

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Ce recours pour excès de pouvoir, qui pose des questions délicates, est dirigé contre une instruction du ministre de l'intérieur aux préfets relative aux conséquences à tirer du règlement UE n° 604/2013 dit Dublin III en matière de rétention administrative et d'assignation à résidence des étrangers sous le coup d'une décisions de transfert. La circonstance qu'elle n'a pas fait l'objet de la publication en ligne exigée par le décret du 8 décembre 2008 n'est pas de nature à entraîner l'irrecevabilité du recours *Duvignères* s'agissant d'une circulaire postérieure à ce décret¹ (CE, 7 avril 2011, *Association SOS Racisme*, n° 343387, p., fichée en sol. impl. sur ce point). Comme elle revêt, par ailleurs, un caractère impératif, vous écarterez les deux fins de non recevoir du ministre. C'est important, car nous vous proposons plusieurs annulations partielles.

Avant d'en venir aux questions difficiles, nous vous proposons d'écarter trois moyens.

Le premier est dirigé contre un paragraphe qui demande aux préfets de ne pas réserver l'entretien individuel aux demandeurs d'asile identifiés comme ayant présenté une demande dans un autre Etat membre, mais de le réaliser aussi en cas de liens familiaux possibles du demandeur dans un autre Etat membre. La requête en déduit que la circulaire interdit que l'étranger bénéficie d'un entretien individuel pour faire valoir l'existence de liens familiaux en France. Tel n'est pas du tout son objet et nous vous proposons d'écarter le moyen en vous bornant à restituer la portée réelle de ce paragraphe de la circulaire.

Le deuxième moyen inoffensif vise le paragraphe qui prescrit aux préfets, toujours à propos de l'entretien individuel, de demander un interprète à l'Ofii lorsqu'aucune autre solution n'est possible. Ce passage n'a aucunement pour objet, et ne saurait avoir légalement pour effet, de mettre d'éventuels frais d'interprétariat à la charge de l'étranger dans quelque hypothèse que ce soit.

Le troisième moyen infondé concerne la durée des mesures d'assignation à résidence pouvant être édictées à l'encontre des demandeurs d'asile « dublinés » dans l'attente d'une décision de transfert. Le moyen, qui n'est dirigé contre la circulaire qu'en tant qu'elle réitère la loi, vise en réalité l'article L. 742-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), accusé de méconnaître le règlement Dublin III. Contrairement à ce que soutient le ministre, qui semble n'avoir toujours pas digéré votre jurisprudence *Duvignères*,

¹ s'agissant d'une circulaire adoptée avant l'entrée en vigueur du décret du 8 décembre 2008 et abrogée faute d'avoir été reprise sur le site dédié à la date prévue, CE, 23 février 2011, *Association la Cimade et autres*, n° 334022, T. p.

cela n'a évidemment pas pour effet de rendre le moyen irrecevable... L'article L. 742-2, qui autorise l'assignation à résidence d'un demandeur d'asile « dubliné » aux fins de mise en œuvre de la procédure de transfert, dispose que la durée de l'assignation ne peut excéder six mois, renouvelable une fois. De leurs côtés, les articles 21 et 22 du règlement Dublin III décrivent les étapes de l'instruction, par l'Etat responsable de la demande d'asile, d'une demande de prise en charge. La durée de ces étapes mises bout à bout n'est pas censée excéder 5 mois – 3 mois pour former la demande, deux mois pour y répondre. La Cimade en déduit que le délai d'assignation de 6 mois est nécessairement excessif. Mais d'une part, l'assignation est possible pour préserver le déroulement de la procédure de transfert. Le fait que l'Etat responsable réponde à la demande de prise en charge ne déclenche pas un transfert immédiat, ce qui explique que le délai d'assignation nécessaire puisse excéder cinq mois. D'autre part, la loi se borne à édicter des plafonds, et n'enlève rien au fait qu'au cas par cas, le préfet doit, sous le contrôle du juge, limiter la durée de l'assignation à résidence, qui est une mesure de police, au strict nécessaire. Il n'y a donc pas d'inconventionnalité structurelle de la loi, que la circulaire pouvait légalement réitérer.

Les moyens difficiles se répartissent en deux blocs et nécessitent un rappel du droit applicable aux possibilités de placement en rétention d'un demandeur d'asile. Ils supposent aussi le rappel de deux évidences.

