

N° 379971  
M. A... B...

10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> sous-sections réunies  
Séance du 17 février 2016  
Lecture du 7 mars 2016

## CONCLUSIONS

**Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public**

Cette affaire vous conduira à préciser l'attitude que le juge administratif doit tenir lorsqu'il est saisi au fond, en l'occurrence en cassation, de conclusions tendant à l'annulation d'un placement en rétention administrative et que, dans l'intervalle, ce placement initial a été prolongé par le juge des libertés et de la détention. Vous n'avez, à ce jour, eu à connaître de la question qu'en matière de référé, matière propice aux solutions expédientes dont la transposition à l'excès de pouvoir n'a pas nécessairement lieu d'être.

La rétention administrative, qui existe depuis la loi du 29 octobre 1981, a pour objet de faciliter l'exécution des mesures d'éloignement. La particularité de son régime contentieux tient à ce que son caractère administratif, dictant votre compétence, percute l'intensité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, ce qui a conduit le législateur à prévoir une intervention rapide du juge judiciaire. Depuis la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, l'intervention successive des deux ordres de juridiction est organisée selon une séquence en trois temps :

- la décision préfectorale initiale de placement en rétention est valable cinq jours, au cours desquels l'intéressé peut, dans les quarante-huit heures suivant la notification, en demander l'annulation au juge administratif dit des 72 heures (art. L. 512-1 du CESEDA) ;
- à l'issue des cinq jours, c'est l'autorité judiciaire, informée du placement dès l'origine qui est seule compétente, en la personne du JLD saisi d'une demande à cette fin par l'autorité administrative, pour prolonger de vingt jours au maximum la durée de la rétention ; l'étranger peut, le cas échéant, former dans les 24 heures un appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué qui aura 48 heures pour statuer (art. L. 552-1 et, s'agissant des voies de recours, L. 552-9) ;
- dans certains cas limitativement énumérés, une nouvelle prolongation judiciaire peut être décidée pour une durée maximale de vingt jours (art. L. 552-7, mêmes voies de recours), voire plus dans des cas exceptionnels.

Le placement en rétention administrative active également l'intervention du juge dit des 72 heures pour la mesure d'éloignement, s'agissant de laquelle l'exercice du recours est suspensif (art. L. 512-3).

Il faut encore préciser que les interventions successives des deux ordres de juridiction ne sont pas équivalentes : le juge administratif a pour rôle de censurer d'éventuelles illégalités commises par l'autorité préfectorale dans l'édition des mesures d'éloignement et de placement en rétention initial, mais il est impuissant en revanche, même si vous n'avez jamais eu l'occasion de le juger, à se saisir des conditions d'interpellation, voire de mise en garde à vue de l'étranger qui ont permis l'édition de ces mesures d'éloignement et de placement en rétention ; à l'inverse, le juge judiciaire peut tirer les conséquences d'une interpellation ou d'une garde à vue irrégulières et s'assurer qu'une prolongation de la rétention est nécessaire et proportionnée, mais ne peut se faire juge de la mesure d'éloignement ni saisir d'éventuels vices de forme de la mesure de placement en rétention sans laquelle une prolongation ne pourrait lui être demandée.

Pour l'étranger, le prix de ce système, qui lui a valu de nombreuses et virulentes critiques, est assez lourd, dans la mesure où le retardement de l'intervention du juge judiciaire a pour conséquence qu'il peut être retenu cinq jours, et le cas échéant reconduit dans ce délai, alors qu'il a été irrégulièrement interpellé ou placé en garde à vue. Il y a à cet égard une déperdition par rapport au système antérieur à 2011, dans lequel le juge judiciaire intervenait à compter de 48 heures de rétention.

Le mérite de ce système en revanche, qui est d'ailleurs sa raison d'être, est de permettre de purger avant l'intervention du juge judiciaire les questions de légalité administrative des décisions affectant l'étranger qu'il est impuissant à saisir, ce qui était impossible dans le système antérieur, le juge administratif n'étant pas en mesure de se prononcer sous 48 heures. Désormais, le juge judiciaire est censé se prononcer sur l'éventuelle prolongation de la rétention en toute sérénité quant à la légalité du placement initial et du motif de fond de la rétention que constitue la mesure d'éloignement.

