

N° 393591

M. A...

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies

Séance du 7 décembre 2015

Lecture du 14 décembre 2015

CONCLUSIONS

Mme Suzanne von COESTER, rapporteur public

Le tribunal administratif de Lille vous soumet une demande d'avis, après avoir été saisi d'un recours contre une décision de placement en rétention administrative d'un étranger auquel avait été notifiée une obligation de quitter le territoire français (OQTF) sans qu'eût été fixé le pays où il devait être reconduit. L'intéressé, M. A..., qui se dit érythréen, est en effet dépourvu de papiers d'identité ou de voyage.

La première question porte sur la possibilité même de découpler la décision obligeant l'étranger à quitter le territoire français et celle fixant le pays de destination.

Votre jurisprudence l'a toujours admis.

Cependant, la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 a posé une règle nouvelle, qui semble a priori changer la donne.

L'article L.511-1 du CESEDA issu de cette loi disposait au I que l'autorité refusant ou retirant le titre de séjour pouvait « assortir sa décision d'une obligation de quitter le territoire français, laquelle fixe le pays à destination duquel l'étranger sera renvoyé s'il ne respecte pas le délai volontaire prévu au troisième alinéa ». La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 a reformulé ces dispositions en confirmant au dernier alinéa que : « L'obligation de quitter le territoire français fixe le pays à destination duquel l'étranger est renvoyé en cas d'exécution d'office ».

Nous ne pensons pas que cette formulation remette en cause le caractère dual des décisions contenues dans l'acte unique prévu par la loi. Un même acte contient deux décisions, celle faisant obligation de quitter le territoire et celle fixant le pays de destination.

Cette distinction a été conçue de façon prétorienne, avec votre décision d'Assemblée E... du 6 novembre 1987, n°65590, p. 348, aux conclusions du président Vigouroux, pour saisir une contestation du pays vers lequel une personne était, dans cette affaire, expulsée.

Aujourd'hui encore, il est écrit à l'article L.513-3 que « La décision fixant le pays de renvoi constitue une décision distincte de la mesure d'éloignement elle-même. ».

Ce point est donc acquis. Mais la question qui vous est soumise ne porte pas sur la divisibilité des décisions, elle porte sur la possibilité de les découpler dans le temps, alors que la loi dispose que l'une doit être accompagnée de l'autre.

Autrement dit, car c'est à notre avis la même question, la fixation concomitante du pays de destination est-elle une condition de légalité de l'OQTF ? L'absence de décision sur le pays de renvoi entache-t-il l'OQTF d'illégalité ?

Vous avez clairement jugé avant la réforme de 2006, par une décision du 24 juin 2002, *Préfet de la Haute-Garonne c/ M. T...*, n°215400, aux tables p. 778, aux conclusions de Denis Piveteau, que : « la circonstance que l'arrêté ordonnant la reconduite à la frontière d'un étranger ne mentionne pas le pays à destination duquel il sera reconduit ou n'est pas accompagné d'une telle décision est sans incidence sur la légalité de la mesure d'éloignement elle-même » ; et ce dès lors « qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose que ces décisions soient prises simultanément ».

Après la réforme de 2006, vous avez seulement rappelé le caractère divisible des décisions contenues dans l'acte unique, par votre avis *H... et C...* du 19 octobre 2007, n°306821, au recueil p. 426. Sans vous prononcer sur la possibilité de ne pas les prendre concomitamment.

C'est cette question qui vous est pour la première fois posée aujourd'hui.

Notre premier mouvement était de lire la loi « au pied de la lettre » : l'obligation de quitter le territoire doit fixer le pays de destination, c'est-à-dire doit nécessairement être accompagnée de la décision sur le pays de renvoi.

A la réflexion cependant, nous doutons que la fixation du pays de destination puisse être regardée comme une condition de légalité de la décision faisant obligation de quitter le territoire. Car comme le rappelait Frédéric Lenica dans ses conclusions sur l'avis *H...*, l'objet de cette décision est d'enjoindre à l'étranger de quitter la France, pas de le contraindre à se rendre dans tel ou tel pays déterminé. La fixation du pays de renvoi est une condition de **l'exécution forcée** de l'obligation de quitter le territoire, pas de l'obligation elle-même.

Elle forme certes un tout avec elle pour permettre le retour de l'étranger, au sens de l'article 3 de la directive 2008/115 qui définit les mesures de retour comme « *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 (...) décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis* ».

Mais la fixation du pays vers lequel l'étranger est susceptible d'être renvoyé d'office est sans incidence sur la légalité de l'obligation qui lui est faite de quitter le territoire (voyez 23 juillet 2012, *Ministre de l'intérieur c/ Mme D...*, n°349581, aux tables p. 797). L'absence de fixation du pays de renvoi ne saurait non plus avoir d'incidence à cet égard. Vous procédez d'ailleurs à l'annulation de décisions fixant le pays de renvoi sans remettre en cause l'obligation de quitter le territoire (voyez par exemple 28 janvier 2013, *Ministre de l'intérieur c/ M. et Mme P...*, n°359324).

Cette décision n'importe que pour la mise à exécution de l'injonction, pas pour sa légalité – vous veillez à opérer cette distinction qui paraît pertinente pour répondre à la présente demande d'avis.

Le principe de l'acte unique posé par la loi répond à notre avis à la volonté du législateur de rendre l'obligation de quitter le territoire exécutable, en cas d'exécution d'office, comme le précise d'ailleurs l'article L.511-1. Mais faute que le pays de renvoi ait été fixé, et dans cette attente, cette décision est simplement impossible à exécuter d'office, sans qu'il y ait lieu de raisonner en termes de légalité de l'injonction de quitter le territoire.

Cela correspond à des hypothèses dans lesquelles l'administration est dans l'impossibilité de déterminer le pays de destination, notamment lorsque, comme dans le cas soumis au tribunal administratif de Lille, l'étranger est dépourvu de papiers. Prescrire son éloignement à destination « du pays dont il a la nationalité ou qui lui a délivré un document de voyage en cours de validité ou encore à destination d'un autre pays dans lequel il est légalement admissible », en se bornant à reprendre les termes de la loi sans désigner de pays, c'est décider, vous l'avez jugé, qu'il pourra notamment être reconduit dans le pays dont il a la nationalité ... ce qu'il faut contrôler au regard des risques encourus dans ce pays en particulier (28 juillet 2000, S..., n°206525, aux tables p. 1039). L'administration se trouve donc bien dans l'obligation d'identifier l'étranger et sa nationalité pour pouvoir exécuter d'office une mesure d'éloignement. Or, elle ne peut pas toujours le faire dans le délai de notification de l'obligation de quitter le territoire.

Formellement, la loi exige certes, nous l'avons dit, que ces décisions figurent dans un acte unique. Mais il nous semble qu'elle ne donne pas pour autant de fondement à un recours en excès de pouvoir mettant seulement en cause la dissociation de ces décisions, ni à l'encontre de l'injonction de quitter le territoire, ni à l'égard de la décision fixant le pays de destination qui serait prise ultérieurement.

C'est donc à notre avis à tort que, dans le Pas-de-Calais notamment, des magistrats ont annulé des décisions portant obligation de quitter le territoire français au motif qu'elles ne fixaient pas concomitamment de pays de destination.

Nous sommes donc d'avis de répondre par la négative aux deux premières questions, sur l'obligation de concomitance des décisions portant obligation de quitter le territoire français et fixant le pays de renvoi et sur l'incidence de l'absence de décision fixant le pays de renvoi sur la légalité de l'obligation de quitter le territoire.

Cette réponse repose, comme il a été dit, sur le constat que la fixation du pays de destination est seulement nécessaire à la mise en œuvre de la mesure de retour, en ce qu'elle rend possible l'exécution d'office de l'obligation faite à l'étranger de quitter le territoire français.

Ceci conduit à une autre question posée par le tribunal administratif, sur la légalité d'un placement en rétention administrative alors que n'a pas encore été prise la décision fixant le pays de destination.

Une telle décision est-elle légale, alors que la mesure d'éloignement n'est pas en mesure d'être exécutée d'office ?

La directive « retour » du 16 décembre 2008 insiste sur le fait que la rétention « n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffit pas » (considérant 16). L'article 15 dispose que « 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. ». La Cour de justice s'attache à rechercher si la rétention repose sur des circonstances de fait qui la rendent nécessaire et proportionnée (CJUE, 5 juin 2014, *M. Mahdi*, C-146/14).

On pourrait s'arrêter au constat qu'une mesure d'éloignement dépourvue de pays de destination n'est pas en état d'être exécutée d'office, pour juger qu'en ce cas il n'est pas possible de placer l'étranger en rétention, un tel placement n'étant légal que pour permettre l'exécution d'office de la mesure d'éloignement (non encore juridiquement possible au moment du placement en rétention).

Nous relevons toutefois qu'en vertu de la loi n°2011-672 du 16 juin 2011 prise pour la transposition de cette directive, et dont est issu pour l'essentiel le titre V du livre V du CESEDA, la rétention administrative est bien décidée à l'égard de « l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français » ou, selon les termes mêmes de la directive : « qui ne peuvent pas encore faire l'objet d'un éloignement » (considérant 12).

En l'absence de décision fixant le pays de renvoi, la mesure d'éloignement n'est pas immédiatement exécutable, d'office du moins, mais elle n'en est pas moins exécutoire.

D'ailleurs, si la rétention peut être prolongée au-delà de cinq jours pour une durée de vingt jours, sur décision du juge des libertés et de la détention, il est expressément prévu dans la partie législative du code qu'une nouvelle prolongation peut être décidée par ce même juge « lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité », ou encore lorsque « malgré les diligences de l'administration la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison de défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport et qu'il est établi par l'autorité administrative compétente que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai » (article L.552-7).

Il nous semblerait dès lors excessivement restrictif d'interdire le placement en rétention administrative dans l'hypothèse où le pays de renvoi n'a pas encore pu être fixé, lorsque la rétention s'avère nécessaire pour rendre possible l'exécution d'office de la mesure d'éloignement.

Cela suppose donc, vous pourrez le préciser dans votre avis, que l'administration justifie de diligences pour identifier le pays à destination duquel l'étranger peut légalement être renvoyé, puisque le placement et le maintien en rétention d'un étranger obligé de quitter le territoire ne sauraient être décidés « que pour le temps strictement nécessaire à son départ », selon les termes de l'article L.554-1.

Il incombera au juge d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de la mesure de rétention administrative au cas par cas, en tenant compte des diligences de l'administration pour fixer le pays de destination et permettre l'exécution d'office de la mesure d'éloignement à bref délai.

Ainsi le maintien en rétention pourra-t-il être refusé au vu de l'insuffisance des diligences de l'administration pour identifier le pays de renvoi : le ministre cite un arrêt en ce sens de la cour administrative d'appel de Douai du 23 mars 2010. Tout récemment, c'est aussi en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, en censurant une interprétation de l'article L.554-1 qui n'imposerait pas à l'administration « d'exigences de temps dans l'accomplissement des diligences », et en imposant au juge « de rechercher si les obstacles à l'exécution de la mesure d'éloignement étaient susceptibles d'être surmontés à bref délai » (Ch. civ., 18 novembre 2015, n°15-14.560).

Reste la question des voies de recours contre ces décisions qui ne devraient en principe faire qu'une, mais dont vous admettriez la dissociabilité dans le temps.

Vous savez que des voies de recours différentes sont prévues, à l'article L.512-1, selon la situation de l'étranger : s'il dispose d'un délai de départ volontaire de trente jours et qu'il ne fait pas l'objet d'une mesure de rétention ni d'une assignation à résidence, le I de cet article prévoit qu'il doit saisir dans un délai de trente jours le juge administratif, qui statue dans les trois mois ; lorsqu'aucun délai de départ volontaire ne lui est laissé mais qu'il n'est pas assigné à résidence ni placé en rétention, il a 48h pour saisir le juge administratif, qui statue dans les trois mois ; si en revanche l'étranger fait l'objet d'une assignation à résidence ou d'un placement en rétention administrative, il a 48h pour saisir le juge administratif qui statue dans les 72h.

En vertu du deuxième alinéa de l'article L.512-3, l'exercice de toutes ces voies de recours est suspensif.

Cependant, l'article L.513-3 précise que « Le recours contentieux contre la décision fixant le pays de renvoi n'est suspensif d'exécution, dans les conditions prévues au second alinéa de l'article L.512-3, que s'il est présenté en même temps que le recours contre l'obligation de quitter le territoire français qu'elle vise à exécuter ».

On pourrait s'en tenir à une lecture littérale et estimer que cette condition de recours concomitants s'applique aussi dans l'hypothèse, non prévue par le législateur, d'une notification de la décision fixant le pays de destination postérieure à l'obligation de quitter le territoire.

Cependant, sauf dans le cas, peu vraisemblable, d'une notification intervenue avant l'expiration du délai de recours contre l'obligation de quitter le territoire, il sera en pratique impossible d'exercer des recours concomitants contre les deux décisions si elles sont échelonnées dans le temps.

Si bien qu'en autorisant l'administration à reporter sa décision sur le pays de renvoi, vous lui permettriez de priver l'étranger de la possibilité matérielle d'exercer un recours qui soit suspensif, auprès du tribunal administratif ou du juge des 72h selon sa situation.

L'étranger se verrait ainsi privé, du fait de l'administration, de garanties instituées par le législateur.

La situation est dans cette mesure différente de celle ayant donné lieu à la jurisprudence suivant votre avis *F...* du 26 mai 1995, n°164977, p. 218, avec les décisions *Ministre de*

l'intérieure c/ M. M... du 11 juin 2002, n°248774, aux tables p. 777, et *Préfet de la Haute-Garonne c/ M. T...* du 24 juin 2002, n°215400, précitée, sur l'absence de privation de recours effectif dès lors que la décision fixant le pays de destination peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et en référé selon les procédures de droit commun.

Pour l'application de l'article L.512-1, vous avez déjà admis d'aménager la condition de recours concomitant : par votre avis *G...* du 29 octobre 2012, n°360584, p. 370, aux conclusions de D. Botteghi, vous avez jugé que le recours au juge des 72h était ouvert à l'encontre des décisions mentionnées au III de cet article y compris en l'absence de contestation de la mesure d'éloignement, notamment pour le cas où le recours est seulement dirigé contre la décision de placement en rétention et celle fixant le pays de destination. C'est-à-dire que ces décisions relèvent par elles-mêmes, et indépendamment d'un recours contre l'obligation de quitter le territoire, de la procédure du recours suspensif.

Nous vous invitons à faire un pas supplémentaire en jugeant que cette voie de recours suspensif reste ouverte à l'encontre de la décision fixant le pays de destination lorsque celle-ci est notifiée postérieurement à la mesure d'éloignement, les délais de recours devant dans cette hypothèse particulière être décomptés à partir de la notification de cette décision, et non à compter de la notification de l'obligation de quitter le territoire comme le prévoit l'article R.776-2 - parce que cet article fait application de dispositions imposant un acte unique.

Cette interprétation nous semble seule à même de garantir que la mesure d'éloignement ne pourra pas faire l'objet d'une exécution forcée tant que le juge ne se sera pas prononcé sur le recours formé contre la décision fixant le pays de destination, conformément aux exigences de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans son arrêt *Gebremedhin c/ France* du 26 avril 2007, n° 25389/05, la Cour européenne des droits de l'homme renvoyait aux motifs de l'arrêt *Conka c/ Belgique* du 5 février 2002, n°51564/99 : « *La Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles. En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention.* ». La Belgique avait été condamnée dans cette affaire pour violation de l'article 13.

Dans sa décision *Gebremedhin*, la Cour relevait, après avoir cité ce précédent, que « *Compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment dans le cas où un Etat partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature.* ». C'est pour tirer les conséquences de cette condamnation de la France que la loi avait été modifiée en 2007, pour créer un recours suspensif en matière de droit d'asile.

L'application du recours suspensif de l'article L.512-1 aux décisions fixant le pays de renvoi postérieures aux obligations de quitter le territoire s'impose à notre avis, pour l'application de cette garantie d'effectivité du recours, du moins pour les étrangers assignés à résidence ou en rétention qui peuvent être éloignés du jour au lendemain, parce que ce sont précisément ces décisions qui permettent l'exécution d'office des mesures d'éloignement.

En tout état de cause, et même à rester sur la ligne de l'avis *F...* de 1995 quant à l'effectivité des voies de recours de droit commun, il nous semble que l'hypothèse d'une décision tardive fixant le pays de destination ne saurait conduire à une situation plus défavorable pour l'intéressé que si l'administration avait procédé comme il est prévu dans la loi.

La dissociation des décisions nécessaires à l'exécution de la mesure d'éloignement ne saurait avoir pour effet de priver l'intéressé des garanties voulues par le législateur en 2011. Si cela devait être le cas, il nous semble que cela justifierait de reconsidérer la réponse à apporter aux deux premières questions, sur l'interprétation de la loi.

De deux choses l'une : soit vous interprétez la loi pour permettre à l'administration de dissocier dans le temps les décisions constitutives de la mesure d'éloignement, mais à condition que cela ne prive pas l'étranger des garanties voulues par le législateur conformément aux exigences conventionnelles ; soit vous vous en tenez à une lecture littérale de la loi, mais alors aussi bien sur l'article L.511-1 que sur l'article L.513-3 du code.

Nous sommes d'avis qu'il convient de répondre aux questions soulevées en privilégiant la première branche de l'alternative, mais en la considérant comme un tout.

Concrètement, l'ouverture d'un recours suspensif à l'encontre de la décision fixant le pays de destination y compris lorsqu'elle est notifiée après l'injonction de quitter le territoire préserve bien sûr les voies et délais de recours contre la décision faisant obligation de quitter le territoire : celle-ci ne saurait être remise en cause à l'occasion du litige sur la décision fixant le pays de renvoi, vous pourrez le préciser dans votre avis.

Tel est le sens de nos conclusions.