

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M^{ME} JULIANE KOKOTT

présentées le 19 mai 2009¹

I — Introduction

1. Les présentes demandes de décision préjudicielle portent sur les règles de droit communautaire relatives à l'expulsion de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou plus les conditions de séjour. Selon les indications données par la juridiction de renvoi, le droit espagnol ne requiert pas impérativement l'expulsion de telles personnes, mais permet de leur infliger uniquement une amende. La juridiction de renvoi doute que cette disposition soit conforme au droit communautaire. Elle sollicite notamment l'interprétation du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes² (ci-après le «code frontières Schengen»). Par ailleurs, l'article 23 de la convention d'application de l'accord de Schengen³ (ci-après la «CAAS»)⁴ est également pertinent.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 105, p. 1.

3 — Convention relative à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 14 juin 1985 (JO 2000, L 239, p. 13).

4 — Signée le 19 juin 1990 à Schengen (JO 2000, L 239, p. 19).

II — Cadre juridique

A — *Le code frontières Schengen*

2. Le code frontières Schengen est basé sur l'article 62, points 1 et 2, sous a), CE:

«Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 67, arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam:

- 1) des mesures visant, conformément à l'article 14, à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, qu'il s'agisse de citoyens de l'Union ou de ressortissants des pays tiers, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures;

2) des mesures relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres qui fixent:

Il établit les règles applicables au contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.»

a) les normes et les modalités auxquelles doivent se conformer les États membres pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures; [...]

5. L'article 5 régit les conditions d'entrée. Le paragraphe 4 de cette disposition prévoit trois dérogations à ces conditions, et notamment pour des motifs humanitaires [sous c)].

b) [...]»

6. L'article 11 contient une présomption légale de dépassement de la durée de séjour autorisée en cas d'absence de cachet d'entrée, des règles relatives au renversement de cette présomption ainsi qu'une éventuelle expulsion si la présomption n'est pas renversée:

3. Selon l'article 40, paragraphe 1, du code frontières Schengen, ce dernier est entré en vigueur le 13 octobre 2006.

«Article 11

4. L'article 1^{er} de celui-ci définit son objet:

Présomption concernant les conditions de durée du séjour

«Le présent règlement prévoit l'absence de contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières intérieures entre les États membres de l'Union européenne.

1. Si le document de voyage d'un ressortissant d'un pays tiers n'est pas revêtu du cachet d'entrée, les autorités nationales compétentes peuvent présumer que son titulaire ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions relatives

à la durée du séjour applicables dans l'État membre concerné.

tissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou plus les conditions de court séjour:

2. La présomption visée au paragraphe 1 peut être renversée lorsque le ressortissant d'un pays tiers présente, par tout moyen crédible, [...]

«1. L'étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions de court séjour applicables sur le territoire de l'une des Parties Contractantes doit en principe quitter sans délai les territoires des Parties Contractantes.

3. Dans le cas où la présomption visée au paragraphe 1 ne serait pas renversée, les autorités compétentes peuvent expulser le ressortissant du pays tiers du territoire de l'État membre concerné.»

2. L'étranger qui dispose d'un titre de séjour ou d'une autorisation de séjour provisoire en cours de validité délivrés par une autre Partie Contractante doit se rendre sans délai sur le territoire de cette Partie Contractante.

7. L'article 13, paragraphe 1, prévoit que l'entrée sur le territoire des États membres est refusée au ressortissant de pays tiers qui ne remplit pas l'ensemble des conditions d'entrée. Cette disposition est sans préjudice de l'application des dispositions particulières relatives au droit d'asile et à la protection internationale ou à la délivrance de visas de long séjour.

3. Lorsque le départ volontaire d'un tel étranger n'est pas effectué ou lorsqu'il peut être présumé que ce départ n'aura pas lieu ou si le départ immédiat de l'étranger s'impose pour des motifs relevant de la sécurité nationale ou de l'ordre public, l'étranger doit être éloigné du territoire de la Partie Contractante sur lequel il a été appréhendé, dans les conditions prévues par le droit national de cette Partie Contractante. Si l'application de ce droit ne permet pas l'éloignement, la Partie Contractante concernée peut admettre l'intéressé au séjour sur son territoire.

