

SPINOSI

SCP d'Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
2 Rue de Villersexel
75007 PARIS

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE EN REPLIQUE

- POUR :**
- 1. L' ADDE (Avocats pour la défense des droits des étrangers) ;**
 - 2. L'ANAFE (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers) ;**
 - 3. L'ARCAT (Association de recherche, de communication et d'action pour l'accès aux traitements) ;**
 - 4. La CIMADE (Comité inter-mouvements auprès des évacués) ;**
 - 5. La FASTI (Fédération des associations de solidarités avec tou-te-s les immigré-e-s) ;**
 - 6. Le GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s) ;**
 - 7. La Ligue des droits de l'Homme ;**
 - 8. Le paria ;**
 - 9. Le SAF (Syndicat des avocats de France) ;**
 - 10. SOS-Hépatites Fédération.**

SCP SPINOSI

CONTRE : Le ministre de l'intérieur

Requête n° 450.288

I. En réponse au mémoire en défense déposé par le ministre de l'intérieur, les associations et organisations exposantes ne peuvent que persister fermement dans les conclusions de leurs précédentes écritures.

Elles entendent également verser aux débats une série d'observations complémentaires en réplique.

Sur l'application du régime du refus d'entrée en cas de rétablissement des contrôles aux frontières internes

II. **Premièrement**, le ministre de l'intérieur avance que les associations exposantes se méprendraient sur la portée de l'arrêt *Arib* du 14 mars 2019 de la CJUE et sur la décision du Conseil d'Etat *La Cimade et autres* du 27 novembre 2020.

En ce sens, il affirme que lorsque les personnes sont interceptées ou arrêtées lors du franchissement de la frontière, la directive retour ne s'appliquerait pas et qu'en tout état de cause, la Cour ne s'est pas prononcée dans cette hypothèse de sorte que les mesures de refus d'entrée peuvent être appliquées.

II-1 Il est vrai que la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur le régime applicable aux personnes qui se présentent à une frontière interne et qui ne remplissent pas les conditions prévues à l'article 6 du règlement Schengen.

Cependant, elle s'est livrée à une interprétation relativement précise des dispositions pertinentes pour esquisser la réponse qu'elle donnerait si elle était saisie de la question.

La Cour considère d'abord que :

« 51. Or, ainsi qu'il ressort déjà des points 45 et 47 du présent arrêt, cette disposition porte, selon son propre libellé dépourvu de toute ambiguïté à cet égard, sur la situation d'un ressortissant de pays tiers se trouvant à une « frontière extérieure » d'un État membre ou à proximité immédiate d'une telle frontière extérieure. N'y figure ainsi aucune mention du fait que pourrait être assimilée à une telle

situation celle d'un ressortissant de pays tiers se trouvant à une frontière intérieure sur laquelle des contrôles ont été réintroduits, en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen, ou à proximité immédiate d'une telle frontière intérieure, alors même que, à la date de l'adoption de cette directive, les articles 23 et 28 du règlement n° 562/2006 prévoyait déjà, d'une part, que les États membres pouvaient réintroduire, à titre exceptionnel, un contrôle à leurs frontières intérieures en cas de menace grave pour leur ordre public ou leur sécurité intérieure et, d'autre part, que, dans un tel cas, les dispositions pertinentes de ce règlement relatives aux frontières extérieures trouvaient à s'appliquer mutatis mutandis ».

Puis elle indique que :

« 62 En effet, aux termes de l'article 2 du code frontières Schengen, les notions de « frontières intérieures » et de « frontières extérieures » sont exclusives l'une de l'autre. Or, l'article 32 de ce code se borne à prévoir que, lorsque des contrôles aux frontières intérieures sont réintroduits par un État membre, seules les dispositions dudit code relatives aux frontières extérieures qui sont pertinentes s'appliquent mutatis mutandis. En revanche, ledit article 32 ne prévoit pas, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé, en substance, au point 52 de ses conclusions, que, dans un tel cas, il soit fait application de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115. Le libellé même du code frontières Schengen s'oppose, dès lors, à ce que, aux fins de cette directive, une frontière intérieure sur laquelle des contrôles ont été réintroduits en vertu de l'article 25 de ce code soit assimilée à une frontière extérieure. »

La distinction opérée par le ministre entre les personnes interceptées à la frontière et celles à proximité immédiate de la frontière n'est donc pas pertinente sur la nécessaire application de la directive retour en cas de rétablissement des contrôles.

