



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 20 octobre 2020¹

Affaire C-673/19

M,
A,
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,
en présence de
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,
T

[demande de décision préjudicielle formée par le Raad van State (Conseil d'État, Pays-Bas)]

« Renvoi préjudiciel – Contrôles aux frontières, asile et immigration – Directive 2008/115/CE – Retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier – Rétention à des fins d'éloignement – Protection internationale dans un autre État membre – Absence d'une décision de retour »

1. La présente demande de décision préjudicielle formée par le Raad van State (Conseil d'État, Pays-Bas) donnera à la Cour l'occasion de préciser si les dispositions de la directive 2008/115/CE² s'opposent au placement en rétention d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier en vue de le transférer vers un autre État membre où ce ressortissant bénéficie d'une protection internationale. Je proposerai à la Cour de répondre qu'un État membre peut, en principe, recourir au placement en rétention de la personne concernée dans ces circonstances, mais qu'il doit le faire dans le respect des objectifs de la directive 2008/115 et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »).

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

2. L'objectif de la directive 2008/115, tel que défini à l'article 1^{er} de celle-ci, intitulé « Objet », est de fixer les normes et les 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 de l'Union ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme.

3. L'article 2 de cette directive, intitulé « Champ d'application », dispose :

« 1. La présente directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre.

¹ Langue originale : l'anglais.

² 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 (JO 2008, L 348, p. 98).

2. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers :

- a) faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen [³], ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre ;
- b) faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition.

3. La présente directive ne s'applique pas aux personnes jouissant du droit communautaire à la libre circulation, telles que définies à l'article 2, point 5), du code frontières Schengen. »

4. Aux termes de l'article 3 de ladite directive, intitulé « Définitions » :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

- 3) "retour" : le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer – que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé – dans :
 - son pays d'origine, ou
 - un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission communautaires ou bilatéraux, ou
 - un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné d'un pays tiers décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis ;
- 4) "décision de retour" : une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour. »

5. L'article 4 de la directive 2008/115 porte sur les « dispositions plus favorables ». Conformément au paragraphe 3 de cet article, cette directive « s'applique sans préjudice du droit des États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables pour les personnes auxquelles la présente directive s'applique, à condition que ces dispositions soient compatibles avec la présente directive ».

6. L'article 5 de cette directive, intitulé « Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale et état de santé », est libellé comme suit :

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

- a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,
- b) de la vie familiale,
- c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers,

3 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) (JO 2006, L 105, p. 1).

et respectent le principe de non-refoulement. »

7. Aux termes de l'article 6 de ladite directive, intitulé « Décision de retour » :

« 1. Les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5.

2. Les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et titulaires d'un titre de séjour valable ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour délivrés par un autre État membre sont tenus de se rendre immédiatement sur le territoire de cet autre État membre. En cas de non-respect de cette obligation par le ressortissant concerné d'un pays tiers ou lorsque le départ immédiat du ressortissant d'un pays tiers est requis pour des motifs relevant de l'ordre public ou de la sécurité nationale, le paragraphe 1 s'applique.

[...] »

8. L'article 15 de la même directive, intitulé « Rétention », dispose :

« 1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque :

- a) il existe un risque de fuite, ou
- b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

2. La rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires.

La rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit.

Si la rétention a été ordonnée par des autorités administratives, les États membres :

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

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

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

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

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

6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison :

- a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou
- b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires. »

Le droit néerlandais

La Vreemdelingenwet

9. Conformément à l'article 59, paragraphe 2, de la Vreemdelingenwet 2000 (loi de 2000 sur les étrangers), du 23 novembre 2000 (Stb. 2000, n° 495), telle que modifiée avec effet au 31 décembre 2011 afin de transposer la directive 2008/115 (ci-après la « Vw »), si les documents nécessaires au retour d'un étranger sont disponibles ou le seront à bref délai, le placement en rétention de cet étranger est réputé requis dans l'intérêt de l'ordre public, sauf s'il a été en séjour régulier sur la base de l'article 8, sous a) à e) et sous l), de la Vw.

10. En vertu de l'article 62a, paragraphe 1, sous b), de la Vw, le ministre informe par écrit l'étranger non ressortissant communautaire qui n'est pas ou plus en séjour régulier de l'obligation de quitter les Pays-Bas de sa propre initiative ainsi que du délai dans lequel il doit satisfaire à cette obligation, sauf s'il est titulaire d'un titre de séjour valable ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour délivrés par un autre État membre.

