

Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux : droit d'être entendu (Directive 2008/115/CE et PGDUE)

Marie-Laure Basilien-Gainche, Tania Racho

▶ **To cite this version:**

Marie-Laure Basilien-Gainche, Tania Racho. Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux : droit d'être entendu (Directive 2008/115/CE et PGDUE). Lettre Actualités Droits-Libertés, 2014, http://revdh.revues.org/957. 10.4000/revdh.957 . hal-01084105

HAL Id: hal-01084105
https://hal.science/hal-01084105

Submitted on 19 Nov 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La Revue des droits de l'homme

Actualités Droits-Libertés

Marie-Laure Basilien-Gainche et Tania Racho

Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux

Droit d'être entendu (Directive 2008/115/CE et PGDUE)

Avertissement
Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.
Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.
Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

revues.org

Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le Cléo, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Référence électronique
Marie-Laure Basilien-Gainche et Tania Racho, « Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 novembre 2014, consulté le 18 novembre 2014. URL : http://revdh.revues.org/957

Éditeur : Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)
http://revdh.revues.org
http://www.revues.org

Document accessible en ligne sur :
http://revdh.revues.org/957
Document généré automatiquement le 18 novembre 2014.
Tous droits réservés

Marie-Laure Basilien-Gainche et Tania Racho

Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux

Droit d'être entendu (Directive 2008/115/CE et PGDUE)

1 Les faits d'espèce sont déterminants pour bien saisir les enjeux sur le terrain du droit d'être entendu dans la procédure d'asile qui, selon la Cour de justice, rejaillit ici sur la procédure d'éloignement (malgré l'autonomie en droit français des deux procédures). Arrivée en France le 10 septembre 2009, la requérante, Sophie Mukarubega, a entamé la procédure de demande d'asile le 4 décembre 2009 et a alors été admise au séjour par la préfecture. Sa demande d'asile a été rejetée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) le 21 mars 2011, après son audition (portant sur son récit d'asile et en aucun cas sur son droit au séjour ou sur la procédure d'éloignement). Elle a ensuite contesté la décision de l'OFPRA devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), qui l'a auditionnée dans le cadre d'une audience publique le 17 juillet 2012, portant là aussi exclusivement sur son récit d'asile. Ce recours a été rejeté le 30 août 2012, par décision notifiée le 10 septembre 2012.

2 Le 20 septembre 2012, la requérante se présentait spontanément au service des étrangers de la Préfecture de Police de Paris afin de remettre un dossier de demande d'admission au séjour pour motifs « *exceptionnels et humanitaires* », en se prévalant de l'exercice d'un emploi durant une durée de 24 mois. Elle a alors essuyé un « refus guichet » mais sa demande d'admission exceptionnelle au séjour a alors été adressée par courrier par son avocat à la préfecture le 28 septembre 2012 – élément que ne prend absolument pas en compte la CJUE dans sa décision.

3 Le 26 octobre 2012, sans entendre l'intéressée sur d'éventuels changements de circonstances ayant trait à sa demande de séjour introduite plus de trois années auparavant ou sur les conséquences de la mesure d'éloignement, le Préfet de Police de Paris prenait à l'encontre de la requérante une décision de refus de séjour ainsi qu'une décision l'obligeant à quitter le territoire français (OQTF). Cette décision était prise automatiquement à la suite de la décision de refus d'accorder une protection internationale de la CNDA, et ce alors même que le préfet ne se trouve pas en situation de compétence liée.

4 Dans le délai de recours contentieux, l'intéressée a sollicité le bénéfice de l'aide juridictionnelle afin de contester la décision de refus de séjour et la décision de retour du préfet de Police. Le 4 mars 2013, elle a été interpellée à l'aéroport de Roissy Charles de Gaulle alors qu'elle s'apprêtait à embarquer pour le Canada muni de faux documents. Cet événement a justifié son placement en garde à vue et son audition au cours de laquelle les services de police ont effectué un examen sommaire de sa situation. Cette garde à vue a débouché le 5 mars 2013 sur l'édiction par le préfet de deux arrêtés, le premier la plaçant en rétention, et le second édictant une nouvelle OQTF sans délai cette fois-ci compte tenu du risque de fuite.

5 La requérante faisait en effet valoir que les décisions préfectorales ont été prises sans qu'elle puisse être utilement entendue, ce qui est contraire aux exigences du droit de l'Union en particulier au principe général du droit de l'Union de respect des droits de la défense. Certes, ce droit n'est pas expressément consacré dans la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Mais **en édictant une OQTF sur le fondement de l'article L.511-1 du CESEDA, qui découle de** la loi du 16 juin 2011 **venue transposer cette directive, le Préfet s'est placé dans le champ du droit de l'UE** (CAA de Lyon, 14 mars 2013, Préfet de l'Ain c/ Luc B.G., n° 12LY02737, cons. 10) ; **par là même, il se devait d'appliquer ce principe général ainsi que son corollaire, le droit d'être entendu**[1]. Cela a d'ailleurs récemment confirmé le Conseil d'Etat avant même la décision de la CJUE selon lequel « *le droit d'être entendu implique que l'autorité préfectorale, avant de prendre à l'encontre d'un étranger une décision portant obligation de quitter le territoire français, mette l'intéressé à*

même de présenter ses observations écrites et lui permette, sur sa demande, de faire valoir des observations orales, de telle sorte qu'il puisse faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue sur la mesure envisagée avant qu'elle n'intervienne » (CE 4 juin 2014, M. A. B., n° 370515, pt 7, AJDA 2014. 1501, concl. X. Domino)[2].

6 Une fois l'application du droit de l'Union reconnue (quoique l'évidence se soit heurtée à de sérieuses et curieuses résistances[3]), se pose la question de savoir dans quelle mesure les droits fondamentaux du droit de l'Union européenne doivent être mis en œuvre dans le cadre des procédures concernées. C'est ainsi que le Tribunal administratif de Melun demande à la Cour de justice si le droit d'être entendu, tel que protégé par l'article 41 de la Charte et le principe général du respect des droits de la défense, s'applique aux décisions de retour, y compris lorsqu'un risque de fuite existe. Ce dernier point, le risque de fuite, n'est pas abordé par la Cour de justice de l'Union européenne qui se concentre sur l'application du droit d'être entendu aux décisions de retour.

7 Le Tribunal demande également, au cas où le droit d'être entendu n'aurait pas été respecté pendant la procédure, si l'effet suspensif de la saisine du Tribunal permettrait de remédier aux éventuelles carences de la procédure de retour. Le Conseil d'État avait en effet admis cette pratique depuis le début des années 1990 (CE, Sect, 19 avril 1991, Préfet de police c/ Demir, n° 120435 ; AJDA 1991. 641, concl. contr. A.-M. Leroy, Lebon ; CE, 14 mars 2001, Boulahas, n° 208923, au Lebon). La Cour de justice ne répond pas non plus à cette question puisque, comme nous le verrons, elle estime que dans le cas qui lui est soumis, le droit d'être entendu a été respecté. L'Avocat Général Melchior Wathelet s'attarde un peu plus sur ce point en précisant, comme la logique le commande, que « *le caractère suspensif à l'encontre de cette décision de retour ne peut [...] couvrir rétroactivement le non-respect de l'article 41 de la Charte par les autorités administratives nationales* »[4] (v. pt 96 des conclusions).

8 C'est donc sur la première question préjudicielle que l'analyse présentée se concentre. Il est à relever que le Conseil d'Etat s'était positionné récemment sur le sujet : « *dans le cas prévu au 3° du I de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, où la décision faisant obligation de quitter le territoire français est prise concomitamment au refus de délivrance d'un titre de séjour, l'obligation de quitter le territoire français découle nécessairement du refus de titre de séjour ; que le droit d'être entendu n'implique alors pas que l'administration ait l'obligation de mettre l'intéressé à même de présenter ses observations de façon spécifique sur la décision l'obligeant à quitter le territoire français, dès lors qu'il a pu être entendu avant que n'intervienne la décision refusant de lui délivrer un titre de séjour* » (CE 4 juin 2014, M. A. B., n° 370515, pt 7, AJDA 2014. 1501, concl. X. Domino)[5]. Or, la Cour de Luxembourg reprend dans son arrêt *Mukarubega* la position du Conseil d'Etat, quand elle répond au Tribunal administratif de Melun. Ce dernier vise simultanément la Charte des droits fondamentaux et le principe général du droit de l'Union de respect des droits de la défense, sans demander s'ils sont applicables ce qui doit pourtant être précisé (**1**°), pour déterminer la portée du droit d'être entendu dans les décisions de retour (**2**°).

1°/ - Une précision nécessaire : l'applicabilité du respect des droits de la défense aux OQTF

9 Une précédente lettre d'actualité relative à la question préjudicielle du Tribunal administratif de Melun a rappelé l'évolution de la jurisprudence administrative relative à l'application des exigences de la procédure contradictoire au contentieux des étrangers. En effet, le Conseil d'État avait estimé que l'administration n'avait pas à garantir une procédure contradictoire préalable compte tenu des garanties apportées dans le cadre de la procédure contentieuse (pt 16 de l'arrêt).

10 L'application du droit d'être entendu, issu du droit de l'Union européenne, à une procédure de retour n'est pas une évidence, d'autant que la directive 2008/115/CE ne prévoit pas directement cette exigence. Il faut donc d'abord déterminer l'origine du droit d'être entendu en expliquant pourquoi l'article 41 de la Charte n'est pas applicable (**A**) et le cadre du principe général du droit de respect des droits de la défense qui permet au droit d'être entendu d'exister dans cette procédure (**B**).

A – L'inapplication de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux aux procédures nationales des États membres

11 Même si ce point est rapidement balayé par la Cour de justice (pts 43 et 44 de l'arrêt), il est intéressant de s'y attarder car cette question a fait débat devant les juridictions administratives françaises compte tenu d'une formulation ambigüe de l'arrêt M.M du 22 novembre 2012. La Charte, dont la valeur de droit primaire a été reconnue avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, affirme explicitement que « *le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait defavorablement ne soit prise a` son encontre* » doit être respecté. C'est à l'**article 41 § 2 a) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** que l'on retrouve cette obligation, en tant que composante du **droit à la bonne administration** plus largement consacré par l'article 41. Ce dernier prévoit : « *Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un delai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union* », en listant ensuite les différents aspects de cette bonne administration : le droit d'être entendu, le droit d'accès à son dossier, l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions, le droit à la réparation des dommages causés par l'Union et le droit de s'adresser aux institutions dans une des langues reconnue par le traité.

12 La première difficulté est ici évidente : **l'article 41 paraît être limité aux actions des institutions**, **organes et organismes de l'Union**. Les États membres ne seraient donc logiquement pas soumis à ces exigences de bonne administration. Néanmoins, au sein des dispositions générales régissant l'interprétation de la Charte, se trouve l'**article 51**. Cet article transversal encadre l'applicabilité de la Charte en précisant que celle-ci a vocation à s'adresser aux États membres « *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ».

13 La confrontation de ces deux dispositions a paru déstabiliser les juges administratifs, même s'il faut plus largement souligner l'effort de prise en compte de la Charte. Ainsi, différentes formulations sont utilisées dans les arrêts, principalement venant de cours administratives d'appel : l'article 41 ne permet pas de contester un acte d'une autorité administrative d'un État membre[6] ; n'est pas applicable aux décisions individuelles prises par les États membres[7] ; ne s'applique qu'aux mesures individuelles des institutions de l'Union[8] ; ne concerne que le droit des personnes dans leur rapport avec les institutions de l'Union[9] ; ne porte que sur les mesures individuelles des institutions et non des États membres, même lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union[10] ; ne concerne que les décisions prises par les institutions et organes de l'Union[11] ; s'applique uniquement aux relations entre institutions de l'Union et administrations ; et même ne saurait être regardé comme procédant d'un principe général du droit de l'Union[12].

14 La Cour de justice a participé à cette confusion : dans son arrêt M.M.[13], elle a en effet conclu, après avoir présenté l'article 41 § 2 (pt 83 de l'arrêt), que « *Force est de constater que, ainsi qu'il résulte de son libellé même, cette disposition est d'application générale* ». La Cour a semblé de la sorte élargir la portée de l'article 41. Toutefois, le raisonnement de l'arrêt se poursuit sur le fondement du principe général du droit et non sur la Charte puisque la Cour ne cite que des arrêts précédant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

15 **L'arrêt *Mukarubega* peut donc être considéré comme ayant le mérite (c'est là le seul) de clarifier la source du droit d'être entendu lorsque sont en cause des procédures nationales**. En effet, la Cour de justice précise : « *il résulte clairement du libellé de l'article 41 de la Charte que celui-ci ne s'adresse non pas aux États membres, mais uniquement aux institutions, aux organes et aux organismes de l'Union* »[14], et ceci contrairement à l'avis de l'Avocat Général selon lequel « *Il ne me paraîtrait pas cohérent ni conforme à la jurisprudence de la Cour que le libellé de l'article 41 de la Charte puisse ainsi introduire une exception à la règle prescrite par l'article 51 de celle-ci, qui permettrait aux États membres de ne pas appliquer un article de la Charte, même lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* » (point 56 des conclusions). **La Cour de justice n'écarte pas pour autant l'application du droit d'être entendu : il affirme que, pour les procédures d'OQTF en question, la source de**

l'application du droit n'est pas la Charte, mais le principe général du droit de l'Union qui concerne le respect des droits de la défense.

16 Ce n'est donc pas l'article 41 § 2 de la Charte mais le principe général du droit de l'UE qui vient combler les lacunes de la directive 2008/115/CE s'agissant du droit d'être entendu dans les procédures de retour. La Cour de justice le relève : « *si les auteurs de la directive 2008/115 ont ainsi entendu encadrer de manière détaillée les garanties accordées aux ressortissants de pays tiers concernés en ce qui concerne les décisions de retour, les décisions d'interdiction d'entrée et les décisions d'éloignement, ils n'ont pas, en revanche, précisé si, et dans quelles conditions, devait être assuré le respect du droit de ces ressortissants d'être entendus ni les conséquences qu'il conviendrait de tirer de la méconnaissance de ce droit* » (pt 41 de l'arrêt). L'Avocat Général ose même s'étonner dans ses conclusions des vides laissées par la directive en la matière : « *On ne peut manquer d'être surpris par l'absence d'une telle procédure spécifique dans la directive 2008/115 au vu de l'impact important qu'une décision de retour peut avoir sur la vie d'un être humain, alors que pareille procédure a été mise au point pour assurer le respect du droit d'être entendu dans la matière des droits de douane et de la concurrence* » (voir note de bas de page n° 16 des conclusions).

B – L'application du principe général du droit de l'Union de respect des droits de la défense comprenant le droit d'être entendu

17 Le droit d'être entendu, lorsque la Charte n'est pas applicable, relève en réalité du principe général du droit de l'Union de respect des droits de la défense (pt 45 de l'arrêt). La Cour se réfère d'ailleurs plus largement au principe fondamental de l'Union (pt 42 de l'arrêt). L'utilisation de cette terminologie implique-t-elle que le respect des droits de la défense représente un principe général du droit particulièrement important ? Des arrêts antérieurs de la Cour renvoient également à cette expression[15]. De surcroît, au sein du traité de Lisbonne, on retrouve ces termes à la suite de la déclaration n° 17 relative au principe de primauté, principe fondamental car « *inhérent à la nature particulière de la Communauté* »[16]. Enfin, les explications du *praesidium* estiment que l'égalité en droit de l'article 20 de la Charte est un principe fondamental. En dehors de ces quelques exemples, l'expression renvoie habituellement plutôt aux libertés de circulation en tant que libertés fondamentales.

18 Cette terminologie particulière appliquée aux droits fondamentaux pourrait être analysée comme la volonté d'un changement de paradigme au sein de l'Union européenne proposé par le juge de l'Union, suggérant une hiérarchie parmi les principes généraux du droit de l'Union certains se trouvant élevés au statut de principes fondamentaux, impliquant de ce fait une exigence accrue en terme de respect, de contrôle et de sanction en cas de violation. Pour ce qui est du principe fondamental de respect des droits de la défense, il semble réunir l'article 41 de la Charte - le droit à une administration - l'article 47 de la Charte - le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial - et l'article 48 de la Charte - garantie de la présomption d'innocence et des droits de la défense (pt 43 de l'arrêt).

19 Quoi qu'il en soit, et seul l'avenir nous dira si la notion de principe fondamental a une vocation plus large que celle de principe général du droit, le droit d'être entendu est reconnu applicable en l'espèce. Comme le rappelle la Cour (pt 50 de l'arrêt), les principes généraux du droit de l'Union doivent être respectés dès lors que les mesures contestées entrent dans le champ d'application du droit de l'Union. L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux conditionne son application à la mise en œuvre du droit de l'Union. Même si la Cour de justice a tendance à appliquer largement l'idée d'une mise en œuvre[17], il est plus aisé de démontrer qu'une mesure entre dans le champ d'application du droit de l'Union. Les principes généraux du droit semblent alors plus facilement reconnus applicables à des procédures internes que la Charte des droits fondamentaux.

20 Deux aspects nous intéressent dans cette espèce. D'une part, les OQTF sont réglementées par les dispositions du CESEDA qui ont transposé la directive 2008/115/CE, ce qui permet déjà d'être dans le champ d'application du droit de l'Union (pts 55 à 59 de l'arrêt). D'autre part, certains aspects de la procédure de retour ne sont pas prévus par la directive ce qui implique qu'ils relèvent de l'autonomie procédurale des États membres. Cette absence du droit

d'être entendu dans la directive avait déjà été analysée par le Conseil d'État comme relevant de l'autonomie procédurale des États membres[18]. Cette autonomie est limitée par le respect des principes d'effectivité et d'équivalence, qui permettent d'entrer à nouveau dans le champ d'application du droit de l'Union, puisque vérifiés par la Cour (pts 51 et 52 de l'arrêt). En effet, lorsque le droit de l'Union ne prévoit pas de règles précises, chaque État redevient libre quant à la procédure à adopter (au titre de son autonomie procédurale) et quant aux institutions compétentes (au titre de son autonomie institutionnelle). En revanche, la Cour de justice, afin d'assurer une certaine harmonisation, peut contrôler ces autonomies à l'aune des principes d'effectivité – « *ces modalités ne doivent pas en pratique faire obstacle à l'exercice des droits de source européenne* »[19] – et d'équivalence – « *les modalités procédurales nationales de règlement des litiges dans lesquels des normes européennes sont invoquées ne peuvent être moins favorables que celles concernant les recours similaires fondés sur des normes d'origine interne* »[20].

21 Ainsi, les principes généraux du droit de l'Union permettent, en l'espèce, aux droits de la défense d'être appliqués, prouvant *a minima* que cette catégorie de source de droits fondamentaux ne va pas disparaître du fait de l'existence de la Charte. Le droit d'être entendu est donc applicable grâce au principe général du droit de l'Union de respect des droits de la défense. La question est alors de déterminer quelle est la portée de ce droit dans le cadre des procédures de retour. Une personne faisant l'objet d'une OQTF doit-elle être préalablement, utilement et spécifiquement entendue préalablement à l'adoption d'une décision qui serait délivrée à son encontre ?

2°/ - Un déni discutable : la restriction de la portée du droit d'être entendu dans le cadre de la procédure d'éloignement

22 Le grief de la requérante à l'encontre de la procédure de retour, que lui ont appliquée les autorités françaises dans cette affaire, est de ne pas avoir été entendue au sujet des conséquences de son OQTF mais seulement au cours de la procédure d'asile (s'agissant des craintes de persécutions) ou lors de sa garde à vue (s'agissant de l'utilisation du faux passeport), alors qu'un changement de circonstance est intervenu entre la demande de titre de séjour en 2009 et l'édiction d'OQTF fin 2012 et en 2013.

23 Comme le souligne à juste titre Hiroshi Motomura outre-Atlantique, « *les décisions de procédure sont souvent le seul moyen de prendre au sérieux les droits fondamentaux* »[21]. Ainsi, la reconnaissance d'une carence dans la procédure pourrait donner lieu à une annulation de l'OQTF, comme il a pu être décidé par une Cour administrative d'appel dans le cadre certes différent du placement en rétention. En effet, la CAA de Nancy a annulé un arrêté préfectoral de placement en rétention administrative pour violation du droit d'être entendu en se fondant sur l'article 41 de la Charte[22], dont il a été préalablement montré qu'il n'est pas applicable à la procédure nationale aux yeux de la Cour de justice dans l'arrêt ici commenté. Or en déterminant la portée du droit d'être entendu (**A**), la Cour fait primer sans sourciller l'objectif de lutte contre l'immigration illégale dont la conception et l'application se révèlent chaque jour critiquables et critiquées, sur l'exigence du respect d'un droit pourtant hissé au rang de principe fondamental du droit de l'Union (**B**).

A – Un arrêt illogique : l'association inquiétante de l'examen de la demande d'asile et de la décision de retour en une seule procédure

24 La question de fond que posait le Tribunal administratif était de savoir si Sophie Mukarubega avait été entendue préalablement à l'adoption des décisions d'éloignement prises à son encontre. Étant donné que la directive 2008/115/CE ne s'intéresse pas à cet aspect, la portée exacte de la nécessité d'être entendu au sens du principe général du droit de l'Union est incertaine. **L'incertitude porte sur deux points : le moment où la requérante doit être entendu et par qui celle-ci doit être entendue**. **La Cour de justice ne statue que sur le moment pour la requérante d'être entendue.**

25 **L'article 6 § 1 de la directive 2008/115/CE oblige les États membres à prendre des décisions de retour à l'encontre de personnes en séjour irrégulier. L'article 6 § 6 de**

la directive précise que la décision de fin de séjour peut être prise « *en même temps qu'une décision de retour et/ou une décision d'éloignement et/ou d'interdiction d'entrée* ». La directive permet ainsi aux autorités compétentes de prendre consécutivement plusieurs décisions. Est-ce-que cela signifie pour autant qu'il s'agit d'une seule et même procédure ? En l'espèce, la décision de fin de séjour correspond au refus d'attribution du statut de réfugié rendu par le Préfet. Avec les éléments recueillis par l'OFPRA et la CNDA quant à l'éligibilité de l'étranger à une protection internationale, le Préfet prend ensuite une décision finale. En l'occurrence, il refuse donc le droit au séjour en assortissant cette décision d'une OQTF le 26 octobre 2012 et à nouveau le 5 mars 2013.

26 Sophie Mukarubega a été entendue pour sa demande d'asile par l'OFPRA, sans que la date d'audition soit précisée, puis par la CNDA le 17 juillet 2012. Ces auditions n'ont porté exclusivement que sur les motifs d'éligibilité à une protection internationale, et en aucun cas sur le droit au séjour ou les conséquences d'une éventuelle OQTF : un tel élément procédural pourtant essentiel n'est absolument pas pris en compte par la CJUE, manifestant ainsi l'absence de compréhension voire de volonté de comprendre les mécanismes complexes du droit français des étrangers. Elle est ensuite « entendue » (plutôt devrait-on dire « interrogée ») pendant sa garde à vue. Alors que la requérante est invitée à s'expliquer sur l'usage de faux documents d'identité lors d'un « *interrogatoire de police* »[23], la Cour estime de manière pour le moins troublante qu'il s'agit d'une audition durant laquelle la requérante a été questionnée par les services de police sur son séjour irrégulier et sa volonté de rester ou non en France (pt 74 de l'arrêt). Ni l'arrêt ni les conclusions de l'Avocat Général ne permettent d'estimer que la requérante ait été entendue à d'autres moments.

27 Le premier problème est que la requérante ne s'est jamais exprimée spécifiquement sur la décision de retour, soit concrètement sur sa reconduite au Rwanda, même si la question aurait été évoquée selon le procès-verbal de la garde à vue. **Et la Cour de justice de considérer de façon à la fois illogique et contestable que le fait qu'une « *autorité nationale n'entende pas le ressortissant d'un pays tiers spécifiquement au sujet d'une décision de retour* » (point 82 et dispositif de l'arrêt) n'est pas contraire au droit d'être entendu**. **Elle revient donc radicalement sur les positions prises dans son arrêt *M.M.*** : elle avait conclu que le système en cause était « *caractérisé par l'existence de deux procédures distinctes et successives aux fins de l'examen, respectivement, de la demande visant à obtenir le statut de réfugié et de la demande de protection subsidiaire, il incombe à la juridiction de renvoi de veiller au respect, dans le cadre de chacune de ces procédures, des droits fondamentaux du demandeur et, plus particulièrement, de celui d'être entendu en ce sens qu'il doit pouvoir faire connaître utilement ses observations préalablement à l'adoption de toute décision n'accordant pas le bénéfice de la protection sollicitée* »[24]. Certes, dans l'arrêt *M.M.*, les deux procédures visées sont une demande d'asile et une demande de protection subsidiaire qui ont un objet relativement similaire, et qui doivent toutes deux faire place au droit d'être entendu.

28 En revanche, **quand les deux procédures sont aussi peu semblables qu'une demande d'asile et une décision de retour, la Cour affirme de manière étonnante et condamnable qu'il ne s'agit que d'une seule et même procédure n'obligeant pas à entendre le migrant aux différents stades de ces procédures pourtant distinctes**. Pourtant, il est bien évident qu'un demandeur d'asile ne présente pas les mêmes arguments lorsqu'il souhaite acquérir le statut de réfugié, et lorsqu'une décision de retour est prise à son encontre. Dans ce dernier cas, il est probable que le demandeur d'asile présente sa situation actuelle et pourquoi un retour n'est ni souhaitable ni réalisable. La Cour se contente de bien peu en matière de respect du droit d'être entendu des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, certainement au grand soulagement des États membres.

29 **La Cour affirme avec un aplomb désespérant que Sophie Mukarubega « *a pu présenter, de manière utile et effective, ses observations au sujet de l'irrégularité de son séjour* »** (pt 70 de l'arrêt) en poursuivant « *l'obligation de l'entendre spécifiquement au sujet de la décision de retour avant d'adopter ladite décision prolongerait la procédure administrative inutilement, sans accroître la protection juridique de l'intéressée* » (pt 70 de l'arrêt). Elle souligne que seuls deux mois se sont écoulés entre l'audition devant la CNDA et la première OQTF du 26

octobre 2012, impliquant que la situation de la requérante n'a pas pu changer pendant ce court laps de temps. Deux remarques s'imposent ici.

30 D'une part, **la Cour commet une erreur d'appréciation du dispositif français** : la CNDA n'examine pas le droit au séjour, et l'OQTF est édictée automatiquement par le Préfet sur la seule base du rejet opposé à la demande d'asile, sans que l'intéressée n'ait été entendue sur les conséquences de celle-ci en terme de refus du droit au séjour et de reconduite à la frontière. D'autre part, **elle oublie de relever que ce sont quelques 30 mois qui se sont écoulés entre la première OQTF et la seconde.** Or, durant ce long laps de temps, Sophie Mukarubega s'est présentée à la préfecture le 20 septembre 2012 pour demander l'admission au séjour pour des motifs « *exceptionnels et humanitaires* », afin de faire valoir une activité salariée déclarée depuis 24 mois dans le secteur de la restauration qui a évidemment des implications sur sa situation ; mais elle s'est vue opposer un « refus guichet » signifiant simplement que l'administration a considéré que son dossier était irrecevable. **Jamais la Cour dans son arrêt ne mentionne de tels faits, se limitant de manière bien contestable à reprendre les éléments exposés par le gouvernement français dans ses observations.**

31 Certes, dans l'arrêt *M.M.*, la Cour a mis l'accent sur les conséquences de l'acte pour déterminer si le droit d'être entendu s'applique : *« dans toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief, le droit d'être entendu implique, en tant que principe général du droit de l'Union et même en l'absence d'une réglementation spécifique à cet égard, que l'intéressé soit mis en mesure de faire connaître utilement son point de vue au sujet des éléments sur lesquels l'administration entend fonder sa décision* ». L'arrêt *Mukarubega* rappelle cette position (pt 47 de l'arrêt) mais sans l'utiliser ensuite, sans préciser si une décision de retour fait grief, même s'il est évident que tel est bien le cas. Un tel changement de position de la Cour a de quoi intriguer et inquiéter.

32 **Inquiétudes qui s'accroissent devant le silence de la Cour sur cette question pourtant essentielle** sur laquelle elle ne s'attarde pas, peut-être au titre de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres : **si le migrant peut se prévaloir du droit d'être entendu, jamais la Cour ne s'interroge sur le point de savoir devant quelle autorité le migrant peut faire jouer un tel droit, : quelle est donc l'autorité devant laquelle le ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier peut exercer son droit à être entendu ?** La préfecture, qui est le vrai premier juge des demandes d'asile en France, ce que la CJUE fait désespérément mine d'ignorer ? L'OFPRA, qui examine l'éligibilité d'un ressortissant de pays tiers à une protection internationale, dans les seuls cas où les demandes n'ont pas été considérées comme irrecevables ou infondées par la préfecture qui les soumet de la sorte à une procédure dite prioritaire en fait lapidaire et discrétionnaire[25] ? La CNDA, qui se prononce dans plus du tiers des cas par des ordonnances nouvelles qui ne permettent pas aux demandeurs d'asile de se faire entendre ? La préfecture, qui est la cheville ouvrière de l'adoption des mesures d'éloignement ? Les services de police, qui interrogent sur la détention et l'usage de faux documents d'identité ? D'ailleurs, comment accepter que l'interrogatoire par les services de la police mené dans le cadre d'une garde à vue de 50 minutes satisfasse aux exigences du droit d'être entendu d'un migrant, ayant à expliquer une situation de vulnérabilité tortueuse et douloureuse, qui se heurte à la banalisation du mal de la machine complexe et inintelligible du droit des étrangers ?

33 Pour conclure sur **la portée du droit d'être entendu**, tel qu'issu du principe général du droit de l'Union de respect des droits de la défense, **celle-ci a été restreinte par la Cour au point de devenir indigente, inexistante.** La juridiction de l'Union aurait pu continuer sur sa lancée de l'arrêt *M.M* en estimant que la personne doit être entendue sur les différents sujets relatifs à sa situation, donc la demande d'asile, l'OQTF mais aussi le placement en rétention, etc. D'ailleurs, la Cour précise le contenu du droit qui est de garantir « *à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts* » (pt 46 de l'arrêt). Le flou porte sur « *la procédure administrative* », l'arrêt *Mukarubega* laissant penser qu'en matière de droit des étrangers, l'examen de la demande d'asile, la décision sur le droit au séjour, la mesure de reconduite

à la frontière composent une seule et même procédure administrative, ce qui en réalité n'est absolument pas le cas.

B – Un arrêt problématique : la priorité accordée à l'efficacité de la lutte contre l'immigration illégale sur la protection des droits fondamentaux des migrants

34 L'Avocat Général s'inquiète de l'équilibre entre respect des droits fondamentaux et lutte contre l'immigration illégale en précisant :« *la juridiction de renvoi doit s'assurer que la demande en question a été déposée en toute bonne foi et ne constitue pas qu'une manœuvre dilatoire de la part de Me Mukarubega dans le seul but de retarder, voire de compromettre, la procédure devant les autorités nationales compétentes et l'adoption éventuelle d'une décision de retour* » (point 87 des conclusions). **La motivation de la position incohérente et inconséquente de la Cour à l'égard de la garantie des droits s'explique ainsi très bien : sa préoccupation est « *que le droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision de retour ne [puisse pas]être instrumentalisé pour rouvrir indéfiniment la procédure administrative et ce en vue de préserver l'équilibre entre le droit fondamental de l'intéressé d'être entendu avant l'adoption d'une décision lui faisant grief et l'obligation des États membres de lutter contre l'immigration illégale* »** (pt 71 de l'arrêt). L'Avocat Général énonce explicitement un objectif que la directive 2008/115/CE ne s'était pas hasardée à afficher clairement.

35 Quand bien même elle n'en fait pas usage dans l'arrêt, la Cour s'inscrit dans une telle perspective quand elle soutient que « *les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions* » (pt 53 de l'arrêt). Ces restrictions ne pouvant intervenir que pour répondre à un objectif d'intérêt général, et ne pouvant être utilisées de manière démesurée, **l'assertion de la Cour laisse entendre que dénier le droit d'être entendu aux migrants en situation irrégulière lors d'une procédure d'éloignement est à la fois destiné à poursuivre un objectif d'intérêt général et proportionné aux exigences de la réalisation d'un tel objectif**. Or que la lutte contre l'immigration irrégulière soit ainsi consacrée de manière indirecte et implicite comme un objectif d'intérêt général est difficilement recevable eu égard aux orientations et modalités d'une telle lutte qui criminalise les migrants et qui externalise leurs traitements.

36 Quand l' Avocat Général relève « *qu'un ressortissant de pays tiers qui s'est vu refuser la délivrance d'un titre de séjour peut à tout moment se présenter à la préfecture pour y être de nouveau entendu, afin de faire valoir des éléments nouveaux en vue d'une régularisation de sa situation* » (pt 81 des conclusions), comprend-il que le fait d'aller à la préfecture pour un ressortissant de pays tiers en situation irrégulière est la manière la plus efficace pour qu'il se trouve appréhendé et reconduit à la frontière ?

37 Suite au refus de la CNDA, la requérante au principal a pourtant utilisé de cette possibilité en se présentant à la préfecture le 20 septembre 2012 « *pour solliciter un réexamen de sa situation* »[26] - mais elle a essuyé un « refus de guichet » malgré l'évolution de sa situation. L'article 6 § 4 de la directive 2008/115/CE prévoit d'ailleurs des exceptions à l'obligation pour un État de prendre une décision de retour, notamment en accordant un titre de séjour autonome « *pour des motifs charitables, humanitaires ou autres* ». **L'Avocat Général prend en compte l'évolution de la situation de la requérante en suggérant qu'il « *incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si le changement de sa situation personnelle depuis le dépôt de sa demande d'asile, allégué dans ce deuxième dossier par M Mukarubega, constitue un motif de régularisation de sa situation* »** (pt 87 de l'arrêt). Cet aspect n'est pas envisagé par la Cour de justice[27]. L' Avocat Général ne manque pas de revenir à la question de l'équilibre entre respect des droits fondamentaux et lutte contre l'immigration irrégulière concernant la possible régularisation en précisant :« *la juridiction de renvoi doit s'assurer que la demande en question a été déposée en toute bonne foi et ne constitue pas qu'une manœuvre dilatoire de la part de M^me^ Mukarubega dans le seul but de retarder, voire de compromettre, la procédure devant les autorités nationales compétentes et l'adoption éventuelle d'une décision de retour* ».

38 Cette ultime conseil de l' Avocat Général révèle bien la problématique générale de cette affaire qui n'est pas directement le droit d'être entendu ou non mais plutôt l'encombrement des juridictions administratives en raison du contentieux des étrangers, comme le remarque utilement Serge Slama dans la lettre d'actualité dédiée à la question préjudicielle du Tribunal administratif de Melun du 8 mars 2013. L'Union européenne a harmonisé une partie des procédures en matière d'asile et d'immigration tout en imposant le respect de droits fondamentaux ce qui n'a pas permis de réduire le contentieux des étrangers, bien au contraire. **Néanmoins, il ne faut pas que des considérations pratiques de masse de contentieux soient des justifications pour limiter le respect des droits fondamentaux**. En effet, le sujet est particulièrement délicat puisqu'il s'agit concrètement de décider du futur d'un étranger ayant bien souvent fuit un pays où il a vécu des persécutions au sens de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés.

*

* *

39 La Cour semble dans cette décision s'être désintéressée du réel **de manière bien déplorable**. **D'une part**, considérer que l'audition pour une demande d'asile et une audition pour une décision de retour ont le même objet est illogique. **D'autre part**, négliger des éléments majeurs de l'affaire qui auraient *a minima* justifiés d'entendre la requérante est inacceptable. Il est bien maladroit et malheureux que la Cour dans cette décision vienne valider « la fabrique légale de l'illégalité »[28] qu'est le dispositif national d'asile français.

40 Cette position de la CJUE détonne (sans étonner) avec la décision rendue la veille par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Tarakhel c/ Suisse du 4 novembre 2014[29]. Des Afghans demandant l'asile en Suisse se voyaient opposer leur arrivée par l'Italie. Dans la droite lignée de son arrêt M.S.S.[30], la Cour européenne écarte l'application du règlement Dublin III. Elle décide « *que, si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale, il y aurait violation de l'article 3 de la Convention* » (pt 122 de l'arrêt *Tarakhel c/ Suisse*).

Notes

1 En contrariété avec le droit de l'UE, certains juges administratifs estiment, de manière absurde, que le fait que l'article L.511-1 CESEDA soit issu d'une transposition de l'Union n'implique pas qu'il s'agisse d'une mise en œuvre du droit de l'Union (CAA Douai, 4 décembre 2012, n° 12DA00478 ; CAA Lyon, 11 octobre 2012, n° 11LY03002 et 11LY03003 qui estime que le préfet met en œuvre des dispositions nationales et pas de l'Union, « *quand bien même certaines de ces dispositions seraient la transposition de directives communautaires*»).

2 Sur l'application du droit d'être entendu sur la décision de placement en rétention v. CJUE, 2ème ch., 10 septembre 2013, M. G., N. R. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, aff. C 383/13 PPU

3 Même si pour certains juges administratifs le fait que l'article L.511-1 CESEDA soit issu d'une transposition de l'Union n'implique pas qu'il s'agisse d'une mise en œuvre du droit de l'Union. CAA Douai, 4 décembre 2012, n°12DA00478. Voir également CAA Lyon, 11 octobre 2012, n° 11LY03002 et 11LY03003 qui estime que le préfet met en œuvre des dispositions nationales et pas de l'Union, « *quand bien même certaines de ces dispositions seraient la transposition de directives communautaires* ».

4 Voir le point 96 des conclusions de l'avocat général M. Melchior WATHELET du 25 juin 2014 sur l'affaire Mukarubega, aff. C-166/13.

5 Sur l'application du droit d'être entendu sur la décision de placement en rétention v. CJUE, 2ème ch., 10 septembre 2013, M. G., N. R. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, aff. C 383/13 PPU

6 CAA Lyon, 23 avril 2013, n° 12LY01602.

7 CAA Douai, 8 novembre 2012, n° 12DA00707 et 12DA00779.

8 CAA Versailles, 9 avril 2013, n° 12VE00882 et 12VE00883.

9 Voir notamment CAA Nancy, 20 décembre 2012, n° 12NC00195 et 12NC00196 ; CAA Lyon, 20 décembre 2012, n° 12LY00193 et CAA Nancy, 28 mars 2013, n° 12NC01196. Voir aussi CAA

Bordeaux, 9 octobre 2012, n° 11BX03311 qui ajoute néanmoins « en tout état de cause, il ressort des pièces du dossier que M. X. a été entendu par les services de police avant que la décision portant obligation de quitter le territoire ne soit prise ».

10 CAA Versailles, 12 mars 2013, n° 12VE00603.

11 Voir notamment CAA Lyon, 18 décembre 2012, n° 12LY00891 et 12LY01078 ; CAA Paris, 7 décembre 2012, n° 12PA02064 et CAA Douai, 7 mars 2013, n° 12DA01602. Cette formulation semble emporter la plus grande conviction.

12 CAA Douai, 18 décembre 2012, n° 12DA01164. Cet arrêt précise notamment qu'un ressortissant d'Etat tiers peut se voir opposer une obligation de quitter le territoire français sans avoir pu déposer des observations au préalable, que cette configuration n'est pas incompatible avec la directive 2008/115/CE et qu'il n'est pas nécessaire de saisir la Cour de justice sur cette question.

13 CJUE, 22 novembre 2012, M.M., aff. C-277/11.

14 CJUE, 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega,* aff. C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336, point 44. Déjà précisé dans l'arrêt CJUE, 17 juillet 2014, YS e. a., aff. jointes C-141/12 et C-372/12, point 67.

15 Notamment : CJCE, 28 mars 2000, Dieter Krombach, aff. C-7/98, Rec. p. I-1935, point 42 ; CJUE, 22 novembre 2012, M.M., aff. C-277/11, point 82 et CJUE, 3 juillet 2014, Kamino International Logistics BV, aff. jointes C-129/13 et C-130/13, point 28.

16 La déclaration n° 17 intègre l'avis du service juridique du Conseil du 22 juin 2007 qui se réfère au principe fondamental.

17 CJUE, 7 mai 2013, Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson, aff. C-617/10, points 19 à 21). Les termes se rapprochent d'ailleurs du champ d'application : « *cette définition du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union est corroborée par les explications relatives à l'article 51 de la Charte, lesquelles, conformément à l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE et à l'article 52, paragraphe 7, de la Charte, doivent être prises en considération en vue de son interprétation* » (point 20 de l'arrêt).

18 CE, 4 juin 2014, *M. A. B.,* req. N° 370515.

19 Voir Joël Molinier, Répertoire de droit européen, Primauté du droit de l'Union européenne, point 34, mis à jour en octobre 2013.

20 *Ibid.*

21 Hiroshi Motomura, « The curious evolution of immigration law : procedural surrogates for substantive constitutional rights », Columbia Law Review, November 1992, p.1656)

22 Voir Denys Simon, « L'application de la Charte par les juges administratifs », *Europe*, n°2, février 2014, p. 2. Voir également CJUE, 10 septembre 2013, M.G*.,* aff. C-383/13 PPU, qui estime que le non-respect du droit d'être entendu pour une mesure de prolongation de rétention n'est pas automatiquement contraire au droit de l'Union mais seulement si la « *violation a effectivement privé celui qui l'invoque de la possibilité de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que cette procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent* ».

23 Selon les termes de l'avocat général (pt 31 des conclusions).

24 CJUE, 22 novembre 2012, M.M., aff. C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744, voir le dispositif de l'arrêt.

25 Marie-Laure Basilien-Gainche, "Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection ", Europe,février 2014, n°2, pp. 6-11.

26 Voir Serge Slama, "Question préjudicielle sur le droit d'être entendu par l'administration préalablement à l'édiction d'une OQTF", [PDF] in Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF, 19 mars 2013, spéc. la mise à jour en date du 26 mars 2013.

27 V. sur le même type de refus de la CJUE de ce maintien des étrangers dans les limbes du droit du retour des étrangers : CJUE, 5 juin 2014, Mahdi*,* aff. C-146/14 PPU, Lexbase Hebdo édition publique n °340 du 17 juillet 2014 ; Dictionnaire permanent – droit des étrangers, 18 juin 2014, par C. Pouly.

28 Nicholas de Genova, "The Legal Production of Mexican/Migrant Illegality", *Latino Studies*, Vol. 2, n°2, pp. 160-185; Nicholas de Genova, Brett Neilson & William Walters, « Foucault, Migrations, Borders », *Materiali Foucaultiani*, Vol. 2, n°3, pp. 149-213.

29 CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse,* req. 29217/12.

30 CEDH, Gde chbr., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce,* req. 30696/09.

Pour citer cet article

Référence électronique

Marie-Laure Basilien-Gainche et Tania Racho, « Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 novembre 2014, consulté le 18 novembre 2014. URL : http://revdh.revues.org/957

À propos des auteurs

Marie-Laure Basilien-Gainche
Professeure de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon III, membre de l'Institut Universitaire de France
Tania Racho
Doctorante en droit public (Université Panthéon-Assas – Paris II) et ATER (Université Sorbonne-Nouvelle – Paris III)

Droits d'auteur

Tous droits réservés

Résumé

La Cour de justice a rendu le 5 novembre 2014 sa décision sur les modalités d'application du droit d'être entendu dans les procédures de décisions de retour, au sens de la directive 2008/115/CE. Une décision attendue, venant compléter l'arrêt M.M , car les juridictions administratives françaises ont éprouvé des difficultés à déterminer l'exacte portée du droit d'être entendu dans les procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Le droit d'être entendu tire-t-il sa source de l'article 41 § 2 de la Charte des droits fondamentaux ou du principe général du droit de l'Union européenne de respect des droits de la défense ? Le droit d'être entendu suppose-t-il que le ressortissant d'Etat tiers en situation irrégulière puisse présenter ses observations avant l'adoption et l'application d'une mesure d'éloignement prise à son encontre ? La Cour de justice répond au Tribunal administratif de Melun, qui a posé sa question le 8 mars 2013, en proposant une solution décevante : le droit d'être entendu est certes affirmé mais ses implications sont réduites comme peau de chagrin, puisqu'il n'impose pas à l'administration d'entendre l'étranger spécifiquement sur la décision de retour. Parce que la CJUE ne s'intéresse pas un instant aux faits, donc à l'effectivité du droit d'être entendu durant les procédures d'examen de la demande d'asile, de considération des évolutions de situation, et de reconduite à la frontière, elle ôte toute substance au droit d'être entendu et toute réalité aux droits des migrants.