II-2 Si l'article 32 prévoit que les dispositions pertinentes du II du « code frontières Schengen » s'appliquent, c'est principalement pour la possibilité de prévoir des contrôles permanents et d'exiger les justificatifs prévus à l'article 6 du même code.

Or, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA ») prévoit bien des dispositions spécifiques et dérogatoires pour réadmettre des personnes qui se présentent à une frontière interne et qui ne remplissent pas les conditions prévues par le code Schengen tout en étant conforme au droit de l'Union.

Ainsi, l'article L. 621-1 de ce code dispose que :

« Par dérogation au refus d'entrée à la frontière prévu à l'article L. 332-1, à la décision portant obligation de quitter le territoire français prévue à l'article L. 611-1 et à la mise en œuvre des décisions prises par un autre État prévue à l'article L. 615-1, l'étranger peut être remis, en application des conventions internationales ou du droit de l'Union européenne, aux autorités compétentes d'un autre État, lorsqu'il se trouve dans l'un des cas prévus aux articles L. 621-2 à L. 621-7.

L'étranger est informé de cette remise par décision écrite et motivée prise par une autorité administrative définie par décret en Conseil d'État. Il est mis en mesure de présenter des observations et d'avertir ou de faire avertir son consulat, un conseil ou toute personne de son choix. »

En outre, l'article L. 621-3 du code prévoit que :

« L'étranger en provenance directe du territoire d'un État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 peut se voir appliquer les dispositions de l'article L. 621-2 lorsqu'il est entré ou a séjourné sur le territoire français sans se conformer aux stipulations des paragraphes 1 et 2 de l'article 19, du paragraphe 1 de l'article 20, et des paragraphes 1 et 2 de l'article 21, de cette convention, relatifs aux conditions de circulation des étrangers sur les territoires des parties contractantes, ou sans souscrire, au moment de l'entrée sur ce territoire, la déclaration obligatoire prévue par l'article 22 de la même convention, alors qu'il était astreint à cette formalité. »

Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire C- 368/20 qui porte principalement sur la prolongation des contrôles et accessoirement sur une sanction appliquée à un ressortissant européen, démuné d'un document de voyage, lors de l'un de ces contrôles et non sur l'application à un ressortissant des pays tiers, ne modifient pas cette appréciation.

II-3 Le ministre considère qu'une interprétation différente de la sienne reviendrait à « *vider de sa portée* » le rétablissement temporaire des contrôles aux frontières internes.

Depuis 2015, celui-ci a été mis en œuvre pour des motifs d'ordre public afin de prévenir principalement des crimes et délits à caractère terroriste et donc d'identifier et d'appréhender des personnes susceptibles de commettre ces actes.

C'est à cette aune que l'on peut évaluer la proportionnalité et la nécessité de la prolongation de ce rétablissement, comme l'indique d'ailleurs le gouvernement français dans l'instance C- 368/20.

En revanche, il n'a pas pour objet, ni pour effet de surseoir l'application de la réglementation spécifique prévu par le titre II du livre VI du CESEDA, qui peut donner lieu à des réadmissions simplifiées dans le cadre d'accords de coopération transfrontalière comme ceux de Chambéry, signés avec l'Italie.

Si, par extraordinaire, le Conseil d'Etat ne suivait pas ce raisonnement, il lui appartiendrait alors, conformément à l'article 267 du TFUE, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en interprétation.

Et ce, d'autant plus que le Conseil d'Etat « *une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » et qui donc, comme le prévoit explicitement les stipulations de l'article 267 du TFUE, est « tenue de saisir la Cour » d'un renvoi préjudiciel.

Sur l'accès des associations aux zones d'attente

III. Deuxièmement, le ministre de l'intérieur faire valoir que les restrictions d'accès prévues par le décret sont des motifs légitimes conformes au droit de l'Union et notamment à l'article 8 § 2 de la directive n° 2013/32/UE.

Or, il n'en est rien.

III-1 En effet, ce dernier texte est particulièrement large et permet à l'administration de refuser l'accès aux zones d'accès réservé dans l'emprise aéroportuaire qui constitue, dans la plupart des zones d'attente, l'essentiel de l'espace délimité par les arrêtés préfectoraux.