La première évidence est qu'un demandeur d'asile n'est pas, au regard de la législation, un étranger comme les autres. Si l'on résume à gros traits, la présentation par un étranger d'une demande d'asile confère une présomption de régularité à son séjour sur le territoire national, puisqu'il est titulaire d'un droit à y être accueilli aussi longtemps que sa demande n'est pas jugée mal fondée. Il n'est donc pas illogique que le simple dépôt d'une demande d'asile emporte des effets de droit.

La seconde évidence est que la rétention n'est pas l'unique mesure permettant d'empêcher qu'un étranger se soustraie à une mesure d'éloignement. Même dans les cas où il est à craindre que la solution de droit commun, à savoir le maintien en liberté, ferait obstacle à l'éloignement, la solution prioritaire est l'assignation à résidence. Dès lors, juger illégal le placement de certaines catégories d'étrangers en rétention administrative ne revient pas à les laisser s'évaporer dans la nature. En cas de risque de ce type, il reste la possibilité d'une assignation.

Venons-en à l'état du droit.

L'article L. 551-1 du CESEDA dispose que l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement qui ne présente pas de garanties de représentation effectives peut être placé en rétention administrative. Le 1° de l'article L. 561-2 rend en particulier cette disposition applicable aux étrangers dits « dublinés », c'est-à-dire qui sont entrés sur le territoire de l'Union européenne par un autre Etat partie dans des conditions justifiant leur remise à cet Etat (art. L. 531-1 ou L. 531-2 du CESEDA), soit ont déposé une demande d'asile dans un autre Etat membre devenu responsable de son examen (art. L. 742-3).

Par ailleurs, l'article L. 556-1 du CESEDA dispose que lorsqu'un étranger placé en rétention en application de l'article L. 551-1 présente une demande d'asile, l'autorité administrative peut, si elle estime que cette demande est présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement, maintenir l'intéressé en rétention le temps strictement nécessaire à l'examen de sa demande d'asile.

Deux décisions du Conseil d'Etat sont venues préciser l'articulation de ces dispositions nationales.

Par une ordonnance *Mme O...* (JRCE, 13 juin 2017, n° 410812, à mentionner aux tables), le juge des référés du Conseil d'Etat en a déduit que, hors le cas particulier où il a été placé en rétention en vue de l'exécution d'une décision de transfert vers l'Etat responsable de l'examen de sa demande d'asile, l'étranger placé en rétention qui formule une demande d'asile doit en principe être remis en liberté. Il ne peut être maintenu en rétention, par une décision écrite et motivée, que dans le cas où l'administration estime que la demande d'asile est totalement artificielle et a été présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement prise à son encontre. L'ordonnance ajoute que ce mode d'emploi est sans préjudice de la faculté pour l'administration de placer en rétention un étranger « dubliné » en cas de risque de fuite.

Par une décision *Préfet du Pas-de-Calais c. M. J...* (CE, 29 juillet 2017, n° 408919, à publier au Recueil), le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé, s'agissant des étrangers « dublinés », la séquence temporelle d'un éventuel placement en rétention. La décision relève que l'article L. 742-2 du CESEDA ne prévoit, avant la décision de transfert, que la possibilité d'une assignation à résidence. Elle en déduit qu'il n'est jamais possible de placer en rétention administrative un demandeur d'asile au motif qu'il fait l'objet d'une procédure de transfert avant la notification de la décision de transfert. La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation vient d'adopter la même position (7 février 2018, arrêt no 149 FS-P+B, pourvoi n° K 17-14.866)

Nous déduisons de ces deux décisions combinées que l'administration ne peut placer en rétention un étranger « dubliné » faisant l'objet d'une décision de transfert qu'à compter de la notification de cette décision de transfert et à condition seulement qu'il présente un risque de fuite.

Par ailleurs, deux décisions extérieures au Conseil d'Etat, sont venues préciser l'articulation de ce dispositif national avec le règlement Dublin III.