11. L'article 62a, paragraphe 3, de la Vw précise que l'étranger visé à l'article 62a, paragraphe 1, sous b), reçoit l'ordre de se rendre immédiatement sur le territoire de l'État membre concerné. Si cet ordre n'est pas respecté ou si le départ immédiat de l'étranger est exigé pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale, une décision de retour est adoptée à son encontre.

12. En vertu de l'article 63, paragraphes 1 et 2, de la Vw, l'étranger qui ne séjourne pas de manière régulière aux Pays-Bas et qui n'a pas quitté de lui-même ce pays dans le délai fixé par la Vw peut être expulsé, le ministre étant compétent pour l'expulsion.

13. En vertu de l'article 106 de la Vw, si le tribunal ordonne la levée d'une mesure privative de liberté ou si la privation de liberté a déjà été levée avant l'examen de la demande de levée de cette mesure, il peut accorder à l'étranger une indemnisation à la charge de l'État. Le préjudice comprend le désavantage qui ne consiste pas en une perte financière. Cette disposition s'applique par analogie lorsque la section du contentieux administratif compétente du Raad van State (Conseil d'État) ordonne la levée de la mesure privative de liberté.

La Vreemdelingencirculaire 2000

14. Aux termes de l'article A3/2 de la Vreemdelingencirculaire 2000 (circulaire de 2000 sur les étrangers), dans sa version applicable jusqu'au 1^{er} janvier 2019, si la délivrance d'une décision de retour est contraire aux obligations internationales (l'interdiction de refoulement), le fonctionnaire chargé de la surveillance de la frontière ou du contrôle des étrangers ne délivre pas de décision de retour.

Les faits, la procédure au principal et la question préjudicielle

15. M, A et T, ressortissants de pays tiers, ont chacun introduit une demande de protection internationale aux Pays-Bas. Par des décisions adoptées respectivement le 28 février, le 9 octobre et le 13 juin 2018, le Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (secrétaire d'État à la Justice et à la Sécurité, Pays-Bas, ci-après le « Staatssecretaris ») a déclaré ces demandes irrecevables, au motif que les intéressés étaient déjà titulaires d'un statut valable de réfugié respectivement en Bulgarie, en Espagne et en Allemagne.

16. Dans ces décisions, le Staatssecretaris a enjoint aux ressortissants concernés de pays tiers, en vertu de l'article 62a, paragraphe 3, de la Vw (qui a transposé dans l'ordre juridique néerlandais l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2008/115), de se rendre immédiatement sur le territoire de l'État membre où ils bénéficiaient d'une protection internationale, en ajoutant qu'ils risquaient d'être éloignés s'ils ne se conformaient pas à cette injonction. Les ressortissants concernés de pays tiers n'ont pas obtempéré à cette injonction. Le Staatssecretaris les a ensuite placés en rétention respectivement les 28 septembre, 22 novembre et 25 octobre 2018, en application de l'article 59, paragraphe 2, de la Vw, afin d'assurer leur départ vers les États membres concernés.

17. M, A et T ont introduit un recours auprès du rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye, Pays-Bas). Ils ont fait valoir dans ces recours, notamment, que la mesure de rétention était illégale en l'absence d'une décision de retour.

18. Dans les affaires concernant M et A, le rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye) a considéré que le Staatssecretaris avait à juste titre placé les intéressés en rétention en application de l'article 59, paragraphe 2, de la Vw sans avoir préalablement adopté de décision de retour. Selon cette juridiction, une mesure de rétention fondée sur l'article 59, paragraphe 2, de la Vw ne requiert pas l'adoption d'une décision de retour. Leurs recours ont donc été déclarés non fondés.

19. En revanche, dans l'affaire concernant T, le rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye) a considéré, notamment, qu'il existait une incertitude quant au point de savoir si l'article 59 de la Vw offrait un fondement au placement en rétention de ressortissants de pays tiers pour s'assurer qu'ils se rendent dans un autre État membre. Tel ne pourrait être le cas que s'il y avait lieu de donner au terme « retour », utilisé à l'article 59, paragraphe 2, de la Vw, un autre sens que celui qu'il a dans le reste de cet article. Selon cette juridiction, il ne semblait pas que cela ait été l'intention du législateur lors de la transposition de la directive 2008/115 dans l'article 59 de la Vw, de telle sorte qu'il convenait d'opter pour la même interprétation restrictive du terme « retour » utilisé dans la Vw que celle qui prévalait dans cette directive. En outre, certains documents déposés par le Staatssecretaris auprès du rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye) l'ont été au-delà du délai imparti ou étaient incomplets. Le placement en rétention de T devait par conséquent être jugé illégal depuis la date à laquelle il avait été imposé.

20. M et A ont interjeté appel devant la juridiction de renvoi, de même que le Staatssecretaris dans l'affaire concernant T.

21. Après avoir noté que les litiges en cause ne portent plus que sur le droit éventuel de M, A et T à être indemnisés du préjudice causé par leur placement en rétention, la juridiction de renvoi souligne que l'issue de ces litiges dépend du point de savoir si la directive 2008/115 s'oppose à ce que le Staatssecretaris place en rétention des ressortissants de pays tiers comme ceux en cause au principal, sur le fondement de l'article 59, paragraphe 2, de la Vw, en vue d'assurer leur transfert vers un autre État membre, sans qu'une décision de retour au sens de l'article 62a, paragraphe 3, de la Vw ait été adoptée.

22. Dans ces circonstances, le Raad van State (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour, par ordonnance du 4 septembre 2019 parvenue à la Cour le 11 septembre 2019, la question préjudicielle suivante :

« La directive [2008/115], en particulier ses articles 3, 4, 6 et 15, s'oppose-t-elle à la rétention, en application d'une législation nationale, d'un étranger bénéficiant d'une protection internationale dans un autre État membre de l'Union, lorsque cette rétention vise à éloigner dans cet autre État membre l'étranger qui a uniquement reçu l'ordre de s'y rendre pour ce motif, sans qu'une décision de retour subséquente [ait] été adoptée ? »

23. Des observations écrites ont été déposées par M, T, les gouvernements néerlandais, estonien et polonais ainsi que par la Commission européenne. M, T, le gouvernement néerlandais et la Commission ont été entendus en leurs plaidoiries lors de l'audience qui s'est tenue le 9 juillet 2020.

Appréciation

24. Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 3, 4, 6 et 15 de la directive 2008/115 s'opposent au placement en rétention par un État membre, en vertu de son droit national, d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier qui bénéficie d'une protection internationale dans un autre État membre, lorsque ce placement en rétention a pour objet le transfert du ressortissant en question vers cet autre État membre et que ce ressortissant a fait l'objet non pas d'une décision de retour au sens de cette directive, mais d'un ordre de se rendre immédiatement sur le territoire de l'État membre dans lequel il bénéficie d'une protection internationale.

25. Pour proposer une réponse à cette question, il convient de déterminer, tout d'abord, si la directive 2008/115 est applicable dans des situations telles que celles décrites par la juridiction de renvoi. Je conclurai que tel est le cas. Je me pencherai ensuite sur la question des obligations générales incombant à un État membre en vertu de cette directive, avant d'aborder, enfin, les obligations spécifiques des États membres découlant de ladite directive lorsqu'il s'agit du placement en rétention d'un ressortissant d'un pays tiers.

Applicabilité de la directive 2008/115

26. Aux termes de son article 2, paragraphe 1, la directive 2008/115 s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre.

27. Il est établi par la juridiction de renvoi que les trois ressortissants de pays tiers en cause bénéficient d'une protection internationale, chacun dans un autre État membre. Partant, chacun d'eux bénéficie d'un droit de séjour dans l'État membre lui ayant accordé la protection internationale.

28. La juridiction de renvoi a également établi que les trois ressortissants concernés de pays tiers se trouvent en séjour irrégulier sur le territoire des Pays-Bas. Leur séjour n'a pas été régularisé et les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2008/115 ne sont pas applicables.

29. Par conséquent, la situation des trois ressortissants concernés de pays tiers relève du champ d'application de la directive 2008/115 et ces ressortissants sont, en principe, soumis aux normes et procédures communes prévues par cette directive.

Obligations générales au titre de la directive 2008/115

30. L'applicabilité de la directive 2008/115 aux situations en cause au principal soulève la question des obligations du Royaume des Pays-Bas au titre de cette directive, notamment celle de savoir si cet État membre était tenu de prendre une décision de retour, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de cette directive.

L'article 6, paragraphe 2, de la directive 2008/115 interprété littéralement et à la lumière du système établi par cette directive

31. Conformément à l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2008/115, les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et titulaires d'un titre de séjour valable ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour délivrés par un autre État membre sont tenus de se rendre immédiatement sur le territoire de cet autre État membre. En cas de non-respect de cette obligation par un tel ressortissant ou lorsque le départ immédiat de celui-ci est requis pour des motifs relevant de l'ordre public ou de la sécurité nationale, l'article 6, paragraphe 1, de cette directive s'applique.

32. Dans la mesure où les trois ressortissants de pays tiers en cause bénéficient d'une protection internationale, chacun dans un autre État membre, ils disposent d'un droit de séjour dans l'autre État membre en question. Le Royaume des Pays-Bas leur a ordonné de quitter son territoire pour se rendre dans les autres États membres concernés, mais ils n'ont pas obtempéré.

33. Dans une telle situation, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115 oblige l'État membre à prendre une décision de retour. Cependant, comme je vais à présent l'expliquer, le Royaume des Pays-Bas était juridiquement empêché d'adopter une telle décision.

34. On entend par « retour » le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer dans : 1) son pays d'origine, 2) un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission de l'Union ou bilatéraux, ou 3) un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné d'un pays tiers décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis⁴.

35. En l'espèce, en l'absence d'un pays de transit (hypothèse 2) ou d'un autre pays tiers dans lequel les intéressés retourneraient volontairement (hypothèse 3), la seule option prévue par la directive 2008/115 était le retour dans les pays d'origine respectifs.

36. La juridiction de renvoi a toutefois établi qu'il était impossible d'adopter une décision de retour dans les pays d'origine respectifs, car celle-ci aurait violé le principe de non-refoulement. En effet, ainsi qu'il ressort de l'article 5 de la directive 2008/115, lorsqu'ils mettent en œuvre cette directive, les États membres respectent le principe de non-refoulement, celui-ci étant, par ailleurs, garanti par l'article 18 et l'article 19, paragraphe 2, de la Charte.

⁴ Voir article 3, point 3, de la directive 2008/115.

37. Nous pouvons donc conclure à ce stade que, bien que le cas d'espèce relève du champ d'application de la directive 2008/115, le Royaume des Pays-Bas n'était pas tenu d'adopter une décision de retour en application de l'article 6, paragraphe 1, de cette directive⁵.

38. Cette interprétation s'inscrit dans la ligne des observations de toutes les parties à la procédure et apparaît comme prépondérante dans la doctrine⁶.

L'article 6, paragraphe 2, de la directive 2008/115 interprété téléologiquement

39. On pourrait cependant envisager une interprétation différente de l'article 6, paragraphes 1 et 2, de la directive 2008/115.

40. En cas de non-respect, par le ressortissant d'un pays tiers, de l'obligation de se rendre immédiatement sur le territoire de l'autre État membre, l'adoption d'une *décision de retour vers un autre État membre* permettrait d'assurer au mieux le plein effet utile de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2008/115 et renforcerait la procédure prévue à cette disposition. Il s'agirait également d'une modification de la signification du terme « retour », tel que défini à l'article 3, point 3, de ladite directive, en ce qui concerne certaines situations particulières.

41. Une telle procédure présenterait l'énorme avantage d'être claire et facilement applicable en pratique. L'adoption d'une décision de retour en application de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115 permettrait l'application sans aucun obstacle de toutes les dispositions de cette directive portant sur cette procédure, y compris et surtout celle relative à la rétention (article 15 de cette directive).

42. Le « manuel sur le retour » de la Commission, non contraignant mais néanmoins instructif, me semble s'inscrire dans cette même idée, lorsqu'il précise que « si un ressortissant d'un pays tiers ne consent pas à retourner volontairement, conformément à l'article 6, paragraphe 2, sur le territoire de l'État membre dont il est titulaire d'un titre de séjour, l'article 6, paragraphe 1, devient alors applicable et une décision de retour ordonnant le retour direct dans un pays tiers doit être adoptée. *Il n'est pas possible de recourir à la force pour renvoyer la personne dans l'autre État membre, [sauf] dans certaines circonstances lorsque le retour/l'éloignement vers un pays tiers n'est pas possible et que l'État membre ayant délivré le permis convient de reprendre en charge la personne* »⁷.