Nous disons « censé » car en réalité, cette grande vertu du système ne pourrait fonctionner à plein que dans un monde idéal où les juges de première instance seraient infaillibles. Ils ne peuvent naturellement pas l'être et c'est pour cette raison qu'existent des voies de recours contre leurs jugements.

Or compte tenu de la brièveté de la première phase de rétention, il va de soi que l'exercice de ces voies de recours – qu'il s'agisse de l'appel, ouvert dans un délai d'un mois posé par l'article R. 776-9 du CJA ou de la cassation – ne peut aboutir qu'une fois que la période de rétention décidée par le préfet est expirée. Ce n'est guère gênant lorsque la rétention s'est achevée au bout de cinq jours, si ce n'est qu'une éventuelle annulation du placement en rétention a un effet purement platonique. C'est la loi du genre de l'excès de pouvoir, et vous jugez d'ailleurs dans ce cas que le recours dirigé contre la seule mesure de placement en rétention, bien que platonique, conserve un objet juridique même si la rétention a pris fin (CE, 4 mars 2013, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ M...*, n° 359428, p.).

La situation se complique lorsque la rétention se poursuit après prolongation judiciaire et que l'intervention d'une décision du juge administratif dans une séquence temporelle prévue pour être l'apanage du juge judiciaire risque de venir percuter les décisions de ce dernier. Vous aviez entendu réserver cette hypothèse dans le précédent que nous venons de mentionner.

Dans une telle configuration, il n'y a certes aucune difficulté à admettre que le juge d'appel ou de cassation se prononce sur la mesure d'éloignement. D'une part, la dimension platonique de votre intervention n'existe pas, puisque si l'étranger est toujours en rétention, c'est que la mesure n'a pas épuisé ses effets. D'autre part, il n'y a aucun risque de contradiction entre la décision du juge administratif et celle du juge judiciaire, puisque le second n'est pas appelé à se prononcer sur la légalité de la mesure d'éloignement. Le législateur a d'ailleurs mis en musique cette complémentarité des juges en prévoyant expressément, à l'article L. 512-4 du CESEDA, que « Si l'obligation de quitter le territoire français est annulée, il est immédiatement mis fin aux mesures de surveillance », ce qui vaut y compris lorsque l'annulation en appel ou en cassation et que l'étranger en est au stade de la rétention « prolongée » (v., avant la loi de 2011, TC, 5 juin 2000, *Préfet de l'Hérault c/ Y...*, n° 3187, p.).

Il est en revanche plus délicat d'envisager sereinement une intervention du juge d'appel ou de cassation concernant la mesure de placement en rétention, pour laquelle la dimension purement platonique du recours, qui n'a pas été jugée dirimante dans le précédent *Ministre c/ M...* n° 359428, se combine à d'éventuelles dissonances plus embarrassantes entre ordres de juridiction. Car bien que les offices des deux ordres diffèrent sensiblement, ils comportent néanmoins une zone de recouvrement optique, puisque tous deux se prononcent sur la proportionnalité de la mesure de rétention. Gênée à l'idée que le juge administratif puisse annuler la mesure préfectorale de placement en rétention au motif qu'elle n'est pas nécessaire alors que le juge judiciaire l'a, dans l'intervalle, estimée nécessaire au point de la prolonger pour une plus longue durée, nous avons été tentée un temps de faire preuve de retenue en vous proposant de juger que, dans cette configuration particulière, il n'y a en réalité pas lieu à statuer pour vous.

Trois raisons nous convainquent finalement du contraire.

D'abord, en toute rigueur, aucune divergence frontale avec l'appréciation du juge judiciaire n'est possible. Lorsque vous appréciez la nécessité du placement en rétention (sur le degré et la consistance de votre contrôle : CE, 12 novembre 1997, *Préfet du Rhône c/ Epoux D...*, n° 184149, p ; CE, 30 juillet 2003, *Préfet du Jura c/ Mme T...*, n° 250348, T. p.), vous vous prononcez à la date à laquelle la décision a été prise. Pour sa part, lorsqu'il autorise la prolongation de la mesure, le juge judiciaire apprécie sa nécessité à la date à laquelle il statue. Même si le plus souvent, la situation aura peu évolué entre les deux dates, il ne peut y avoir de contrariété juridique entre une décision d'annulation par le juge administratif et une décision de prolongation par le juge judiciaire (v., par analogie, les développements consacrés aux interventions successives des ordres de juridiction en matière d'hospitalisation d'office par le président Stahl dans ses conclusions, contraires, sur la décision de Section CE, 1er avril 2005, *Mme L.*, n° 264627, p.).

Ensuite, votre jurisprudence antérieure à la loi de 2011 tendait plutôt à assumer le risque de telles dissonances en admettant l'intervention du juge administratif alors même que le juge judiciaire était devenu compétent *ratione temporis*. C'est, nous semble-t-il, la conséquence de la rédaction très générale de votre avis CE, 26 mai 1995, *Mme X...*, p. 216 qui a ouvert la voie du recours pour excès de pouvoir contre la mesure de rétention administrative devant le juge administratif alors même qu'il était en pratique impossible que le juge se prononce avant la saisine du juge judiciaire et peu fréquent que la rétention s'achève avant

cette saisine. C'est également le sens de quelques décisions de sous-section jugeant-seule qui affirment, toujours dans le système antérieur à la loi de 2011 et pour écarter une exception d'incompétence de la juridiction administrative, « qu'il appartient au juge administratif de statuer sur (la) légalité (de l'arrêté de placement en rétention), alors même que la prolongation de la rétention administrative a été autorisée par le juge judiciaire », mais sans être fichées (v. not. CE, 17 novembre 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c/M. C...*, n° 259119).

Enfin et c'est de loin l'argument le plus déterminant, la jurisprudence de la Cour de cassation, loin de prendre ombrage d'une intervention du juge administratif dans la séquence temporelle qui lui est normalement réservée, lui confère un effet utile que nous n'aurions pour notre part pas osé imaginer. Par une décision du 7 octobre 2015 (n°s 14-11.430 14-22.273 14-22.275), la première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi tiré les conséquences de l'intervention d'une cour administrative d'appel dans un litige relatif à une mesure de rétention en jugeant que : « l'annulation de l'arrêté du préfet de placement en rétention administrative de M. X... entraîne l'annulation, pour perte de fondement juridique, des ordonnances attaquées ayant, d'une part, ordonné la seconde prolongation de la rétention, d'autre part, déclaré irrecevable la demande de mise en liberté » formée par l'étranger. Comme on le voit, elle a procédé ainsi alors qu'était en cause une seconde prolongation de la rétention, dont le lien avec le placement initial était donc assez largement distendu. Cette décision finit d'explicitier une jurisprudence amorcée avec une décision Cass. 1re civ., 14 mars 2012, n° 11-11.708 par laquelle la première chambre civile avait déjà estimé que l'annulation de l'arrêté de reconduite et de l'arrêté de placement en rétention entraînaient la perte de fondement de l'ordonnance de prolongation.

Cette position a quelque chose d'inespéré car il n'était pas évident de soutenir que la mesure de placement initial constitue le fondement juridique de la mesure de prolongation. Mais quoi qu'il en soit, il serait fort inopportun de bouder l'invitation que vous fait la Cour de cassation à vous prononcer sur le placement initial en cas de prolongation, d'autant que cette position éminemment opportune permet de tirer les conséquences qui s'imposent de ce que, sans placement initial, une prolongation n'est pas légalement possible, ce qui démontre que le recours contre le placement de cinq jours ne peut pas perdre son objet, dès lors qu'il emporte encore des effets induits.

Nous vous invitons donc à compléter votre jurisprudence *Ministre c. M...* n° 359428 en jugeant que, contrairement à ce que vous avez MOPé par précaution aux parties, le litige relatif à une mesure préfectorale de placement en rétention conserve son objet y compris lorsque ce placement initial a pris fin et que la rétention a été prolongée par le juge judiciaire.

Ce faisant, vous ne contredirez pas votre jurisprudence constante en référé qui, pour le coup, a pour effet que vous ne vous prononciez pas dans une telle configuration. En référé suspension, la solution de non-lieu que vous retenez (v., sous l'empire de l'ancien texte, CE, 12 septembre 2007, *E...*, n° 309317, T. p. ; sous l'empire du nouveau texte, JRCE, 27 juin 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ L...*, n° 350207, T. p. sur un autre point) s'explique par le fait que, l'arrêté préfectoral ayant épuisé ses effets, il n'est plus possible de suspendre son exécution, étant entendu qu'une suspension des effets induits est inatteignable. En référé liberté, la solution d'incompétence que vous préférez désormais aux solutions de non-lieu qui ont longtemps prévalu (JRCE, 19 janvier 2015, *K...*, n° 387189) s'explique par le fait que, à la date où vous vous prononcez, la possibilité de mettre fin à la rétention qui court encore est entre les mains

de l'autorité judiciaire et que vous ne pouvez compétemment prendre aucune mesure tendant à faire cesser une éventuelle atteinte illégale aux droits fondamentaux du fait de la poursuite de la rétention.

Vous examinerez donc le pourvoi de M. B..., dont la satisfaction à ce titre sera de courte durée, puisque vous écarterez ses moyens. Celui-ci, après avoir vu sa demande d'asile rejetée le 28 décembre 2011 par le directeur général de l'Ofpra, a fait l'objet, le 26 janvier 2012 d'un refus de séjour assorti d'une obligation de quitter le territoire français dans un délai de trente jours, notifiée le 9 février 2012. Il a ensuite été placé en rétention administrative le 23 mars suivant et a formé une demande d'annulation de cette dernière mesure. Le magistrat délégué du tribunal administratif de Toulouse l'a rejetée dans les 72 heures, à la suite de quoi le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Toulouse a autorisé, le 28 mars, la prolongation de la rétention pour une durée de vingt jours. La CAA de Bordeaux a, à raison si vous nous avez suivie, statué sur l'appel qu'il a formé du jugement du 23 mars qu'elle a rejetée, d'où le pourvoi en cassation.

L'arrêt n'est pas un modèle de rédaction. Mais l'erreur de plume de la cour qui a mentionné un délai de saisine du juge de soixante-douze heures et s'est emmêlée dans sa description du mécanisme de recours suspensif est restée sans incidence sur son raisonnement et ne peut donc conduire à la censure de son arrêt.

Le pourvoi développe ensuite un raisonnement sophistiqué pour tenter de vous persuader que la rétention n'était pas nécessaire. Il était soutenu devant la cour que le dépôt, le 2 mars 2012, soit avant le placement en rétention, d'une demande d'admission à l'aide juridictionnelle en vue de la présentation d'un recours contentieux aurait suspendu l'exécution de l'obligation de quitter le territoire français, contre laquelle, faute de placement en rétention, le délai de recours était alors d'un mois. Dès lors, en l'absence de mesure de reconduite exécutoire à la date du placement en rétention, celui-ci aurait été dépourvu de fondement.

Mais quoi qu'il en soit même de l'éventuel caractère suspensif de la demande d'AJ, le recours exercé contre l'OQTF n'a jamais pour effet de suspendre la rétention ni de faire obstacle au placement en rétention : l'article L. 512-3 lui confère simplement le pouvoir de faire obstacle à l'exécution d'office de l'OQTF et toute l'économie du dispositif est précisément de permettre que l'étranger qui conteste la mesure d'OQTF puisse malgré tout être placé en rétention, le placement déclenchant simplement, contrairement à ce qui est soutenu, l'entrée en scène du juge des 72 heures.

Le dernier moyen pose une petite difficulté procédurale. Il est tiré de l'erreur de la cour lorsqu'elle a estimé que le placement en rétention n'était pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

En principe et comme nous vous l'avons dit, le juge du fond doit, sur la nécessité du placement, exercer un contrôle normal. La cour s'est trompée sur ce point mais l'erreur de droit ainsi commise n'est pas soulevée en cassation.

En principe également, il nous semble, même si ce n'est pas jugé, que vous devriez exercer un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par les juge du fond sur

la nécessité du placement, compte tenu tant de l'existence de critères légaux que, surtout, du caractère attentatoire aux libertés de la mesure.

Mais aucune prise pour un contrôle de qualification n'est possible dans la mesure où le premier juge a lui-même exercé un contrôle restreint et n'a de ce fait opéré aucune qualification dont vous pourriez saisir le caractère erroné. Il nous semble que dans cette hypothèse curieuse, et faute de moyen d'erreur de droit, vous êtes prisonniers de l'interdiction qui vous est faite de contrôler la qualification quand elle n'a pas eu lieu.

Or il n'y a en l'espèce pas dénaturation – sachant qu'en tout état de cause, la lecture du dossier de fond ne nous aurait pas poussée non plus, en qualité de juge du fond, à censurer quelque erreur d'appréciation au prisme d'un contrôle normal.

Vous rejetterez donc le pourvoi.

Tel est le sens de nos conclusions.