité consistait dans le fait que l'intéressé avait été maintenu en garde à vue 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.

2 - Analyse succincte des 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, 3° 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. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Existe-t-il pour l'étranger un droit à être entendu avant son placement en rétention ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 sur la première branche du moyen :

Le moyen n'est pas fondé, le premier président n'ayant pas à effectuer la recherche demandée.

En effet, par trois arrêts (Ch. mixte., 7 juillet 2000, pourvois n° 98-50.009, 98-50.008 et 98-50.007 Bull. 2000, Ch. mixte, n° 3 et 257, Semaine juridique, 2000-11-08 n° 45 p.2033 observations O..Guérin), la Cour de cassation a jugé que ne pouvait être réputée irrégulière, pour durée excessive, une garde à vue qui n'avait pas dépassé le délai légal de 24 heures. Depuis lors, cette jurisprudence a été réitérée (1re civ., 9 juin 2010, n° 09-13.168 ; 1re Civ., 11 mai 2012, pourvoi n° 11-15.267) et en particulier récemment (1re Civ., 17 octobre 2019, pourvoi n° 18-50.079) dans une espèce où la garde à vue avait été levée 1 H 45 après que le procureur de la République avait donné pour instruction de convoquer l'intéressé à une audience ultérieure du tribunal correctionnel, ce dont le juge du fond avait déduit que la mesure s'était poursuivie au-delà du temps nécessaire à la rédaction d'une convocation par officier de police judiciaire, dans le seul but de permettre la notification à l'intéressé des arrêtés administratifs pris le même jour et la mise en oeuvre de la rétention administrative.

En conséquence, il est proposé de rejeter ce grief, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation, par une décision non spécialement motivée.

4.2 sur la seconde branche du moyen :

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, il appartient au juge des libertés et de la détention de contrôler la légalité du placement en rétention administrative (article 512-1 III du CESEDA).

Saisi d'un moyen tendant à voir admettre l'irrégularité de la décision de placement en rétention de M. [K], faute d'audition préalable de l'intéressé par le préfet, 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.

Il est fait grief à l'ordonnance d'avoir ainsi violé les dispositions précitées du code des relations entre le public et l'administration, le principe des droits de la défense et l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le respect des droits de la défense est un principe général du droit, dont l'impact sur l'action de l'administration est précisé en droit interne et en droit de l'Union.

En droit interne

D'origine jurisprudentielle, la reconnaissance de ce principe a eu une traduction réglementaire (article 8 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983) puis législative (article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000), avant d'être synthétisée au sein du code des relations entre le public et l'administration (ci-après, CRPA), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.¹

¹ Pour un historique de l'admission de ce principe en droit administratif, on peut utilement se référer au *Répertoire de contentieux administratif (Principes généraux du droit : principes de technique juridique Cont. adm. – Bruno GENEVOIS ; Mattias GUYOMAR – Octobre 2018)*

L'article L. 121-1 est ainsi rédigé :

« 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 »

L'article L.121-2 dispose :

« Les dispositions de l'article L. 121-1 ne sont pas applicables:

1° En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles;

2° Lorsque leur mise en œuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales;

3° Aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière;

4° Aux décisions prises par les organismes de sécurité sociale et par l'institution visée à l'article L. 5312-1 du code du travail, sauf lorsqu'ils prennent des mesures à caractère de sanction.

Les dispositions de l'article L. 121-1, en tant qu'elles concernent les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2, ne sont pas applicables aux relations entre l'administration et ses agents. »

Enfin, aux termes de l'article L. 211-2,

«Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent.

A cet effet, doivent être motivées les décisions qui :

1° Restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police;

2° Infligent une sanction;

3° Subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions;

4° Retirent ou abrogent une décision créatrice de droits;

5° Opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance;

6° Refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir;

7° Refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions du a au f du 2o de l'article L. 311-5;

8° Rejetent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire. »

Selon Bruno Genevois et Mattias Guyomar (Répertoire de contentieux administratif - Principes généraux du droit : principes de technique juridique Cont. adm. – Octobre 2018, n°101), *« l'article 24 [de la loi du 12 avril 2000] ne saurait être utilement invoqué à l'encontre d'une décision portant obligation de quitter le territoire français, quel que soit le type de décision dont cette obligation de quitter le territoire français découle. Il ressort en effet des dispositions de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile 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 (CE 28 nov. 2007, Barjamaj, Lebon 451. – CE 26 nov. 2008, Silidor, Lebon 442). Dégagées sous l'empire de la loi du 12 avril 2000, ces solutions valent tout autant au regard des articles L. 122-1 et L. 122-2 du CRPA. »*

L'avis rendu par le Conseil d'Etat le 26 novembre 2008 était ainsi rédigé :

« 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.

