

PRISE DE POSITION DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. JÁN MAZÁK

présentée le 26 octobre 2011¹

1. À l'instar de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt El Dridi², la question préjudicielle posée par la cour d'appel de Paris (France) attire l'attention de la Cour sur 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 irrégulier³, dans le contexte du droit pénal national.

de renvoi, la situation de M. Achughbabian peut être résumée comme suit:

— le 9 avril 2008, il est entré en France;

— le 28 novembre 2008, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides a rejeté sa demande d'admission au séjour au titre de l'asile;

2. En l'espèce, la réponse de la Cour à la question préjudicielle serait utile à la juridiction de renvoi afin d'apprécier la régularité de la privation de la liberté individuelle de M. Achughbabian, un ressortissant d'un pays tiers, motivée par son séjour irrégulier en France.

— le 27 janvier 2009, le préfet du Val-d'Oise a décidé de rejeter sa demande de délivrance de titre de séjour ainsi que de l'obliger à quitter le territoire français dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision en question;

3. En se fondant sur les informations contenues dans la décision de renvoi ainsi que dans le dossier transmis à la Cour par la juridiction

— le 24 juin 2011, il a été interpellé et placé en garde à vue pour un soupçon d'une infraction de séjour irrégulier prévue à l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après le «Ceseda»);

— le 25 juin 2011, il a fait l'objet d'arrêtés de reconduite à la frontière et de placement en rétention pris par le préfet du

1 — Langue originale: le français.

2 — Arrêt du 28 avril 2011 (C-61/11 PPU, Rec. p. I-3015).

3 — JO L 348, p. 98.

Val-de-Marne et, en conséquence, il a été placé en rétention au centre de rétention;

- le 27 juin 2011, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Créteil a autorisé la prolongation de sa rétention, après avoir rejeté les exceptions de nullité de la procédure soulevées in limine litis par son conseil, dont un moyen tiré de la nullité de la garde à vue au regard de l'arrêt El Dridi⁴;
- le 28 juin 2011, son conseil a interjeté appel devant la cour d'appel de Paris contre l'ordonnance du tribunal de grande instance de Créteil pour plusieurs motifs, dont, de nouveau, un motif de la nullité de la garde à vue au regard de l'arrêt El Dridi⁵.

4. C'est dans ces circonstances que, le 29 juin 2011, la cour d'appel de Paris a mis fin à la rétention de M. Achughbabian, après avoir décidé de renvoyer à la Cour la question préjudicielle libellée comme suit:

«Compte tenu de son champ d'application, la directive 2008/115[...] s'oppose-t-elle à une réglementation nationale, telle que l'article L. 621-1 du [Ceseda], prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers au seul motif de l'irrégularité de son entrée ou de son séjour sur le territoire national?»

4 — Cité note 2.

5 — Cité note 2.

5. Considérant qu'il était essentiel que les juridictions françaises disposent dans les plus brefs délais de la réponse à la question posée au motif que ladite réponse serait susceptible d'empêcher d'éventuelles privations de liberté illégales ou de réduire leur durée, la Cour a décidé de faire droit à la demande de juridiction de renvoi tendant à soumettre l'affaire à la procédure accélérée prévue aux articles 23 bis du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et 104 bis du règlement de procédure de la Cour.

6. Des observations écrites ont été déposées devant la Cour par M. Achughbabian, par les gouvernements allemand, estonien et français ainsi que par la Commission européenne.

7. M. Achughbabian, les gouvernements danois, allemand, estonien et français ainsi que la Commission ont été représentés à l'audience qui s'est tenue le 25 octobre 2011.

Cadre juridique

Directive 2008/115

8. La directive 2008/115 a pour objectif, ainsi qu'il ressort tant de ses deuxième et vingtième considérants que de son article 1^{er}, d'établir

des règles communes applicables au retour, à l'éloignement, à l'utilisation de mesures coercitives, à la rétention et aux interdictions d'entrée en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre, règles qui devraient servir de fondement à une politique de retour efficace et qui devraient respecter les droits fondamentaux.

9. Ses cinquième et dix-septième considérants énoncent:

«(5) La présente directive devrait arrêter un ensemble horizontal de règles, applicables à tous les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre.

[...]