Par une décision *Al Chodor* (CJUE, 15 mars 2017, C-528/15), la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation de l'article 28 du règlement, a dit pour droit que s'ils souhaitent placer des demandeurs d'asile « dublinés » en rétention pour les besoins de la procédure de transfert, les Etats membres doivent au préalable fixer, dans une disposition contraignante de portée générale, les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur. L'absence d'une telle disposition, dit la cour, entraîne l'inapplicabilité de l'article 28, celui qui permet de prévoir la mise en rétention des demandeurs « dublinés ». L'arrêt précise qu'une définition jurisprudentielle n'est pas suffisante.

Par un arrêt du 27 septembre 2017, la Cour de cassation (C. cass., 1^{ère} civ., arrêt n° 1130) a jugé que de telles dispositions de portée générale n'existaient pas en droit français et que le placement en rétention d'un étranger dubliné est donc nécessairement illégal.

Si l'on raboute cette position avec les décisions du Conseil d'Etat, il s'en déduit qu'un demandeur d'asile « dubliné » ne peut jamais être placé en rétention, ni avant la décision de transfert, car les dispositions législatives ne prévoient que l'assignation de résidence à ce premier stade, ni après la décision de transfert, faute de définition nationale de la notion de fuite.

La question de savoir si vous vous rangez à ce raisonnement est au cœur de l'examen des deux blocs de moyens suivants.

Le premier bloc vise la partie de la circulaire relative aux étrangers qui, n'étant pas placés en rétention administrative, sont, à l'occasion d'une demande d'asile formée en France, identifiés comme « dublinés » et relevant à ce titre d'une procédure de transfert vers un autre Etat membre. La circulaire prescrit aux préfets le placement en rétention en cas de risque de fuite. Elle leur prescrit aussi, dans ce cas, d'avertir l'Ofii afin qu'il cesse de verser l'allocation pour demandeurs d'asile en cas de fuite.

Si vous tirez de la jurisprudence *Al Chodor* de la CJUE les mêmes conséquences drastiques que la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, alors cette prescription est illégale. C'est ce que nous allons vous proposer de juger, mais non sans vous avoir averti de ce qu'il y aurait de solides raisons de ne pas le faire.

L'arrêt de la CJUE est surprenant en soi : un règlement étant d'effet direct, on peut s'étonner qu'il faille l'intervention d'une définition nationale du risque de fuite, notion au demeurant intelligible, pour permettre l'activation d'une faculté qu'il ouvre. Mais l'arrêt *Al Chodor* s'impose à vous et il n'est pas question de ne pas l'appliquer.

Face à cette position atypique, la solution maximaliste de la Cour de cassation a de quoi étonner. L'article L. 561-2 du CESEDA, celui qui rend la rétention applicable notamment aux dublinés sous le coup de l'engagement d'une procédure de transfert, renvoie, comme condition générique de la rétention, au risque de fuite mentionné au 3^o l'article L. 511-1. Cet article, qui à l'origine n'a rien à voir avec la rétention, et traite des cas dans lesquels l'OQTF peut être exécutoire sans délai, dresse une liste de six cas de figure dans lesquels le « risque que l'étranger se soustraie » à la mesure d'éloignement peut, sauf circonstance particulière, être regardé comme établi. Ces six cas de figure sont ceux des étrangers qui, irrégulièrement entrés ou maintenus sur le territoire, n'ont pas sollicité de titre de séjour (a et b), ou ont laissé leur titre expirer sans en demander le renouvellement (c), ou qui se sont soustraits à une précédente mesure d'éloignement (d), ou qui ont contrefait leurs documents, ou qui n'ont déclaré ni identité ni résidence, ou ont tenté d'échapper à des obligations de représentation (f). Il est certain qu'il ne s'agit pas d'une liste spécialement conçue pour le risque de fuite des « dublinés », comme semble l'exiger l'arrêt *Al Chodor*². Il est sûr aussi que plusieurs *items* de la liste sont inadaptés à leur situation : c'est le cas des trois premiers, relatifs à l'absence de demande de titre ou de renouvellement de titre de séjour en France. Malgré tout, sans la jurisprudence de la Cour de cassation, nous n'aurions pas eu de scrupule à vous proposer de flécher de façon prétorienne le renvoi de l'article L. 561-2, en tant qu'il s'applique aux étrangers « dublinés », vers les seuls *items* du 3^o de l'article L. 511-1 pertinents pour leur situation, et de juger que, dès lors que ces *items* pertinents sont inscrits dans la loi, alors la jurisprudence *Al Chodor* n'est, malgré ce petit codicille jurisprudentiel, pas vraiment méconnue.

Trois raisons nous convainquent, malgré tout, de nous rallier à la position de la Cour de cassation, qui toutes relèvent de l'opportunité.

Premièrement, la construction que nous venons d'esquisser ne produira pas le même effet, vis-à-vis de la CJUE, désormais que la Cour de cassation a retenu la position inverse.

² Cette exigence transparait surtout dans les conclusions, notamment parce que les textes européens exigent pour les dublinés un risque « non négligeable de fuite », contre un « risque de fuite simple pour les autres étrangers.

Ce qui, sur une feuille jurisprudentielle blanche, pouvait passer pour un arrangement pragmatique avec l'exigence de texte spécifique au risque de fuite des dublinés aurait, en contrepoint de la solution contraire, un peu plus l'air d'une mauvaise manière. Deuxièmement, bien que vous ne soyez pas juridiquement liés par la jurisprudence judiciaire, l'administration est ici dans sa main, car il s'avère qu'en pratique, les juges des libertés et de la détention, appelés à connaître des recours contre les mesures individuelles de rétention, élargissent les « dublinés » en application de la jurisprudence de la Cour de cassation. Vous ne rendriez pas vraiment service aux préfetures en permettant des placements en rétention que le juge des libertés estimera illégales au bout de 48 heures. Troisièmement, le législateur, qui a mesuré les conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation, a d'ores et déjà entrepris d'édicter une liste *ad hoc* définissant le risque de fuite propre aux « dublinés », qui fait l'objet d'une proposition de loi actuellement en discussion – elle doit passer en deuxième lecture dans deux jours³. En l'état, le texte reprend les trois *items* pertinents, mais en les adaptant à la situation des « dublinés », et en définit quatre autres propres à ces derniers : cas où le demandeur s'est déjà soustrait à une précédente procédure de transfert, où il est revenu sur le territoire alors qu'il a déjà fait l'objet d'un précédent transfert exécuté, étranger qui fait obstruction à la prise de ses empreintes ou étranger définitivement débouté par l'Etat responsable. Cette liste *ad hoc* vaut mieux qu'un petit bricolage, auquel nous vous proposons donc de renoncer.

La conséquence devra en être l'annulation de du passage de la circulaire qui prescrit le placement en rétention des « dublinés » sous le coup d'une procédure de transfert en cas de risque de fuite. Vous pourriez aussi vouloir, par voie de conséquence, annuler aussi celui qui prescrit en ce cas d'avertir l'Ofii du risque de fuite afin qu'il cesse le versement de l'allocation pour demandeur d'asile (soir les b du 2 et 3 du I de la circulaire), même si c'est plus cosmétique que nécessaire, car l'effet visé est seulement la suspension de l'allocation en cas de fuite avérée, constat indépendant de la définition du risque.

Le dernier groupe de moyens vise le passage de la circulaire relatif aux étrangers qui sont déjà placés en rétention pour un autre motif lorsque l'administration découvre leur qualité de « dubliné ».

Elle traite d'abord des étrangers en rétention qui présentent une demande d'asile en France et prescrit de les maintenir en rétention le temps de la procédure de transfert. L'illégalité de ce maintien systématique en rétention découle de l'ordonnance *Mme O...*, n° 410812. Elle juge que l'étranger placé en rétention qui demande l'asile soit être remis en liberté, sauf si sa demande d'asile a pour unique objet de faire échec à la mesure d'éloignement justifiant la rétention. L'ordonnance précise certes que c'est sans préjudice des possibilités légales de placer en rétention des étrangers dublinés. Mais, d'une part, la seule circonstance que l'étranger soit « dubliné » et doive faire l'objet d'une procédure de transfert n'est pas de nature à caractériser l'artificialité de la demande d'asile. Nous dirions presque « au contraire » : si l'étranger est « dubliné » en ce sens qu'il est passé par le territoire d'un autre Etat partie avant de déposer sa demande d'asile en France, ce détour caractérise peut-être une tentative d'*asylum shopping*, mais n'invalide pas la crédibilité de fond de la demande ; s'il est « dubliné » parce qu'il a déjà déposé une demande d'asile dans un autre Etat membre, alors c'est bien qu'il existe un sujet asile indépendamment de la mesure d'éloignement édictée ultérieurement. Bref, la circonstance qu'un étranger soit « dubliné » n'empêche peut-être pas d'estimer que sa demande d'asile est artificielle, mais ce qui est certain, c'est qu'elle ne suffit pas à caractériser une telle artificialité. Par ailleurs, les

³ Proposition de loi déposée le 24 octobre 2017 permettant une bonne application du régime d'asile européen.

dispositions propres aux étrangers « dublinés » permettent en théorie la rétention en cas de risque de fuite : mais d'une part, la décision *Préfet du Pas-de-Calais* juge qu'elle n'est possible qu'à compter de la décision de transfert, ce qui empêche le maintien en rétention dès la découverte de la qualité de « dubliné » ; d'autre part, cette faculté est paralysée en l'état du droit même après la décision de transfert faute de définition valable du risque de fuite.

Il s'en déduit que les dispositions de la circulaire prescrivant sans autre précision le maintien en rétention de l'étranger formant une demande d'asile au seul motif qu'il tombe sous le coup de l'engagement d'une procédure de transfert doivent être annulées, emportant par voie de conséquence dans leur chute les dispositions prescrivant, dans ce cas de figure, de ne pas transmettre le dossier de demande d'asile à l'Ofpra (1 du II de la circulaire).

La circulaire traite enfin de l'étranger placé en rétention pour l'exécution d'une mesure d'éloignement, qui ne prend pas la peine de demander l'asile en France, mais dont l'administration découvre en consultant Eurodac qu'il a présenté une telle demande dans un autre Etat membre. Il vous appartient de décider s'il doit être regardé comme un demandeur d'asile au sens des différentes jurisprudences dont la combinaison conduit à empêcher le maintien systématique en rétention.

A première vue, il peut paraître excessif de faire découler d'un comportement spontané de l'administration la conséquence juridique qu'il faut élargir l'intéressé, alors que s'il n'y avait pas eu de consultation d'Eurodac, celui-ci qui ne demandait rien serait resté en rétention. Mais d'un autre côté, la *ratio legis* des jurisprudences précitées est à rechercher dans l'évidence, rappelée en introduction, qu'un demandeur d'asile n'est pas un étranger comme les autres. Or toute la logique du règlement Dublin III est de faire en sorte que la qualité de demandeur d'asile acquise dans un Etat membre suive l'étranger dans les autres Etats parties. D'ailleurs, pas plus qu'un demandeur d'asile en France, le demandeur d'asile « dubliné » ne peut voir exécutée la mesure d'éloignement qui a justifié son placement initial en rétention. Il s'ensuit que, même si la découverte de demandeur d'asile est accidentelle, elle fait nécessairement tomber la raison d'être de la mesure initiale de rétention. Dans ces conditions, il nous semble que le maintien ne peut plus être décidé que pour des motifs propres à la demande d'asile et à la procédure de transfert.

Or l'hypothèse de demande d'asile présentée pour faire échec à la mesure d'éloignement ne peut pas être remplie, puisque le demandeur n'a pas formé de demande d'asile en France postérieurement à la mesure d'éloignement. Quant à la rétention pour les besoins du transfert, elle n'est pas possible en l'état du droit. Il nous semble donc que, lorsqu'elle découvre par elle-même qu'un étranger placé en rétention est demandeur d'asile dans un autre Etat membre, l'administration doit systématiquement l'élargir, quitte à l'assigner à résidence. Le paradoxe est qu'un tel « dubliné » semble plus protégé, par sa passivité, que celui qui forme une demande d'asile en France, et qui pourra être retenu si cette demande est artificielle. Mais le paradoxe n'est qu'apparent, car à notre sens, un dubliné ayant demandé l'asile dans un autre Etat membre ne pourra jamais voir sa demande d'asile en France regardée comme purement artificielle, l'existence d'une demande préalable pendant impliquant nécessairement d'admettre, le temps de son instruction, qu'il existe potentiellement un besoin de protection. Ces développements nous conduisent à proposer l'annulation du 2 du II de l'a circulaire attaquée.

PCMNC – Annulation du b du 2 et du 3 du I de la circulaire, ainsi que du II assorti des prescriptions correspondantes de l'annexe, 1 000 euros de frais irrépétibles et rejet du surplus.