Toutefois, si le préfet prend sur le fondement de l'article L. 121-4 du CESEDA une décision de refus de séjour, de refus de délivrance ou de renouvellement d'une carte de séjour ou de retrait, sans l'assortir d'une mesure d'éloignement à laquelle sont attachées les procédures spécifiques du livre V du CESEDA, une telle décision doit être assortie de la procédure prévue par l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, dont les exigences, notamment de délai, dépendent des circonstances de l'espèce. »

A l'inverse, le Conseil d'Etat (Juge des référés, 24 novembre 2010, Eddomairi, n° 344411) a jugé que « *la reconduite à la frontière régie par l'article L. 531-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile constitue une mesure spécifique, distincte des mesures de reconduite à la frontière régies par le titre Ier 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.*² »

² Le commentaire suivant, figurant sous l'article 531-3 du CESEDA (Edition Dalloz, 2021) permet de percevoir la spécificité de ce cas de figure :

L'article L. 531-3 met en place ce que l'on a coutume d'appeler la «reconduite d'office Schengen» qui concerne les étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne se trouvant irrégulièrement sur le territoire métropolitain et ayant fait l'objet soit d'un signalement aux fins de non-admission en vertu d'une décision exécutoire prise par l'un des autres États parties à la Convention de Schengen soit d'une mesure d'éloignement exécutoire prise dans l'un des cas suivants (art. R. 531-5): menace grave et actuelle pour l'ordre public ou la sécurité nationale dans le cas où l'intéressé a fait l'objet d'une condamnation par l'État membre qui lui a délivré le titre de séjour pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an ou lorsqu'il existe soit des raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables graves, soit des indices réels qu'il envisage de commettre de tels faits sur le territoire d'un État membre; non-respect de la réglementation nationale relative à l'entrée et au séjour des étrangers.

Lorsque la mesure d'éloignement est fondée sur une menace à l'ordre public, l'intéressé peut se voir retirer son titre de séjour (art. R. 531-6), après consultation de l'État membre auteur de la décision d'éloignement et de l'État membre qui a délivré ce titre (art. R. 531-7). Sans attendre le retrait du titre de séjour, l'État peut ordonner le placement en rétention administrative en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement. Après notification à l'intéressé de la décision de retrait du titre de séjour, le préfet de département et, à Paris, le préfet de police procède à l'exécution de la mesure d'éloignement.

A notre connaissance, le Conseil d'Etat n'a pas eu à se prononcer précisément s'agissant d'une mesure de rétention. Il en est de même pour la Cour de cassation.

Il nous appartiendra de dire si les dispositions des articles 551-1 et suivants du CESEDA, qui constituent le Titre V de son livre V, instaurent « *une procédure contradictoire particulière* », permettant de déroger, selon l'article L. 121-2 3°, aux dispositions de l'article L. 121-1.

Dans le même esprit (art. R. 531-8), si le préfet de département et, à Paris, le préfet de police constatent qu'un étranger titulaire d'un titre de séjour délivré par les autorités françaises fait l'objet d'une mesure d'éloignement exécutoire prise par un autre État membre pour menace à l'ordre public, ils consultent l'État auteur de la mesure aux fins de s'assurer du caractère exécutoire de celle-ci et engagent sans délai l'examen du retrait du titre de séjour. Sans attendre le retrait du titre de séjour, ils peuvent ordonner l'assignation à résidence sur le fondement du 4o de l'article L. 561-2 ou le placement en rétention administrative sur le fondement de l'article L. 551-1 en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement. Après notification à l'intéressé de la décision de retrait du titre de séjour, le préfet de département et, à Paris, le préfet de police procèdent à l'exécution de la mesure d'éloignement dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 531-3.

En ces matières, le législateur a entendu instituer une procédure de reconduite à la frontière distincte de celle des arrêtés de reconduite à la frontière prévus à l'article L. 511-1. Dès lors, seul le recours pour excès de pouvoir de droit commun est ouvert à l'encontre de ces mesures de reconduite d'office. L'inapplicabilité du recours spécial de l'article L. 512-2 entraîne un certain nombre de conséquences procédurales importantes: notamment l'absence d'étrangers protégés au sens de l'article L. 511-4 puisqu'il ne s'agit pas d'une mesure d'éloignement au titre du code.

Le juge administratif fait porter son contrôle sur l'existence, la nature et le caractère exécutoire de la décision de non-admission; ainsi, et par analogie, en présence d'un refus de visa fondé sur l'inscription de l'intéressé au SIS (système d'information Schengen), le juge administratif est fondé à ordonner avant dire droit au ministre des Affaires étrangères la communication de tous éléments relatifs à cette inscription, et notamment l'indication de l'autorité nationale qui a procédé au signalement ainsi que son motif. En revanche, il est impossible de réaliser un contrôle de fond, par voie d'exception, de la décision étrangère.

En droit de l'Union

Le respect des droits de la défense est consacré par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, portant l'intitulé « Droit à une bonne administration », et selon lequel :

« 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment:

a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;

b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires;

c) l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

3. Toute personne a droit à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions, ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres.

4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue. »

C'est au regard du principe énoncé au point 2.a) que des plaideurs sont amenés à dénoncer l'absence de procédure contradictoire préalable aux mesures de rétention.

Selon l'article 51 §1, les dispositions de la Charte « s'adressent » aux institutions, organes et organismes de l'Union et aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

Dès lors, l'article 41 devrait concerner les placements en rétention puisque les dispositions nationales y afférentes sont encadrées par la directive retour 2008/115/CE qui fixe les bases communes des mesures d'éloignement des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, cette directive consacrant d'ailleurs ses articles 15 à 18 à la rétention.

Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne a énoncé qu'il résultait clairement de l'article 41 que celui-ci s'adressait « *non pas aux États membres,*

mais uniquement aux institutions, aux organes et aux organismes de l'Union. » (cf CJUE 5 nov. 2014, S. Mukarubega c/ Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis, aff. C-166/13, point 44, cité *infra*).³

La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît néanmoins au respect des droits de la défense, la valeur de principe général du droit de l'Union.

Pour autant, s'agissant du droit d'être entendu préalablement à une mesure administrative individuelle affectant les droits de l'étranger, ladite Cour ne lui confère pas une valeur absolue :

Dans une décision du 10 septembre 2013 (N° C-383/13, CJUE 10 sept. 2013, M. G et N.R c/ Staatssecretaris van Veiligheid en Justicie, aff. C-383/13 , AJDA 2013. 2307, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2013. 2103 ; AJ pénal 2013. 616, obs. C. Saas) la Cour de justice de l'Union européenne, saisie de questions préjudicielles par la juridiction néerlandaise⁴, a statué en ces termes :

*« Le droit de l'Union, en particulier l'article 15, paragraphes 2 et 6, de la 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, 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.** »*

Pour appréhender le fondement de cette décision et en apprécier la portée, il peut être utile de citer un extrait de sa motivation :

« 28 Il convient de constater que la juridiction de renvoi tient pour établi que, dans les circonstances des litiges qui lui sont soumis, les décisions de prolongation de la

³ Sur la controverse jurisprudentielle à laquelle cet arrêt aurait mis fin, voir : Revue de l'Union européenne 2016 p.239, « Arrêt Mukarubega : droit à une bonne administration à deux vitesses ? » par Krisztian Kecsmar, Administrateur à la Commission européenne, Direction générale de la concurrence.

⁴ Il doit être précisé que l'espèce concernait deux personnes qui avaient été placées en rétention dans le cadre d'une procédure d'éloignement. Cinq mois plus tard, leur rétention avait été prolongée par l'administration, sans qu'ils aient été entendus par elle, pour une période ne pouvant excéder douze mois.

rétenion sont intervenues en méconnaissance du droit d'être entendu. Il n'y a donc pas lieu, pour la Cour, dans le cadre de la présente procédure préjudicielle d'urgence, de se prononcer sur les conditions de l'existence d'une violation de l'obligation d'assurer le droit d'être entendu au regard du droit de l'Union, mais seulement d'indiquer à la juridiction de renvoi quelles conséquences celui-ci attache à une telle violation.

29 A cet égard, il importe de relever que, sous son chapitre III, intitulé « Garanties procédurales », la directive 2008/115 fixe les conditions de forme que doivent prendre les décisions d'éloignement, lesquelles doivent notamment être rendues par écrit et être motivées, et oblige les États membres à mettre en place des voies de recours effectives contre ces décisions. Cette directive, dans le cadre de son chapitre IV consacré à la rétention aux fins d'éloignement, prévoit notamment, à son article 15, paragraphe 2, que celle-ci est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires, par un acte écrit qui indique les motifs de fait et de droit à la base de la décision de rétention, et précise les conditions du contrôle juridictionnel de cette décision lorsqu'elle est ordonnée par l'autorité administrative. L'article 15, paragraphe 2, dernier alinéa, de la directive 2008/115 prévoit, en outre, que le ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale.

30 Il y a lieu de relever encore que, si l'article 15, paragraphe 6, de la même directive prévoit que les États membres peuvent prolonger, conformément au droit national, la période de rétention aux fins d'éloignement pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, lorsque sont remplies certaines conditions de fond, cette disposition ne comporte aucune règle de procédure.

31 Force est, dès lors, de constater que, si les auteurs de la directive 2008/115 ont ainsi entendu encadrer de manière détaillée les garanties accordées aux ressortissants de pays tiers concernés en ce qui concerne tant la décision d'éloignement que celle de leur rétention, ils n'ont pas, en revanche, précisé si, et dans quelles conditions, devait être assuré le respect du droit de ces ressortissants d'être entendus, ni les conséquences qu'il conviendrait de tirer de la méconnaissance de ce droit, hormis l'exigence, de caractère général, de remise en liberté pour le cas où la rétention ne serait pas légale.

32 Selon une jurisprudence constante, les droits de la défense, qui comportent le droit d'être entendu et le droit d'accès au dossier, figurent au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et consacrés par la Charte (voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2013, Commission e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non encore publié au Recueil, points 98 et 99 ainsi que jurisprudence citée). Il est vrai également que le respect de ces droits s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité (voir, en ce sens, arrêt du 22 novembre 2012, M., C-277/11, non encore publié au Recueil, point 86 et jurisprudence citée).

33 La Cour a toutefois déjà considéré 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 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 (arrêt du 15 juin 2006, Dokter e.a., C-28/05, Rec. p. I-5431, point 75).

34 En outre, l'existence d'une violation des droits de la défense doit être appréciée en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce (voir, en ce sens, arrêt du 25 octobre 2011, Solvay/Commission, C-110/10 P, Rec. p. I-10439, point 63), notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée (arrêt Commission e.a./Kadi, précité, point 102 et jurisprudence citée).

35 L'obligation de respecter les droits de la défense des destinataires de décisions qui affectent de manière sensible leurs intérêts pèse ainsi en principe sur les administrations des Etats membres lorsqu'elles prennent des mesures entrant dans le champ d'application du droit de l'Union. Lorsque, comme en l'espèce, ni les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect des droits de la défense des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, ni les conséquences de la méconnaissance de ces droits ne sont fixées par le droit de l'Union, ces conditions et ces conséquences relèvent du droit national pour autant que les mesures arrêtées en ce sens sont du même ordre que celles dont bénéficient les particuliers dans des situations de droit national comparables (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (voir en ce sens, notamment, arrêts du 18 décembre 2008, Sopropé, C-349/07, Rec. p. I-10369, point 38, ainsi que du 19 mai 2011, Iaia e.a., C-452/09, Rec. p. I-4043, point 16).

Dans leur chronique de jurisprudence, Michel Aubert, Président de tribunal administratif, référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne, Emmanuelle Broussy, Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne, et Hervé Cassagnabère, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne (AJDA 2013 p.2307), analysaient ainsi cette décision :

« Elle constate d'abord que si les auteurs de la directive Retour ont encadré de manière détaillée les garanties accordées aux ressortissants des pays tiers concernés en ce qui concerne tant la décision d'éloignement (décision écrite, motivée, voies de recours effectives) que celle de leur rétention (décision écrite, motivée, contrôle juridictionnel lorsqu'elle est prise par l'autorité administrative), ils n'ont en revanche pas précisé si et dans quelles conditions devait être garanti le droit d'être entendu, ni les conséquences à tirer de la méconnaissance de ce droit [...]

Dans ce contexte normatif particulier, la Cour reconnaît que s'il est loisible aux Etats membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, de permettre l'exercice des droits de la défense des ressortissants des Etats tiers en situation irrégulière selon les mêmes modalités que celle retenues pour régir les situations internes, ces modalités doivent néanmoins, - exigence classique -, être conformes au droit de l'Union et, notamment, ne pas remettre en cause l'effet utile de la directive Retour.

S'appuyant ensuite sur sa jurisprudence, la Cour rappelle que les droits de la défense - droit d'être entendu et droit d'accès au dossier -, figurent au nombre des

droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et consacrés par la Charte. Cette affirmation est cependant aussitôt nuancée par le rappel, d'une part, que les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues mais peuvent comporter, sous certaines conditions, des restrictions dans un but d'intérêt général (par ex. pour répondre à des impératifs d'urgence en matière de protection de la santé publique, CJCE 15 juin 2006, Dokter e.a., n° C-28/05, Rec. CJCE I-5431), d'autre part, que l'existence d'une violation des droits de la défense doit être appréciée dans le contexte factuel et juridique de l'adoption de la mesure contestée (CJUE 18 juill. 2013, Commission c/ Kadi, nos C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non encore publié au Recueil CJUE). C'est ainsi que, selon le droit de l'Union, une violation des droits de la défense, en particulier du droit d'être entendu, n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent. [..]

« C'est à titre de principe fondamental du droit de l'Union que, selon l'arrêt M. G. et N. R., l'obligation de respecter les droits de la défense pèse sur les administrations des Etats membres lorsqu'elles prennent des mesures entrant dans le champ d'application du droit de l'Union. La Cour n'a pas cru, semble-t-il, devoir, comme elle l'avait fait dans une autre formation statuant dans le domaine du droit d'asile (CJUE 22 nov. 2012, M. M., n° C-277/11, non encore publié au Recueil CJUE) rattacher cette obligation à l'article 41 de la Charte en lui conférant le caractère d'une disposition d'application générale. Il est vrai que si cet article consacre notamment le droit pour toute personne d'être entendue préalablement à l'adoption d'une décision l'affectant personnellement, il s'adresse aux seules « institutions, organes ou organismes de l'Union ». La Cour ne s'est, jusqu'à présent, pas prononcée expressément sur les raisons qui justifieraient l'extension de l'obligation ressortant de cet article aux administrations des Etats membres ».

Claire Saas⁵ la commentait pour sa part en ces termes :

« En insistant sur la prévalence de l'effet utile de la directive « retour », la CJUE n'en finit pas de vider de sa substance les garanties procédurales prévues par le texte de la directive, faisant peu de cas de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 15 § 6 de la directive ne prévoyant pas de garanties procédurales spécifiques entourant la prolongation de la rétention, la CJUE rappelle que les droits de la défense, incluant notamment le droit d'être entendu et d'accéder à son dossier, « figurent au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et consacrés par la Charte » et que le respect de ces droits doit être garanti même lorsque la réglementation applicable est silencieuse. Toutefois, ce rappel est immédiatement relativisé, les droits fondamentaux, incluant les droits de la défense, n'étant pas des prérogatives absolues. L'exercice de ces droits peut être limité à condition que ces restrictions ne « constituent pas, au regard

⁵ Site Dalloz, rubrique jurisprudence commentée ou citée

du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits garantis ». Tel n'est pas le cas, selon la Cour, lorsque n'est pas respecté le droit d'être entendu. Ce positionnement peut paraître curieux, en ce que l'information, l'accès au dossier et la possibilité de faire connaître sa position en cours de procédure constituent l'essence même des droits de la défense.

Ce qui inquiète la CJUE, dans le droit fil de sa jurisprudence Melloni et Achughbabian, ce sont moins le respect défaillant des droits de la défense qu'un niveau trop élevé de respect, qui serait susceptible de mettre en péril l'effet utile de la directive « retour ». Pour la Cour, accepter que le défaut de respect des droits de la défense entraîne systématiquement l'annulation de la décision de prolongation de la rétention reviendrait à priver le droit de l'Union de son effet utile, l'étranger étant remis en liberté. Ce raisonnement fait la part belle à la directive « retour », au détriment de la Charte ».

Dans un arrêt ultérieur (CJUE 5 nov. 2014, S. Mukarubega c/ Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis, aff. C-166/13), la Cour de justice de l'Union européenne a énoncé :

« 42 Selon une jurisprudence constante de la Cour, le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental du droit de l'Union dont le droit d'être entendu dans toute procédure fait partie intégrante (arrêts Sopropé, C-349/07, EU:C:2008:746, points 33 et 36; M., C-277/11, EU:C:2012:744, points 81 et 82, ainsi que Kamino International Logistics, C-129/13, EU:C:2014:2041, point 28).

43 Le droit d'être entendu dans toute procédure est aujourd'hui consacré non seulement par les articles 47 et 48 de la Charte, 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. Le paragraphe 2 de cet article 41 prévoit que ce droit à une bonne administration comporte, notamment, le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son égard (arrêts M., EU:C:2012:744, points 82 et 83, ainsi que Kamino International Logistics, EU:C:2014:2041, point 29).

44 Ainsi que la Cour l'a rappelé au point 67 de l'arrêt YS e.a. (C-141/12 et C-372/12, EU:C:2014:2081), il résulte clairement du libellé de l'article 41 de la Charte que celui-ci s'adresse non pas aux États membres, mais uniquement aux institutions, aux organes et aux organismes de l'Union (voir, en ce sens, arrêt Cicala, C-482/10, EU:C:2011:868, point 28). Partant, le demandeur d'un titre de séjour ne saurait tirer de l'article 41, paragraphe 2, sous a), de la Charte un droit d'être entendu dans toute procédure relative à sa demande.

45 Un tel droit fait en revanche partie intégrante du respect des droits de la défense, principe général du droit de l'Union.

46 Le droit d'être entendu garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts (voir, notamment, arrêt M., EU:C:2012:744, point 87 et jurisprudence citée).

47 Selon la jurisprudence de la Cour, la règle selon laquelle le destinataire d'une décision faisant grief doit être mis en mesure de faire valoir ses observations avant que celle-ci soit prise a pour but que l'autorité compétente soit mise à même de tenir utilement compte de l'ensemble des éléments pertinents. Afin d'assurer une protection effective de la personne concernée, elle a notamment pour objet que cette dernière puisse corriger une erreur ou faire valoir tels éléments relatifs à sa situation personnelle qui militent dans le sens que la décision soit prise, ne soit pas prise ou qu'elle ait tel ou tel contenu (voir, en ce sens, arrêt Sopropé, EU:C:2008:746, point 49).

(...)

49 **Conformément à la jurisprudence de la Cour, le respect du droit d'être entendu s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité** (voir arrêts Sopropé, EU:C:2008:746, point 38; M., EU:C:2012:744, point 86, ainsi que G. et R., EU:C:2013:533, point 32).

50 **L'obligation de respecter les droits de la défense des destinataires de décisions qui affectent de manière sensible leurs intérêts pèse ainsi en principe sur les administrations des États membres lorsqu'elles prennent des mesures entrant dans le champ d'application du droit de l'Union** (arrêt G. et R., EU:C:2013:533, point 35).

(...)

53 Toutefois, selon une jurisprudence de la Cour également constante, 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 (arrêts Alassinie.a., C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, point 63; G. et R., EU:C:2013:533, point 33, ainsi que Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, point 84).

54 **En outre, l'existence d'une violation des droits de la défense doit être appréciée en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce** (voir, en ce sens, arrêt Solvay/Commission, C-110/10 P, EU:C:2011:687, point 63), **notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée** (voir arrêts Commission e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518, point 102 et jurisprudence citée, ainsi que G. et R., EU:C:2013:533, point 34).

55 C'est donc dans le contexte d'ensemble de la jurisprudence de la Cour concernant le respect des droits de la défense et du système de la directive 2008/115 que les États membres doivent, d'une part, déterminer les conditions dans lesquelles doit être assuré le respect du droit, pour les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, d'être entendus et, d'autre part, tirer les conséquences de la méconnaissance de ce droit (voir, en ce sens, arrêt G. et R., EU:C:2013:533, point 37). »

Enfin, dans l'arrêt du 11 décembre 2014 précité, (CJUE 11 déc. 2014, K. Boudjlida c/ Préfet des Pyrénées-Atlantiques, aff. C-249/13), il est énoncé :

« 44 La juridiction de renvoi s'interrogeant sur la teneur du droit d'être entendu dans le contexte de la directive 2008/115, il convient, premièrement, de rappeler les considérations générales suivantes.

45 **Les modalités selon lesquelles un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier doit pouvoir exercer son droit d'être entendu préalablement à l'adoption d'une décision de retour doivent être appréciées à la lumière de l'objectif de la directive 2008/115 qui vise le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier vers leur pays d'origine** (voir, en ce sens, arrêt Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, point 30).

46 **Selon une jurisprudence constante de la Cour, une fois constatée l'irrégularité du séjour, les autorités nationales compétentes doivent, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115 et sans préjudice des exceptions prévues à l'article 6, paragraphes 2 à 5, de celle-ci, adopter une décision de retour** (voir, en ce sens, arrêts El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, point 35; Achughbabian, EU:C:2011:807, point 31, et Mukarubega, EU:C:2014:2336, point 57).

47 **Aussi le droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision de retour a pour finalité de permettre à l'intéressé d'exprimer son point de vue sur la légalité de son séjour et sur l'éventuelle application des exceptions à l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive, prévues à l'article 6, paragraphes 2 à 5, de celle-ci.**

(...)

68 Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que le droit d'être entendu dans toute procédure, tel qu'il s'applique dans le cadre de cette directive et, notamment, de l'article 6 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il comprend, pour un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier, le droit d'exprimer, avant l'adoption d'une décision de retour le concernant, son point de vue sur la légalité de son séjour, sur l'éventuelle application des articles 5 et 6, paragraphes 2 à 5, de ladite directive ainsi que sur les modalités de son retour.

69 **En revanche, 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 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. »**

A la suite de ces décisions, le Conseil d'État (2e et 7e sous-sections réunies, 5 juin 2015 - n° 375423) a statué en ces termes :

« 4. Considérant que ces dispositions, applicables au présent litige, sont issues de dispositions de la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité qui ont procédé à la transposition, dans l'ordre juridique interne, des objectifs de la directive

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 ; que la directive du 16 décembre 2008 encadre de manière détaillée les garanties accordées aux ressortissants des États tiers concernés par les décisions d'éloignement ou de rétention, sans toutefois préciser si et dans quelles conditions doit être assuré le respect du droit de ces ressortissants d'être entendus, qui relève des droits de la défense figurant au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne ; que si l'obligation de respecter les droits de la défense pèse en principe sur les administrations des États membres lorsqu'elles prennent des mesures entrant dans le champ d'application du droit de l'Union, il appartient aux États membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, de déterminer les conditions dans lesquelles doit être assuré, pour les ressortissants des États tiers en situation irrégulière, le respect du droit d'être entendu ;

5. Considérant, ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a jugé dans ses arrêts C-166/13 et C-249/13 des 5 novembre et 11 décembre 2014, que **le droit d'être entendu préalablement à l'adoption d'une décision de retour 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 ; qu'il n'implique toutefois pas que l'administration ait l'obligation de mettre l'intéressé à même de présenter ses observations de façon spécifique sur la décision l'obligeant à quitter le territoire français ou sur la décision le plaçant en rétention dans l'attente de l'exécution de la mesure d'éloignement, dès lors qu'il a pu être entendu sur l'irrégularité du séjour ou la perspective de l'éloignement.** »

Saisie d'un moyen pris de la violation du principe général du droit de l'Union européenne du respect des droits de la défense, comprenant celui pour la personne concernée d'être entendue avec l'assistance d'un avocat, préalablement à la prise de toute mesure individuelle l'affectant défavorablement, La Cour de cassation s'est à son tour prononcée dans un arrêt du 21 novembre 2018 (1^{re} Civ., 21 novembre 2018, pourvoi n° 18-11.421) par lequel elle énoncé « **que les garanties procédurales qui assurent à l'étranger, notamment au chapitre III de la directive retour no 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** ».

C'est à l'aune de l'ensemble de ces éléments qu'il nous appartiendra d'apprécier la motivation du premier président.

5 - Orientation proposée : FS

