



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*Le principe du contradictoire à la lumière du droit de l'Union européenne : illustration en matière d'éloignement des étrangers*

JULIA SCHMITZ

Référence de publication : Schmitz, Julia (2014) [\*Le principe du contradictoire à la lumière du droit de l'Union européenne : illustration en matière d'éloignement des étrangers \(Etude 14\).\*](#)

Droit administratif (8-9).

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# **LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE À LA LUMIÈRE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : ILLUSTRATION EN MATIÈRE D'ÉLOIGNEMENT DES ÉTRANGERS**

**Le contentieux des procédures administratives d'éloignement des étrangers est désormais sous l'influence de la Cour de justice de l'Union européenne. L'application du principe du contradictoire, et plus particulièrement du droit d'être entendu, est l'objet de ces nouvelles interactions jurisprudentielles. Malgré sa consécration en tant que droit fondamental de l'Union, sa portée reste limitée par la jurisprudence européenne et nationale.**

Composante des droits de la défense et du droit à une bonne administration, le principe du contradictoire est au cœur des mécanismes de protection des droits et libertés dont les juges internes et européens sont aujourd'hui garants. L'exercice de la contradiction implique la mise en œuvre du droit à l'information, du droit à un interprète et à un conseil, et du droit d'être entendu devant le juge ou devant l'Administration. Mais la mise en œuvre de ce droit dans le contentieux de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière s'avère problématique, révélant la nature souveraine et disciplinaire des mesures prises en ce domaine.

En effet, dans le cadre des procédures contentieuses, le droit de toute personne « à ce que sa cause soit entendue », consacré à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), ne s'applique pas au contentieux des étrangers éloignés. Les procédures d'éloignement ne concernent pas des droits ou obligations de caractère civil, mais relèvent de l'exercice de la puissance publique<sup>Note 1</sup>. Elles sont également distinctes des poursuites ou des condamnations pénales, malgré l'interprétation large que la jurisprudence européenne a donné de « l'accusation en matière pénale »<sup>Note 2</sup>. L'article 1er du Protocole n° 7 de la CEDH consacre bien le principe du contradictoire, mais en réserve l'application aux procédures d'expulsion visant les étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un État membre. La jurisprudence du Conseil d'État est également claire sur la question : les mesures

d'éloignement des étrangers en situation irrégulière constituent des mesures de police et relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'État<sup>Note 3</sup>. Seules les procédures d'asile font exception, car tout en confirmant l'inapplicabilité de l'article 6, le juge a développé une jurisprudence protectrice des droits de la défense des étrangers en faisant appel aux « règles générales de procédure »<sup>Note 4</sup>.

En matière de procédure administrative non contentieuse, l'adage *audi alteram partem* doit être particulièrement respecté en raison de l'inégalité structurelle des parties en présence, Administration d'un côté, administrés de l'autre. Cependant, le principe de l'unilatéralité de l'action de la puissance publique implique en théorie que l'administré ne soit ni consulté ni entendu préalablement à la prise d'une décision susceptible d'affecter ses droits. Le juge administratif a pourtant très tôt reconnu le principe général des droits de la défense au sujet des mesures suffisamment graves ayant le caractère d'une sanction, avant de l'étendre aux mesures qui ne revêtent pas le caractère de sanction mais qui sont prises en considération de la personne et présentent pour elle une gravité suffisante<sup>Note 5</sup>. Composante des droits de la défense, le droit d'être entendu a également fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle, notamment en matière d'expulsion ou de mesures d'invitation à quitter le territoire concernant des ressortissants communautaires<sup>Note 6</sup>. Les droits de la défense ont par la suite fait l'objet d'une consécration législative<sup>Note 7</sup>, puis constitutionnelle<sup>Note 8</sup>. Mais en matière de procédure d'éloignement des ressortissants de pays tiers, si le droit à l'information a été consacré<sup>Note 9</sup>, il n'en est pas de même du droit à être entendu préalablement par l'Administration. Le Conseil d'État en a en effet écarté l'application en considérant que le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit des garanties spécifiques et suffisantes, à savoir l'existence d'un recours suspensif de plein droit devant le juge<sup>Note 10</sup>. Cette jurisprudence a été maintenue après l'instauration du régime de l'obligation à quitter le territoire français (OQTF) alors que le délai de recours a été étendu à un mois selon l'article L. 512-1 du CESEDA<sup>Note 11</sup>. Seules les procédures d'éloignement non régies par ces garanties procédurales spécifiques se voient appliquer le principe du contradictoire. Il pourrait en être de même des reconduites à la frontière pour trouble à l'ordre public ou travail sans autorisation relevant de l'article L. 533-1, ou des reconduites avec recours non suspensif en Outre-mer<sup>Note 12</sup>.

On peut voir dans cette jurisprudence restrictive une volonté d'empêcher les annulations de décisions d'éloignement pour vice de procédure afin d'en limiter le contentieux. Mais cette application « partielle » du principe du contradictoire ne semble plus être « adaptée » à l'évolution du droit des étrangers<sup>Note 13</sup>.

D'une part, le nouveau dispositif de l'OQTF est un régime complexe qui fusionne des mesures auparavant distinctes. D'autre part, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) a de son côté consacré le droit à une bonne administration. Selon l'article 41 § 2, la procédure administrative non contentieuse doit respecter le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre, le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, ainsi que l'obligation pour l'Administration de motiver ses décisions. Si le juge administratif refuse d'appliquer le principe du droit d'être entendu au contentieux des étrangers éloignés, la question de son invocabilité se pose différemment depuis sa consécration par la Charte et l'adoption de la directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (dite directive « retour »), transposée par la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration.

La question s'est tout d'abord posée en matière de droit d'asile. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union, après avoir constaté l'inapplicabilité des garanties prévues par la directive n° 2004/83/CE du 29 avril 2004 relative au système européen commun d'asile<sup>Note 14</sup>, a fait appel aux droits de la défense, et en particulier au droit d'être entendu, lequel constitue un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit s'appliquant aux décisions des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Elle précise que les droits de la défense sont désormais consacrés par les articles 47 et 48 de la Charte, en matière de procédure juridictionnelle, et par l'article 41 qui assure le droit à une bonne administration<sup>Note 15</sup>.

Invoqué dans plusieurs contentieux internes et européens, l'effectivité du principe du contradictoire en matière de procédure d'éloignement des étrangers en situation irrégulière aurait ainsi pu recevoir une nouvelle impulsion. Mais si l'invocabilité du droit d'être entendu au contentieux des étrangers éloignés est affirmée (**I.**), son application par les juridictions nationales reste limitée (**II.**).

## ***II- Éloignement des étrangers et droit d'être entendu : des fondements élargis pour une application nationale***

Les garanties procédurales consacrées par la directive « retour » du 16 décembre 2008 et l'article 41 § 2 de la CDFUE étant difficilement invocables dans le cadre d'une procédure d'éloignement d'un étranger en situation irrégulière (A), la consécration du droit d'être entendu en tant que principe fondamental du droit de l'Union était nécessaire (B).

### ***A. La difficile application d'une disposition textuelle***

La directive « retour » entend créer un cadre juridique global et harmonisé de la politique européenne d'éloignement. Le considérant 11 évoque un « ensemble commun minimal de garanties juridiques, applicables aux décisions liées au retour, afin d'assurer une protection efficace des intérêts des personnes concernées ». L'article 12 de son chapitre III relatif aux garanties procédurales fixe les conditions de forme que doivent respecter les décisions d'éloignement, lesquelles doivent être motivées et rendues par écrit, et oblige les États membres à mettre en place des voies de recours effectives contre ces décisions. L'article 15 § 2 fixe des règles en matière de rétention administrative, exigeant un acte écrit indiquant les motifs de fait et de droit et prévoyant une remise en liberté de l'étranger en cas d'illégalité de la décision de placement.

La question de l'invocabilité de cette directive s'est donc posée pour consacrer le droit d'être entendu préalablement à une mesure d'éloignement. Son effet direct ne fait aucun doute puisqu'elle a déjà servi de fondement à la censure de certaines dispositions relatives aux procédures d'éloignement. Le Conseil d'État n'a pas hésité à geler le dispositif de reconduite à la frontière en raison de sa contrariété avec la directive<sup>Note 16</sup>. L'incompatibilité de la pénalisation des refus d'exécution d'une mesure d'éloignement avec la directive « retour » a également été constatée par le juge de l'Union et les juridictions internes. La cour du Luxembourg admet le principe des sanctions pénales à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier, à condition que les mesures coercitives prévues par la directive n'aient pas permis de parvenir à l'éloignement<sup>Note 17</sup>. Après la transposition de la directive en droit interne, elle a censuré l'article L. 621-1 du CESEDA qui prévoit une peine d'emprisonnement pour séjour irrégulier. Est ainsi condamné le

placement en garde à vue de l'étranger si cette mesure entre en contrariété avec l'objectif premier de la directive, à savoir l'effectivité de l'éloignement. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a renvoyé le contrôle de conventionalité aux juridictions internes. C'est finalement la Cour de cassation qui en a tiré les conséquences en condamnant les mesures de placement en garde à vue à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière<sup>Note 18</sup>. Le juge de l'Union européenne a réitéré sa position en précisant que l'assignation à résidence prévue par le droit italien ne peut pas être entendue comme une « mesure », au sens de l'article 8 de la directive, qui contribuerait efficacement à la réalisation de l'éloignement<sup>Note 19</sup>.

Cependant, la directive « retour » ne fixe aucune règle de procédure relative au respect du droit d'être entendu préalablement à une décision d'éloignement. Ne sont pas non plus précisées les conséquences qu'il convient de tirer de la méconnaissance de ce droit, hormis l'obligation de remise en liberté en cas d'illégalité d'une mesure de rétention.

L'article 41 de la Charte pourrait alors être invoqué pour pallier cette lacune. Cependant, si ce texte a la même valeur que les traités depuis son intégration dans le Traité de Lisbonne (TUE, art. 6), l'application de son article 41 aux procédures d'éloignement des étrangers reste à vérifier. En effet, le droit à une bonne administration ne s'impose qu'aux « institutions, organes et organismes de l'Union », réservant sa portée aux relations entre les citoyens européens et les institutions européennes. Pour pouvoir appliquer ce droit aux décisions d'éloignement prises par les États membres, un autre fondement doit alors être trouvé. L'article 51 de la Charte, fixe de manière générale le champ d'application de celle-ci qui s'impose aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Mais à condition de considérer que cette disposition d'ordre général prévaut sur la portée restrictive de l'article 41, encore faut-il pouvoir considérer qu'un État membre met en œuvre le droit de l'Union lorsqu'il prend une mesure d'éloignement d'un étranger en situation irrégulière. Selon l'interprétation de la cour du Luxembourg, si l'octroi d'un titre de séjour n'entre pas dans le champ du droit de l'Union<sup>Note 20</sup>, en revanche, la directive « retour », bien que laissant une marge de manœuvre aux États membres pour fixer les modalités procédurales, fait entrer les mesures d'OQTF dans son champ d'application. C'est bien ce que la Cour a décidé concernant les directives « asile » qui ne déterminent pourtant pas l'intégralité des procédures à mettre en œuvre<sup>Note 21</sup>.

La Cour de justice de l'Union a toutefois retenu une interprétation littérale de l'article 41 pour limiter son champ d'application aux institutions et organes de l'Union, sans l'étendre aux

procédures conduites par les États membres<sup>Note 22</sup>. C'est le raisonnement qu'ont retenu plusieurs juridictions internes pour considérer que l'article 41 ne reconnaît des droits aux citoyens de l'Union européenne que dans leurs relations avec les institutions, organes et organismes de l'Union et non dans leurs relations avec les États membres, en matière de procédure d'éloignement<sup>Note 23</sup>.

Pour fonder définitivement l'application du droit d'être entendu aux procédures d'éloignement, il était dès lors nécessaire d'en faire une composante des principes fondamentaux de l'Union.

### *B- Le recours aux principes fondamentaux de l'Union*

Le juge de l'Union a clairement lié le champ d'application des droits contenus dans la Charte aux principes fondamentaux dont il garantit le respect. Pour ce faire, il se fonde sur les explications relatives à l'article 51 de la CDFUE, conformément à l'article 6 § 1 du TUE et à l'article 52 § 7 de la CDFUE. Les droits contenus dans la Charte procèdent de la jurisprudence de la Cour, exprimant les acquis de la construction européenne. La Cour a ainsi élargi le champ d'application de la Charte en affirmant que « l'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »<sup>Note 24</sup>. Or, les droits fondamentaux issus des principes généraux du droit de l'Union, depuis longtemps consacrés par la jurisprudence<sup>Note 25</sup> et énoncés à l'article 6 § 3 du TUE, ont une portée très large puisqu'ils s'appliquent aux États membres dès lors qu'ils agissent dans un domaine régi par le droit de l'Union<sup>Note 26</sup>. Le Conseil d'État admet quant à lui depuis longtemps l'applicabilité de ces principes<sup>Note 27</sup>.

Fonder ainsi les droits contenus dans la Charte sur les principes généraux du droit de l'Union permet d'étendre leur portée à l'ensemble des États membres<sup>Note 28</sup> et surtout, de relativiser la restriction apportée par l'article 41 de la Charte. En effet, les États doivent non seulement « interpréter leur droit national d'une manière conforme au droit de l'Union », mais encore « veiller à ne pas se fonder sur une interprétation d'un texte du droit dérivé qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union »<sup>Note 29</sup>.

Pour conférer le caractère de droit fondamental au droit d'être entendu, la Cour de justice de l'Union se fonde sur une jurisprudence constante affirmant l'importance de ce droit qui doit

s'appliquer à toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief<sup>Note 30</sup>. Cet élargissement de l'application de l'article 41 de la Charte lui permet de considérer que le respect du droit d'être entendu s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité<sup>Note 31</sup>.

Certaines juridictions nationales ont repris le même raisonnement pour appliquer le droit d'être entendu aux mesures d'OQTF. Pour le tribunal administratif de Montreuil, l'application des principes généraux du droit de l'Union européenne se limite aux seuls actes pris « dans une situation juridique intégralement régie par le droit communautaire », or, les garanties procédurales en matière d'OQTF ne sont pas régies par la directive mais par l'article L. 511-1 du CESEDA<sup>Note 32</sup>. Mais pour le tribunal administratif de Lyon, l'OQTF constitue bien une situation régie par le droit de l'Union, puisque ce mécanisme assure une transposition de la directive « retour ». Le tribunal va même jusqu'à utiliser la même formulation que la cour du Luxembourg, en rappelant que « le respect du droit d'être entendu s'impose alors même que la réglementation communautaire applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité »<sup>Note 33</sup>. La cour administrative d'appel de Lyon a également considéré que lorsque le préfet prend une mesure d'OQTF, il met en œuvre le droit de l'Union et doit donc en respecter les principes généraux, dont fait partie le droit d'être entendu. Elle précise pour sa part que ce droit est énoncé à l'article 41 § 2 de la CDFUE<sup>Note 34</sup>. Cette position est confirmée par la cour administrative d'appel de Paris qui se fonde quant à elle sur l'article 51 de la CDFUE pour considérer que le principe fondamental du droit d'être entendu, tel qu'il résulte de l'article 41 de la Charte, peut être utilement invoqué lorsque le préfet prend une mesure d'OQTF qui met en œuvre le droit de l'Union<sup>Note 35</sup>. Le droit d'être entendu est donc conforté par l'article 41 de la Charte, fondement textuel et précis, lequel reçoit en retour un fondement plus large et une portée d'application générale, en tant que principe fondamental. Ce double fondement se retrouve d'ailleurs dans la directive « retour » qui « respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, en particulier, par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »<sup>Note 36</sup>.

Mais la cour du Luxembourg élargit encore le fondement du droit d'être entendu, en le détachant du fondement textuel de l'article 41. Saisie d'une question préjudicielle d'urgence, elle devait s'interroger sur les conséquences que doit tirer le juge néerlandais du non-respect du droit d'être entendu consacré par l'article 41 § 2 de la CDFUE en matière de prolongation d'une mesure de rétention, en application de l'article 15 § 6 de la directive « retour ». Constatant l'absence de



cette garantie procédurale dans la directive, la Cour rappelle que les droits de la défense, qui comportent le droit d'être entendu et le droit d'accès au dossier, constituent des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et sont consacrés par la Charte, sans mentionner précisément la disposition de l'article 41<sup>Note 37</sup>. Selon l'avocat général M. Wathelet, dans sa prise de position présentée le 23 août 2013, le droit d'être entendu est certes consacré par la jurisprudence de la Cour, mais il a surtout été confirmé par la Charte qui lui aurait conféré une « valeur constitutionnelle ». La Cour se réfère quant à elle à l'article 51 qui étend le champ d'application de la Charte aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union et doivent alors respecter les principes fondamentaux. Le recours à ces derniers permet ainsi de contourner la difficulté d'interprétation relative au champ d'application de l'article 41 de la Charte et le silence de la directive « retour » au sujet des garanties procédurales permettant de respecter le droit d'être entendu dans le cadre des procédures d'éloignement.

En effet, la directive « retour » invite les États membres à régler eux-mêmes les garanties permettant le respect des droits de la défense. Mais la Cour précise que la mise en œuvre du respect de ces derniers par les autorités nationales doit être « du même ordre que ceux dont bénéficient les particuliers ou les entreprises dans des situations de droit national comparables » et ne doit pas rendre « pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits de la défense conférés par l'ordre juridique communautaire<sup>Note 38</sup>. De plus, les limitations aux garanties procédurales prévues par l'article 52 § 1 du CDFUE, ne sont autorisées « pour autant que la limitation concernée respecte le contenu essentiel du droit fondamental en cause et que, dans le respect du principe de proportionnalité, elle soit nécessaire et réponde effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union »<sup>Note 39</sup>.

## ***II- Éloignement des étrangers et droit d'être entendu : une mise en œuvre incertaine laissée à l'appréciation des juges nationaux***

L'invocabilité du droit d'être entendu permet aux juridictions nationales de revenir sur la jurisprudence selon laquelle les garanties législatives du respect du contradictoire ne peuvent s'appliquer aux procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière en raison de

l'existence de règles spécifiques en la matière. Mais en raison de la marge nationale d'application qui leur est accordée (A), la mise en œuvre de ce droit reste limitée (B).

### *A- La marge nationale d'application du droit d'être entendu*

On pourrait être tenté de voir dans le droit à la bonne administration consacré par l'article 41 de la CDFUE le pendant des droits de la défense consacré par les articles 47 et 48 de la Charte et par l'article 6 de la CEDH. Il est pourtant capital de faire une distinction entre la mise en œuvre de ce droit dans le cadre d'une procédure administrative et dans le cadre d'une procédure contentieuse.

La cour du Luxembourg établit elle-même cette distinction. Il est vrai que dans son arrêt du 22 novembre 2012, *M.M.*, la Cour semble établir un lien entre le droit d'être entendu et les droits de la défense en matière juridictionnelle puisqu'elle vise ensemble les articles 41, 47 et 48 de la Charte. Mais si elle donne une interprétation étendue du droit d'être entendu en matière de procédure contentieuse, le juge devant alors « s'acquitter de [son] devoir d'examen soigneux et impartial »<sup>Note 40</sup>, elle a déjà eu l'occasion de préciser que selon la cour de Strasbourg, le respect du principe du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées à l'article 6 § 1 de la CEDH, ne trouve application que lors d'une procédure juridictionnelle devant un tribunal<sup>Note 41</sup>.

Aussi, le droit à une bonne administration reçoit une portée encore incertaine dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse. Ce droit a pourtant fait l'objet d'une définition précise, comme étant « le droit de toute personne à faire connaître, de manière utile et effective, ses observations écrites ou orales au cours d'une procédure administrative, avant l'adoption de toute décision susceptible de lui faire grief ». Il implique également que l'Administration prête toute l'attention requise aux observations ainsi soumises par l'intéressé en examinant, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce et en motivant sa décision de façon circonstanciée<sup>Note 42</sup>. Mais la Cour de justice a adopté une démarche pragmatique dans l'appréciation des conséquences d'une violation de ce droit en considérant qu'une irrégularité de procédure n'emporte pas nécessairement la nullité de l'acte administratif<sup>Note 43</sup>.

La Cour de justice de l'Union a ainsi été invitée à préciser si le juge national devait mettre fin automatiquement à une mesure de rétention qui n'a pas respecté le droit d'être entendu. Pour

limiter la portée de ce droit, la Cour fonde sa décision sur sa jurisprudence relative au contrôle des vices de procédure des décisions des organes de l'Union et sur la spécificité de la directive « retour »<sup>Note 44</sup>.

Selon sa jurisprudence, les droits de la défense n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues et peuvent comporter des restrictions, pour répondre à des objectifs d'intérêt général. Des limitations au respect du droit d'être entendu peuvent ainsi être apportées en fonction des circonstances de fait et de droit, notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée. Cependant, les illustrations jurisprudentielles visées par la Cour concernent des situations exceptionnelles, pour des motifs de santé ou de sécurité publique<sup>Note 45</sup>.

Pour limiter la portée du droit d'être entendu, la Cour invoque également le principe de l'effet utile de la directive « retour », dont l'objectif est d'assurer des procédures efficaces d'éloignement, reprenant le raisonnement des arrêts *Dridi*, *Achughbabian* et *Sagor*. Or, la Cour considère que l'annulation automatique des décisions de prolongation de rétention en raison d'une violation de l'exercice des droits de la défense, privant ainsi le juge de tout pouvoir d'appréciation, risquerait de porter atteinte à l'effet utile de la directive consacré par son deuxième considérant<sup>Note 46</sup>. La Cour fait donc primer le principe d'efficacité sur celui de la légalité de la mesure de rétention. Cette interprétation de la directive « retour » est pourtant discutable car le deuxième considérant invite également à instituer des « normes communes » dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité des personnes concernées par une mesure de retour.

Ainsi, toute irrégularité procédurale concernant l'exercice des droits de la défense n'est pas constitutive d'une violation de ces droits, et toute violation du droit d'être entendu ne rend pas systématiquement illégale la décision prise. La Cour précise que l'annulation de la mesure n'est possible que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent. Le juge de l'Union retient ainsi la même analyse que le Conseil d'État français, limitant les annulations pour vice de procédure à ceux qui privent l'intéressé d'une garantie ou exercent une influence sur le sens de la décision<sup>Note 47</sup>.

Le non-respect du droit d'être entendu n'est donc pas un élément déterminant de l'appréciation de l'illégalité d'une décision de rétention administrative conduisant à une remise en liberté, comme l'exige l'article 15 § 2 de la directive « retour ». Pourtant, cette disposition ne semble laisser aucune marge de manœuvre aux autorités nationales. Le juge de l'Union a d'ailleurs

eu l'occasion de considérer que « les articles 15 et 16 de la directive sont inconditionnels et suffisamment précis pour ne pas nécessiter d'autres éléments particuliers pour permettre leur mise en œuvre par les États membres »<sup>Note 48</sup>. En procédant ainsi, la Cour entend accorder aux juridictions nationales une marge d'appréciation certaine en matière de vices de procédure, puisqu'il leur revient de vérifier, « en fonction des circonstances de fait et de droit spécifiques de l'espèce, si cette 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 »<sup>Note</sup>

<sup>49</sup>.

### *B. Une mise en œuvre limitée par les juges internes : la confusion des procédures administratives et juridictionnelles*

Le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Lyon ont repris la même formulation que la cour du Luxembourg pour considérer que le droit d'être entendu « garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative, afin que l'autorité compétente soit mise à même de tenir compte de l'ensemble des éléments pertinents pour fonder sa décision »<sup>Note 50</sup>. Mais leurs analyses divergent sur l'appréciation de la portée de ce droit en matière de procédure d'OQTF. Selon le tribunal, le respect de ce droit oblige l'Administration à informer un demandeur de titre qu'il peut faire l'objet d'une mesure d'éloignement, et à le mettre en mesure dans un délai suffisant, de présenter ses observations sur l'éventualité d'une telle décision ainsi que sur ses modalités d'exécution. Les seules dérogations possibles sont l'urgence ou le risque de fuite, afin de respecter l'objectif de la directive qui est d'assurer un éloignement efficace. En l'espèce, la décision d'éloignement a été prise suite à une demande d'asile dont le traitement n'implique pas l'information du demandeur de la possibilité pour le préfet de prendre une décision de refus de séjour assortie d'une OQTF. Le tribunal précise cependant que lorsque l'intéressé a été informé de l'éventualité d'une mesure d'éloignement, « il lui appartient d'accomplir les diligences utiles afin de signaler un changement dans sa situation personnelle ». Pour la cour administrative d'appel, le demandeur d'un titre de séjour ne peut ignorer qu'en cas de refus, il fera l'objet d'une mesure d'éloignement. Dès lors, il doit de sa propre initiative, fournir toutes les informations utiles à l'Administration pour qu'elle puisse statuer le cas échéant sur une décision d'OQTF. Le Conseil d'État a tranché en

considérant que la mise en œuvre du droit d'être entendu est donc à la charge de la personne susceptible d'être affectée par une décision d'éloignement et non de l'Administration<sup>Note 51</sup>. De plus, la cour administrative d'appel de Lyon reprend le même raisonnement que le juge de l'Union pour considérer que le droit d'être entendu ne doit être respecté que si les observations communiquées auraient pu conduire l'autorité administrative à prendre une décision différente.

Ces arrêts soulignent la complexité du nouveau régime de l'OQTF, puisque la décision de refus de séjour et la décision de retour forment désormais une seule et même décision. À cette complexification procédurale fait suite la possibilité d'assortir l'OQTF d'un arrêté de destination fixant le pays de renvoi, d'un délai de départ volontaire, d'une interdiction de séjour, d'une assignation à résidence et d'un placement en rétention. Or, cette multiplication des décisions d'éloignement exige un examen encore plus minutieux de la situation, en fonction de chaque mesure. Le Conseil d'État a d'ailleurs considéré que le refus d'accorder un délai de départ volontaire se fonde sur des critères différents de ceux justifiant l'obligation de quitter le territoire, puisqu'il s'agit de décisions autonomes. Le juge ne doit pas considérer la requête dirigée contre l'obligation de quitter le territoire comme un ensemble de moyens indivisibles alors que plusieurs décisions sont en cause. Il peut donc uniquement annuler le refus d'accorder un délai de départ volontaire, sa décision n'ayant par elle-même aucune incidence sur l'obligation de quitter le territoire<sup>Note 52</sup>.

La jurisprudence administrative a ainsi maintenu l'indépendance contentieuse de la décision de refus de séjour et de la décision d'éloignement<sup>Note 53</sup>. Cependant, la motivation de la première décision de refus de séjour suffit à établir celle des mesures consécutives<sup>Note 54</sup>. Il en est de même pour l'exercice du principe du contradictoire qui doit se réaliser une seule fois, lors de l'instruction de la demande de titre de séjour, pour l'ensemble de ce « paquet éloignement »<sup>Note 55</sup>. La cour du Luxembourg a pourtant précisé dans l'arrêt *M. M.* du 22 novembre 2012 (pt 90), que le droit d'être entendu devait être respecté « à tous les stades de la procédure ». Mais pour le juge national, la seule exception semble concerner le placement en rétention, décision pour laquelle le juge exige une information systématique de la personne concernée pour la mettre à même de présenter ses observations, en soulignant la particularité de cette mesure qui met en cause la liberté fondamentale d'aller et de venir, et qui, étant immédiatement exécutoire, « emporte par sa seule édicition une modification de sa situation de droit et de fait de l'étranger concerné »<sup>Note 56</sup>.

Le juge administratif français limite ainsi l'exigence du respect du droit d'être entendu en opérant une confusion entre procédure administrative et procédure contentieuse. En effet, pour la

cour administrative d'appel de Lyon, les seuls éléments procéduraux constituant une garantie formelle des droits de la défense, au sens du principe fondamental qui sous-tend les articles 41, 47 et 48 de la CDFUE, résultent de la possibilité de présenter ses observations dans le cadre d'une procédure juridictionnelle suspensive prévue à l'article L. 512-3 du CESEDA. La cour administrative d'appel de Paris ajoute également qu'en vertu de cet article, « l'autorité préfectorale ne peut procéder d'office à l'exécution d'une mesure d'éloignement avant l'expiration d'un délai de 30 jours, ni avant que le tribunal administratif éventuellement saisi n'ait statué, ce qui permettait à l'intéressé de faire-valoir ses observations avant que la décision lui faisant obligation de quitter le territoire français n'ait été susceptible de l'affecter défavorablement par une telle exécution ». C'est le même raisonnement qui a guidé la Cour de justice de l'Union dans son arrêt *M.G. et N.R.* du 10 septembre 2013. La seule atteinte qui pourrait être portée à la substance même des droits de la défense serait la privation de la possibilité de contester les mesures d'éloignement dans une procédure ultérieure et d'y exercer le droit de présenter des observations.

Or si le droit d'être entendu connaît deux applications distinctes, dans le contexte administratif précontentieux (*art. 41*) et dans le cadre d'une procédure juridictionnelle (*art. 47*), une violation de ce droit lors de l'adoption d'une décision d'éloignement par les autorités administratives ne devrait pas pouvoir être régularisée par la seule possibilité d'un recours juridictionnel ultérieur, recours qui n'est d'ailleurs suspensif que de la seule décision d'éloignement et non du placement en rétention qui peut l'accompagner<sup>Note 57</sup>.

L'interprétation à donner au droit d'être entendu en matière de procédures d'éloignement n'est donc pas encore clairement fixée. C'est l'objet de plusieurs questions préjudicielles émanant des juridictions nationales en instance devant la Cour de justice de l'Union. Le tribunal administratif de Melun a ainsi formulé une question portant sur l'existence de l'obligation incombant à l'Administration de mettre en mesure l'intéressé de présenter ses observations préalablement à une OQTF, consécutive ou non à un refus de titre de séjour, et notamment dans le cas où un risque de fuite existe et qui permet à l'autorité administrative de ne pas accorder de délai de départ volontaire de trente jours et de placer la personne en rétention, sans procéder au respect du contradictoire. Le tribunal a également demandé à la Cour de préciser la possibilité de déroger à ce droit en raison de l'existence d'un recours suspensif devant le juge administratif<sup>Note 58</sup>. Le tribunal administratif de Pau a quant à lui formulé trois questions préjudicielles portant sur le contenu du droit d'être entendu, en particulier la possibilité d'être mis à même d'analyser l'ensemble des éléments qui sont opposés,

d'exprimer un point de vue oral ou écrit après un temps de réflexion suffisant, et de bénéficier de l'aide d'un conseil, ainsi que sur la possibilité de restreindre ce droit en considération de l'objectif d'intérêt général de la politique de retour exposé par la directive de 2008, et dans l'affirmative, sur les aménagements et critères à déterminer<sup>Note 59</sup>.

Ainsi, en dépit de la consécration du droit d'être entendu comme droit fondamental de l'Union, la jurisprudence administrative semble revenir au raisonnement antérieur qui consiste à compenser le non-respect du principe du contradictoire dans le cadre d'une procédure administrative d'éloignement par la possibilité d'exercer un recours juridictionnel suspensif. Cette position confirme la volonté de relativiser les garanties procédurales des procédures d'éloignement. Le juge judiciaire est déjà empêché de tirer les conséquences des irrégularités de procédure précédant le placement en zone d'attente ou en rétention qui n'ont pas de caractère substantiel ou qui n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger (*CESEDA*, art. L. 222-3-1 et L. 552-2-1). Suivant la même logique, le principe du contradictoire, dont l'exercice est pourtant essentiel pour prévenir le contentieux, n'est toujours pas reconnu comme une garantie substantielle dans le cadre d'une procédure administrative d'éloignement pour séjour irrégulier.

---

Note 1 *CEDH*, 17 déc. 1976, n° 7729/76, *Agee c/ RU*.

Note 2 *CEDH*, 5 oct. 2000, n° 39652/98, *Maaouia c/ France*.

Note 3 *CE*, sect., 22 mars 1991, n° 119754, *Sti* : *JurisData* n° 1991-040350 ; *Rec. CE* 1991, p. 100.

Note 4 *CE*, 4 déc. 2009, n° 304386, *Mohamed A* : *JurisData* n° 2009-017117.

Note 5 *CE*, sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier Gravier* : *Rec. CE* 1944, p. 133. – *CE*, ass., 26 oct. 1945, *Aramu et a.* : *Rec. CE* 1945, p. 213. – *CE*, 30 avr. 1997, *Assoc. nationale pour l'éthique de la médecine libérale et a.* : *Rec. CE* 1997, p. 174.

Note 6 *CE*, 20 oct. 1976, n° 95051, *Greenberg*. – *CE*, 8 oct. 1976, n° 96871 et n° 96872, *Hill et Holzappel*.

Note 7 *L.* n° 2000-321, 12 avr. 2000, art. 24, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Note 8 Le Conseil constitutionnel a consacré le principe fondamental reconnu par les lois de la République des droits de la défense au contentieux administratif (*Cons. const.*, déc. 2 déc. 1976, n° 76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail* : *Rec. Cons. const.* 1976, p. 39), avant de le rattacher à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en matière de procédures administratives répressives, telles que les procédures fiscales (*Cons. const.*, déc. 29 déc. 1984, n° 84-184 DC, *Loi de finances pour 1985* : *Rec. Cons. const.* 1984, p. 94), les procédures de lutte contre les fraudes douanières (*Cons. const.*, 27 janv. 2012, déc. n° 2011-214 QPC, *Sté COVED SA* : *JurisData* n° 2012-001572 ; *Rec. Cons. const.* 2012, p. 94), les procédures de licenciements prononcés pour un motif disciplinaire (*Cons. const.*, déc. 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *Loi pour l'égalité des chances* : *Rec. Cons. const.* 2006, p. 50), ou en matière de procédure administrative non répressive (*Cons. const.*, déc. 1er août 2013, n° 2013-674 DC, *Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique* : *JO* p. 13450).

Note 9 Selon l'article L. 512-2 du CESEDA, l'étranger a la possibilité de demander la communication des principaux éléments des décisions qui lui sont notifiées dans une langue qu'il comprend, ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, mais il n'est pas automatiquement informé de ce droit. V. pour une application limitée et complexe de ce droit en matière de refus de séjour et d'éloignement des demandeurs d'asile déboutés, *CE, sect., 30 déc. 2013, n° 367615 : JurisData n° 2013-030733.*

Note 10 *CE, sect., 19 avr. 1991, n° 120435, Préfet de police c/ Demir. – CE, 14 mars 2001, n° 208923, Boulahas. – CE, 9 juill. 2003, n° 253776, Préfet de Police c/ Krstic. – CE, 9 janv. 2004, n° 247915, Préfet du Val d'Oise c/ Kerroumi.*

Note 11 *CE, avis, 19 oct. 2007, n° 306821 et n° 306822, Hammou et Benabdelhak : JurisData n° 2007-072537.*

Note 12 V. pour les reconduites « Schengen » régies par l'article L. 531-3 du CESEDA, *CE, 24 nov. 2010, n° 344411, Eddomairi : JurisData n° 2010-022002.* – V. également, l'article L. 514-1 du CESEDA concernant la Guyane et Saint-Martin et l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 concernant Mayotte. La cour de Strasbourg a estimé à ce sujet que la procédure de reconduite à la frontière en Guyane est effectuée selon des modalités rapides, voire expéditives, rendant les recours existants inopérants et donc indisponibles, ce qui porte atteinte à l'effectivité des recours consacrée par l'article 13 de la CEDH : *CEDH, gr. ch., 13 déc. 2012, n° 22689/07, De Souza Ribeiro c/ France.*

Note 13 *S. Slama, Question préjudicielle sur le droit d'être entendu par l'Administration préalablement à l'édition d'une OQTF : Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 19 mars 2013.*

Note 14 Refondue par la directive n° 2011/95/UE du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

Note 15 *CJUE, 22 nov. 2012, aff. C-277/11, M. M. c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform : JurisData n° 2012-028240.*

Note 16 *CE, avis, 21 mars 2011, n° 345978 et n° 346612, Jia et Thirio : JurisData n° 2011-004317.* Alors que le Conseil constitutionnel n'avait quant à lui relevé aucune disposition manifestement incompatible avec la directive que la loi a pour objet de transposer : *Cons. const., déc. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.*

Note 17 *CJUE, 28 avr. 2011, aff. C-61/11, El Dridi, pts 60 et 62. – CJUE, 6 déc. 2011, aff. C-329/11, Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne.*

Note 18 *Cons. const., 3 févr. 2012, déc. n° 2011-217 QPC, Mohammed Alki B : JurisData n° 2012-002017. – Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n° 9001 et Cass. 1re civ., 5 juill. 2012, n° 11-30.371, n° 11-19.250 et n° 11.30-530 : JurisData n° 2012-014962 et 2012-011949.* Pour conformer le dispositif français aux dispositions de la directive « retour », la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 a institué à l'article L. 611-1 du CESEDA un nouveau dispositif de retenue pour vérification du droit au séjour d'une durée maximum de seize heures.

Note 19 *CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-430/11, Sagor.*

Note 20 *CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, lida, pt 79.*

Note 21 *CJUE, 22 nov. 2012, M. M., préc.*

Note 22 *CJCE, 30 avr. 2009, aff. C-75/08, C. Mellor : JurisData n° 2009-007432. – CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-482/10, Cicala, pt 28 : question préjudicielle relative à l'interprétation du principe de motivation des actes de l'administration publique.*

Note 23 *CAA Bordeaux, 3 avr. 2012, n° 11BX02847, Jamel A : JurisData n° 2012-009851. – CAA Nancy, 23 avr. 2012, n° 11NC01074, Karush A. – CAA Douai, 5 juill. 2012, n° 12DA00509, Solomon A.*

Note 24 *CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-617/10, Aklagarem c/ H. A. Frausson, pts 18 et 21 : question préjudicielle portant sur le champ d'application de l'article 50 de la Charte dans le cadre d'un litige relatif à la fraude fiscale.*

Note 25 *CJCE, 13 déc. 1979, aff. 44/79, Hauer : Rec. CJCE 1979, p. 3727. – CJCE, 13 juill. 1989, aff. C-5/88, Wachauf, pt 17. – CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, ERT.*



Note 26 CJCE, 5 avr. 1979, aff. C-148/78, Ratti, pt 46. – CJCE, 16 juill. 1992, aff. C-67/91, Banca Privada.

Note 27 CE, 3 déc. 2001, n° 226514, Syndicat National de l'industrie pharmaceutique.

Note 28 CJUE, gr. ch., 21 déc. 2011, aff. C-411/10 et C-493/10, N.S. c/ Secretary of State for the Home Department, et M.E. et alii c/ Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform.

Note 29 CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-101/01, Lindqvist, pt 87. – CJCE, gr. ch., 26 juin 2007, aff. C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones, pt 28.

Note 30 CJCE, 23 oct. 1974, aff. 17/74, Transocean Marine Paint Association c/ Commission, pt 15. – CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, Krombach, pt 42 : JurisData n° 2000-300030. – CJUE, 18 déc. 2008, aff. C-349/07, Sopropé, pt 36.

Note 31 CJUE, 22 nov. 2012, M.M, préc., pt 25. – V. également, CJCE, avis, 28 mars 1996, aff. C-2/94, pts 33 et 42. – CJCE, 29 juin 1994, aff. C-135/92, Fiskano c/ Commission, pt 39. – CJCE, 24 oct. 1996, aff. C-32/95, Commission c/ Lisrestal e.a., pt 21.

Note 32 TA Montreuil, 13 mars 2013, n° 1210341, 1210332, R. : JurisData n° 2013-005351.

Note 33 TA Lyon, 28 févr. 2013, n° 1208057, Lunda Makiese, concl. H. Stillmunkes : RFDA 2013, p. 839-853.

Note 34 CAA Lyon, 14 mars 2013, n° 12LY02737, Préfet de l'Ain c/ Luc B.G. – V. pour le même raisonnement en matière de placement en rétention, CAA Nancy, 9 déc. 2013, n° 12NC01705, M. O. : JurisData n° 2013-031506.

Note 35 CAA Paris, 31 juill. 2013, n° 12PA02040, Mme D. : JurisData n° 2013-017614.

Note 36 Consid. 24.

Note 37 CJUE, 10 sept. 2013, aff. C-383/13, M. G. et N. R. c/ Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. – V. dans le même sens CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-584/10, C-593/10 et C-595/10, Commission c/ Kadi, pts 98 et 99.

Note 38 CJUE, 18 déc. 2008, Sopropé, préc., et CJUE, 10 sept. 2013, M. G. et N. R. préc., pt 35.

Note 39 CJUE, 18 juill. 2013, Commission c/ Kadi, préc., pt 101.

Note 40 CJUE, 18 juill. 2013, préc., pt 115.

Note 41 CJCE, 7 janv. 2004, aff. C-204/00, Aalborg. – V. en ce sens, CEDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France : Rec. CEDH 1997, II, § 33.

Note 42 CJCE, 18 déc. 2008, Sopropé, préc., pt 50.

Note 43 CJUE, 1er oct. 2009, aff. C-141/08, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd, pt 82. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour, V. H. Stillmunkes, concl. sur TA Lyon, 28 févr. 2013, Lunda Makiese, préc. : RFDA 2013, p. 844-847.

Note 44 CJUE, 10 sept. 2013, M. G. et N. R., préc.

Note 45 CJCE, 15 juin 2006, aff. C-28/05, Dokter : Rec. CJCE 2006, I, p. 5431. – CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-27/09, France c/ People's Mojahedin Organization of Iran.

Note 46 CJUE, 10 sept. 2013, M. G. et N. R., préc., pt 42.

Note 47 CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Danthony : JurisData n° 2011-029061.

Note 48 CJUE, El Dridi, préc., pt 47.

Note 49 CJUE, 10 sept. 2013, M. G. et N. R., préc., pt 45. – L'autonomie procédurale des États membres en la matière vient d'être clairement affirmée par le Conseil d'État : CE, 4 juin 2014, n° 370515, Halifa : JurisData n° 2014-012041.

Note 50 *TA Lyon*, 28 févr. 2013, *Lunda Makiese*. – *CAA Lyon*, 14 mars 2013, *Préfet de l'Ain c/ Luc B.G.*, préc.

Note 51 *CE*, 4 juin 2014, n° 370515, *Halifa*, préc.

Note 52 *CE*, avis, 1er mars 2012, n° 355133, *M. A.* : *JurisData* n° 2012-003082.

Note 53 *CE*, 19 oct. 2007, n° 306821, *MM. Hammou et Benabdelhak*, préc.

Note 54 *CE*, 19 oct. 2007, n° 306821 et n° 306822, *MM. Hammou et Benabdelhak*, préc., et confirmant cette position au regard de l'article 12 § 1 de la directive « retour », *CE*, 10 oct. 2013, n° 359221, *Fkiri* : *JurisData* n° 2013-022204.

Note 55 *CE*, 4 juin 2014, n° 370515, *Halifa*, préc.

Note 56 *CAA Nancy*, 9 déc. 2013, n° 12NC01705, *M. O.*, préc.

Note 57 Dans ses conclusions précitées, H. Stillmunkes souligne également que le fait de « reporter au stade juridictionnel l'examen sérieux du dossier revient donc, inévitablement, 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, ce qui a été confirmé par le Conseil d'État (*CE*, avis, 4 juin 2012, n° 356505, *Arthur A.* : *JurisData* n° 2012-012234).

Note 58 *TA Melun*, 8 mars 2013, n° 1301686, *Sophie M.* – *CJUE*, en cours, aff. C-166/13, *Mukarubega c/ Préfet de police de Paris, Préfet de la Seine Saint-Denis*.

Note 59 *TA Pau*, 6 mai 2013, n° 1300264, *Boudjilida*.