

Le droit d'être entendu : **une application décevante en droit des étrangers**

La France se donne pour objectif prioritaire d'avoir une politique efficace en matière d'éloignement des étrangers au prix de certains accommodements avec les garanties procédurales.



Pprès de 50 000 personnes (Outre-mer compris) ont été enfermées au cours de l'année 2014 et 43 371 éloignées de force. Le rapport 2014 des associations, qui interviennent dans les centres de rétention, dresse un constat alarmant de la politique de l'éloignement et de la rétention. Le prisme de la rétention est particulièrement révélateur de l'état du droit des étrangers. Pour alimenter la machine à expulser et à enfermer, les préfectures sont contraintes de multiplier les décisions de refus de séjour et les mesures d'éloignement sous toutes ses formes.

Cette politique est aussi efficace parce qu'elle s'affranchit d'un certain nombre de garanties procédurales, dont le droit d'être entendu.

En droit français, l'administration n'est pas obligée de provoquer systématiquement les observations de son destinataire avant de prendre une décision administrative à son encontre. L'article 24 de la loi du 12 avril 2000 prévoit la nécessité d'une procédure préalable contradictoire avec des exceptions si larges qu'elle ne s'applique que rarement.

Par ailleurs, depuis de nombreuses années, le Conseil d'État nie la portée du principe général du respect des droits de la défense dans le contentieux de l'éloignement des étrangers (19/10/2007, Hammou n° 306821-30682 ; 28/11/2007, Barjamaj, n° 307999 ; 26/11/2008, Silidor, n° 315441). La seule exception concerne les reconduites « Schengen » en raison de la particularité du contrôle juridictionnel (CE, 24/11/2010, Eddomairi, n° 344411).

Si la directive 2008/115 dite « retour » a permis d'obtenir des avancées spectaculaires en droit des étrangers (cf. les interdictions des peines d'emprisonnement pour séjour irrégulier et des gardes à vue subséquentes, arrêts El Dridi et Achugbalyan), il faut bien reconnaître qu'elle ne prévoit pas une procédure préalable contradictoire de manière claire.

C'est dans ce contexte que les avocats ont mobilisé les principes généraux du droit de l'Union européenne (PGDUE) et l'article 41 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) qui protègent le droit d'être entendu dans le cadre de la procédure administrative (alors que les articles 47 et 48 concernent les droits de la défense dans la procédure contentieuse).

Le droit d'être entendu avant l'adoption de toute décision défavorable a été consacré comme **principe général du droit de l'Union européenne** dès les



PAR Brigitte JEANNOT,
Avocate au barreau de Nancy
SAF - Commission Étrangers

années 1970 par une construction jurisprudentielle de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE).

Il garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue avant l'adoption d'une décision administrative susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts. L'administration doit disposer des éléments d'information actualisés sur la personne, en l'informant au préalable qu'une décision défavorable doit être prise à son égard tout en lui donnant un délai suffisant pour faire valoir ses arguments afin qu'une décision soit prise « *en bonne administration* ».

Ce principe a été affirmé par la CJUE, dans le cadre du droit de la concurrence, des mesures anti-dumping ou des aides d'État. **Appliqué aux étrangers**, il perd de sa force comme si le droit des étrangers devait rester un droit exceptionnel soumis à cet impératif objectif d'efficacité de la politique de retour au mépris des droits fondamentaux des personnes.

À ce jour, de très nombreuses décisions sont prises en droit des étrangers sans que le principal intéressé soit préalablement entendu et ait pu faire valoir des éléments actualisés sur sa situation.

Malgré la consécration de ce droit en tant que principe général du droit de l'Union européenne, sa portée reste limitée dans la jurisprudence européenne et nationale.

1/ Le droit d'être entendu a été consacré comme principe général du droit de l'Union européenne et repris par la Charte des droits fondamentaux

Le droit d'être entendu trouve principalement sa source dans la construction jurisprudentielle de la CJUE puis dans la Charte des droits fondamentaux.

* le droit d'être entendu est un principe général du droit de l'Union en vertu d'une jurisprudence constante de la CJUE

La Cour de justice de l'Union européenne a érigé le respect des droits de la défense, dont le droit d'être entendu avant toute décision défavorable, en principe général du droit de l'Union européenne, même en l'absence d'une réglementation spécifique (CJCE, Transocéan, 23/10/1974 (C-17/74) CJCE Hofmann-La Roche c/ Commission ; 13/02/1979 C-85/76 ; CJCE Pays-Bas et PTT néerlandais c/ Com, 12/02/1992 C-48/90 § 44 ; CJUE, Krombach, 28/03/2000, C-7/98 Rec. p. I-1935). Dans un arrêt particulièrement intéressant (SOPROPE 18/12/2008, C-349/07), la Cour précise la portée et les contours de ce principe général.

La valeur de ces principes est consacrée à l'article 6 § 3 du Traité sur l'Union européenne. Ils ont une valeur supérieure à celle des actes de droit dérivé et sont opposables aux États membres dès qu'ils agissent dans un domaine régi par le droit communautaire. Pour assurer l'application d'un PGDUE, la mesure n'a pas besoin d'être intégralement régie par le droit de l'Union européenne, il suffit qu'elle entre dans le champ de celui-ci (en revanche exclusion des situations purement internes : CJCE, 11 juillet 1985, Cinéthèque, aff. C-60/84 et C-61/84 point 26).

La jurisprudence de la CJUE a été codifiée dans la Charte des droits fondamentaux pour renforcer la protection de ces principes « en les rendant plus visibles » (préambule de la Charte).

* la Charte des droits fondamentaux a repris les principes érigés par la CJUE et de nombreux principes à valeur constitutionnelle des États Membres

Le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, a conféré à la Charte la même valeur que les traités (article 6 § 1^{er}). Il est censé marquer une étape majeure dans l'évolution des droits fondamentaux en donnant à la Charte une place centrale.

Cependant, la Charte n'est pas la Convention européenne des droits de l'Homme. En tant que résultat d'un compromis, cet instrument a été bridé. Si la valeur juridique de la Charte n'est pas contestée, la détermination de son champ d'application dans un « *Espace de Liberté Sécurité et Justice* » doit sans cesse être clarifiée.

Une première difficulté tient en l'applicabilité de la Charte en raison de la restriction posée à l'article 51 § 1 qui prévoit que ses dispositions s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union **ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.**

Dans l'arrêt N.S. et M.E. (CJUE, 21 décembre 2011, aff C-411/10 et C-493/10) la Cour a estimé que le fait pour un État d'appliquer la clause de souveraineté de l'article 3 § 2 du règlement Dublin était constitutif d'une « mise en œuvre » du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte (Point 68). Plusieurs États membres et la Commission estimaient le contraire en raison du caractère « discrétionnaire » du pouvoir mis en œuvre par l'État. (Pour une illustration extensive de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » points 19 à 31 de l'arrêt du 26 févr. 2013, n° C-617/10, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*).

La seconde limite, s'agissant du droit d'être entendu, tient au libellé même de l'article 41 § 1 qui ne semble garantir le droit de « bonne administration » que pour les affaires traitées par les institutions et organes de l'Union (cette restriction n'existe pas pour les articles 47 et 48 qui peuvent s'appliquer très largement).

La Cour n'a eu aucune difficulté à faire référence aux dispositions de l'article 41 § 2 de la Charte dans une affaire qui concernait une décision du Conseil (arrêt du 21 décembre 2011, CJUE, France contre People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, points 64 et 65).

C'est l'arrêt du 22 novembre 2012 de la C.J.U.E (CJUE, C-277/11, M. M. contre Minister for Justice) qui a retenu l'attention sur **l'importance du droit d'être entendu comme principe général du droit à une bonne administration et sur la possibilité d'invoquer l'article 41 § 2 de la Charte à l'encontre d'une décision d'un État.**

Dans cet arrêt, la Cour fait clairement référence à l'article 41 § 2 de la Charte, contre l'avis de l'avocat général Yves Bot, en affirmant que cette disposition a une portée générale et « **doit s'appliquer à toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief** » (points 84 et 85). Cette décision, qui concerne un demandeur d'asile qui a présenté une demande de protection subsidiaire, énonce avec force que, lorsqu'un État membre a choisi d'instituer deux procédures distinctes pour l'examen des demandes d'asile et de protection subsidiaire, **il importe que la personne, eu égard au caractère fondamental de ce droit, soit entendue dans le cadre de chacune de ces deux procédures** (points 91 et 95).



... La Cour de justice de l'Union européenne a érigé le respect des droits de la défense, dont le droit d'être entendu...

Cet arrêt consacre de manière éclatante le droit d'être entendu en s'appuyant sur les principes généraux du droit de l'Union européenne **combiné** à l'article 41 § 2 de la Charte et le respect des droits de la défense (articles 47 et 48).

2 / Les premières réponses prometteuses de la jurisprudence en France ont rapidement subi des coups d'arrêts et de fortes restrictions

S'appuyant sur cette évolution jurisprudentielle remarquable et compte tenu du principe de primauté du droit européen, les défenseurs des étrangers ont logiquement invoqué cette garantie procédurale avant l'édiction des mesures d'éloignement (l'octroi d'un titre de séjour n'entre pas dans le champ du droit de l'Union : CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, lida, pt 79).

Le Tribunal administratif de Lyon sera pionnier en reconnaissant que la préfecture devait « *entendre* » l'étranger préalablement à l'édiction d'une décision d'obligation de quitter le territoire français : « *le droit d'être entendu préalablement à toute décision qui affecte sensiblement et défavorablement les intérêts de son destinataire constitue l'une des composantes du droit de la défense qui fait partie des PGD de l'UE ayant la même valeur que les traités, trouve à s'appliquer aux administrations des États membres dans une situation régie par le droit de l'UE. (...) le droit d'être entendu implique, sous peine de priver l'étranger d'une garantie, que celui-ci soit informé en temps utile qu'il est susceptible de faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français à l'issue de l'examen de son droit au séjour et qu'il soit mis en demeure, dans un délai suffisant, de présenter ses observations sur l'éventualité d'une telle décision ainsi que sur ses modalités d'exécution* » (TA Lyon, formation élargie, 28 février 2013 Dumitru, n° 1208055, et Lunda Makiese, n° 1208057 ; cf. les remarquables conclusions du Rapporteur public M. Henri Stillmunkes, RFDA 2013 p. 839). D'autres juridictions du premier

degré reprendront cette jurisprudence (TA Toulouse n° 1301513 du 9 avril 2013 ; TA Lille n° 1301514 du 28 mars 2013).

Cependant, des résistances au sein de la Justice administrative se sont élevées très rapidement.

De nombreuses juridictions administratives ont rejeté ce moyen en restant sur la position classique selon laquelle la Charte ne serait ni applicable ni invocable. La formation élargie du Tribunal administratif de Montreuil a même cru pouvoir juger que l'application des principes généraux du droit de l'Union Européenne était réservée aux seuls actes pris « *dans une situation juridique intégralement régie par le droit communautaire* » (TA Montreuil, 14 mars 2013, n° 1210341-1210332). Cette jurisprudence, qui n'a jamais été suivie, est en contradiction flagrante avec la jurisprudence de la CJUE.

La Cour administrative d'Appel de Lyon va poser les bases de la jurisprudence à venir, dans plusieurs arrêts rendus le 14 mars 2013 (CAA Lyon, 14 mars 2013, n°12LY02704, Halifa, et n°12LY02737 Préfet de l'Ain contre Luc B. G.). On notera que ces arrêts ont été rendus seulement quinze jours après les jugements précités du Tribunal administratif de Lyon (avec un délibéré éclair à 48 heures dans la deuxième affaire précitée) dans un contexte d'effolement général des préfectures qui ont fait savoir qu'elles n'étaient pas en mesure d'appliquer cette jurisprudence.

Il y avait apparemment urgence à rectifier le cours de la Justice administrative qui ne faisait pourtant qu'appliquer un droit fondamental reconnu par la jurisprudence européenne depuis une quarantaine d'années.

La Cour administrative d'Appel de Lyon va invalider la position du Tribunal administratif avec une motivation qui a été largement reprise ensuite par les juridictions administratives nationales.

La Cour reconnaît l'opérance du moyen tiré du droit d'être entendu pour contester la légalité d'une



obligation de quitter le territoire français (OQTF) dans la mesure où ces décisions constituent la déclinaison nationale de la directive « retour ». En se référant à la jurisprudence européenne, la Cour définit ce droit comme celui, pour toute personne, de faire connaître ses observations écrites ou orales avant l'adoption d'une décision susceptible de l'affecter défavorablement. **Cependant**, il n'implique pas systématiquement l'obligation, pour l'administration, d'organiser, de sa propre initiative, un entretien avec l'intéressé, ni même d'inviter ce dernier à produire ses observations, mais suppose seulement « *qu'informé de ce qu'une décision défavorable est susceptible d'être prise à son encontre, il soit en mesure de présenter spontanément des observations écrites ou de solliciter un entretien pour faire valoir ses observations orales* ». La Cour estime également que les droits de la défense, tel que protégés par les articles 41, 47 et 48 de la Charte, sont respectés dès lors que la personne peut être entendue par un juge avant l'exécution de la mesure d'éloignement.

La Cour poursuit en affirmant ***qu'une atteinte à ce droit n'est susceptible d'affecter la régularité de la procédure à l'issue de laquelle la décision défavorable est prise que « si la personne concernée a été privée de la possibilité de présenter des éléments pertinents qui auraient pu influencer sur le contenu de la décision »***, ce qu'il lui revient, le cas échéant, d'établir devant la juridiction saisie.

Cette jurisprudence apparaît particulièrement critiquable :

- Elle est contraire à l'arrêt M. M. dans lequel la Cour rappelle l'importance qu'elle attache de longue date au droit d'être entendu en raison de sa portée très large dans l'ordre juridique de l'Union et le fait que ce principe doit s'appliquer à « toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief » (pt 84) ; compte tenu de la hiérarchie des normes, ce principe général devait s'imposer à la juridiction administrative française.
- La Cour opère une confusion, pour le moins fâcheuse, entre les procédures administratives et contentieuses. Dans ses conclusions, le rapporteur public devant le Tribunal administratif de LYON soulignait très justement que le fait de reporter au stade juridictionnel l'examen sérieux du dossier revenait « *inévitavelmente, à faire l'impasse sur les possibilités de régularisation à titre exceptionnel, qui ne relèvent pas de l'office du juge mais du pouvoir discrétionnaire du préfet* ».
- La personne qui demande un titre de séjour n'est pas censée prévoir un refus et anticiper une mesure d'éloignement en présentant subsidiairement des arguments, pour empêcher une éventuelle obligation de quitter le territoire français, sans avoir reçu une information préalable à ce sujet. Il est demandé à des personnes particulièrement vulnérables, qui ne maîtrisent ni notre langue ni notre système juridique,

d'anticiper une décision à venir de l'administration sans avoir reçu aucune information précise sur l'objet, les modalités et les échéances envisagés par l'administration. Personne n'oserait imposer de telles incertitudes à des entreprises, avec des services juridiques performants, et pourtant, on le fait à l'égard des étrangers, personnes particulièrement vulnérables !

Nous sommes loin de la jurisprudence européenne qui sanctionne une décision prise si son destinataire n'a pas été très précisément en mesure de présenter des observations sur le contenu de la décision. La situation la plus critique est celle des déboutés des demandes d'asile qui sont dans une grande insécurité juridique. Après la décision de l'OFPRA ou de la CNDA, les préfetures notifient une obligation de quitter le territoire, sans respecter aucun délai de prévenance, avec des pratiques sensiblement différentes d'un département à l'autre et même au sein d'une préfecture, selon la période de l'année, sans que le guide des demandeurs d'asile ne soit d'une quelconque aide.

► Ces arrêts constituent une application de la jurisprudence « Danthony » du Conseil d'État (CE du 23/12/2011, N° 335033) qui limite les annulations pour vices de procédure à ceux qui exercent une influence sur le sens de la décision ou privent l'intéressé d'une garantie. Or, il est indéniable que le droit d'être entendu est une **garantie** dont la violation doit entraîner ipso facto l'annulation de l'acte subséquent pris. Selon la CJUE, les restrictions à l'exercice de ce droit ne sont possibles **que s'il n'est pas porté atteinte à la substance même de cette garantie procédurale. Or, les personnes ne reçoivent jamais aucune information des modalités et du délai aux termes lesquels la mesure d'éloignement peut être prise.**

► Cette jurisprudence opère un renversement de la charge de la preuve puisque la personne doit démontrer, au stade juridictionnel, ne pas avoir été en mesure de présenter des observations. Il est très difficile, voire impossible d'apporter une preuve négative. Le justiciable doit ensuite apporter la preuve qu'il disposait d'éléments pertinents de nature à susciter un résultat différent ; cette exigence est contraire à la jurisprudence européenne et notamment à l'arrêt Foshan Stude LTD (C-141/08, 1^{er} octobre 2009, point 94) qui rappelle **qu'il ne saurait être imposé à un justiciable de démontrer que la décision aurait eu un résultat différent, mais uniquement qu'une telle hypothèse n'est pas entièrement exclue** (dans le même sens

C-194/99 du 2 octobre 2003 Thyssen Stahl c/ commission point 31).

► On peut légitimement s'interroger sur l'invitation qui est faite aux parties, dans un recours en excès de pouvoir, de produire des pièces qui n'auraient pas été portées à la connaissance de l'administration : le recours en excès de pouvoir est-il en train de changer de nature, uniquement en droit des étrangers, concernant l'application du droit d'être entendu ? Si dans l'arrêt MAHDI (C-146/14) du 5 juin 2014, la CJUE prône un contrôle juridictionnel de pleine juridiction des mesures de placement et de prolongation de la rétention, cette solution ne s'impose pas dans les autres contentieux. **Une clarification s'impose à ce sujet pour mettre fin à ces incertitudes.**

► Enfin, quels sont ou quels seraient ces « **éléments pertinents** » de nature à influencer le sens de la décision que nous pourrions produire devant le juge ? Dans l'arrêt n°12LY02737, le requérant a invoqué la nécessité de se soigner en produisant des certificats médicaux. La Cour les a balayés d'un revers de la main : « *il ne ressort pas des précisions apportées devant le juge que si le préfet avait effectivement eu connaissance de ces informations, il aurait pris une décision différente* », ce qui constitue une liberté incroyable avec l'obligation de saisir le médecin de l'ARS avant d'évaluer la situation médicale de l'étranger malade.

Deux années de jurisprudence montrent que les pièces produites ne sont jamais suffisamment « pertinentes ». L'invitation à produire des éléments pertinents devant le juge apparaît en ce sens assez vaine (pour une exception remarquable : voir TA PAU n° 1400210 du 8 avril 2014).

Cette jurisprudence est manifestement intervenue pour neutraliser la portée du droit d'être entendu afin d'éviter une remise en cause des pratiques préfectorales. Les enjeux ont été expressément formulés par un commentateur de cette même Cour : « **Une fois établi qu'il convient de faire application du principe, il faut donner un contour au droit d'être entendu. (...) Les choses ne sont pas particulièrement simples : si le droit d'être entendu dans le contexte d'une procédure administrative est apparu assez tôt dans la jurisprudence européenne (point 15 de l'arrêt Transocean), c'est dans un contexte radicalement différent de celui d'un contentieux de masse comme celui du droit de l'immigration. S'il apparaît que le principe n'est pas nouveau, le contrôle des décisions prises par la Commission européenne**

notamment dans le contexte des affaires de concurrence et d'aides publiques ne peut pas servir d'étalon à toute action administrative en Europe : ce serait méconnaître la diversité de situations à laquelle les administrations doivent faire face. » ("Droit d'être entendu, droit de la défense et obligation de quitter le territoire : à propos de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 14 mars 2013, M.X. n°12LY02704").

En bref, ce droit ne pourrait pas être appliqué de manière pleine et entière au motif qu'il concerne de nombreuses situations, peu importe le caractère fondamental de cette garantie et l'impact très concret qu'il peut avoir sur la vie des personnes !

Pendant plusieurs semaines, des incertitudes ont perduré concernant l'application de ce droit. Des juridictions administratives continuaient à appliquer la jurisprudence du Tribunal administratif de Lyon en annulant des OQTF pour non-respect du droit d'être entendu.

C'est dans ce contexte assez fébrile que deux juridictions administratives vont audacieusement poser des questions préjudicielles à la CJUE : le Tribunal administratif de Melun dans un jugement du 8 mars 2013 et le Tribunal administratif de Pau dans un jugement du 30 avril 2013.

Les réponses apportées par la CJUE ne sont pas à la hauteur des espoirs suscités par les premières jurisprudences. Des signes avant-coureurs pouvaient nous laisser craindre que tout serait tenté pour réduire l'application de ce droit à peau de chagrin.

3/ La Cour de Luxembourg et les juridictions administratives françaises ont restreint la portée de ce droit

* Les arrêts M.G. M.R. de la CJUE (10 septembre 2013) et Halifa du Conseil d'État (4 juin 2014)

Avant les deux arrêts rendus sur les questions préjudicielles françaises, la CJUE a rendu un arrêt M.G.M.R. le 10 septembre 2013 (C-383/13) qui concerne la portée de l'absence d'audition avant une décision de prolongation de rétention au regard des conditions posées à l'article 15 de la directive 2008/115. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît un

pouvoir d'appréciation au juge national pour tirer les conséquences de la violation des droits de la défense afin de respecter l'effet utile de la directive « retour ». Cette possibilité donnée au juge de moduler la portée de ce droit, au moyen d'un contrôle « in concreto », va être interprétée par les juridictions françaises comme un signal fort pour appliquer la jurisprudence dégagée par la CAA de Lyon.

De manière contestable, les juridictions administratives **ont transposé cette jurisprudence à des décisions d'une autre nature**, à savoir les OQTF prises concomitamment à un refus de séjour sans tenir compte de la différence des situations. L'arrêt M.G.M.R. concerne une prolongation de rétention, ce qui suppose que la personne avait déjà été entendue et reçu une information sur les échéances à venir, de sorte qu'elle pouvait anticiper la prolongation de la rétention en transmettant à l'administration des éléments utiles dans un délai qu'elle maîtrisait. Tel n'est pas le cas des personnes faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire, aucun calendrier n'étant prévu avant la décision de retour.

Cette jurisprudence marque le début d'une rupture dans la construction continue d'un droit protecteur dont l'aboutissement le plus remarquable était l'arrêt M.M. du 22 novembre 2012.

Dans un arrêt Halifa du 4 juin 2014 (n° 370515 2^e/7^e SSR), le Conseil d'État va définitivement fermer le ban en confirmant l'arrêt de la CAA de Lyon. Si le principe général du droit de l'Union est rappelé, c'est pour mieux en réduire la portée. Pour les obligations de quitter le territoire prises concomitamment à un refus de séjour (dans le cas prévu au 3° du I de l'article L. 511-1 du CESEDA), le droit d'être entendu n'implique pas l'obligation pour l'administration de mettre l'intéressé à même de présenter ses observations de *façon spécifique* sur la décision de retour, dès lors qu'il a pu être entendu avant que n'intervienne la décision refusant de lui délivrer un titre de séjour. Lorsqu'un étranger a sollicité la délivrance d'un titre de séjour, « il ne saurait ignorer qu'en cas de refus, il pourra faire l'objet d'une mesure d'éloignement ». Il doit donc produire spontanément les éléments susceptibles de venir au soutien de sa demande et faire des observations complémentaires, s'il le souhaite, sur une éventuelle mesure de retour.

Cette solution a pour effet de verrouiller le droit d'être entendu concernant la plupart des décisions prises en la matière, à savoir les obligations de quitter le territoire

“

... l'objectif de mettre en place
une politique efficace d'éloignement
fondée sur des normes communes dans le respect
des droits fondamentaux...

prises concomitamment à un refus de séjour. Cette jurisprudence aboutit à une distinction entraînant des régimes différenciés entre les refus de séjour portant OQTF et les OQTF « sèches » dans des conditions injustifiées.

En clair, il appartient à l'étranger d'être actif, l'administration pouvant rester passive, ce qui constitue une lecture dévoyée de la jurisprudence européenne. L'idée force est qu'à partir du moment où une demande de titre de séjour a été faite, l'étranger est censé imaginer, compte tenu de sa situation irrégulière, qu'il fera l'objet d'une mesure d'éloignement. La situation la plus grave est celle imposée aux déboutés puisqu'ils sont censés savoir, qu'ayant présenté une demande d'asile à l'**OFPRA**, ils ont également saisi l'**administration préfectorale** d'une demande de carte de séjour et qu'ils sont susceptibles de faire l'objet d'un refus de séjour et d'une obligation de quitter le territoire français à **n'importe quel moment**. Le Conseil d'État continue à imposer ce raisonnement artificiel pour permettre aux préfetures d'agir en toute liberté en prenant, à l'issue de la procédure d'asile, un refus de séjour et une mesure d'éloignement **sans même disposer d'une copie des décisions prises dans le cadre de l'asile et sans actualiser la situation familiale ou personnelle des déboutés**. C'est dans ce contexte de restriction de la portée du droit d'être entendu que la CJUE a rendu les deux arrêts sur les questions préjudicielles françaises.

* Les arrêts de la CJUE sur les questions jurisprudentielles françaises

La première décision (Mukarubega) porte sur les modalités procédurales alors que la deuxième porte sur le contenu du droit d'être entendu (Boudjlida). La lecture de ces arrêts montre à quel point « le dialogue des juges » peut fonctionner dans les deux sens et qu'en l'espèce, c'est bien le Conseil d'État qui semble avoir largement influencé la Cour européenne, notamment dans l'arrêt Mukarubega.

A/ L'arrêt Mukarubega de la CJUE du 5 novembre 2014 (C-166/13)

Rappelons les faits brièvement : il s'agit d'une personne déboutée de sa demande d'asile qui fait l'objet d'un refus de séjour avec OQTF en octobre 2012. Placée en garde à vue en mars 2013, elle se verra ensuite notifier une OQTF sans délai de départ volontaire et un placement en rétention.

La Cour rappelle, à titre liminaire, l'objectif de mettre en place une politique efficace d'éloignement fondée sur des normes communes dans le respect des droits fondamentaux. Contrairement aux conclusions de l'Avocat général, la Cour exclut l'application de l'article 41 de la Charte (point 44 en faisant référence au point 67 de l'arrêt YS à propos de l'accès aux données personnelles du demandeur d'asile et à l'arrêt Cicala C482/10 ; notons que cette solution sera confirmée dans l'arrêt Boudjlida). La Cour revient ainsi sur la jurisprudence de l'arrêt M.M. d'une manière assez incompréhensible.

La Cour estime que l'adoption d'une décision d'éloignement découle nécessairement de celle constatant le caractère irrégulier du séjour de l'intéressé. Les autorités nationales ne doivent pas entendre spécifiquement la personne sur la décision de retour dès lors que la personne a été entendue précédemment dans le cadre d'une procédure « ayant pleinement respecté ses droits ». La Cour estime de manière très critiquable **qu'ayant été entendue à deux reprises dans le cadre de la demande de l'asile (à l'OFPRA et à la CNDA), la requérante a pu présenter, de manière utile et effective, ses observations au sujet de l'irrégularité de son séjour et de la décision de retour, alors qu'il s'agit bien évidemment de procédures totalement distinctes**.

La Cour opère un revirement par rapport à l'arrêt M.M. qui prévoyait l'obligation d'entendre le demandeur d'une protection subsidiaire de manière spécifique sur cette demande si tel n'avait pas été le cas dans le

cadre de sa demande d'asile. **La Cour revient sur la logique d'une audition par procédure** en estimant que lorsqu'un demandeur d'asile a exposé ses arguments sur sa demande d'asile à l'OFPRA et à la CNDA, il a pu présenter des arguments sur la régularité de son séjour ou sur la mesure d'éloignement à venir, ce qui ne correspond nullement à la réalité !

La Cour s'appuie sur les conclusions de l'Avocat général en ce que ce droit ne peut être « instrumentalisé pour rouvrir indéfiniment la procédure administrative ». Cet argument serait légitime en présence de demandes multiples. Or, cette solution est imposée à tout le monde de manière indistincte. C'est nier la portée d'un principe fondamental du droit de l'Union en permettant à l'administration de prendre une décision qui n'est pas adaptée à la situation de la personne. Il arrive fréquemment qu'un délai assez long s'écoule entre le début de la procédure d'asile et la mesure d'éloignement. Dans cette hypothèse, la préfecture ne dispose pas d'éléments récents sur la situation du demandeur, les informations figurant dans la demande d'asile étant nettement insuffisantes pour prendre une décision respectueuse des droits. Par ailleurs, que se passe-t-il pour les demandeurs d'asile qui n'ont pas eu accès au juge de l'asile ? Les ordonnances de la CNDA à l'égard des primo-demandeurs sont de plus en plus nombreuses. La Cour adopterait-elle la même solution ?

B/ L'arrêt Boudjlida de la CJUE du 11 décembre 2014 (C-249/13CJUE)

Rappelons les faits brièvement : il s'agit d'un étudiant qui a vécu plusieurs années sous couvert de cartes de séjour régulièrement renouvelées. Lorsqu'il dépose une demande de naturalisation, il ne présente aucune demande de titre de séjour. Dans le cadre d'une demande pour s'installer comme auto-entrepreneur, l'intéressé est entendu par la police. À l'issue d'une audition qui se déroule sans avocat, il se voit notifier un refus de séjour portant OQTF avec un délai de 30 jours pour quitter le territoire.

Il ressort de cette affaire que l'étranger doit pouvoir exprimer son point de vue sur les quatre éléments suivants :

- ▶ la légalité de son séjour
- ▶ les éléments de l'article 5 de la directive retour, à savoir l'intérêt supérieur de l'enfant, la vie de famille, l'état de santé de l'intéressé et le principe de non refoulement
- ▶ l'application des exceptions prévues à l'article 6 de la directive (notamment la possibilité d'accorder un

titre de séjour pour motifs charitables, humanitaires ou autres)

- ▶ les modalités de son retour, soit le délai de départ et le caractère volontaire ou contraignant du retour, ce délai pouvant être prolongé en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux.

Si dans l'affaire Mukarubega, la Cour a décidé que la requérante avait été entendue sur l'irrégularité de son séjour au cours de la procédure d'asile et sur les conséquences potentielles d'un renvoi, il n'en est pas de même pour l'affaire Boudjlida dans la mesure où l'intéressé n'a été entendu que 30 minutes, sans avocat, et n'a pas pu exprimer son point de vue sur tous les éléments précités.

La Cour fait émerger plusieurs solutions intéressantes, notamment le droit d'exprimer, avant l'adoption d'une décision de retour son point de vue sur la légalité de son séjour, sur l'éventuelle application des articles 5 et 6 § 2 à 5 de ladite directive ainsi que sur les modalités de son retour. Par ailleurs, il se déduit de cet arrêt un véritable droit à être assisté d'un avocat, au stade de la procédure administrative, sans que l'État n'ait l'obligation de prendre en charge cette assistance au titre de l'aide juridictionnelle.

Le Tribunal Administratif de PAU a tiré les enseignements de l'arrêt Boudjlida en annulant l'arrêté préfectoral dans un jugement définitif du 17 février 2015 (n° 1300264). Le Tribunal a constaté que si le requérant avait été entendu sur l'article 5 point b) de la directive ainsi que sur les modalités de son retour, il n'en a pas été de même sur l'éventuelle application des droits nés des § 2 à 5 de l'article 6 de la directive du 16 décembre 2008, notamment sur la possibilité de bénéficier d'une régularisation pour un motif humanitaire.

Il est indéniable que cet arrêt ouvre des perspectives aux défenseurs des étrangers même si les juridictions administratives peinent à le reconnaître.

* L'état de la jurisprudence au niveau national

Une première remarque s'impose concernant l'application de l'article 41 § 2 de la Charte. Par prudence, compte tenu du flou actuel de la jurisprudence de la CJUE, il est conseillé aux praticiens d'invoquer le

moyen tiré du droit d'être entendu en faisant référence au principe général du droit de l'Union en combinaison avec l'article 41 § 2. La jurisprudence de la Cour évoluera nécessairement dans le sens d'une invocabilité de cet article, qui a une portée générale et en raison de l'équivalence entre les principes fondamentaux du droit de l'Union et les articles de la Charte, mais, compte tenu des deux arrêts Murarubega et Boudjlida, il est préférable de ne pas invoquer l'article 41 § 2 seul (la CAA de Paris a requalifié le moyen dans un arrêt 26 juin 2015, n°15PA00632).

La jurisprudence française peut être ainsi résumée :

- ▶ Le droit d'être entendu est systématiquement écarté lorsqu'il est invoqué **à l'encontre d'un refus de séjour seul**. En revanche, il devrait s'appliquer à l'égard des décisions en matière de regroupement familial, les refus d'autorisation provisoire de séjour « Dublin » ou ceux pris dans le cadre de l'asile comme étant la mise en œuvre du droit de l'Union.
- ▶ **S'agissant des OQTF prises concomitamment à un refus de séjour** : nous avons exposé les solutions jurisprudentielles très restrictives de l'arrêt Halifa et de l'arrêt Mukarubega (point 60). Notons toutefois des exceptions pour les personnes qui réussissent à établir qu'elles ont tenté en vain de faire état d'éléments nouveaux sur leur situation familiale ou l'état de santé de leurs enfants (TA Grenoble n° 1404742 du 18 novembre 2014 et n° 1501711 et 1501712 du 25 mars 2015). **L'arrêt Boudjlida devrait nous inspirer pour vérifier, dans chaque cas, si les personnes ont été entendues sur les quatre éléments précités. Malheureusement, à la date de ce jour, le jugement du TA de Pau du 17 février 2015 semble rester isolé alors qu'il pourrait s'appliquer beaucoup plus largement.**
- ▶ **Pour les OQTF « sèches » (sans refus de séjour concomitants)**, le moyen peut prospérer plus facilement ; les juridictions vérifient si l'intéressé a été mis à même de porter à la connaissance de l'administration les informations relatives à leur



situation personnelle et s'il a des éléments pertinents à faire valoir (CAA N° 14PA05184 6 mai 2015 pour une OQTF sans délai à l'issue d'une procédure de garde à vue ; CAA Paris, 19 novembre 2013, 12PA04013 ; CAA Paris, 11 février 2014, n°13PA01896 ; CAA Paris, 26 juin 2015, n° 15PA00632).

► **Pour les placements en rétention**, la situation semble également difficile ; dans un arrêt du 5 juin 2015 (n° 375423), le Conseil d'État a annulé un arrêt de la CAA de Nancy en estimant que le droit d'être entendu n'implique pas que l'administration ait l'obligation de mettre l'intéressé à même de présenter ses observations de façon spécifique sur la décision le plaçant en rétention, dès lors qu'il a pu être entendu *précédemment* sur l'irrégularité du séjour ou sur la perspective de l'éloignement.

Demeurent en suspens le sort des décisions accessoires comme celles fixant le pays de destination, les décisions de refus d'accorder un délai de départ volontaire, d'interdiction de retour, de confiscation du passeport, d'obligation de présentation, d'assignation à résidence (etc.).

En conclusion, un bilan décevant s'impose.

Les juridictions administratives et la CJUE ne cessent de rappeler que ce droit est un principe général du droit de l'Union sans l'appliquer, en matière migratoire, avec la même rigueur que dans d'autres domaines. Tant le Conseil d'État que la Cour de Justice ont écrasé la portée de ce droit dans le but de sauver les pratiques quotidiennes des préfectures. Il s'agit de permettre à l'administration, au nom de l'effet utile de la directive « retour », de multiplier les décisions sans avoir à rassembler des éléments d'information sur les personnes **dans une logique purement comptable**. La situation la plus critique concerne les déboutés à l'encontre desquels les préfectures prennent le plus rapidement possible des obligations de quitter le territoire français pour les empêcher de faire valoir des éléments sur leur situation, peu importe ce qui s'est passé pendant la procédure d'asile (mariage, maladie...).

Compte tenu de la faiblesse de cette garantie procédurale, des milliers de décisions administratives sont prises « à l'aveugle » dans des conditions très éloignées d'une « bonne administration ».

Cette situation génère un contentieux important qui a pour origine principale la multiplication de décisions « presse-bouton ». Il est temps que les juridictions administratives imposent aux préfectures de prendre

des décisions administratives, dans des conditions loyales, en prévenant les personnes à l'avance, en leur laissant un délai pour présenter des observations écrites ou orales, avec le Conseil de leur choix. Les préfectures prendraient ainsi des décisions dans des conditions plus rationnelles. La qualité de la Justice administrative s'en ressentirait avec des dossiers nourris et un champ du litige plus important, ce qui n'est pas le cas actuellement face à ces décisions stéréotypées. Dans le contentieux de l'urgence, il conviendrait d'évoluer clairement vers un contrôle juridictionnel de plein contentieux comme nous y invite l'arrêt Mahdi de la CJUE.

Pour convaincre les juges d'étendre la portée de ce droit, nous pouvons nous inspirer des applications dans d'autres domaines (la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a rendu récemment un arrêt intéressant en matière douanière, Com. 10 févr. 2015, n° 13-21.537) et effectuer des études comparatives des jurisprudences dans les autres États européens (la Belgique impose désormais à l'administration de rechercher les informations lui permettant de statuer en connaissance de cause : CE, 24 février 2015, n° 230.293, EDEM avril 2015 ; C.E., 19 février 2015, n° 230.256 et 230.257 ; plusieurs arrêts du Conseil d'État belge sont très attendus sur cette question en octobre 2015).

Il nous appartient de poursuivre le combat, sur le plan juridictionnel, pour faire appliquer avec rigueur ce droit fondamental, qui concerne la vie des personnes, tout demandant au législateur de consacrer ce droit dans la loi française afin de mettre en place une véritable procédure préalable contradictoire. ■

Pour aller plus loin :

- 1/ Rapport commun 2014 Assfam, Forum Réfugiés, France terre d'asile, La Cimade et l'Ordre de Malte. Enfermement et éloignement : la situation se dégrade
- 2/ Conclusions du Rapporteur public M. Henri Stillmunkes, RFDA 2013 p. 839
- 3/ Commentaire de M. Marc Clement "Droit d'être entendu, droit de la défense et obligation de quitter le territoire : à propos de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 14 mars 2013, M.X. n°12LY02704"
- 4/ Plusieurs articles très intéressants sont en ligne sur le site du CREDOF
- 5/ Gazette du Palais « Être ou ne pas être entendu : telle est la question » M. J.N. Caubet-Hilloutou 20-21 mars 2015 n°79 à 80