B — La CAAS

8. L'article 23 de la CAAS contient, lui aussi, des règles relatives au traitement des ressor-

4. L'éloignement peut être réalisé du territoire de cet État vers le pays d'origine de cette personne ou tout autre État dans lequel son admission est possible, notamment en application des dispositions pertinentes des accords de réadmission conclus par les Parties Contractantes.

5. Les dispositions du paragraphe 4 ne font pas obstacle aux dispositions nationales relatives au droit d'asile ni à l'application de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, telle qu'amendée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967, ni aux dispositions du paragraphe 2 du présent article et de l'article 33, paragraphe 1, de la présente Convention.»

9. La décision 1999/436/CE du Conseil, du 20 mai 1999, déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen⁵, constate que l'article 62, point 3, CE est la base juridique de l'article 23 de la CAAS.

5 — JO L 176, p. 17.

10. En raison de la décision 2007/801/CE du Conseil⁶, l'acquis Schengen s'applique également depuis le 21 décembre 2007 aux États membres ayant adhéré en 2004, à l'exception de la République de Chypre.

11. L'article 23 de la CAAS a été récemment remplacé par 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 irrégulier⁷. De cette manière, l'expulsion et l'éloignement de ressortissants de pays tiers sont régis de manière bien plus détaillée que dans le cadre du droit communautaire en vigueur antérieurement.

C — *Le droit espagnol*

12. La juridiction de renvoi présente la législation espagnole comme suit.

6 — Décision du 6 décembre 2007, sur l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen à la République tchèque, à la République d'Estonie, à la République de Lettonie, à la République de Lituanie, à la République de Hongrie, à la République de Malte, à la République de Pologne, à la République de Slovaquie et à la République slovaque (JO L 323, p. 34).

7 — JO L 348, p. 98.

13. Selon l'article 53, sous a), de la loi organique espagnole n° 4/2000 (telle que modifiée par la loi organique n° 8/2000), constitue une infraction grave:

«le fait de se trouver en situation irrégulière sur le territoire espagnol parce que la prorogation de séjour, l'autorisation de résidence ou des documents analogues, lorsqu'ils sont exigibles, n'ont pas été obtenus ou ont expiré il y a plus de trois mois sans que l'intéressé ait demandé leur renouvellement dans le délai prévu par la réglementation.»

14. L'ensemble de la procédure est soumis à une amende qui, selon l'article 57 de cette même loi, peut être remplacée par une expulsion:

«Quand les auteurs de l'infraction sont des étrangers et que le comportement en cause est qualifié par la loi de très grave ou de grave au sens de l'article 53, sous a), b), c), d) et f), de la présente loi organique, la sanction d'amende peut être remplacée par l'expulsion du territoire espagnol, à l'issue de la procédure administrative correspondante.»

15. L'article 57, paragraphe 3, de cette loi prévoit néanmoins ce qui suit:

«Les sanctions d'expulsion et d'amende ne peuvent en aucun cas être infligées conjointement.»

III — Faits et questions préjudicielles

16. M^{me} María Julia Zurita García et M. Aurelio Choque Cabrera sont des ressortissants boliviens. À la suite de contrôles, il a été constaté qu'ils séjournaient en Espagne, bien qu'ils ne remplissaient pas ou plus les conditions de séjour.

17. M^{me} Zurita García a été contrôlée le 26 septembre 2006. Puis, le Delegado del Gobierno en la Región de Murcia (représentant du gouvernement dans la région de Murcia) a ordonné son expulsion du territoire espagnol le 15 novembre 2006 et a interdit son entrée dans l'espace Schengen pour une durée de cinq ans. Après que M. Choque Cabrera a été contrôlé le 14 mai 2007, le représentant du gouvernement dans la région de Murcia a adopté à son encontre le 30 juillet 2007 la même décision que celle prise contre M^{me} Zurita García.

18. Les recours introduits contre ces deux décisions ont été rejetés en première instance. Depuis lors, des appels sont pendants devant le Tribunal Superior de Justicia de Murcia statuant en dernière instance.

19. Selon les indications de celui-ci, la législation espagnole récente définit l'expulsion comme une sanction qui peut remplacer une amende. Par conséquent, il est en principe prévu d'infliger une amende aux ressortissants de pays tiers lorsqu'ils sont interceptés sans remplir les conditions d'entrée et de séjour en Espagne. Selon le principe de proportionnalité, ces personnes ne pourraient faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de circonstances graves.

