

N° 446639

M. M K...

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 21 février 2022

Décision du 22 mars 2022

## CONCLUSIONS

### M. Philippe RANQUET, Rapporteur public

M. M K..., ressortissant de la RDC, déclare résider en France depuis 1986. Sa présence y est surtout attestée depuis 1994 par une série particulièrement fournie de condamnations pour divers délits, la plupart liés au trafic et à la consommation de stupéfiants. Les faits à l'origine de la présente affaire se situent presque aux deux extrémités de cette série. En 1997, après les trois premières condamnations, le préfet de police de Paris a décidé l'expulsion de M. K... en raison de la menace grave qu'il représente pour l'ordre public. Cet arrêté n'a jamais été abrogé mais n'a pas davantage été exécuté. Le 25 avril 2019, alors que M. K... sortait de détention à la suite de sa dernière condamnation en date, le préfet de l'Aube l'a placé en rétention et a décidé que pour l'exécution de l'arrêté d'expulsion, il serait éloigné vers la RDC.

Cette dernière décision a été annulée par la magistrate désignée du TA de Nancy, statuant selon la procédure d'urgence dite « à 48 heures ». Elle a estimé que la décision portait une atteinte excessive au droit de M. K... au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la convention EDH. Toutefois, la CAA de Nancy, saisie par le préfet, a été d'un avis contraire sur ce point et a inversé la solution, par l'arrêt contre lequel M. K... se pourvoit en cassation.

1. Ce n'est pas la question de fond, toutefois, qui a justifié l'inscription de la présente affaire à votre formation de jugement, mais plusieurs questions de procédure.

1.1. La première concerne les conditions dans lesquelles l'affaire a été examinée en première instance. Nous l'avons dit, elle l'a été en urgence par un juge unique, statuant sur le fondement de ce qui était alors le III de l'article L. 512-1 ancien du CESEDA. Aux termes de sa rédaction en vigueur à la date où M. K... a introduit son recours, cette procédure est applicable « *en cas de placement en rétention* », pour demander « *l'annulation de l'obligation de quitter le territoire français, de la décision refusant un délai de départ volontaire, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français ou d'interdiction de circulation sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant* ».

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Cette énumération commence par une mesure d'éloignement proprement dite (l'OQTF), mais se poursuit par des décisions qui ont la particularité de n'exister que pour l'exécution d'une mesure d'éloignement, pas toujours une OQTF, tout en constituant des actes juridiquement distincts, susceptibles d'être pris et contestés de manière séparée – la présente espèce en offre un exemple extrême à propos de la décision fixant le pays de destination (voir, justement sur ce type de décision, Ass., 6 novembre 1987, B..., n° 65590, A, et la reprise de cette jurisprudence par les articles L. 513-3 ancien et L. 721-3 nouveau du CESEDA).

Aussi avez-vous dû préciser la portée du III de l'article L. 512-1 en tranchant deux questions : cette procédure est-elle applicable à la contestation des décisions ainsi énumérées y compris lorsqu'elles ont pour objet d'exécuter une mesure d'éloignement autre qu'une OQTF ? L'est-elle si cette décision est contestée indépendamment de la mesure d'éloignement ? Votre avis du 29 octobre 2012, M. A..., n° 360584, A, donne une réponse invariablement reprise depuis, positive aux deux questions, mais sous une réserve : « *La procédure [...] est applicable, à l'égard des décisions mentionnées [...], quelle que soit la mesure d'éloignement, autre qu'un arrêté d'expulsion, en vue de l'exécution de laquelle le placement en rétention ou l'assignation à résidence ont été pris, y compris en l'absence de contestation de cette mesure* ».

**1.2.** Nous avons souligné la réserve qui exclut du champ de la procédure d'urgence tous les litiges concernant des mesures prises pour l'exécution d'un arrêté d'expulsion. Ce point n'était à vrai dire pas au cœur des débats sur la demande d'avis M. A..., il a été tranché dans le souci de régler la question posée de manière exhaustive et la solution retenue, si l'on se reporte aux conclusions de Damien Botteghi, a été regardée comme une évidence. Evidente, tout d'abord, au regard des textes pris en considération pour rendre l'avis de 2012 : le III de l'article L. 512-1 y était lu notamment en combinaison avec l'article R. 776-1 du CJA qui comportait une telle réserve en matière d'expulsion. Evidente, plus généralement, compte tenu du caractère particulier de l'expulsion en termes de fondement – l'ordre public – et d'effets – le champ plus restreint des étrangers protégés contre cette mesure d'éloignement.

Cela implique un examen plus approfondi que celui permis par la procédure d'urgence, et donc l'application du droit commun, c'est-à-dire le jugement en formation collégiale sauf quand les conditions pour statuer par ordonnance sont réunies. Certes, le requérant ne bénéficie de ce fait pas non plus de l'effet suspensif de la procédure spéciale, mais les recours en référé du livre V du CJA lui sont ouverts<sup>1</sup>. Et la contestation d'une mesure prise pour exécuter l'arrêté d'expulsion doit connaître le même sort, puisqu'elle est susceptible de soulever les mêmes questions. Ainsi, pour revenir au cas de la décision fixant le pays de destination et comme on le voit dans le présent dossier, il y a certes souvent débat sur un point qui dépend du pays retenu et n'a rien de spécifique aux étrangers expulsés : le respect de l'article 3 de la convention EDH, notamment au regard de l'état de santé de l'intéressé ; mais pour le reste, toute la discussion sur la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée et familiale ramène à la question de la menace pour l'ordre public.

---

<sup>1</sup> Les procédures d'urgence spéciales du CESEDA sont, au contraire, exclusives des procédures de référé du CJA (Sect., 13 décembre 2013, M. X..., n° 367533, A).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

**1.3.** En première instance, le recours de M. K... aurait donc dû être examiné en formation collégiale et non selon la procédure du III de l'article L. 512-1 ancien du CESEDA. Il y a sans doute des raisons pour que la ligne que nous venons d'exposer ait été perdue de vue, la moindre n'étant pas la mutabilité des textes à appliquer en la matière. Mais s'ils avaient encore changé de rédaction en 2016, ces changements n'étaient pas tels qu'ils remettent en cause votre avis de 2012 sur ce point. C'est d'autant moins le cas que depuis lors, la nouvelle rédaction du code énumère de façon exhaustive les hypothèses dans lesquelles les procédures spéciales prévues par le CESEDA s'appliquent à la contestation d'une décision fixant le pays de destination, à l'article L. 712-5 nouveau – et la mise en œuvre d'une expulsion n'y figure pas.

**2.1.** La présente affaire offre ainsi l'occasion de rappeler en termes plus développés ce qui n'était qu'une incise dans l'avis *M. A...* : l'application des procédures contentieuses de droit commun à un « bloc » formé des litiges contre les arrêtés d'expulsion et les décisions prises pour leur exécution comme la décision fixant le pays de destination.

Mais la méconnaissance de cette règle en première instance n'a pas été invoquée devant la cour, et ne l'était pas davantage dans le pourvoi. Aussi votre 2<sup>e</sup> chambre a-t-elle communiqué un MOP sur ce point. Il vient d'être repris à son compte par le requérant, avant la clôture de l'instruction. C'est donc, formellement, à son moyen que nous vous proposons de faire droit, et vous n'avez en toute rigueur pas à vous prononcer sur la question de savoir si le juge de cassation pouvait le soulever d'office. Rien ne vous l'interdit toutefois non plus, et pour notre part, nous croyons opportun de clarifier une question sur laquelle nous n'avons trouvé aucun précédent, sans doute parce qu'à chaque occasion le moyen communiqué a été repris : sommes-nous en présence de ce qu'on appelle un MOP « au carré » ?

**2.2.** Il n'y a bien sûr aucun doute que l'erreur commise en première instance pouvait et même devait être relevée d'office *au stade de l'appel*. La question du partage entre procédures à juge unique et procédure de droit commun a été abordée dans votre jurisprudence, selon les décisions, soit sous l'angle de la compétence du juge unique (c'est le cas dans l'avis *M. A...*), soit sous celui de la régularité de la formation de jugement (voir 16 janvier 1998, *Association « Aux amis des vieilles pierres d'Aiglemont »*, n°153558, B). Nous tendons à trouver ce second angle plus exact, puisque si l'affaire est portée à tort devant le magistrat désigné, cela reste la juridiction compétente qui statue – le TA – mais pas dans la formation requise. En tout état de cause, dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit de questions d'ordre public (voir, pour la composition de la formation de jugement, 9 mai 1961, *G...*, A et Sect., 12 octobre 2009, *M. P...*, n° 311641, A).

C'est *au stade de la cassation* que surgit la difficulté : faut-il relever, au besoin d'office, l'erreur de droit commise par le juge d'appel en ne relevant pas *lui-même* d'office l'incompétence ou la composition irrégulière en première instance ? Il paraît, dans un premier mouvement, assez intuitif de considérer qu'un MOP est aussi un MOP « au carré ». Mais cette intuition est démentie par plusieurs précédents, où vous avez identifié des règles d'ordre public dont la méconnaissance par les juges du fond ne se soulève pas d'office en cassation –

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

le rappel en a été dernièrement fait à l'occasion de la décision de section du 25 janvier 2021, *Csrts L...*, n° 425539, A, aux conclusions de Nicolas Polge.

**2.3.** Nous comprenons toutefois ces hypothèses comme autant d'exceptions, qui s'expliquent surtout par un enjeu propre à la cassation : ce sont des cas où soulever d'office le moyen suppose de porter une appréciation sur les pièces du dossier, alors que cela revient aux juges du fond. Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer : si la responsabilité sans faute de la puissance publique est engagée (Sect., 30 juillet 2003, *ADARC*, n° 215957, A) ; s'il y a lieu d'appliquer la jurisprudence *Mergui* (30 mars 2009, *Cne de Lamalou-les-Bains*, n° 293498, B) ; ou encore s'il faut attirer l'ONIAM dans la cause (décision *Csrts. L...* précitée). Il peut arriver que même la question de la composition régulière de la formation de jugement implique de porter une appréciation, par exemple quand est en débat le respect du principe d'impartialité – vos décisions en la matière, sans trancher complètement le point, se lisent plutôt en ce sens que le moyen peut être soulevé à tout moment par les parties, mais pas d'office par le juge de cassation (voir notamment Ass., 6 décembre 2002, *M. M...*, n° 239540, A).

Ici, toutefois, il s'agit simplement de savoir si compte tenu de la décision en litige, il faut emprunter la voie spéciale régie par le CESEDA ou celle du droit commun. Il n'y a aucune appréciation à porter sur les faits de l'espèce. Rien ne fait dès lors obstacle à ce que le MOP soit soulevé d'office en cassation, et vous pourrez le faire apparaître dans votre décision.

**3.1.** Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué pour n'avoir pas relevé la composition irrégulière de la juridiction de première instance. Nous vous proposons de renvoyer l'affaire à la CAA de Nancy, mais croyons utile, auparavant, d'attirer son attention sur une autre erreur de procédure qu'elle a commise, afin qu'elle ne la reproduise pas. Cette erreur était relevée dans le pourvoi, auquel vous n'avez plus à répondre sur ce point. Si toutefois vous souhaitez le faire également apparaître dans votre décision, l'effort serait modeste, car la question se présente quasiment comme un corollaire de celle de la formation de jugement.

Elle concerne la possibilité de dispense de conclusions du rapporteur public, possibilité dont il a été fait usage ici quand l'affaire est venue pour la première fois devant une formation collégiale, c'est-à-dire en appel. Aux termes du 4° de l'article R. 732-1-1 du CJA, une telle dispense peut être décidée dans les contentieux suivants : « *entrée, séjour et éloignement des étrangers, à l'exception des expulsions* ». Qu'en est-il alors d'un litige dirigé seulement contre une décision fixant le pays de destination pour mettre en œuvre un arrêté d'expulsion ?

**3.2.** On sait que vous regardez cette possibilité de dispense comme une dérogation aux garanties de droit commun assurées au justiciable. Par suite, vous faites une application rigoureuse de l'adage selon lequel le champ d'une dérogation s'interprète strictement (voir par exemple, pour les contentieux sur les taxes locales, 15 octobre 2015, *Sté Géciotel*, n° 365074-367506, A et 27 mars 2017, *Sté Auchan France*, n° 401205, B). Mais il est toujours plus délicat d'appliquer cet adage au cas d'une dérogation à la dérogation, comme ici pour déterminer ce que recouvrent les termes : « *à l'exception des expulsions* ».

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Nous n'avons pour notre part aucun doute que les décisions fixant le pays de destination, même si elles ne sont pas expressément mentionnées au 4° de l'article R. 732-1-1, sont des décisions concernant « l'éloignement » des étrangers. Quand elles mettent en œuvre toute mesure autre que l'expulsion, les litiges dirigés contre elles peuvent être dispensés de conclusions du rapporteur public (ce qui a au demeurant déjà été jugé par la 6<sup>e</sup> CJS le 19 décembre 2018, *M. Z...*, n° 416726, C). Mais quand elles interviennent pour exécuter un arrêté d'expulsion, la logique de « bloc » que nous avons exposée, consacrée par l'avis de 2012 *M. A...*, nous semble commander la solution contraire. On ne voit pas en effet pourquoi ces litiges suivraient le même sort que ceux contre l'arrêté d'expulsion lui-même, donc l'application du droit commun, quand il s'agit de déterminer la formation de jugement compétente, mais pas pour la dispense de conclusions.

C'est un signal que vous pourrez donc aussi adresser à la cour, en jugeant que ces litiges ne sont pas non plus au nombre de ceux où la dispense de conclusions est possible.

PCMNC :

- A l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- Au renvoi de l'affaire devant la CAA de Nancy ;
- Et à ce que la somme de 1 500 € soit mise à la charge de l'Etat, à verser à l'avocat de M. K... au titre des articles L. 761-1 du CJA et 37 de la loi du 10 juillet 1991.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*