(17) Les ressortissants de pays tiers placés en rétention devraient être traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux et conformément aux dispositions du droit national et du droit international. Sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par la législation nationale, la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisés.»

10. L'article 2, paragraphe 1, de ladite directive définit son champ d'application de la manière suivante:

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

11. Aux termes de l'article 6, paragraphe 1, de la même directive, «[l]es 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».

12. Conformément au dixième considérant de la directive 2008/115, aux termes duquel il convient de privilégier le retour volontaire des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre par rapport au retour forcé, l'article 7 de ladite directive, intitulé «Départ volontaire», prévoit ce qui suit:

«1. La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4. [...]

[...]

4. S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité

publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours.»

maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.

13. Aux termes de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2008/115, intitulé «Éloignement», «[l]es États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire conformément à l'article 7, paragraphe 4, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'article 7».

La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement.»

14. Selon l'article 20 de la directive 2008/115, les États membres étaient tenus de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci, sous réserve de son article 13, paragraphe 4, au plus tard le 24 décembre 2010.

16. Les articles du code de procédure pénale relatifs à la garde à vue ont été modifiés par la loi n° 2011-392, du 14 avril 2011, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011. En conséquence, l'article 62 du code de procédure pénale dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce est libellé comme suit:

Réglementation nationale

«Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures.

15. L'article L. 621-1 du Ceseda dispose:

«L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est

S'il apparaît, au cours de l'audition de la personne, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition

des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue. Son placement en garde à vue lui est alors notifié dans les conditions prévues à l'article 63.»

17. Aux termes de l'article 62-2 du code de procédure pénale dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce, «[l]a garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs. [...]».

Appréciation

18. La question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi est le reflet de la situation intervenue en France à la suite de l'arrêt El Dridi⁶, dans lequel la Cour a dit pour droit que la directive 2008/115 s'oppose à une réglementation nationale prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de l'État membre dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié. Il existe, au sein

des juridictions françaises, des divergences quant au point de savoir si ce principe vaut également à l'égard de la peine d'emprisonnement prévue à l'article L. 621-1 du Ceseda en raison de l'entrée ou du séjour irrégulier d'un étranger en France. Si tel était le cas, le placement en garde à vue au sens de l'article 62-2 du code de procédure pénale prévoyant un soupçon de l'infraction puni d'une peine d'emprisonnement comme une condition de l'utilisation d'une telle mesure de contrainte serait exclu sur le fondement de l'article L. 621-1 du Ceseda.

19. Bien que cette question se soit posée dans le cadre du contrôle judiciaire de la privation de la liberté individuelle de M. Achughbabian, notamment du fait de son placement en garde à vue⁷, il y a lieu de préciser qu'une garde à vue elle-même, en tant que mesure du droit pénal de la privation de la liberté individuelle, et les conditions de son utilisation ne font pas l'objet de la présente question préjudicielle. Pour autant, nous sommes conscients de ce que la réponse de la Cour serait susceptible d'avoir une incidence sur la possibilité de

7 — Dans sa réponse à la demande d'éclaircissement de la Cour, la juridiction de renvoi a expliqué que le juge judiciaire, et ainsi la juridiction de renvoi, représente un gardien de la liberté individuelle. Pour cette raison, il lui appartient de contrôler, par voie d'exception, la chaîne des privations de liberté ainsi que la régularité de l'interpellation puis d'une mesure de garde à vue lorsque celle-ci précède immédiatement un placement en rétention administrative. En revanche, le contentieux relatif aux décisions administratives (un arrêté de reconduite à la frontière ou un arrêté de placement en rétention) relève de la compétence de la juridiction administrative.

6 — Cité note 2.

placer en garde à vue les personnes soupçonnées d'avoir commis l'infraction prévue à l'article L. 621-1 du *Ceseda*.

20. L'article L. 621-1 du *Ceseda* et la directive 2008/115 ont un point commun, à savoir le séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire d'un État membre. Néanmoins, ces réglementations tirent de ce fait des conséquences différentes. Tandis que l'article L. 621-1 du *Ceseda* qualifie ledit fait d'une infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros, la directive 2008/115 prévoit le déclenchement d'une procédure administrative de retour dans le cadre de laquelle il doit être garanti que la limitation de la liberté individuelle d'une personne concernée ne soit possible qu'afin de préparer le retour d'une personne concernée et/ou de procéder à son éloignement à condition que les autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, ne puissent pas être appliquées efficacement.