43. Deux éléments ne ressortent pas du passage cité. D'une part, il n'apparaît pas clairement si une telle procédure est obligatoire ou facultative pour l'État membre. D'autre part, la Commission ne précise pas si cette procédure se déroulerait aux termes de l'article 6 de la directive 2008/115 (ce qui serait contraire au libellé de l'article 3, point 3, de cette directive) ou s'il s'agirait d'une procédure régie par le droit national.

44. Sur cette base, j'ajouterais une mise en garde. Aussi attrayante qu'une telle approche puisse paraître, elle me semble difficilement conciliable avec le libellé clair de l'article 3, point 3, de la directive 2008/115 : la notion de « retour » s'entend comme le retour dans un pays tiers⁸. En outre, je doute fortement du fait que l'introduction d'une « procédure de retour entre les États membres »

5 À l'évidence, dès lors que les conditions du non-refoulement ne sont plus remplies, l'obligation d'adopter une décision de retour au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115 existe de nouveau.

6 Voir, notamment, Lutz, F., « 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 », dans Hailbronner, K., et Thym, D. (éd.), *EU immigration and asylum law – a commentary*, 2^e éd., 2016, C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, Oxford, Baden-Baden, Article 6, point 13, p. 689.

7 Voir recommandation (UE) 2017/2338 de la Commission, du 16 novembre 2017, établissant un « manuel sur le retour » commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour (JO 2017, L 339, p. 83, point 5.4). Mise en italique par mes soins.

8 Le pays d'origine, un pays de transit ou un autre pays tiers pertinent, conformément à la disposition susmentionnée.

reflète la volonté du législateur. Si tel était le cas, se poserait alors la question de savoir si une telle interprétation vaudrait uniquement pour les cas, tels que celui en cause au principal, où un État membre est empêché d'adopter une décision de retour vers un pays tiers en raison du principe de non-refoulement, ou si elle s'appliquerait également à tous les cas relevant de l'article 6, paragraphe 2, de cette directive, c'est-à-dire lorsque le ressortissant d'un pays tiers est titulaire d'un titre de séjour valable ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour délivrés par un autre État membre⁹.

45. Pour cette raison, je ne proposerai pas à la Cour de suivre l'interprétation que je viens d'exposer et je m'en tiendrai au libellé de l'article 3, point 3, et de l'article 6, paragraphes 1 et 2, de la directive 2008/115, en réaffirmant la proposition que j'ai présentée aux points 31 à 38 des présentes conclusions.

Obligations spécifiques au titre de la directive 2008/115 : rétention en vue du transfert d'un ressortissant d'un pays tiers vers un autre État membre ?

46. Il reste à examiner la question de savoir si les dispositions de la directive 2008/115 s'opposent au placement en rétention par le Royaume des Pays-Bas des ressortissants concernés de pays tiers, en vue de leur transfert vers l'État membre dans lequel ils bénéficient d'une protection internationale.

Possibilité de rétention

47. La disposition de la directive 2008/115 qui régit la procédure relative à la rétention est l'article 15. Cet article précise les conditions dans lesquelles les États membres peuvent recourir au placement en rétention, à l'égard du ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet d'une procédure de retour, *afin de préparer le retour* et/ou de procéder à l'éloignement.

48. Or, en l'absence d'une procédure de retour, cette disposition ne s'applique pas au cas d'espèce. Je le répète : tout ce que le Royaume des Pays-Bas entendait faire était non pas de prendre à l'égard des ressortissants de pays tiers une mesure de retour dans leur pays d'origine en dehors de l'Union, mais de transférer ceux-ci vers un État membre.

49. La Cour a admis le placement en rétention d'un ressortissant d'un pays tiers pour cause de séjour irrégulier dans deux situations au-delà du libellé de l'article 15 de la directive 2008/115¹⁰, à savoir : lorsque la procédure de retour prévue par cette directive a été appliquée et que ce ressortissant séjourne (toujours) irrégulièrement sur le territoire de l'État membre en question sans motif justifié de non-retour (ci-après la « situation Achughbabian »¹¹) et lorsque la procédure de retour a été appliquée et que ce ressortissant entre de nouveau sur le territoire de l'État membre en question en violation d'une interdiction d'entrée (ci-après la « situation Celaj »¹²)¹³.

9 Si une « procédure de retour entre les États membres » était également appliquée à cette dernière situation, cela reviendrait à dire qu'un État membre (État membre A) qui accorde volontairement des permis ou des autorisations de séjour déterminerait effectivement si, dans une situation où l'intéressé s'est rendu dans un autre État membre (État membre B), une procédure de « retour » ultérieure pourrait être engagée par l'État membre B vers l'État membre A ou vers le pays d'origine. Cela pourrait conduire à une application non uniforme de la directive 2008/115 et à modifier le système que celle-ci vise à mettre en place, qui est le retour du ressortissant d'un pays tiers dans son État d'origine.

10 Ces deux affaires concernaient une condamnation à une peine d'emprisonnement, élément qui est toutefois sans pertinence en l'espèce.

11 Voir arrêt du 6 décembre 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, point 50 et premier tiret du dispositif).

12 Voir arrêt du 1^{er} octobre 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, point 33 et dispositif).

13 La Cour a considéré que la directive 2008/115 porte uniquement sur le retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un État membre et n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers. Voir arrêt du 6 décembre 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, point 28). Par ailleurs, la directive 2008/115 ne s'oppose pas à un placement en rétention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant d'un pays tiers. Voir arrêt du 6 décembre 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, point 29).

50. Aucune des situations décrites au point précédent ne se présente en l'espèce. Tant dans la situation Achughbabian que dans la situation Celaj, une procédure de retour avait été appliquée par l'État membre en question, même si c'était sans succès dans l'affaire Achughbabian. Or, en l'espèce, le Royaume des Pays-Bas n'avait pas appliqué (à juste titre) une procédure de retour, mais une procédure de transfert vers un autre État membre.

51. J'aurais des difficultés à admettre que, dans une telle situation – qui relève du champ d'application général de la directive 2008/115, même si elle n'est pas subordonnée à l'exécution complète de l'ensemble de ses dispositions –, il ne serait pas possible, en principe, pour un État membre de placer en rétention, sous certaines conditions évidemment, un ressortissant d'un pays tiers¹⁴.

52. La directive 2008/115 ne s'oppose pas, selon moi, de manière catégorique et par principe à la rétention des ressortissants concernés de pays tiers.

Conditions de la rétention

53. S'agissant des conditions du placement en rétention, dès lors que, ainsi qu'il a été établi dans les présentes conclusions, le cas d'espèce relève du champ d'application de la directive 2008/115 (en vertu de l'article 2 de celle-ci), toute mesure de rétention qu'un État membre peut vouloir imposer doit être conforme à l'*objectif* de cette directive et à ses *principes*¹⁵.

54. Il ressort des considérants 2 et 24 ainsi que de l'article 1^{er} de la directive 2008/115 que la politique de cette directive se poursuit dans le respect intégral des droits de l'homme et de la dignité des ressortissants concernés de pays tiers et que la directive respecte les droits fondamentaux et les principes reconnus, en particulier, par la Charte.

55. J'ai argumenté précédemment que la directive 2008/115 vise à assurer l'équilibre entre, d'une part, les droits et les intérêts des États membres relatifs au contrôle de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers et, d'autre part, les droits individuels des personnes concernées¹⁶. En ce qui concerne ces derniers, cette directive vise à tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière du droit à la liberté et des « vingt principes directeurs sur le retour forcé » adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005¹⁷, auxquels fait référence le considérant 3 de ladite directive¹⁸.

56. J'ai d'ailleurs déjà soutenu qu'une disposition nationale qui relève du champ d'application de la directive 2008/115 implique la mise en œuvre du droit de l'Union, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, et doit respecter les principes généraux du droit de l'Union, y compris les droits fondamentaux consacrés par la Charte¹⁹.

57. Aux termes de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi, respecter le contenu essentiel de ces droits et libertés et être conforme au principe de proportionnalité. Par ailleurs, l'article 52, paragraphe 3, précise que, dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à

14 Tant dans la perspective d'un État membre que dans celle d'un ressortissant d'un pays tiers, le transfert vers un autre État membre, dans lequel ce ressortissant bénéficie même d'une protection internationale, est moins dramatique qu'une procédure de retour vers un pays tiers.

15 Au demeurant, tel serait également le cas dans une situation Achughbabian. La Cour a précisé dans ce cas que la rétention envisagée devait être mise en œuvre « dans le respect des principes de [la directive 2008/115] et de son objectif ». Voir arrêt du 6 décembre 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, point 46).

16 Voir ma prise de position dans l'affaire Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, point 45).

17 Voir Comité des Ministres, document CM(2005) 40 final.

18 Voir ma prise de position dans l'affaire Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, point 45).

19 Voir mes conclusions dans l'affaire JZ (Peine de prison en cas d'interdiction d'entrée) (C-806/18, EU:C:2020:307, point 45).

Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère cette convention, sans toutefois faire obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. Aux fins de l'interprétation de l'article 6 de la Charte, il convient donc de tenir compte de l'article 5 de la CEDH en tant que seuil de protection minimal²⁰.

58. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, toute privation de liberté doit être régulière, non seulement en ce sens qu'elle doit avoir une base légale en droit interne, mais également s'agissant de la qualité de la loi, qui implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté soit suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application afin d'éviter tout danger d'arbitraire²¹.

59. Sur la base de ces constatations, je peux formuler les observations qui suivent.

60. Tout d'abord, un État membre qui cherche à transférer un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier vers un autre État membre où ce séjour n'est plus irrégulier contribue incontestablement à favoriser non seulement les objectifs de la directive 2008/115, mais également ceux de la politique d'asile et d'immigration de l'Union en général.

61. Ensuite, il y a lieu d'examiner la question de savoir si l'État membre en question respecte les droits fondamentaux du ressortissant concerné d'un pays tiers. Étant donné que l'article 15 de la directive 2008/115, bien qu'il ne soit pas (comme nous l'avons vu) applicable en l'espèce, entend tenir compte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à l'article 5 de la CEDH, qui constitue l'équivalent fonctionnel de l'article 6 de la Charte²², nous pouvons recourir au libellé de cette disposition en tant que source d'inspiration, dans la mesure où l'article 15 de cette directive protège les droits et les intérêts fondamentaux de la personne qui fait l'objet de la mesure de rétention²³.

62. Une mesure de rétention ne peut servir que la procédure de transfert vers l'autre État membre. Elle ne devrait être utilisée que comme une solution de dernier recours, c'est-à-dire lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la procédure de transfert. En outre, toute rétention devrait être aussi brève que possible et n'être maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

63. Cela implique qu'une mesure de rétention ne peut être ordonnée qu'au cas par cas et sur la seule base du comportement individuel de la personne concernée.

64. Une telle mesure doit, en outre, être ordonnée par écrit par les autorités administratives ou judiciaires, en indiquant les motifs de fait et de droit, et un contrôle juridictionnel doit être prévu. La rétention fait l'objet d'un réexamen régulier et, en cas de périodes prolongées, est soumise au contrôle d'une autorité judiciaire.

65. Il appartient à la juridiction de renvoi d'analyser la conformité des dispositions nationales en cause aux droits fondamentaux, sur le fondement de la Charte, lue en combinaison avec la CEDH, y compris la jurisprudence susmentionnée.

66. Si la juridiction de renvoi constate que ces principes ont été respectés, alors il y a lieu de considérer que le placement en rétention était régulier dans la mesure où la directive 2008/115 ne s'y opposait pas.

20 Voir, également, mes conclusions dans l'affaire JZ (Peine de prison en cas d'interdiction d'entrée) (C-806/18, EU:C:2020:307, point 46).

21 Voir, en ce sens, Cour EDH, 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125.

22 Voir, en ce sens, arrêt du 28 avril 2011, *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, point 43). Voir, également, ma prise de position dans l'affaire *Mahdi* (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, point 2, y compris note en bas de page 3).

23 Il convient de souligner que cela ne constitue nullement une application par analogie de l'article 15 de la directive 2008/115. En revanche, il est possible de recourir ici à la mise en balance effectuée par le législateur de l'Union des intérêts de l'État (retour/éloignement) et des droits fondamentaux du ressortissant d'un pays tiers.

Conclusion

67. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit à la question du Raad van State (Conseil d'État, Pays-Bas) :

Les articles 3, 4, 6 et 15 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 ne s'opposent pas à ce qu'un État membre ordonne le placement en rétention, en vertu du droit national, d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier qui bénéficie d'une protection internationale dans un autre État membre, lorsque la rétention a pour objet le transfert de ce ressortissant d'un pays tiers vers cet autre État membre et lorsque ce ressortissant d'un pays tiers a fait l'objet d'un ordre de départ immédiat vers le territoire de cet autre État membre, et non d'une décision de retour au sens de la directive 2008/115, pour autant que les articles 6 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne soient respectés, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier.