

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR,
DE L'OUTRE-MER, DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE L'IMMIGRATION
SECRETARIAT GENERAL A L'IMMIGRATION ET A L'INTEGRATION

Paris, le 23 MARS 2011

Le ministre de l'intérieur,
de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration
à
Mesdames et Messieurs les préfets
Monsieur le préfet de police

n° NOR IOCV1108038C

OBJET : conséquences à tirer de l'avis contentieux du Conseil d'Etat du 21 mars 2011 sur la directive « retour »

P. J. : avis contentieux du Conseil d'Etat du 21 mars 2011

Par une décision lue le 21 mars 2011, le Conseil d'Etat vient de rendre un avis contentieux fixant la jurisprudence des tribunaux administratifs à propos de l'applicabilité de la directive du 16 décembre 2008 dite directive « retour » dans l'attente de sa transposition en droit interne.

Les présentes instructions sont destinées à vous préciser les conséquences à tirer, à titre transitoire, de cette décision, avant que n'intervienne la transposition de l'ensemble de la directive « retour » que permettra l'adoption prochaine, par le Parlement, du projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité.

1. La directive européenne 2008 / 115 / CE du 16 décembre 2008, dite directive « retour », relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dispose notamment (article 7, § 1) qu'en principe, tout étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement bénéficie d'un délai de départ volontaire avant que cette mesure puisse être mise à exécution d'office, sauf si l'étranger présente un risque de fuite, si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale ou encore, lorsque la mesure fait suite à un refus de séjour fondé sur la fraude ou sur le caractère manifestement infondé de la demande.

2. L'arrivée à échéance de la date limite de transposition de cette directive, le 24 décembre 2010, a donné lieu à des décisions divergentes des juges des libertés et de la détention et des tribunaux administratifs, sur l'applicabilité directe éventuelle de la directive suite à cette échéance. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat a été saisi de **deux demandes d'avis contentieux** sur les conditions d'application dans le temps de ce texte en ce qui concerne les mesures d'éloignement que vous prononcez.

3. Le Conseil d'Etat a rendu son avis le 21 mars 2011 ; cet avis dit le droit applicable au contentieux devant le juge administratif.

Aux termes de cet avis :

- les articles 7 et 8 de la directive « retour » sont d'application directe en ce qu'ils imposent que toute décision d'éloignement doit en principe être assortie d'un délai de départ volontaire qui doit être compris entre 7 et 30 jours (même sans demande de la part de l'étranger) ;

- les dispositions de la directive qui permettent de prononcer une mesure de reconduite à la frontière sans accorder de délai de départ volontaire à l'étranger au motif qu'il présente un risque de fuite (article 7 § 4), ne peuvent s'appliquer directement et ne pourront être appliquées, selon l'avis du Conseil d'Etat, qu'en étant explicitées par la loi nationale ; il n'est donc pas possible pour l'autorité administrative, dans l'attente de la transposition, de s'en prévaloir ;

- en revanche, le délai de départ volontaire peut, dès à présent, être refusé par l'autorité administrative lorsque ce refus est fondé sur une menace pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale ou lorsque la mesure fait suite à un refus de séjour fondé sur la fraude ou sur le caractère manifestement infondé de la demande.

4. D'un point de vue opérationnel, et dans l'attente de l'adoption du projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité qui réalise la transposition de la directive, il en résulte donc que :

a) vous n'avez pas à modifier votre pratique en ce qui concerne les obligations de quitter le territoire faisant suite à un refus de séjour (le droit en vigueur sur ce point est déjà conforme à la directive et prévoit un délai d'un mois pour un retour volontaire) ;

b) vous pouvez continuer à prendre des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF), lorsqu'ils sont fondés sur les 5°, 7° et 8° du II de l'article L 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), ces cas correspondant aux hypothèses envisagées par la directive « retour » (menace pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale ou lorsque la mesure fait suite à un refus de séjour fondé sur la fraude ou sur le caractère manifestement infondé de la demande), hypothèses qui sont considérées comme déjà transposées en droit français ; **ils sont, exécutoires immédiatement ;**

Il en va de même pour les APRF pris sur le fondement du 3° du II de l'article L. 511-1 du CESEDA (OQTF prise depuis plus d'un an toujours exécutoire), à la condition que l'OQTF initiale ait été prise conformément aux exigences de forme et de fond prévues par les dispositions des articles 7 et 12 de la directive.

c) quand un étranger entre dans l'un des autres cas où il peut faire l'objet d'un APRF (1° - entrée irrégulière en France -, 2° - maintien en France au-delà de la durée de validité du visa ou au-delà de la période de 3 mois à compter de l'entrée en France en cas de dispense de visa -, et 4° - maintien en France un mois après l'expiration d'un titre de séjour dont le renouvellement n'a pas été demandé - du II de l'article L. 511-1 du CESEDA), vous pouvez prendre un tel arrêté, **mais il ne sera pas procédé à l'exécution d'office avant un délai de sept jours révolus à compter de la notification de la décision, pour laisser à l'intéressé un délai de départ volontaire conforme à la directive « retour ».**

Vous mentionnerez systématiquement dans l'arrêté, pour respecter la directive « retour », que **la mise à exécution de la mesure d'éloignement est différée**, par un article distinct ainsi rédigé : "A l'expiration d'un délai de sept jours à compter de la notification du présent arrêté, celui-ci pourra être exécuté d'office".

En particulier, compte tenu des termes mêmes de l'avis du Conseil d'Etat, vous ne référerez pas à la notion de « risque de fuite » pour motiver vos arrêtés de reconduite à la frontière. Tant que cette notion n'aura pas été explicitée par la loi, elle ne peut pas être utilisée par l'administration pour refuser le délai de départ volontaire, quand bien même vous pourriez établir ce risque de fuite par des faits objectifs.

Par conséquent, l'étranger ne pourra, avant l'expiration du délai de sept jours révolus susmentionné, être placé en rétention ni assigné à résidence, la mesure d'éloignement n'étant pas exécutoire pendant cette période.

Ce n'est qu'une fois le délai de 7 jours expiré que l'étranger pourra donc être placé en rétention administrative dans les conditions de droit commun, ou assigné à résidence sur le fondement de l'article L. 513-4 du CESEDA, c'est-à-dire lorsque l'éloignement est temporairement impossible faute d'avoir trouvé un pays de renvoi où l'étranger peut être reconduit sans risque pour lui-même.

Vous pourrez soumettre l'étranger, **lorsque les conditions sont réunies, à un contrôle dactyloscopique au fichier Eurodac** (au titre de l'article 11 du règlement 2725 / 2000 du 11 décembre 2000), afin de vérifier si une remise à un autre Etat membre de l'Union européenne peut être effectuée.

L'étranger faisant l'objet d'un APRF pourra également être inscrit au fichier des personnes recherchés, sans délai, à compter de la notification de la mesure, conformément aux dispositions du décret n°2010-569 du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées.

Enfin, vous pourrez également indiquer à l'étranger auquel un délai de départ volontaire de sept jours a été accordé qu'il peut demander le bénéfice de l'aide au retour versée par l'Office français de l'immigration et de l'intégration.

Je rappelle, par ailleurs, la possibilité qui est ouverte, en tant que de besoin et dès lors que cela ne fait pas obstacle à l'exercice du droit au départ volontaire, par l'article L. 611-2 du CESEDA relatif à la rétention du passeport des étrangers en situation irrégulière, faculté dont il peut être fait application dans les conditions précisées par ma circulaire du 30 avril 1997.

5. En dernier lieu, s'agissant des départements frontaliers, le recours à la procédure de **réadmission simplifiée auprès de l'Etat voisin** doit être activé, lorsqu'elle est prévue, conformément aux stipulations des accords bilatéraux en vigueur.

6. La transposition de la directive « retour » sera assurée par l'adoption de la loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité actuellement en discussion au Parlement. Ce texte a été adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 15 mars 2011 et sera examinée par le Sénat en avril.

Dans l'intervalle de cette transposition, vous voudrez bien vous conformer aux présentes instructions, qui sont d'application immédiate.

7. Pour les arrêtés qui sont contestés devant le tribunal administratif ou pour lesquels le délai de recours n'est pas expiré, je vous demande de les retirer et de les reprendre en vous conformant aux présentes instructions.

8. Mes services se tiennent à votre disposition pour les difficultés juridiques soulevées par cette situation. Elle n'en rend que plus nécessaire la mobilisation de vos services pour mener à bien toutes les procédures qui pourront l'être.

Pour le ministre et par délégation,
le secrétaire général à l'immigration et à l'intégration,



Stéphane Fratacci

CONSEIL D'ETAT

REPUBLIQUE FRANÇAISE

Nos 345978,346612

M. [REDACTED] et M. [REDACTED]

Mme Stéphanie Gargoullaud
Rapporteur

Le Conseil d'Etat,
(Section du contentieux, 2ème et 7ème sous-sections réunies)

M. Frédéric Lenica
Rapporteur public

Sur le rapport de la 2ème sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 7 mars 2011
Lecture du 21 mars 2011

Vu, 1° sous le n° 345978, le jugement n° 1100323 du 20 janvier 2011, enregistré le 21 janvier 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, par lequel le tribunal administratif de Montreuil, avant de statuer sur la demande de M. [REDACTED] tendant, d'une part, à l'annulation de l'arrêté du 14 janvier 2011 par lequel le préfet de la Seine-Saint-Denis a décidé sa reconduite à la frontière et fixé le pays de destination, ainsi que de l'arrêté du même jour par lequel le préfet de la Seine-Saint-Denis l'a placé en rétention administrative, d'autre part, à ce qu'il soit enjoint au préfet de lui délivrer sous astreinte une autorisation provisoire de séjour, a décidé, par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen la question suivante : « Les dispositions des articles 7 et 8 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sont-elles précises et inconditionnelles et, par suite, directement invocables en droit interne en l'absence de transposition par le législateur ? » ;

Vu les observations, enregistrées le 3 février 2011, présentées par M. [REDACTED] ;

Vu les observations, enregistrées le 3 février 2011, présentées par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ;

Vu, 2° sous le n° 346612, le jugement n° 1100870 du 10 février 2011, enregistré le 11 février 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, par lequel le tribunal administratif de Montreuil, avant de statuer sur la demande de M. [REDACTED] tendant, d'une part, à l'annulation de l'arrêté du 3 février 2011 par lequel le préfet de la Seine-Saint-Denis a décidé sa reconduite à la frontière, d'autre part, à ce qu'il soit enjoint au préfet de lui délivrer un titre de séjour temporaire dans le délai d'un mois suivant la notification du jugement à intervenir, a décidé, par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen la question suivante : « Lorsque la décision ordonnant la reconduite à la frontière d'un étranger ne prévoit pas un délai approprié pour le départ de l'intéressé, les dispositions du II de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui ne prévoient aucun délai, sont-elles compatibles avec les stipulations des articles 7 et 8 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 ? »

Vu les observations, enregistrées le 15 février 2011, présentées par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ;

M. [REDACTED] ;
Vu les observations, enregistrées le 18 février 2011, présentées par

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 7 mars 2011, présentée par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ;

Vu la Constitution, notamment son article 88-1 ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Vu le code de justice administrative, notamment son article L. 113-1 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Stéphanie Gargoullaud, chargée des fonctions de Maître des Requêtes,

- les conclusions de M. Frédéric Lenica, Rapporteur public ;

Rend l'avis suivant :

1. Le Parlement européen et le Conseil ont pris, le 16 décembre 2008, une directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

L'article 7 de cette directive, relatif au « départ volontaire », dispose que : « 1. La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4. Les États membres peuvent prévoir dans leur législation nationale que ce délai n'est accordé qu'à la suite d'une demande du ressortissant concerné d'un pays tiers. Dans ce cas, les États membres informent les ressortissants concernés de pays tiers de la possibilité de présenter une telle demande. / Le délai prévu au premier alinéa n'exclut pas la possibilité, pour les ressortissants concernés de pays tiers, de partir plus tôt. / 2. Si nécessaire, les États membres prolongent le délai de départ volontaire d'une durée appropriée, en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, telles que la durée de séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux. / 3. Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire. / 4. S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours ». Le 7) de l'article 3 de la même directive définit ce « risque de fuite » comme « le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite ».

L'article 8 de la même directive, intitulé « éloignement », dispose, quant à lui, que : « 1. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire conformément à l'article 7, paragraphe 4, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'article 7. / 2. Si un État membre a accordé un délai de départ volontaire conformément à l'article 7, la décision de retour ne peut être exécutée qu'après expiration de ce délai, à moins que, au cours de celui-ci, un risque visé à l'article 7, paragraphe 4, apparaisse. / 3. Les États membres peuvent adopter une décision ou un acte distinct de nature administrative ou judiciaire ordonnant l'éloignement (...) ».

Enfin, l'article 12, paragraphe 1, de la directive dispose que : « Les décisions de retour (...) sont rendues par écrit, indiquent leurs motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles ».

2. La transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle. Pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques. Tout justiciable peut, en conséquence, faire valoir, par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives, y compris en ce qu'elles ne prévoient pas des droits ou des obligations prévues par ces dernières. Il peut également se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires.

S'agissant de la directive du 16 décembre 2008, le délai imparti aux Etats membres pour la transposer expirait, en vertu du paragraphe 1 de son article 20, le 24 décembre 2010.

3. Il résulte clairement de l'article 7 de la directive du 16 décembre 2008 qu'une décision de retour doit indiquer le délai, approprié à chaque situation, dont dispose le ressortissant d'un pays tiers pour quitter volontairement le territoire national, sans que ce délai puisse être inférieur à sept jours, sauf dans les cas prévus au paragraphe 4 du même article, ni être supérieur à trente jours, à moins que des circonstances propres à la situation de l'étranger ne rendent nécessaire une prolongation de ce délai, comme le prévoit le paragraphe 2 du même article.

Il résulte aussi clairement de l'article 8 de la directive que les Etats membres prennent toutes les mesures pour mettre à exécution une décision de retour ne comportant, lorsque cela est autorisé, aucun délai ou lorsque le délai laissé au ressortissant de pays tiers est expiré, à moins que l'un des risques mentionnés à l'article 7, paragraphe 4, n'apparaisse au cours de ce délai, auquel cas la décision de retour peut être immédiatement exécutée.

Les dispositions du II de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, en ce qu'elles n'imposent pas qu'une mesure de reconduite à la frontière soit assortie d'un délai approprié pour le départ volontaire d'un ressortissant de pays tiers dans des cas autres que ceux prévus à l'article 7, paragraphe 4, de la directive, sont incompatibles avec les objectifs de ses articles 7 et 8. Les dispositions de la directive ne font toutefois pas obstacle à ce qu'une mesure de reconduite à la frontière soit prise à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers dans les cas prévus aux 1°, 2° et 4° du II de l'article L. 511-1, dès lors que cette mesure est assortie d'un délai de retour approprié à la situation de l'intéressé et supérieur à sept jours. Elles ne font pas non plus obstacle à ce qu'une mesure de reconduite à la frontière soit prise, sans être assortie d'un tel délai, dans les cas prévus aux 5°, 7° et 8° du même II de l'article L. 511-1, à la condition que ce délai réduit, voire l'absence de délai, soient justifiés par la situation du ressortissant de pays tiers. Il en va de même dans le cas prévu au 3° du II, à la condition que l'obligation initiale de quitter le territoire ait été prise conformément aux exigences de forme et de fond prévues par les dispositions des articles 7 et 12 de la directive.

4. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que les dispositions d'une directive sont suffisamment précises dès lors qu'elles énoncent une obligation dans des termes non équivoques et qu'elles sont inconditionnelles lorsqu'elles

énoncent un droit ou une obligation qui n'est assorti d'aucune condition ni subordonné, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte soit des institutions de l'Union européenne, soit des Etats membres.

La Cour a aussi indiqué, notamment dans son arrêt du 19 janvier 1982 rendu dans l'affaire 8/81, Ursula Becker, que la circonstance qu'une directive comporte, pour les Etats membres, une marge d'appréciation plus ou moins grande pour la mise en œuvre de certaines de ses dispositions ne saurait empêcher les particuliers d'invoquer les dispositions de cette directive qui, compte tenu de leur objet propre, en sont divisibles et peuvent être appliquées séparément. Cette garantie minimale, en faveur des justiciables lésés par l'inexécution de la directive, découle du caractère contraignant de l'obligation de transposition imposée aux Etats membres, laquelle serait privée de toute efficacité s'il était permis à ces derniers de faire obstacle, par leur carence, aux effets qu'en fonction de leur contenu, certaines dispositions d'une directive sont susceptibles de produire.

5. Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que les articles 7 et 8 de la directive énoncent des obligations en des termes non équivoques, qui ne sont assorties d'aucune condition et ne sont subordonnées dans leur exécution ou dans leurs effets à l'intervention d'aucun acte des institutions de l'Union européenne ou des Etats membres.

A cet égard, la faculté laissée aux Etats membres par le paragraphe 1 de l'article 7 de la directive de prévoir que le délai de retour ne sera accordé qu'à la demande du ressortissant d'un pays tiers ne fait pas obstacle au caractère inconditionnel et suffisamment précis de ces dispositions, dès lors que, si l'Etat membre n'a pas prévu des dispositions en ce sens dans sa législation nationale, il est réputé ne pas avoir exercé la faculté qui lui est ainsi offerte par la directive.

De même, aussi longtemps que l'Etat n'a pas fixé dans sa législation nationale, ainsi que l'imposent les dispositions du 7) de l'article 3 de la directive du 16 décembre 2008, les critères objectifs sur la base desquels doit être appréciée l'existence d'un « risque de fuite », il ne peut pas se prévaloir de l'exception prévue par le paragraphe 4 de l'article 7 dans une telle hypothèse. Dès lors que les autres dispositions de l'article 7 peuvent trouver à s'appliquer sans cette exception, cette dernière doit être considérée comme divisible. Ainsi qu'il a été dit plus haut, l'Etat ne saurait se prévaloir de son propre manquement dans la transposition de celles des dispositions de la directive pour lesquelles il pouvait mettre en œuvre une marge d'appréciation.

Il en résulte que les dispositions des articles 7 et 8 de la directive du 16 décembre 2008, qui sont inconditionnelles et suffisamment précises, sont susceptibles d'être invoquées par un justiciable à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire.

6. Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Montreuil, à M. [REDACTED], à M. [REDACTED] et au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration.

Il sera publié au Journal officiel de la République française.

Délibéré dans la séance du 7 mars 2011 où siégeaient : M. Jacques Arrighi de Casanova, Président adjoint de la Section du Contentieux, Président ; M. Edmond Honorat, M. Rémy Schwartz, Présidents de sous-section ; Mme Dominique Laurent, M. Denis Prieur, M. Gilles Bardou, M. Jacques-Henri Stahl, M. François Delion, Conseillers d'Etat et Mme Stéphanie Gargoullaud, chargée des fonctions de Maître des Requêtes-rapporteur.

Lu en séance publique le 21 mars 2011.

Le Président :

Signé : M. Jacques Arrighi de Casanova

Le rapporteur :

Signé : Mme Stéphanie Gargoullaud

Le secrétaire :

Signé : Mme Nabila Ammar-Khodja

Pour expédition conforme,

Le secrétaire