20. Toutefois, la juridiction de renvoi tend à considérer que, en vertu de la réglementation communautaire, les ressortissants de pays tiers séjournant sur le territoire de l'Union européenne sans satisfaire aux conditions requises à cet effet doivent quitter le territoire, soit par le biais d'un refus d'entrée, soit au moyen d'une mesure d'expulsion. Par conséquent, elle a, dans les deux procédures en cours, saisi la Cour de la question préjudicielle suivante:

«Les dispositions du traité instituant la Communauté européenne, en particulier son article 62, point 1 et point 2, sous a), et celles du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au

régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), en particulier ses articles 5, 11 et 13, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation comme la réglementation nationale, avec la jurisprudence qui l'interprète, en vertu de laquelle l'expulsion de tout 'ressortissant d'un pays tiers' non muni d'un titre autorisant l'entrée et le séjour sur le territoire de l'Union européenne peut être remplacée par l'imposition d'une amende?»

21. Ont présenté des observations écrites à la Cour M. Choque Cabrera, le Royaume d'Espagne, la République italienne, la République d'Autriche et la Commission des Communautés européennes. Il n'y a pas eu de débat oral. Par ordonnance du 27 mars 2009 du président de la troisième chambre, les deux affaires ont été jointes aux fins de l'arrêt.

IV — Analyse

22. La juridiction de renvoi aimerait savoir si les articles 5, 11 et 13 du code frontières Schengen s'oppose à des réglementations nationales qui autorisent à remplacer l'expulsion de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou plus les conditions de séjour par une amende.

A — *Recevabilité et interprétation de la demande de décision préjudicielle*

23. Dans la mesure où le code frontières Schengen se fonde sur l'article 62, points 1 et 2, sous a), CE, selon l'article 68, paragraphe 1, CE, seules les juridictions de dernière instance peuvent présenter une demande de décision préjudicielle à la Cour le concernant.

24. Dans les affaires au principal, le Tribunal Superior de Justicia de Murcia est la juridiction d'appel. Il n'existe apparemment pas de possibilité de recours à l'encontre des décisions qu'il rend sur le fond. Par conséquent, il est habilité à procéder à un renvoi préjudiciel.

25. Toutefois, le Royaume d'Espagne considère que la question préjudicielle dans l'affaire Zurita García est irrecevable parce qu'elle est hypothétique. Le code frontières Schengen ne serait en l'espèce pas applicable *ratione temporis*, en vertu du principe de non-rétroactivité. En effet, M^{me} Zurita García a été contrôlée avant l'entrée en vigueur de celui-ci. Dans la mesure où la juridiction de renvoi doute également de l'application dans le temps dudit code, elle a présenté à titre préjudiciel l'affaire Choque Cabrera qui est exempte de ces doutes.

26. Il est exact qu'une demande manifestement hypothétique est irrecevable⁸. Néanmoins, nous considérons qu'il n'est ni requis de rejeter la demande de renvoi préjudiciel dans l'affaire Zurita García ni nécessaire d'examiner dans cette affaire la question de l'application dans le temps.

27. Ainsi que nous l'exposerons plus en détail ci-dessous, ce n'est pas le code frontières Schengen dans son ensemble qui est pertinent pour les présentes affaires, mais plus particulièrement son article 11. Une réglementation identique à cette disposition, à savoir l'article 6 ter de la CAAS, était déjà entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005⁹ et a été remplacée par l'article 11 du code frontières Schengen. Par conséquent, il y a lieu de considérer que, dans l'affaire Zurita García, l'article 6 ter de la CAAS trouvait application si l'article 11 du code frontières Schengen n'avait pas été applicable.

28. Dès lors, pour pouvoir répondre de façon utile à la juridiction de renvoi, la Cour devrait également examiner l'article 6 ter de la CAAS,

8 — Voir, plus en détail, arrêts du 11 mars 1980, Foglia (104/79, Rec. p. 745, points 18 et suiv.); du 16 juillet 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871, points 25 et suiv.); du 28 juin 2007, Dell'Orto (C-467/05, Rec. p. I-5557, point 40 et, plus particulièrement sur la question de l'application dans le temps, points 47 et suiv.), et du 16 décembre 2008, Cartesio (C-210/06, Rec. p. I-9641, points 67 et suiv., et notes citées).

9 — Voir article 6, deuxième alinéa, du règlement (CE) n° 2133/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004, concernant l'obligation pour les autorités compétentes des États membres de procéder au compostage systématique des documents de voyage des ressortissants de pays tiers lors du franchissement des frontières extérieures des États membres, et modifiant à cette fin les dispositions de la Convention d'application de l'accord de Schengen et le manuel commun (JO L 369, p. 5), qui a introduit l'article 6 ter dans la CAAS.

bien que cette disposition ne soit pas mentionnée dans la question ¹⁰.

ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou plus les conditions de séjour par une amende.

29. Par ailleurs, la Commission et la république italienne constatent, à juste titre, que la demande de question préjudicielle ne contient aucun élément permettant d'établir avec certitude si le code frontières Schengen est effectivement applicable. Au contraire, on ne peut exclure que la règle générale prévue à l'article 23 de la CAAS examinée par la République d'Autriche et par la Commission soit pertinente. En conséquence, la Cour devrait également étendre son examen à cette disposition.

30. En revanche, l'article 62, points 1 et 2, sous a), CE mentionné dans la demande de question préjudicielle ne présente pas un intérêt direct pour répondre à la question, parce qu'il s'agit d'une base juridique. Celle-ci ne contient en tant que telle aucun droit ni aucune obligation propres concernant les ressortissants d'États tiers.

31. Ainsi entendues, les demandes de question préjudicielle ont pour objet de savoir si les articles 5, 11 et 13 du code frontières Schengen et/ou les articles 6 ter et 23 de la CAAS s'opposent à des dispositions nationales qui autorisent à remplacer l'expulsion de

B — Réponse à la question préjudicielle

1. Les articles 5 et 13 du code frontières Schengen

32. En principe, le code frontières Schengen ne traite pas des ressortissants de pays tiers qui séjournent déjà dans l'espace Schengen lorsque des doutes se posent quant à leur droit de séjour. Cela vaut notamment pour les articles 5 et 13.

33. En effet, selon l'article 3 dudit code, celui-ci s'applique aux personnes qui franchissent les frontières extérieures ou intérieures. Il a principalement pour objet le contrôle des frontières extérieures et la suppression des contrôles aux frontières intérieures.

34. Cela correspond aux bases juridiques citées: l'article 62, point 1, CE permet l'adoption de mesures visant, conformément à l'article 14 CE, à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, qu'il s'agisse de citoyens de l'Union ou de ressortissants des

10 — Arrêts du 20 mars 1986, Tissier (35/85, Rec. p. 1207, point 9), et du 10 janvier 2006, De Groot en Slot Allium et Bejo Zaden (C-147/04, Rec. p. I-245, point 68 et références citées).

pays tiers, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures. L'article 62, point 2, sous a), permet l'adoption de mesures relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres qui fixent les normes et les modalités auxquelles doivent se conformer les États membres pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures.

35. Dans ce contexte, l'article 5 établit les conditions d'entrée des ressortissants de pays tiers dans l'espace Schengen et l'article 13 prévoit le refus d'entrée lorsque le ressortissant d'un pays tiers ne remplit pas toutes les conditions.

36. Toutefois, les affaires au principal sont différentes dans la mesure où les intéressés, selon les indications de la juridiction de renvoi, n'ont pas été expulsés lors de leur entrée, mais ont été poursuivis en raison de leur séjour illégal sur le territoire espagnol. On présume, en toile de fond, que les ressortissants boliviens ont fait usage de la possibilité qu'ils avaient d'entrer dans l'espace Schengen sans visa avant le 1^{er} avril 2007 et d'y séjourner au maximum trois mois¹¹. M^{me} Zurita García et M. Choque Cabrera avaient vraisemblablement dépassé ce délai.

11 — Voir article 20, paragraphe 1, de la CAAS et, à cet égard, arrêt du 3 octobre 2006, Bot (C-241/05, Rec. p. I-9627). L'exemption de l'obligation de visa résultait du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil, du 15 mars 2001, fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (JO L 81, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE) n° 851/2005 du Conseil, du 2 juin 2005 (JO L 141, p. 3). Il a été abrogé par le règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil, du 21 décembre 2006 (JO L 405, p. 23).

2. L'article 11 du code frontières Schengen et l'article 6b de la CAAS

37. Le fait que les affaires au fond ne concernent pas directement le franchissement des frontières n'exclut cependant pas d'appliquer le code frontières. En effet, celui-ci contient des règles qui présentent un lien avec le franchissement des frontières, mais qui ont en fait pour objet le séjour¹².

38. Dans cette mesure, l'article 11 du code frontières Schengen a un lien avec le franchissement des frontières en ce qu'il se réfère au cachet d'entrée. L'article 10 prévoit que les garde-frontières apposent un cachet sur les documents de voyage des ressortissants de pays tiers lors du franchissement des frontières extérieures. Le cachet sur les documents de voyage permet d'établir avec certitude la date et le lieu du franchissement des frontières¹³. Le cachet d'entrée indique ainsi si les ressortissants d'un pays tiers ont dépassé la durée de séjour légale.

39. À partir de là, l'article 11, paragraphe 1, du code frontières Schengen fournit une base à la présomption réfragable selon laquelle les ressortissants de pays tiers ne respectent pas ou plus les conditions relatives à la durée de

12 — Outre l'article 11 du code frontières Schengen, il convient également de citer notamment l'article 7, paragraphe 3, sous c), qui concerne l'examen du fait qu'un ressortissant d'un pays tiers quittant le territoire a satisfait aux conditions de séjour.

13 — Ainsi, le septième considérant du règlement n° 2133/2004.

séjour, si leurs documents de voyage ne contiennent pas de cachet d'entrée.

40. La règle prévue à l'article 11, paragraphe 3, du code frontières Schengen relative à l'expulsion se fonde sur cette présomption. Celle-ci joue s'il n'est pas réfuté que le ressortissant d'un pays tiers a dépassé la durée de séjour légale. On ne saurait exclure que les affaires au principal se fondent sur cette présomption.

41. Toutefois, les diverses versions linguistiques de l'article 11, paragraphe 3, du code frontières Schengen ne concordent pas. Selon la version espagnole, le ressortissant d'un pays tiers est expulsé. Cela pourrait se comprendre comme une obligation. En revanche, ainsi que l'expose la Commission, les autres versions linguistiques prévoient que le ressortissant d'un pays tiers peut être expulsé. Il ne s'agirait pas ici d'une obligation, mais d'une simple possibilité.

42. Les diverses versions linguistiques d'un texte communautaire doivent être interprétées de façon uniforme et, dès lors, en cas de divergences entre ces versions, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément¹⁴. En l'espèce, néanmoins, il n'est

pas nécessaire d'examiner cela en détail. En effet, une disposition légale qui diverge selon les versions linguistiques doit également être interprétée en fonction de la volonté réelle de son auteur¹⁵. Il ressort des antécédents de l'article 11, paragraphe 3, du code frontières Schengen que la version espagnole ne correspond pas à la volonté réelle du législateur, mais s'explique par une erreur de traduction.

43. Comme nous l'avons dit¹⁶, l'article 11 du code frontières Schengen a repris dans le code l'article 6 ter de la CAAS qui préexistait. La version espagnole de l'article 6 ter, paragraphe 3, de la CAAS ne se distingue pas des autres versions en ce qui concerne la nature facultative de l'expulsion¹⁷. Selon la version espagnole, les États membres peuvent expulser les ressortissants de pays tiers, mais ne sont pas tenus à cet égard.

44. Apparemment, cette ancienne version a été ignorée lors de la rédaction de la version espagnole du code frontières Schengen. Cela pourrait s'expliquer par le fait que ni les considérants ni les travaux préparatoires

14 — Arrêts du 5 décembre 1967, van der Vecht (19/67, Rec. p. 445); du 27 octobre 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999, points 13 et 14); du 14 juin 2007, Euro Tex (C-56/06, Rec. p. I-4859, point 27), et du 21 février 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, Rec. p. I-685, point 25).

15 — Arrêts du 12 novembre 1969, Stauder (29/69, Rec. p. 419, point 3); du 7 juillet 1988, Moksels (55/87, Rec. p. 3845, point 49); du 20 novembre 2001, Jany e.a. (C-268/99, Rec. p. I-8615, point 47), et du 27 janvier 2005, Junk (C-188/03, Rec. p. I-885, point 33).

16 — Voir ci-dessus, point 27.

17 — En espagnol, l'article 6 ter, paragraphe 3, de la CAAS énonce: «De no ser refutada la presunción mencionada en el apartado 1, las autoridades competentes podrán expulsar al nacional del tercer Estado del territorio de los Estados miembros afectados».

accessibles au public ne font apparaître qu'une disposition existante a été reprise¹⁸.

45. Par conséquent, on peut conclure à ce stade que l'article 6 ter, paragraphe 3, de la CAAS et la disposition similaire de l'article 11, paragraphe 3, du code frontières Schengen n'obligent pas à expulser les ressortissants de pays tiers en raison de la présomption de l'absence de réunion des conditions de séjour.

3. L'article 23 de la CAAS

46. Pourtant, la République d'Autriche, notamment, déduit de l'article 23 de la CAAS une obligation de mettre fin au séjour illégal des ressortissants de pays tiers. Selon cette disposition, les ressortissants de pays tiers doivent quitter un pays Schengen s'ils ne remplissent pas ou plus les conditions de séjour. Si cela ne se fait pas sur une base volontaire ou s'il y a une urgence particulière, l'article 23, paragraphe 3, de la CAAS prévoit

qu'ils doivent être expulsés du territoire de l'État contractant dans lequel ils ont été interceptés, en application de la législation nationale.

47. Si l'on examine la version allemande de manière isolée, il apparaît que les articles 6 ter, paragraphe 3, de la CAAS et/ou l'article 11, paragraphe 3, du code frontières Schengen ainsi que l'article 23, paragraphe 3, dudit code frontières visent des cas distincts, parce que, d'un côté il est question de l'expulsion («Ausweisung»), de l'autre côté, de l'éloignement («Abschiebung»). En langue allemande, on entend par la première la décision mettant fin au séjour et par la seconde l'exécution d'une telle décision.

48. Il serait toutefois erroné d'accorder à ces différences de termes une grande portée. Ainsi, dans les autres versions linguistiques, cette distinction n'apparaît pas aussi clairement. La version anglaise utilise dans ces deux réglementations la notion de «to expell», la version espagnole «expulsar» et la version française mentionne, d'une part, «expulser» et, d'autre part, «éloigner».

18 — Une disposition correspondant à l'article 6, sous b), de la CAAS apparaît pour la première fois dans un projet de code frontières Schengen du 23 mars 2005: l'article 9 bis dans la version du document du Conseil <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/05/st09/st09630.es05.pdf>. Selon les projets antérieurs du code frontières Schengen, l'article 6, sous b), aurait été purement et simplement biffé. Aucun des documents accessibles au public n'atteste d'une telle suppression ou d'une reprise dans le code. La raison en est vraisemblablement que l'article 6, sous b), de la CAAS n'a été élaboré qu'au cours de la procédure d'adoption du code et que la Commission avait initialement proposé dans cette autre procédure législative de placer cette présomption de dépassement du délai de séjour dans une autre partie de la CAAS. Cette partie n'a pas été affectée par le code frontières Schengen, en sorte qu'il n'aurait pas été nécessaire de tenir compte de la règle de présomption dans le code frontières.

49. De plus, l'article 6 ter, paragraphe 3, de la CAAS et l'article 11, paragraphe 3, du code frontières Schengen ne contiennent pas de règles relatives à l'exécution de l'expulsion, tandis que l'article 23 de la CAAS ne prévoit pas de disposition explicite en matière de décision d'expulsion pouvait faire l'objet d'une exécution. Seule la directive 2008/115

adoptée entre-temps distingue clairement entre une décision de retour¹⁹ et une expulsion²⁰ en tant qu'exécution de l'obligation d'éloignement.

50. Par conséquent, nous considérons que tant l'article 6 ter, paragraphe 3, de la CAAS et/ou l'article 11, paragraphe 3, du code frontières Schengen que l'article 23, paragraphe 3, de la CAAS ont pour finalité l'éloignement des ressortissants de pays tiers sans faire de distinction précise entre la décision administrative et l'exécution de celle-ci.

51. Ainsi que cela a été souligné par la République d'Autriche, tout comme l'interdiction d'entrée au titre de l'article 13 du code frontières Schengen, l'article 23 de la CAAS se fonde sur l'intérêt général des États Schengen d'empêcher ou à tout le moins de mettre fin au séjour illégal des ressortissants de pays tiers dans l'espace Schengen. Dans la mesure où les frontières intérieures ne sont plus contrôlées, il est à craindre que les ressortissants de pays tiers séjournant illégalement dans un État membre se déplacent dans un autre État membre et y séjournent également illégalement. La République italienne souligne à juste

titre que la directive 2008/115 va dans le même sens.

52. L'article 23 de la CAAS vise en principe tous les ressortissants de pays tiers qui séjournent dans le territoire Schengen, bien qu'ils ne remplissent pas ou plus toutes les conditions de séjour. On pourrait simplement se demander si le dépassement présumé de la durée de séjour en vertu de l'article 6 ter de la CAAS et/ou de l'article 11 du code frontières Schengen est soumis à d'autres règles.

53. C'est notamment sur la base des antécédents de l'article 11 du code frontières Schengen, à savoir notamment du processus d'adoption de l'article 6 ter de la CAAS, qu'il apparaît que le libellé de cette disposition ne donne aucune prise à cette interprétation. La Commission avait encore proposé que les autorités compétentes, en cas de présomption de dépassement de la durée de séjour *pourraient*²¹ appliquer l'article 23, paragraphe 3, de la CAAS. Il s'ensuit que les États membres auraient été libres d'appliquer cette disposition. Par contre, le Royaume d'Espagne a proposé d'obliger expressément les États membres d'appliquer l'article 23, paragraphe 3, de la CAAS²². Il est exact que cette proposition ne s'est pas concrétisée, mais la

19 — Article 3, point 4, de la directive 2008/115.

20 — Article 3, point 5, de la directive 2008/115.

21 — Proposition de règlement du Conseil établissant l'obligation pour les autorités compétentes des États membres de procéder au compostage systématique des documents de voyage des ressortissants de pays tiers au moment du franchissement des frontières extérieures des États membres, et modifiant à cette fin la convention d'application de l'accord de Schengen et le manuel commun [COM(2003) 664 final, manifestement non publié au JO].

22 — Document du Conseil 7858/04 du 30 mars 2004, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07858.en04.pdf>, p. 4, point 10.

version finalement adoptée de l'article 6 ter, paragraphe 3, de la CAAS ne contient plus aucun renvoi à l'article 23, paragraphe 3.

le fait que le ressortissant d'un pays tiers part volontairement. Par rapport à l'expulsion, il s'agit là d'un moyen moins contraignant et qui est également conforme, selon le Royaume d'Espagne, à la législation nationale.

54. Il s'ensuit que l'application de l'article 23 de la CAAS dans les cas de présomption au titre de l'article 6 ter de la CAAS et/ou de l'article 11 du code frontières Schengen doit être tranchée à la lumière des principes généraux d'interprétation. L'ancien paragraphe 3 de ces deux dernières dispositions ne prévoit, à cet égard, aucune dérogation à l'article 23 de la CAAS, mais se limite à exposer que la présomption de dépassement de la durée de séjour peut justifier une expulsion²³.

55. Toutefois, contrairement à la thèse de la République d'Autriche, il ne résulte pas de l'article 23, paragraphe 3, de la CAAS que les États membres soient obligés par le droit communautaire de procéder à l'expulsion. Au contraire, la Commission insiste à juste titre sur les dérogations contenues dans l'article 23 de la CAAS.

56. Tout d'abord, l'expulsion ne constitue pas une règle générale, mais bien une exception. En effet, les paragraphes 1 et 2 se fondent sur

57. Mais surtout l'article 23, paragraphe 3, ne contient pas de fondement juridique pour une expulsion, mais fait référence à la législation nationale. Aucune exigence ne semble prévue quant aux modalités d'application de la législation nationale. En revanche, l'article 23, paragraphe 3, deuxième alinéa, de la CAAS permet expressément aux États membres d'autoriser le séjour des ressortissants de pays tiers lorsque le droit interne ne permet pas d'expulsion. Cette réglementation implique nécessairement que les États membres puissent prévoir des exceptions à l'expulsion, mais elle ne contient aucune restriction à la liberté d'organisation des États membres dans le cadre de la définition de telles exceptions. Dès lors, il ne peut y avoir d'obligation d'expulsion.

58. Par ailleurs, la portée limitée de l'article 23 de la CAAS plaide contre l'idée selon laquelle il devrait être compris comme une règle impérative en matière d'expulsion ou d'éloignement. Cette disposition ne contient que des principes de base et des critères minimaux qui requièrent en substance l'adoption de

23 — Cette interprétation garantit, par ailleurs, que l'article 11 du code frontières Schengen ne constitue pas une disposition spéciale inutile par rapport à la directive 2008/115. En revanche, il y aura lieu à l'avenir de tenir compte des dispositions de la directive également en cas d'expulsion fondée sur la présomption du dépassement de la durée de séjour.

modalités d'application par la législation nationale.

de prévoir une obligation de droit communautaire de mettre fin aux séjours illégaux. En revanche, il y a lieu de considérer que les États membres adoptent les mesures requises, même en l'absence d'une telle obligation.

59. C'est précisément ce qu'illustre une comparaison entre l'article 23 de la CAAS et la directive 2008/115 entre-temps adoptée. Elle contient des règles très détaillées relatives au traitement des ressortissants de pays tiers séjournant dans l'espace Schengen, bien qu'ils ne remplissent pas ou plus les conditions de séjour. Pourtant, l'article 4 de ladite directive reconnaît expressément aux États membres la liberté de mettre en œuvre des dispositions encore plus favorables.

61. Par ailleurs, il n'apparaît pas que le Royaume d'Espagne ait manqué à cette confiance. Selon le gouvernement espagnol, on ne doit voir dans l'amende aucune tolérance d'un séjour illégal. Au contraire, le ressortissant d'un État tiers est obligé de partir dans les quinze jours. S'il ne le fait pas, une nouvelle procédure de sanction est diligentée pour maintien du séjour sans respecter les conditions de celui-ci. Comme une amende a déjà été infligée dans ce cas, cela déclencherait la procédure d'expulsion.

60. L'absence d'obligation d'expulsion ne se heurte pas non plus à l'intérêt commun de l'ensemble des États Schengen à mettre fin au séjour illégal des ressortissants de pays tiers. En revanche, nous considérons que la référence que fait l'article 23 de la CAAS à la législation nationale repose sur un haut degré de confiance et de solidarité entre les États membres. Ce haut degré de confiance et de solidarité fonde également la reconnaissance mutuelle de décisions importantes dans d'autres domaines²⁴ et s'oppose à la nécessité

62. Ainsi, l'article 23, paragraphe 3, de la CAAS ne s'oppose pas à des règles de droit interne telles qu'en l'espèce, selon lesquelles l'expulsion d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur le territoire de l'Union européenne sans document l'autorisant à entrer et/ou à séjourner peut être remplacée par l'imposition d'une amende.

24 — Arrêts du 11 février 2003, Gözütok et Brügge (C-187/01 et C-385/01, Rec. p. I-1345, point 33), en ce qui concerne la reconnaissance mutuelle de condamnations pénales en tant que fondement du principe de *ne bis in idem*, et du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, Rec. p. I-3633, point 57), en ce qui concerne le renoncement à la double condamnation en cas d'extradition.

V — Conclusion

63. Par conséquent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit:

- «1) L'article 6 ter, paragraphe 3, de la convention d'application de l'accord de Schengen et la disposition identique de l'article 11, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, n'obligent pas à expulser des ressortissants de pays tiers en raison de la présomption de l'absence de réunion des conditions de séjour prévue à l'article 6 ter, paragraphe 1, de la convention d'application de l'accord de Schengen et/ou de l'article 11, paragraphe 1, du règlement.

- 2) L'article 23, paragraphe 3, de la convention d'application de l'accord de Schengen ne s'oppose pas à des règles de droit interne telles qu'en l'espèce, selon lesquelles l'expulsion d'un ressortissant d'un pays tiers qui séjourne sur le territoire de l'Union européenne sans document l'autorisant à entrer et/ou à séjourner peut être remplacée par l'imposition d'une amende.»