21. Certes, la législation française prévoit, dans l'hypothèse d'un séjour irrégulier d'un ressortissant de pays tiers, outre une sanction pénale, également une procédure administrative de retour. La preuve en est que M. Achughbabian lui-même se trouve actuellement dans une des phases d'une telle procédure, régie par le *Ceseda*.

22. Toutefois, la question préjudicielle ne porte pas sur cette procédure elle-même et, en conséquence, nous n'examinerons pas, dans le cadre de la présente prise de position,

la question de savoir si la procédure administrative de retour dont fait l'objet M. Achughbabian en application de la législation française répond aux exigences découlant de la directive 2008/115. Il convient néanmoins de relever que, à l'époque des faits au principal, la France n'avait pas rempli son obligation, prévue à l'article 20 de la directive 2008/115, de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ladite directive. Ainsi que cela ressort des observations écrites du gouvernement français, ce n'est que la loi n° 2011-672, du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, entrée en vigueur le 18 juillet 2011, qui a permis la transposition complète en droit français de la directive 2008/115. Les changements effectués par ladite loi ont toutefois été sans incidence sur le libellé de l'article L. 621-1 du *Ceseda* dont il est question en l'espèce.

23. Au vu du principe dégagé par la Cour dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *El Dridi*, selon lequel, «nonobstant la circonstance que ni l'article 63, premier alinéa, point 3, sous b), CE, disposition qui a été reprise à l'article 79, paragraphe 2, sous c), TFUE, ni la directive 2008/115, adoptée notamment sur le fondement de cette disposition du traité CE, n'excluent la compétence pénale des États membres dans le domaine de l'immigration clandestine et du séjour irrégulier, ces derniers doivent aménager leur législation dans ce domaine de manière à assurer le respect du droit de l'Union et, en particulier, lesdits États ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation

des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile»⁸, nous sommes d'avis que la réponse à la question posée en l'espèce implique de rechercher si la punition du séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire d'un État membre par une peine d'emprisonnement est susceptible ou non de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par la directive 2008/115.

24. Eu égard au libellé des deuxième et vingtième considérants ainsi que de l'article 1^{er} de la directive 2008/115, l'objectif de cette dernière est aisément identifiable. Il consiste dans l'établissement de règles communes applicables au retour, à l'éloignement, à l'utilisation de mesures coercitives, à la rétention et aux interdictions d'entrée en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre, règles qui devraient servir de fondement à une politique de retour efficace et qui devraient respecter les droits fondamentaux.

25. Avant d'examiner si une disposition telle que l'article L. 621-1 du *Ceseda*, est

susceptible de mettre en péril la réalisation de l'objectif ainsi défini, nous souhaitons écarter d'emblée un argument des gouvernements estonien et français selon lequel la directive 2008/115 ne s'appliquerait qu'à partir du moment où une décision de retour a été prise.

26. Si cet argument devait prospérer, cela signifierait que la directive 2008/115 laisse aux États membres la possibilité de décider si, et à quel moment, ils entendent adopter une décision de retour et, donc, commencer la procédure de retour à l'égard d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire.

27. Or, ladite directive ne reconnaît pas une telle marge d'appréciation aux États membres. Au contraire, plusieurs dispositions de la directive 2008/115 indiquent que cette dernière a l'intention de constituer l'obligation des États membres de déclencher la procédure de retour dans le cas de tout ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Il s'agit surtout de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115, au sens duquel les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de «tout ressortissant»⁹ d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Les exceptions de ladite obligation sont

8 — Cité note 2, (points 54 et 55). La Cour a repris ce principe plus récemment encore dans l'arrêt du 21 juillet 2011, *Kelly* (C-104/10, Rec. p. I-6813, point 35).

9 — Souligné par nos soins.

expressément visées aux paragraphes 2 à 5 du même article de la directive 2008/115.

objectifs poursuivis par la directive 2008/115, il faut attirer l'attention sur la procédure de retour prévue par la directive 2008/115¹⁰.

28. À l'obligation mentionnée, à savoir l'obligation de prendre une décision de retour, correspond un droit corrélatif d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre à un tel comportement d'État. Il en découle que la directive 2008/115 reconnaît à tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre le droit à ce que l'État membre concerné prenne une décision de retour par laquelle est engagée la procédure de retour ayant pour but de mettre fin au séjour irrégulier et dans le cadre de laquelle la liberté individuelle de l'intéressé ne peut être limitée qu'afin de préparer son retour et/ou de procéder à son éloignement à condition que d'autres mesures suffisantes mais moins coercitives ne puissent être appliquées efficacement.

29. Pour en revenir au problème essentiel, consistant à apprécier si la punition du séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire d'un État membre par une peine d'emprisonnement est ou non susceptible de mettre en péril la réalisation des

30. Ladite directive prévoit l'utilisation de mesures coercitives pour assurer la réalisation de son objectif, à savoir l'exécution de la décision de retour. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'exposer dans notre prise de position présentée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt El Dridi¹¹, lesdites mesures ne sont pas énumérées de façon exhaustive dans la directive 2008/115. Eu égard à l'individualité (singularité) de chacune des procédures de retour, cela ne serait même pas possible.

31. Il est incontestable qu'une peine d'emprisonnement représente une mesure coercitive. Toutefois, il est également évident qu'il ne s'agit pas d'une mesure qui contribue à l'exécution d'une décision de retour et, en conséquence, à la réalisation de l'objectif de la directive 2008/115. Au contraire, la peine d'emprisonnement prévue en cas de séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers (ainsi que nous l'avons déjà indiqué au point 25 de la présente prise de position, il s'agit du fait auquel la directive 2008/115 attache l'obligation d'enclencher la procédure de retour) empêche objectivement, même

10 — Les différentes étapes de la procédure de retour ainsi que leur ordre de déroulement ont été décrits de manière très détaillée aux points 34 à 40 de l'arrêt El Dridi (cité note 2).

11 — Présentée le 1^{er} avril 2011 (point 32).

si ce n'est que temporairement, l'exécution d'une décision de retour.

32. À cet égard, le gouvernement français attire l'attention sur les circulaires du garde des Sceaux, ministre de la Justice du 21 février 2006 et du 12 mai 2011, qui préconisent aux magistrats du parquet de n'exercer l'action publique pour entrée et séjour irréguliers qu'envers les étrangers ayant commis une autre infraction de nature correctionnelle ou criminelle et de classer sans suite les autres procédures afin notamment de laisser prospérer, le cas échéant, la procédure administrative d'éloignement du territoire susceptible d'être mise en œuvre. Il ressort toutefois des données statistiques, également fournies par le gouvernement français, que, en dépit de ces instructions, il existe bien des cas de condamnation pénale prononcée sur le seul fondement de l'article L. 621-1 du Ceseda.

33. Nous aimerions néanmoins souligner que cela ne signifie pas que serait exclue,

d'une manière générale, toute limitation de la liberté individuelle d'une personne concernée pendant la durée strictement nécessaire afin de vérifier si les conditions pour prendre la décision de retour au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115 sont réunies. Sur ce point, nous partageons l'opinion exprimée par le gouvernement français selon laquelle une telle limitation pourrait être nécessaire dans de nombreux cas¹² et, conformément au dix-septième considérant de la directive 2008/115, elle relève de la législation nationale des États membres. Cependant, ladite limitation de la liberté individuelle ne peut pas être basée sur une telle disposition que l'article L. 621-1 du Ceseda.

34. Conformément à ce qui précède, nous estimons que la Cour devrait répondre à la question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi que la directive 2008/115 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement au seul motif d'entrée ou de séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire de l'État membre concerné.

12 — Nous éprouvons certains doutes quant à une telle nécessité dans le cas de M. Achughbabian. En effet, ce dernier faisait déjà l'objet d'un arrêté préfectoral du 27 janvier 2009 qui, selon nous, pourrait être considéré comme une décision de retour au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115.

Conclusion

35. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre de la manière suivante à la question préjudicielle posée par la cour d'appel de Paris:

«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 interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement au seul motif d'entrée ou de séjour irrégulier d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire de l'État membre concerné.»