En particulier, il n'est presque jamais possible d'accès aux passerelles de débarquement ou d'embarquement, ni aux postes de police où sont maintenues des personnes dans l'attente de leur transfert vers l'éventuel lieu d'hébergement.

Le ministre affirme depuis plus de vingt ans que cet espace est une « *zone internationale* » alors que cette notion n'existe pas en droit et que la mission de contrôle et d'observations des associations ne peut s'y exercer.

III-2 Concernant le respect des opinions politiques, philosophiques ou religieuses, le ministre affirme que les associations signent une convention afin d'aider à l'exercice des droits, remplissant une mission de service public qui les astreint au devoir de neutralité.

Or, manifestement, le ministre confond ainsi le régime d'habilitation des visites de zone d'attente avec celui prévu dans les centres de rétention administrative, mentionné à l'article R.744-20 du code.

Sur l'élargissement de la procédure accélérée

IV. Troisièmement, le ministre de l'intérieur avance qu'il n'a pas ajouté de nouveaux cas de procédure accélérée, notamment lorsque la personne formule une demande à partir d'un centre de rétention en application de l'article L. 754-3 du code ou qu'il est placé sur le fondement de l'article L. 753-1 du CESEDA.

Il indique que les cas prévus par les articles L. 523-4 à L. 523-7 du code sont conformes au droit de l'Union.

Il n'en est rien.

IV-1 D'abord, le pouvoir réglementaire a ajouté ces deux situations dans les dispositions relatives aux procédures accélérées, lesquelles ne figuraient pas explicitement dans les anciennes dispositions.

Surtout, alors que le régime d'examen est similaire (examen par l'OFPRA dans un délai de quatre-vingt seize heures), la première situation est classée comme procédure d'office et la seconde comme procédure à la demande du préfet (et non plus fondée sur le constat de ce dernier).

IV-2 Ensuite, et plus fondamentalement, les dispositions relatives aux procédures accélérées prévues par ces articles ne sont pas conformes au droit de l'Union en ce qu'elles imposent à l'OFPRA d'examiner la demande selon la procédure accélérée dans neuf cas sur douze alors que la directive indique clairement qu'il ne s'agit que d'une possibilité et qu'elle doit être décidée par l'autorité de détermination qu'est l'OFPRA.

Cela se traduit par un nombre d'examen selon cette procédure qui est inédite.

Entre 2016 et 2020, l'OFPRA a procédé à l'introduction de 399 262 premières demandes adultes. Selon les rapports d'activité de l'OFPRA, 126 874 premières demandes ont été introduites pour être examinées selon la procédure accélérée. L'OFPRA a décidé de mettre en oeuvre cette procédure pour 3 465 demandes enregistrées selon la procédure normale et 42 155 réexamens adultes ont été examinés selon cette procédure accélérée, soit un total de 172 494 (38,3% du total des demandes).

Le délai médian d'instruction de ces demandes a été de 72 jours en 2019 contre 84 jours en 2018, soit respectivement 57 et 69 jours de plus que le délai réglementaire. Le nombre de reclassements en procédure normale a été de 344 soit 0,24% des procédures accélérées.

Depuis 2021, Eurostat publie des statistiques relatives à l'application de cette procédure. Selon ces données, la France a enregistré selon cette procédure 22 435 personnes au cours des sept premiers mois de

2021 (soit 36% des demandes enregistrées, y compris les Dublinés) contre 3450 pour l'Italie (14,2%) et 70 pour l'Allemagne.

Si l'on retire les « Dublinés » (environ un tiers des demandes qui n'ont pas accès immédiatement à l'OFPRA), c'est 55% des demandes qui sont examinées selon la procédure accélérée au cours de la même période.

IV-3 Par ailleurs, il est souvent indiqué que cette mise en œuvre n'a pas de conséquences pour la qualité de l'examen de la demande d'asile par l'OFPRA puisque l'ensemble des premières demandes sont convoquées pour un entretien personnel.

En réalité, lorsque la procédure accélérée est mise en œuvre, les personnes ne peuvent pas demander à consulter le compte-rendu de cet entretien et ainsi compléter ou faire des observations écrites sur celui-ci avant que l'OFPRA ne prenne une décision.

C'est à la Cour nationale du droit d'asile que l'application de cette procédure a des conséquences importantes puisque la demande est examinée dans un délai de cinq semaines par un juge unique, privant ainsi les intéressés de la garantie d'un examen par une formation collégiale (CE, Ord. Ref. 8 juin 2020, n°440.717).

Même si des statistiques précises n'ont pas été publiées, on peut estimer que les personnes faisant l'objet d'une telle procédure font plus l'objet d'un rejet par ordonnance de rejet pour défaut d'éléments sérieux contre la décision de l'office. Ainsi en 2019, on peut estimer que 10 000 des 22 193 ordonnances de ce type concernaient des ressortissants des pays considérés comme sûrs.

Surtout, l'introduction d'un recours ne permet pas de se maintenir sur le territoire pendant son examen dans les cas prévus à l'article L.542-2 du CESEDA et il n'est prévu qu'un juge puisse suspendre l'exécution d'une mesure d'éloignement prise après la décision de l'OFPRA selon cette procédure que dans les cas prévus au 1° b) c) et d) de cet article.

Sur les dispositions relatives au refus et au retrait des conditions matérielles d'accueil

V. Quatrièmement, le ministre de l'intérieur tente de faire valoir que les moyens relatifs à la non-conformité des nouvelles dispositions manqueraient en fait.

En particulier, le ministre évoque les décisions *Cimade et autres* du 31 juillet 2019 et du 27 novembre 2020 pour soutenir la légalité des nouvelles dispositions, aux motifs qu'un examen particulier de chaque demande tenant compte de la vulnérabilité est prévu et que, dans certains cas de retrait, la possibilité de demander le rétablissement de ce bénéfice a été restaurée.

Or, une telle argumentation ne saurait emporter la conviction.

En ce qui concerne les dispositions de l'article L. 551-15 du code

V-1 D'abord, les dispositions législatives que le décret met en œuvre prévoit de décisions de refus immédiat, sans possibilité de présenter des observations préalables, qui sont prises une fois l'évaluation sommaire de la vulnérabilité a été effectuée par les auditeurs de l'OFII et dans les deux derniers cas, sans qu'une offre des conditions matérielles ait été formulée.

Or, une telle situation méconnaît l'interprétation des dispositions de l'article 20 § 6 de la directive 2013/33/UE retenue par la CJUE dans sa décision *Haqbin* du 12 novembre 2020.

V-1.1 En particulier, aucune des situations prévues par l'article L. 551-15 ne correspond à la possibilité de refuser totalement le bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

Les cas de refus d'orientation régionale et d'hébergement ou de demande de réexamen prévus au 1° à 3° de l'article correspondent à la situation décrite par l'article 20§1 de la directive, laquelle ne prévoit la limitation de ce bénéfice et, exceptionnellement dans les cas dûment justifiés, de retrait.

Dans le cas où la demande est formulée au-delà du délai mentionné au 3° de l'article L. 531-27, l'article 20§2 de la directive ne prévoit donc qu'une limitation.

V-1.2 En outre, ces dispositions ne prévoient pas que le demandeur puisse solliciter le rétablissement total ou partiel du bénéfice des conditions matérielles d'accueil, contrairement à ce qu'a clairement indiqué le Conseil d'Etat dans les décisions précitées.

L'article 7§4 de la directive ne permet pas à lui seul de justifier le refus du bénéfice comme l'a jugé le Conseil d'Etat dans sa décision du 27 novembre 2020, laquelle revenait sur l'interprétation retenue dans sa décision n° 300.636 du 16 juin 2008 concernant les dispositions similaires de la directive 2003/9.

V-1.3 Par ailleurs, la reprise des dispositions antérieures prévoyant un recours administratif préalable obligatoire avant la saisine des juridictions méconnaissent l'autorité de la chose jugée, puisque le Conseil d'Etat les avait annulées dans sa décision du 31 juillet 2019.

Il est manifeste que ces dispositions n'avaient pour objet que de retarder la possibilité de saisir le juge administratif et, lorsqu'elles étaient en vigueur, n'ont pas ralenti l'augmentation sensible des litiges en la matière (plus de 6 000 recours selon le rapport d'activité de l'OFII).

Concernant les retraits du bénéfice des conditions matérielles d'accueil prévus aux 5° et 6° de l'article L.551-16 du code

V-2 Ensuite, le ministre de l'intérieur affirme qu'il pouvait ajouter des cas aux situations limitativement énumérées par la directive et qu'elle ne prévoit pas dans ces cas, la possibilité de rétablissement.

Mais là aussi, sans convaincre.

V-2.1 Il convient de rappeler que la directive 2013/33/UE prévoit à son article 20§3 que :

« Les États membres peuvent limiter ou retirer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil lorsqu'un demandeur a dissimulé ses ressources financières et a donc indûment bénéficié de conditions matérielles d'accueil ».

Le Conseil d'Etat a considéré que cette dissimulation et ce bénéfice indu portaient sur les cas de fraude tendant à obtenir l'octroi des conditions matérielles d'accueil au moyen de la dissimulation des ressources financières (CE, 7 avril 2011, n° 335.924 et 17 avril 2019, n°428.749)

V-2.2 Or, des indications mensongères sur la composition familiale ou la présentation de plusieurs de demandes sous des identités différentes ne constitue une fraude que si elles conduisent au versement indu du bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

Le juge des référés du Conseil d'Etat a ainsi estimé que :

« 5. Considérant que l'article L. 744-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers, en mentionnant, parmi les cas ouvrant à l'administration la possibilité de retirer les conditions matérielles d'accueil, celui dans lequel " le demandeur d'asile a dissimulé ses ressources financières ou a fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale ", permet de procéder à un tel retrait lorsque le demandeur a volontairement communiqué des éléments inexacts relatifs à sa situation financière ou familiale afin d'obtenir des conditions matérielles d'accueil, et notamment un montant de l'allocation pour demandeur d'asile, différentes de celles auxquelles il aurait pu normalement prétendre, et en a ainsi indûment bénéficié ; que, dans l'hypothèse où un demandeur d'asile bénéficiant déjà de conditions matérielles d'accueil et ayant présenté une seconde demande d'asile sous une identité différente aurait ainsi obtenu, en sus des aides qui lui avaient été accordées après l'enregistrement de sa première demande, une allocation ou un hébergement auxquels il n'avait pas droit, il appartiendrait à l'OFII, dès le moment où il en serait avisé, non seulement d'y mettre un terme, mais de procéder, le cas échéant à la récupération des sommes indûment versées ; qu'en revanche, la seule circonstance qu'un étranger ait présenté une seconde demande d'asile sous une autre identité, alors même qu'elle

serait constitutive d'une fraude, n'établit pas, par elle-même, le caractère injustifié du bénéfice des conditions matérielles d'accueil antérieurement accordé à l'intéressé, au vu de l'examen de sa situation financière et familiale, lors de l'enregistrement de sa demande d'asile initiale ; quelle ne permet donc pas à l'autorité compétente de procéder à leur retrait ; qu'il ne saurait en aller différemment que s'il apparaît que l'étranger concerné avait, à l'occasion de cette demande initiale, volontairement communiqué des éléments inexacts relatifs à sa situation financière ou familiale » (CE, Ord. Ref., 9 novembre 2017, n° 415.132)

V-2.3 Les nouvelles dispositions ne prévoient pas cette intentionnalité.

Mais elles permettent de retirer totalement le bénéfice des conditions matérielles d'accueil si l'OFII considère que plusieurs demandes d'asile sont présentées sous des identités différentes ou donne des indications mensongères sur sa situation familiale.

Les dispositions critiquées qui mettent en œuvre des dispositions législatives encore une fois non-conformes au droit de l'Union seront donc annulées.

Sur la fixation du pays de renvoi (article R. 721-2 du CESEDA)

V-3 Enfin, le ministre de l'intérieur prétend que les associations requérantes méconnaissent le sens de l'arrêt de la CJUE du 14 mai 2020 (aff. jointes n° C- 924/19 PPU et C-925/19 PPU) et que le dispositif législatif qui range la fixation du pays de renvoi comme une mesure d'exécution de l'obligation, tout en prévoyant en cas de modification de ce pays qu'un recours suspensif soit possible pour contester l'arrêté, est conforme au droit de l'Union tel qu'il a été interprété par la Cour.

Il n'en est rien.

V-3.1 La Cour de justice de l'Union européenne a en effet considéré dans les mêmes arrêts que :

« 115 Il ressort dès lors du libellé même du point 4 de l'article 3 de la directive 2008/115 que le fait d'imposer ou d'énoncer une obligation de retour constitue un des deux éléments constitutifs d'une décision de retour, une telle obligation de retour ne pouvant se concevoir, au vu du point 3 de cet article, sans l'identification d'une destination, qui doit être l'un des pays visés à ce point 3 ».

La fixation du pays de destination n'est pas une simple mesure d'exécution de la décision de retour mais un de ces éléments constitutifs.

La Cour européenne indiquant au paragraphe suivant que lorsque le préfet modifie le pays de destination, il prend en réalité une nouvelle mesure de retour.

Ce lien intrinsèque entre l'obligation de quitter le territoire et le pays de destination peut être illustré par un exemple : une personne fait l'objet d'une décision d'obligation de quitter le territoire fixant comme pays de destination, le pays de nationalité.

En cours de cette procédure, les autorités préfectorales se rendent compte que la personne est admise au séjour dans un autre Etat européen ou y a demandé asile.

Dans ces cas, le préfet doit abroger l'obligation de quitter le territoire pour prendre une mesure prévue aux articles L.621-1 et suivants du CESEDA dans le premier cas, un arrêté de transfert prévu à l'article L.572-3 du code dans le second.

Cela a des conséquences importantes en matière de litige puisque si un juge administratif annule le pays de destination notamment en raison de risques de traitement inhumains et dégradants prohibés par l'article 3 de la CEDH, il ne peut manquer d'annuler également l'obligation de quitter le territoire.

Le préfet doit alors édicter une nouvelle décision d'obligation de quitter le territoire s'il veut procéder au retour de l'intéressé.

Un nouveau recours suspensif est alors possible contre l'ensemble des éléments constitutifs de l'obligation de quitter le territoire et non contre le seul arrêté fixant le pays de destination.

V-3.2 De même, le ministre de l'intérieur ne prend en compte l'unique exemple des obligations de quitter le territoire, cependant le droit interne prévoit différentes mesures valant décision de retour.

Il en est ainsi des mesures d'interdiction administrative du territoire, des arrêtés d'expulsions et des interdictions judiciaires du territoire français.

Or, la Cour dans son arrêt du 14 mai 2020 et la directive 2008/115 ne font pas de distinction entre de telles mesures et n'évoquent que le terme de « décision de retour ».

Ainsi si l'article L722-7 du CESEDA prévoit la suspensivité du recours contre la décision fixant le pays de destination accompagnant une obligation de quitter le territoire, il n'est pas prévu de telles dispositions pour les autres décisions de retour pouvant laisser à penser que le recours dans ce cas d'espèce ne serait pas suspensif.

Or, il ressort du libellé de l'arrêt précité de la Cour ainsi que des dispositions de la directive 2008/115 que la suspensivité du recours contre la décision fixant le pays de destination est nécessaire au vu des risques de violation de la Convention européenne des droits de l'homme.

V-3.3 En outre, il doit être souligné, qu'au vu de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, une décision d'obligation de quitter le territoire, mais également toutes les décisions permettant de mettre en œuvre un éloignement d'une personne étrangères serait dépourvue d'effet si elle n'est pas accompagnée d'une décision fixant le pays de destination.

Sur la possibilité d'assigner à résidence une personne faisant l'objet d'une interdiction de retour sur le territoire français

VI. Cinquièmement, le ministre de l'intérieur fait valoir que ni l'arrêt du 26 juillet 2017 (C225-16) de la CJUE ni les objectifs de la directive 2008/115 ne font obstacle à ce qu'une mesure d'assignation à résidence ou de placement en rétention soit prise en exécution d'une interdiction de retour.

Là encore, une telle assertion ne saurait convaincre.

En effet, les dispositions de la directive 2008/115 et leur interprétation par la CJUE dans cet arrêt du 26 juillet 2017 interdisent de telles mesures.

Le ministre fait valoir qu'il est possible qu'une personne faisant l'objet d'une interdiction de retour sur le territoire français puisse être éloignée sur cette base.

Cependant, il ressort des dispositions de la directive 2008/115 qu'une procédure de retour ne peut être fondée que sur une décision de retour au sens de l'article 3 de cette directive.

Ainsi, la Cour de justice a déjà eu l'occasion de juger que :

« 47. À cet égard, il importe de relever qu'il ressort des dispositions citées aux points 43 et 44 du présent arrêt ainsi que, notamment, du considérant 6, de l'article 6, paragraphes 1 et 6, de l'article 8, paragraphes 1 et 3, de l'article 11, paragraphe 3, premier alinéa, et de l'article 12, paragraphe 1, de cette directive que celle-ci établit une distinction claire entre, d'une part, la décision de retour et une éventuelle décision d'éloignement et, d'autre part, l'interdiction d'entrée.

48. Ainsi, en vertu de l'article 3, point 4, et de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115, c'est par la décision de retour que le séjour irrégulier initial de l'intéressé est déclaré illégal et qu'il est imposé à ce dernier une obligation de retour. Cette décision prévoit, en application de l'article 7, paragraphe 1, de cette directive et sous réserve des exceptions prévues à l'article 7, paragraphe 4, de celle-ci, un délai approprié pour le départ volontaire de l'intéressé. Dans

l'hypothèse où un tel délai n'a pas été accordé ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé, les États membres prennent, conformément à l'article 8, paragraphes 1 et 3, de ladite directive, toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour, en adoptant, le cas échéant, une décision d'éloignement, à savoir une décision ou un acte distinct, de nature administrative ou judiciaire, ordonnant l'exécution de l'obligation de retour.

49. Il en résulte que, jusqu'au moment de l'exécution volontaire ou forcée de l'obligation de retour et, par conséquent, du retour effectif de l'intéressé dans son pays d'origine, un pays de transit ou un autre pays tiers, au sens de l'article 3, point 3, de la directive 2008/115, le séjour irrégulier de l'intéressé est régi par la décision de retour et non pas par l'interdiction d'entrée, laquelle ne produit ses effets qu'à partir de ce moment, en interdisant à l'intéressé, pendant une certaine période après son retour, d'entrer et de séjourner de nouveau sur le territoire des États membres.

50. Partant, si la directive 2008/115 ouvre, en vertu de son article 6, paragraphe 6, aux États membres la possibilité d'adopter simultanément la décision de retour et l'interdiction d'entrée, il résulte toutefois clairement de l'économie de cette directive que ces deux décisions sont distinctes, la première tirant les conséquences de l'illégalité du séjour initial, tandis que la seconde concerne un éventuel séjour ultérieur en rendant celui-ci illégal. »

Ainsi, il est manifeste que les interdictions de retour sont des décisions différentes des décisions de retour.

Or, l'article 15 de la directive 2008/115 dispose que :

*« 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** »*

De ce fait, une mesure d'assignation ou de rétention administrative ne peuvent être prise qu'en exécution d'une décision de retour et non d'une interdiction d'entrée.

Sur la rétention administrative

VII. Sixièmement, le ministre de l'intérieur fait valoir que les dispositions critiquées relatives à la rétention sont conformes au droit de l'Union.

Là aussi, en vain.

VII-1 En ce qui concerne l'application de l'article L. 754-2 du CESEDA, le ministre indique que l'arrêté de maintien en rétention serait superfétatoire, dans la mesure où la rétention se poursuit sur le fondement initial ou sur le fondement de la décision de prolongation du juge des libertés et de la détention.

Or, ainsi qu'il l'a déjà été démontré par les exposantes, pour maintenir en rétention un demandeur d'asile, il importe que la rétention soit justifiée sur le fondement de l'article 8 de la directive 2013/33 et 28 du règlement Dublin (cf. CJUE, 25 juin 2020, C-36/20 PPU).

La rétention prévue par l'article 15 de la directive 2008/115/UE n'est pas alors applicable.

VII-2 Pour maintenir en rétention, l'autorité doit donc évaluer le risque de fuite de l'intéressé.

Ce risque est défini par l'article L. 751-10 du CESEDA mais ne s'applique que dans les cas où une décision de transfert a déjà été prise ou lorsqu'une requête sur le fondement des articles 21 à 24 du règlement « Dublin » a été effectuée préalablement à la décision de placement en rétention conformément au régime prévu par le premier chapitre du titre V du livre VII du CESEDA.

Dans le cas où une personne est déjà placée en rétention, formule une demande d'asile et qu'il est découvert des preuves et indices susceptibles de désigner un autre Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile, les dispositions précitées du chapitre Ier ne sont pas applicables.

Pourtant une décision de maintien en rétention « asile » susceptible de faire l'objet d'un recours devant un juge, doit être prise pour être conforme au droit de l'Union.

Le pouvoir réglementaire n'a pas comblé cette lacune en prévoyant les modalités de cette rétention par l'ordonnance n°2020-1733 ou par les dispositions critiquées qui en font application.

PAR CES MOTIFS, les exposants persistent dans les conclusions de leurs précédentes écritures.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI

SCP d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation