

SPINOSI
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
2 Rue de Villersexel
75007 Paris

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

NOTE EN DELIBERE

APRES L'AUDIENCE DU 2 FEVRIER 2022

- POUR :**
- 1. L'ADDE (Avocats pour la défense des droits des étrangers)**
 - 2. L'ANAFE (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers)**
 - 3. L'ARCAT (Association de recherche, de communication et d'action pour l'accès aux traitements)**
 - 4. La CIMADE (Comité inter-mouvements auprès des évacués)**
 - 5. La FASTI (Fédération des associations de solidarités avec tou-te-s les immigré-e-s)**
 - 6. Le GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s)**
 - 7. La Ligue des droits de l'Homme**
 - 8. Le paria**
 - 9. Le SAF (Syndicat des avocats de France)**
 - 10. SOS-Hépatites Fédération.**

SCP SPINOSI

CONTRE : Le ministre de l'intérieur

Sur les requêtes n^{os} 450.285 et 450.288

I. A la suite de l'audience publique qui s'est tenue le 2 février 2022, les exposantes entendent soumettre au Conseil d'Etat de brèves observations, dans le cadre de la présente note en délibéré.

Et ce, en particulier concernant les dispositions des articles L. 731-1 et L. 731-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA ») – telles qu'issues de l'ordonnance litigieuse n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 – ainsi que, corrélativement, les dispositions des articles R. 732-1 et suivants du CESEDA – qui résultent du décret litigieux n° 2020-1734 du 16 décembre 2020.

II. D'emblée, il convient de rappeler que ces dispositions combinées permettent désormais d'assigner à résidence ou de placer en rétention sur le seul fondement « *d'une interdiction de retour sur le territoire français prise en application des articles L. 612-6, L. 612-7 et L. 612-8* » (articles L. 731-1, 2° du CESEDA).

Dans ses observations en défense, le ministre de l'intérieur a fait valoir que ni l'arrêt *Ouhrami* du 26 juillet 2017 (C-225-16) de la Cour de justice de l'Union européenne, ni même les objectifs de la directive n° 2008/115 du 16 décembre 2008, dite « *directive retour* », feraient obstacle à une telle éventualité.

Mais comme l'ont déjà souligné les exposantes dans leurs précédentes écritures, ces exigences du droit de l'Union européenne l'interdisent précisément (cf. notamment le mémoire en réplique sur la requête n° 450.288, au point **VI**).

III. Or, de façon particulièrement éloquente, telle est précisément la conclusion à laquelle est récemment parvenue la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 17 nov. 2021, n° 20-17.453 – **Prod. 1**).

En effet, dans son arrêt du 17 novembre 2021, la Cour de cassation a jugé que les exigences de la directive « *Retour* », telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union, sont méconnues en cas de placement en rétention sur le seul fondement d'une interdiction de retour sur le territoire français, lorsque l'obligation de quitter le territoire français est devenue caduque sans avoir été exécutée.

Ainsi, la Cour de cassation énonce explicitement qu'il « résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, (CJUE, 26 juillet 2017, C-225/16, Ouhrami, point 49), que, jusqu'au moment de l'exécution volontaire ou forcée de l'obligation de retour et, par conséquent, du retour effectif de l'intéressé dans son pays d'origine, un pays de transit ou un autre pays tiers, au sens de l'article 3, point 3, de la directive 2008/115 du 16 décembre 2008, le séjour irrégulier de l'intéressé est régi par la décision de retour et **non pas par l'interdiction d'entrée, laquelle ne produit ses effets qu'à partir de ce moment, en interdisant à l'intéressé, pendant une certaine période après son retour, d'entrer et de séjourner de nouveau sur le territoire des États membres** » (Ibid.).

Par conséquent, elle juge que c'est à tort que « *pour rejeter la requête de M. [Y] en contestation de la décision de placement en rétention, l'ordonnance [d'appel litigieuse] retient que la loi no 2018-1159 du 14 décembre 2018 qui a, à la suite de la décision de la CJUE du 26 juillet 2017, modifié l'article L. 511-1, III, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en prévoyant que la durée de l'interdiction de retour ne commence à courir qu'à compter de l'exécution de l'obligation de quitter le territoire ne s'applique qu'aux décisions prises après le 1^{er} janvier 2019* » et que cette même ordonnance en a « *déduit que l'interdiction de retour prononcée le 21 octobre 2018 pour une durée de dix-huit mois pouvait servir de fondement à l'arrêté de placement en rétention* » de l'intéressé (Ibid.).

Car comme l'a nettement souligné la Cour de cassation, « *l'obligation de quitter le territoire français n'avait pas été exécutée, ce qui excluait toute méconnaissance d'une interdiction de retour* » (Ibid.).

IV. Dans ces conditions, et compte tenu des exigences européennes ainsi mobilisées par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat ne saurait les ignorer en laissant appliquées des dispositions législatives et réglementaires qui lui sont contraires, dans la mesure où ces dernières prévoient une possible assignation à résidence ou placement en rétention sur le seul fondement « *d'une interdiction de retour sur le territoire français* ».

Sauf à méconnaître frontalement le droit de l'Union européenne et, par la même occasion, susciter une divergence entre les deux ordres de

juridiction français ce qui serait fortement préjudiciable à la sécurité juridique ainsi qu'à la cohérence globale du droit français.

V. A toutes fins utiles, les exposantes tiennent d'ailleurs à préciser que, dans un tel contexte, toute autre solution que l'invalidation des dispositions litigieuses en vertu du droit de l'Union ne pourrait que conduire le Conseil d'Etat à saisir la Cour de justice de l'Union d'une question préjudicielle en interprétation.

En effet, la naissance d'une divergence d'appréciation entre les deux juridictions suprêmes de l'ordre juridique français révélerait indubitablement l'existence d'une interrogation sérieuse quant à l'interprétation du droit de l'Union, au sens exact de l'article 267 du Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Et ce, compte tenu tout particulièrement du fait que, comme l'a jugé récemment la Cour de justice, le Conseil d'Etat – en sa qualité de « *juridiction nationale statuant en dernier ressort* » – « *doit être particulièrement vigilan[t] dans son appréciation relative à une éventuelle absence de doute raisonnable quant à l'interprétation correcte de la disposition de l'Union en cause* » lorsqu'il existe des « *lignes de jurisprudence divergentes – au sein des juridictions d'un même État membre ou entre des juridictions d'États membres différents – relatives à l'interprétation d[e cette] disposition du droit de l'Union applicable au litige au principal* » (CJUE, 6 octobre 2021, *Conorzio Italian Management*, Aff. C-561/19, § 46).

AU BENEFICE DE CES OBSERVATIONS, l'association exposante persiste fermement dans les conclusions de ses précédentes écritures.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI

SCP d'Avocat au Conseil d'Etat

Production :

- 1) Civ. 1^{ère}, 17 novembre 2021, n° 20-17.453