

# Actualités Droits-Libertés du 19 mars 2013



**CREDOF – Revue des Droits de l'Homme**

Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux  
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

## **DROIT DES ÉTRANGERS (PGDUE des droits de la défense, Art. 41 CDFUE, Directive 2008/115/CE) : Question préjudicielle sur le droit d'être entendu par l'administration préalablement à l'édition d'une OQTF**

*par Serge Slama*

Le 8 mars 2013, le juge de la reconduite du TA de Melun a décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg sur la question de savoir si le droit d'être préalablement entendu par l'administration trouve à s'appliquer aux OQTF prises dans le cadre de la procédure régie par la directive « retour ». Ce renvoi préjudiciel prolonge deux jugements de la formation élargie du TA de Lyon du 28 février dans lesquels ce droit a été consacré au bénéfice aussi bien des ressortissants de pays tiers que des citoyens européens. Il constitue une composante du droit de la défense qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union européenne et qui trouve une déclinaison dans le droit de « bonne administration » de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux et s'applique dès lors que le droit de l'UE est « mis en oeuvre ». Cette position pro-européenne ne fait toutefois pas l'unanimité...

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l'Homme](#)

C'est le branle le bas de combat au sein de la juridiction administrative depuis que le 28 février 2013 le tribunal administratif de Lyon a décidé, dans deux jugements rendus en formation élargie – l'un concernant une ressortissante de pays tiers (*Mme Lareille L.M.*, n°1208057), l'autre une citoyenne de l'Union européenne (*Mme Ancuta D.*, n°1208055) – que **l'administration préfectorale devait « entendre » l'étranger « préalablement » à l'édition d'une décision d'obligation de quitter le territoire français**. Ce principe du contradictoire préalable qui, selon ce que retient le tribunal lyonnais, « trouve à s'appliquer aux administrations des Etats membres dans une **situation régie par le droit de l'Union européenne** », constitue « **l'une des composantes du droit de la défense qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union européenne** ». Appliqué récemment par la Cour de Luxembourg à des demandeurs d'asile (CJUE, 1re ch., 22 nov. 2012, *M. M c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-277/11, pts 81-89 ; Europe 2013, comm. 19, F. Gazin ; [GR-RUE-ELSJ du 1 décembre 2012](#) par J. Petin), le droit d'être entendu préalablement par l'administration trouve donc un **judicieux prolongement en droit des étrangers**.

Les jugements obtenus par Me Jean-Philippe Petit n'ont pas tardé à rencontrer une résistance devant certaines juridictions administratives suivant un processus désormais familier depuis l'entrée en vigueur de la [directive « retour » 2008/115/CE du 16 décembre 2008](#) (v. notre [Lettre ADL du 2 mars 2013](#) décrivant un phénomène comparable du côté du juge judiciaire). Dans ce contexte, **le 8 mars 2013**, le magistrat désigné du tribunal administratif de Melun a décidé, à la demande de Me Bruno Vinay, **de procéder à un renvoi préjudiciel** sur cette même question (TA Melun, JRF, 8 mars 2013, *Sophie M. (dispositif)*, n°1301686). Avant même que ce jugement soit connu – la décision intégrale n'a pas été rendue au moment où nous écrivons – **des contre-feux judiciaires** n'ont pas tardé à être allumés. **Le premier** émane d'une **formation élargie du TA de Montreuil** qui a jugé, **de manière critiquable**, que l'application des PGDUE est réservée aux seuls actes pris « *dans une situation juridique intégralement régie par le droit communautaire [sic : de l'UE]* » - ce qui n'est pas le cas des « **modalités procédurales** » du prononcé des décisions de séjour assorties d'OQTF prises

en application de l'[article L511-1 du CESEDA](#) (TA Montreuil, 14 mars 2013, [M et Mme R.](#), n°1210341-1210332). Le **second** admet l'application des PGDUE, et même du principe de « *bonne administration* » de l'article 41 de la [charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#) dès lors que **ces OQTF constituent la « mise en œuvre » du droit de l'UE** ; mais estime **d'une part** que le droit d'être entendu n'oblige pas à inviter préalablement l'administré à présenter des observations orales ou écrites pour adopter une décision et **d'autre part** que **les garanties apportées dans le cadre de la procédure administrative contentieuse suffisent à assurer « pleinement le respect des droits de la défense, au sens du principe fondamental que sous-tend les articles 41, 47 et 48 de la Charte [...] »** (CAA de Lyon, 14 mars 2013, [Préfet de l'Ain c/ Luc B.G.](#), n°12LY02737, cons. 10 à 15). Cela revient à dupliquer la jurisprudence du Palais Royal qui, depuis 1991, a systématiquement **neutralisé la portée du principe général en droit interne** dans la phase pré-contentieuse (CE, Sect., 19 avril 1991, [Préfet de police c/ Demir](#), n°120435).

Ainsi, ces deux décisions témoignent de l'attachement à **de vieilles recettes du Palais Royal qui, de manière improductive, ont contribué depuis vingt ans à dispenser l'administration de son obligation d'organiser un contradictoire préalable en droit des étrangers (1°)**. L'application des principes généraux du droit de l'Union européenne et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devrait conduire, comme l'a jugé le TA de Lyon, à « **refonder** » le droit pour l'étranger d'être entendu par l'administration préalablement à l'édition d'une OQTF (2°).

## **1°/- Vingt ans d'improductive dispense prétorienne du contradictoire préalable en droit des étrangers**

La jurisprudence du Conseil d'Etat dispensant depuis vingt ans l'administration de l'obligation de contradictoire préalable en droit des étrangers qui a **contribué à la massification du contentieux des étrangers par un transfert de charge sur le juge administratif (A)** est désormais **inadaptée aux évolutions récentes des décisions d'OQTF (B)**.

### **A – Une massification du contentieux des étrangers par un transfert de charge de l'administration au juge**

Rapport après rapport le constat est le même : **le contentieux administratif des étrangers ne cesse de se développer de manière préoccupante**. Près d'une décision sur deux de l'administration préfectorale relative au séjour ou à l'éloignement est contestée devant le juge administratif. Ce contentieux occupe près de la moitié de l'activité de certains tribunaux administratifs ou cours administratives d'appel. Ainsi, peut-on lire dans le dernier rapport d'activité du Conseil d'Etat que « **le contentieux des étrangers continue de progresser. L'entrée en vigueur de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 [...] a ainsi conduit, au second semestre de l'année 2011, à une augmentation de 50 % du contentieux des mesures d'éloignement examinées en urgence, par rapport au second semestre de 2010. Une hausse de près de 15 % du contentieux hors éloignement est également constatée** » ([Rapport public 2012](#), La Documentation française, 2012, p.12). Les annulations ne sont pas rares. Le 9ème (et bien tardif) rapport du « [Secrétariat général du comité interministériel de contrôle de l'immigration](#) » (ou plutôt du [Secrétariat général de l'immigration et de l'intégration](#)) indique en ce sens que les « **les annulations de la procédure d'éloignement par le juge des libertés et de la détention (JLD) et les cours d'appel ont représenté en 2011 une moyenne nationale de 17,80 % des causes d'échec à l'éloignement [...]. Deux motifs d'annulation majeurs se distinguent : l'irrégularité du placement en garde à vue (29,19 %) dont le volume exceptionnel est directement imputable à l'arrêt [El Dridi](#) du 28 avril 2011 et l'irrégularité des conditions de l'interpellation (15,19 %) qui ont affecté 2 691 procédures d'éloignement. [...] Les décisions des juridictions administratives (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) sanctionnant la procédure de reconduite à la frontière ont représenté 6,67 % environ des causes d'échec à l'éloignement. Deux causes majeures ont pu être mises en exergue : le non-respect de la directive «retour», motif à l'origine de 487 décisions d'annulation, et les vices de procédure qui ont provoqué l'annulation de 419 procédures d'éloignement** » ([Les chiffres de la politiques de l'immigration et de l'intégration. 2011](#), décembre 2012, La Documentation française, mars 2013, p.76). Or, les praticiens du droit des étrangers savent

que dans de nombreux cas le juge administratif aurait pu ne pas être saisi si l'administration avait pris la peine d'écouter davantage l'étranger. Cette situation est connue, décrite et décriée de longue date (v. par exemple la seconde partie de notre billet « [La suppression du commissaire du gouvernement dans le contentieux des OQTF : une fausse solution à l'encombrement](#) », Blog droit administratif, 20 avril 2008).

**Les remèdes pour dégonfler cette bulle contentieuse sont également connus.** Rapport après rapport les solutions préconisées sont – à peu près – les mêmes : la simplification du droit des étrangers, le retour des « pleins droit » et **le développement des mécanismes pré-contentieux**. En ce sens il a été préconisé de « **créer un mécanisme de recours administratif préalable obligatoire [« RAPO »] pour les refus de séjour** » (Commission « Mazeaud » sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, juillet 2008, p. 160) ou pour certains d'entre eux (Olivier Schrameck, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat – voir [synthèse page 4](#)). Mais comme le note l'USMA dans [une récente lettre au député Fekl](#) l'instauration d'un RAPO en droit des étrangers devant « une instance collégiale de filtrage » n'est **pas forcément la panacée** et servirait surtout à régler « *en amont des cas-limites où les considérations d'opportunité et d'humanité auraient leur place, et de limiter de la sorte les recours contentieux* ». Il serait donc nécessaire d'inscrire ce RAPO dans une réforme globale du droit des étrangers. **Il serait surtout nécessaire de revenir à l'esprit des loi « Joxe » et « Marchand » de 1989-1991.** En effet, à cette époque, lorsque le juge de la reconduite à la frontière a été créé par la seconde loi « Joxe » (le fameux « *juge de l'article 22 bis de l'ordonnance de 1945* », encore utilisé par les « anciens » pour désigner ce juge [créé par loi n°90-34 du 10 janvier 1990, art. 1](#)), **les refus de séjour étaient précédés d'un avis de commissions de séjour composées principalement de magistrats judiciaires et administratifs** (v. [article 18bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifié par Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 - art. 73](#)).

C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat avait neutralisé la portée du principe général du **respect des droits de la défense** (CE, Section, 5 mai 1944, [dame veuve Trompier-Gravier](#)) et repris à [l'article 8 du décret « Le Pors » du 28 novembre 1983](#) (« *Toute demande qui est concernée par une décision [individuelle défavorable relevant du champ de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des décisions] doit être entendue, si elle en fait la demande, par l'agent chargé du dossier ou, à défaut, par une personne habilitée à recueillir ses observations orales. Elle peut se faire assister ou représenter par un mandataire de son choix* »). Le Conseil d'Etat avait alors jugé que dans la mesure où « *il résulte de l'ensemble des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945, relatives à la reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, telles qu'elles ont été modifiées par les lois des 2 août 1989 et 10 janvier 1990, et notamment des dispositions des articles 22 et 22 bis qui ouvrent un recours suspensif devant le juge administratif, organisent les garanties dont bénéficie l'étranger pour pouvoir exercer utilement ledit recours, et fixent les délais dans lesquels ces recours doivent être présentés et jugés, que le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des arrêtés de reconduite et par suite, exclure l'application des dispositions [...] de l'article 8 du décret du 28 novembre 1983* » (CE, Sect, 19 avril 1991, [Préfet de police c/ Demir](#), n°120435 ; AJDA 1991. 641, concl. contr. A.-M. Leroy, Lebon ; CE, 14 mars 2001, [Boulahas](#), n°208923, au Lebon).

La marginalisation ultérieure des commissions de séjour n'a pas amené le Conseil d'Etat à revoir sa jurisprudence. **Bien au contraire il l'a maintenue coûte que coûte**, y compris lorsque le principe inscrit dans les dispositions de l'article 8 du décret « Lepors » a été consacré par le législateur à [l'article 24 la loi « DCRA » du 12 avril 2000](#) (CE, 9 juillet 2003, [Préfet de Police c/ Mme Krstic](#), n°253776, au Lebon) et l'article 5 du [décret n° 2001-492 du 6 juin 2001](#) (CE, 9 janvier 2004, [Préfet du Val d'Oise c/ Mme Kerroumi](#), n°247915). Même avec l'avènement en 2007 des OQTF à l'article L.511-1 du CESEDA, se substituant aux APRF non plus seulement comme un mesure d'éloignement autonome mais comme **une mesure accompagnant une décision de séjour**, le Conseil d'Etat n'a pas fait évoluer sa jurisprudence (CE, avis, 19 octobre 2007, [Hammou et Benabdelhak](#), n°306821-

30682, au *Lebon* ; CE, avis, 28 novembre 2007, [Barjamaj](#), n°307999, au *Lebon*).

De manière encore plus invraisemblable, avec l'avis *Silidor* la même jurisprudence a été appliquée aux citoyens de l'Union européenne et à leurs membres de famille (CE, avis, 26 novembre 2008, *Silidor*, n°315441, au *Lebon* ; AJDA 2009. 270, concl. M. Guyomar). Le non-respect des garanties procédurales prévue par la [directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004](#) qu'avalise cette décision était d'ailleurs l'un des deux motifs qui avait conduit la Commission européenne à ouvrir une procédure d'infraction contre la France ([MEMO/10/384, Date: 25/08/2010](#)) avant qu'elle y renonce pour des motifs politiques (« [La Commission européenne évalue les récents développements en France, discute la situation générale des Roms et le droit de l'UE sur la libre circulation des citoyens de l'UE](#) », Reference: IP/10/1207 Date: 29/09/2010 – voir notre billet « [Circulaire du 5 août 2010 d'évacuation prioritaire des « Roms »: une violation frontale de l'article 1er de la Constitution. Mais après ?](#) », CPDH 10 avril 2011). La seule exception, en droit de l'éloignement, à la mise à l'écart systématique par le Conseil d'Etat des obligations résultant de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 concerne les reconduites « Schengen ». Cette entorse à la règle prétorienne est justifiée par le fait que cette reconduite régie par l'article L. 531-3 du CESEDA « constitue une mesure spécifique, distincte des mesures de reconduite à la frontière régies par le titre 1er du livre V de ce code et soumise à des règles différentes concernant la procédure administrative et le contrôle juridictionnel » (CE, 24 novembre 2010, *Eddomairi*, n°344411, au *Lebon* ; AJDA 2011. 804, note O. Lecucq, et 2010. 2286 ; RTD eur. 2011. 490, obs. A. Bouveresse). L'argument vaudrait aussi pour d'autres formes de reconduites à la frontières soumises elles-aussi à des règles spécifiques comme les « remises » des articles L.531-1 et s. du CESEDA, les reconduites à la frontière « autonomes » de l'article L.533-1 (pour trouble à l'ordre public ou travail sans autorisation sous le couvert d'un visa – CE, avis, 10 octobre 2012, *Préfet du Val d'Oise c/ Yassine A.*, n° 360317) ; les éloignements d'office d'équipage en Guyane de l'article L.532-1 du CESEDA ou plus largement toutes les reconduites avec recours non suspensif en outre-mer (article L.514-1 du CESEDA pour la Guyane et Saint-Martin ou ordonnance du 26 avril 2000 pour Mayotte), dont l'effectivité vient d'être mise en cause par la grande chambre de la Cour EDH (Cour EDH, G.C. 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, Req. n° 22689/07 – ADL du 16 décembre 2012).

## **B – L'inadaptation de cette jurisprudence aux évolutions du droit de l'éloignement des étrangers**

La jurisprudence du Conseil d'Etat qui depuis 1991 dispense l'administration de l'organisation d'un contradictoire préalable avant d'édicter une mesure d'éloignement n'est plus adaptée à l'évolution du droit des étrangers ces dix dernières années. C'est pourtant derrière cette jurisprudence que se réfugie, sans le dire, la CAA de Lyon lorsqu'elle juge que [les dispositions de l'article L.512-3 du CESEDA « garantissent à l'étranger la possibilité d'être entendu par un juge avant que la décision d'éloignement ne puisse être exécutée d'office par l'administration »](#) et que, par suite, « la garantie dont il dispose de ce chef est de nature à assurer pleinement le respect des droits de la défense, au sens du principe fondamental que sous-tend les articles 41, 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le respect du droit d'être entendu fait partie intégrante, avant que la décision l'obligeant à quitter le territoire ne soit susceptible de l'affecter défavorablement, par son exécution d'office » (CAA de Lyon, 14 mars 2013, *Préfet de l'Ain c/ Luc B.G.*, préc., cons. 15).

Elle est inadaptée, en premier lieu, car la logique du principe général de droit de respect du droit de la défense appliqué à l'administration est précisément de prévenir le contentieux en permettant à l'administré de fournir des explications écrites et/ ou orales avant l'intervention de la décision et ce afin de désamorcer les erreurs de droit et de fait les plus grossières afin d'éviter les censures ultérieures par le juge. Or la jurisprudence du Conseil d'Etat pousse l'étranger à recourir systématiquement au juge s'il souhaite exprimer son point de vue et faire valoir des éléments qui ne figurent pas dans un [manuel du guichetier de préfecture](#). En second lieu, contrairement à ce qu'estime la CAA la situation de l'étranger n'est pas affectée défavorablement que par le prononcé d'OQTF mais aussi par la

décision de refus de séjour : en effet le recours de l'article L.512-3 n'est suspensif que de l'OQTF et en attendant la décision du juge **l'étranger perd non seulement son droit au séjour** (il n'a droit qu'à un maintien sur le territoire) **mais aussi tous les droits afférents** (droits au travail, aux prestations sociales, familiales, au maintien dans un logement social, au logement opposable, etc.). **En troisième lieu**, le recours à la jurisprudence du Conseil d'Etat est d'autant plus inadaptée qu'avec la transposition par la loi du 16 juin 2011 de la directive 2008/115/CE, **le régime des OQTF de l'article L.511-1 du CESEDA s'est considérablement complexifié et fait encourir des risques bien plus importants**. Désormais, une OQTF peut être édictée de manière autonome ou en accompagnant une décision de séjour en étant assortie d'une décision accordant, ou n'accordant pas, de délai de départ volontaire, d'un arrêté de destination fixant le pays de renvoi mais aussi d'une interdiction de retour sur le territoire français, dont la durée peut varier selon les circonstances, d'une assignation à résidence et, le cas échéant, d'un arrêté de placement en rétention – le tout soumis au pouvoir discrétionnaire du préfet et devant donner lieu à un examen *in concreto*, au cas par cas, pour apprécier, par exemple, le « *risque de fuite* » ou les circonstances particulières justifiant un DDV plus long ou le prononcé d'une IRTF. **En dernier lieu, et surtout**, le contexte juridique a évolué : avec la procédure de « *retour* » régie par la directive 2008/115/CE il ne suffit plus de déroger aux garanties apportées par un décret ou une loi en invoquant les garanties procédurales apportées par une autre loi mais **désormais de surmonter les garanties découlant des principes généraux du droit de l'Union européenne et décliné dans la charte des droits fondamentaux aux articles 41 et 47 de la CDFUE**, qui ont tous valeur de traité et donc valeur supra-législative.

## **2°/- Une refondation européenne du droit d'être entendu avant l'édition de la décision de « retour »**

« *J'ai hésité à accepter la notion de bonne administration, car ce qualificatif pouvait paraître à la fois un peu naïf et excessivement ambitieux* » (Guy Braibant, [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#), Le Seuil, coll. « Points essai » sous l'article 41 – cité dans conclusions M. Stillmunkes sur jugements du TA de Lyon du 28 février [nous le remercions d'avoir accepté de nous communiquer ses conclusions]). Malgré les hésitations du président Braibant, le droit de « *toute personne* » de voir « *ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable [...]* » a bien été inscrit à l'article 41-1 de la CDFUE. Son paragraphe 2 consacre quant à lui comme l'une des composantes de ce droit « **a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre** ». Avec l'arrêt [M. M c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform](#) du 22 novembre 2012 ce droit d'être entendu préalablement a acquis **une portée plus large** dans la mesure où la Cour de justice a expressément rattaché les trois composantes du droit de bonne administration, ainsi que celles des articles 47 (droit au procès équitable et au recours effectif) et 48 (présomption d'innocence), aux « *principes fondamentaux du droit de l'Union européenne* » assurant le respect des droits de la défense (pt 81 et 82 de la [déc. préc.](#)). Ces considérations – et les motifs retenus par la CAA de Lyon et le TA de Montreuil – interrogent toutefois non seulement **sur le champ d'application de ce droit (A.)** mais aussi **sur sa portée exacte (B.)**.

### **A – Champ d'application du droit d'être entendu**

S'agissant du champ du droit d'être entendu préalablement, il y a lieu de distinguer entre **l'application de l'article 41 de la CDFUE** et celle du **principe général de droit de l'Union européenne**, dans la mesure où le droit de bonne administration est reconnu comme « *partie intégrante* » des ces principes (pt 81 de [M. M c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform](#) du 22 novembre 2012. Voir aussi CJCE, 9 novembre 1983, [Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission](#), 322/81, pt 7 et CJCE, du 18 octobre 1989, [Orkem/Commission](#), 374/87, pt 32).

**En premier lieu, le champ d'application de l'article 41 de la CDFUE est doublement limité. La première limite** tient à l'article 51 qui prévoit expressément que les dispositions de la Charte **s'adressent aux Etats membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »**. Dans le prolongement de l'arrêt [Dereci](#) (CJUE 15 nov. 2011, aff. C-256/11, [Dereci](#), pts 71 à 74, [ADL](#)

[du 3 décembre 2011](#) par M. Gkegka ; RTD eur. 2012. 23, étude S. Platon ; ibid. 398, obs. F. Benoit-Rohmer), la Cour de justice a posé, dans l'arrêt [lida](#), **les critères pour déterminer si un Etat met en œuvre le droit de l'Union**. Selon cette décision, il y a lieu de vérifier, « *parmi d'autres éléments* », si la réglementation nationale « *a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter* » (CJUE 8 novembre 2012, [lida](#), aff. C-40/11, pts 78-81. V. aussi CJUE, GC, 21 décembre 2011, [N.S.](#), aff. C-411/10 et C-493/10, points 64 à 68 – [ADL 29 décembre 2011](#) par M-L Basilien-Gainche ; Europe 2012, étude 4, F. Gazin). Dans une affaire plus récente, **elle assoit encore davantage sa compétence en élargissant le champ de la Charte**. Elle rappelle en effet non seulement que « *dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application de ce droit [de l'Union européenne], la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect [...]* » - interprétation corroborée « *par les explications [du praesidium] relatives à l'article 51 de la Charte* ». Mais surtout elle en déduit que : « *Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte* » (CJUE, GC, 26 février 2013, [Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson](#), aff. C-617/10, pts 19 à 21 ; [GR-ELSJ du 11 mars 2013](#) par Laura Delgado). **Ainsi, la Cour de justice assigne à la charte un champ d'application large comparable que celui des principes fondamentaux**. Il y a donc tout lieu de penser que la Cour administrative d'appel de Lyon est dans le vrai lorsqu'elle juge que la procédure d'OQTF régie par [l'article L511-1 du CESEDA](#) constitue bien une « mise en œuvre » du droit de l'UE par le préfet (CAA de Lyon, 14 mars 2013, [Préfet de l'Ain c/ Luc B.G.](#), n°12LY02737, cons. 10).

**La seconde limite tient au libellé même du paragraphe 1 de l'article 41** qui ne garantit le droit de bonne administration. Il ne vaut que **pour les « affaires traitées [...] par les institutions, organes et organismes de l'Union »**. En ce sens, l'avocat général Yves Bot rappelait, dans l'affaire [M. M.](#), que « *la Cour, dans son arrêt du 21 décembre 2011, [Cicala \(C-482/10, \[...\]\)](#), a expressément relevé que, selon son libellé, l'article 41, paragraphe 2, sous c), de la Charte s'adresse non pas aux États membres, mais uniquement aux institutions et organes de l'Union (point 28)* » ([conclusions affaires C-277/11](#)). V. pour des application dans le contentieux de l'OQTF : CAA de Bordeaux, 29 mars 2012, [Artak X.](#), n° 11BX01905 ; CAA de Bordeaux, 3 avril 2012, [Jamel A.](#), n° 11BX02847 ; CAA de Nancy, 23 avril 2012, [Karush A.](#), n°11NC01074 ; CAA de Douai, 5 juillet 2012, [Solomon A.](#), n° 12DA00509). Il n'en demeure pas moins que la Cour de justice a estimé, dans le point 84 de sa décision, **après avoir cité l'article 41-2 interprété à l'aune des principes fondamentaux qu'elle venait de rappeler**, que, « *force est de constater que, ainsi qu'il résulte de son libellé même, cette disposition est d'application générale* ». Appréhendant le point 84 comme un *obiter dictum* ne constituant pas le fondement de la décision du 22 novembre 2012, la formation élargie du TA de Lyon a préféré s'appuyer sur le principe général de droit de l'Union européenne garantissant les droits de la défense plutôt que sur l'article 41-2 de la Charte (v. les explications du rapporteur public Stillmunkes dans ses conclusions précitées). Cela ne donne que plus d'assises à sa décision mais amène aussi s'interroger sur le champ d'application des ces principes.

**En second lieu le champ d'application des principes généraux de droit est particulièrement large**. Tout d'abord ils ont une valeur juridique particulière consacrée aussi bien par la jurisprudence (CJCE, 13 juillet 1989, [Wachauf](#), C-5/88, pts 17 à 19) ; CJCE, 18 juin 1991, [ERT](#), C-260/89, pts 41 à 44) que par l'article 6, § 3, du Traité sur l'Union européenne. Ensuite ils s'appliquent aux Etats membres dès lors qu'ils agissent **dans un domaine régi par le droit communautaire** (CJCE, du 5 avril 1979, [Ratti](#), C-148/78, pt 46 ; CJCE, du 16 juillet 1992, [Banca privada](#), C-67/91 ; CE, 3 décembre 2001, [Syndicat national de l'industrie pharmaceutique](#), n°226514, au Lebon). Seules leurs échappent les situations « purement internes » (CJCE, 11 juillet 1985, [Cinéthèque](#), C-60/84 et C-61/84, pt 26 ; CE, 19 mai 2010, [Cimade et Gisti](#), n° 323758, aux tables – [ADL du 22 mai 2010](#)).

Par suite, la formation élargie du TA de Lyon a raison lorsqu'elle estime que « le droit d'être entendu préalablement à toute décision qui affecte sensiblement et défavorablement les intérêts de son destinataire [...] trouve à s'appliquer aux administrations des Etats membres dans une **situation régie par le droit de l'Union européenne** » et que « **tel est le cas d'une obligation de quitter le territoire français prise à l'égard d'un citoyen de l'Union européenne qui restreint le droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner sur le territoire des autres Etats membres, conféré directement par les traités à chaque citoyen de l'Union Européenne, lequel s'exerce dans les conditions et limites prévues notamment par la directive n° 2004/38/CE susvisée** » ([Mme Ancuta D.](#), n°1208055, cons. 4) ainsi que pour une OQTF « **prise à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers, qui restreint sa liberté de circulation dans les conditions prévues par la directive n° 2008/115/CE susvisée, laquelle harmonise dans son intégralité la législation des Etats membres de l'Union européenne portant sur les décisions de retour en fixant des normes et procédures communes** » ([Mme Lareille L.M.](#), n°1208057, n°10). Certes, dans l'arrêt [Achughbabian](#), la CJUE mentionne que « la directive 2008/115 ne porte que sur le retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un Etat membre et n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers » (CJUE, Gr. Ch., 6 décembre 2011, [A. Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne](#), aff. C-329/11, pt 28 – [ADL du 7 décembre 2011](#)). Toutefois pour assurer l'application du 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** – ce qui est sans conteste le cas des décisions d'OQTF prises sur le fondement de l'article L.511-1 du CESEDA puisqu'elles sont une déclinaison nationale des décisions de retour de la directive 2008/115/CE et que celle-ci régit d'un bout à l'autre la procédure de retour comme l'ont montré les affaires *El Dridi* et *Achughbabian* tout en laissant une certaine marge d'appréciation aux Etats membres pour certaines modalités.

C'est pourtant dans cette brèche qu'a essayé de s'engouffrer – probablement en vain compte tenu de la question préjudicielle posée à la Cour de justice – la formation élargie du TA de Montreuil présidée par Mme Erstein ([juste avant sa nomination au Conseil d'Etat et à la tête de la CAA de Douai](#)). Elle a relevé que si l'article 37 de la loi du 16 juin 2011 a « eu principalement pour objet d'assurer la transposition en droit interne de la directive n°2008/115/CE [...] en ce qui concerne tant la définition des exceptions à l'octroi d'un délai de départ volontaire que l'obligation de motiver une mesure d'éloignement ou l'instauration d'une interdiction de retour sur le territoire français », toutefois cette transposition n'a « pas eu pour effet de s'opposer ainsi qu'il résulte des termes de l'article 6, paragraphe 6 de la directive précitée, à ce que les Etats membres déterminent dans leur législation nationale **les modalités procédurales relatives aux mesures d'éloignement** prises à l'encontre des ressortissants de pays tiers dont la demande de titre de séjour a été rejetée ; qu'ainsi, dès lors qu'une décision d'obligation de quitter le territoire français intervenue dans ces conditions ne peut être regardée comme un acte pris dans une situation juridique **intégralement** régie par le droit communautaire [sic : de l'Union européenne] le principe général du droit de l'Union européenne relatif au respect des droits de la défense, comportant notamment le droit de toute personne d'être entendue, est inopérant et doit être écarté » (TA Montreuil, 14 mars 2013, [M et Mme R.](#), préc.). Le tribunal administratif avait néanmoins quelques doutes sur sa propre interprétation puisque son rapporteur public, M. Gobeil, avait proposé de poser **une demande d'avis sur une question de droit au Conseil d'Etat**. Une telle initiative aurait pu entrer en télescopage avec la question préjudicielle – si l'avocat du requérant, Me Jean-Eric Malabre, substituant Me Julie Hollard, n'avait pas averti le tribunal du renvoi préjudiciel melunais (v. pour un précédent l'avis du CE n°213321 du 4 février 2000 [Moufflin](#) en réponse à une demande d'avis d'un TA qui posait une difficulté « identique » que la question préjudicielle de l'affaire [Joseph Griesmar](#), 29 novembre 2001, aff. C-366/99). On regrettera d'ailleurs qu'encore une fois face à une « difficulté sérieuse » d'interprétation de droit de l'UE un tribunal administratif ne prenne pas le pli d'interroger le juge « naturel » qu'est la Cour de Luxembourg. C'était déjà le cas dans l'affaire [J. et T.](#), dans laquelle le TA de Montreuil en formation élargie a préféré soumettre cette « difficulté sérieuse » au Conseil d'Etat plutôt qu'à la Cour de justice de l'Union européenne (TA de Montreuil, 20 janvier 2011, [M. J.](#), n° 345978 ; TA Montreuil, 10 février 2010, [M. T.](#), n° 1100584). Et au bilan le Conseil d'Etat a non seulement neutralisé la portée de la directive retour mais s'est aussi, par la voix de son rapporteur public, déclaré incompétent pour poser une question préjudicielle dans le cadre de la procédure de demande d'avis sur une question de droit (CE, avis, 21 mars 2011, [MM. J. et T.](#), n° s 345978 et 346612 – [ADL du 31 mars 2011](#). V. aussi, pour d'autres exemples la transformation d'une obligation d'édicter une décision de retour de l'article 6 en

simple faculté relevant du pouvoir discrétionnaire du préfet : CE, avis, 4 juin 2012, [Arthur A.](#), n° 356505 ou l'exclusion du reconduites autonomes du champ de la directive 2008/115/CE : CE, avis, 10 octobre 2012, [Préfet du Val d'Oise c/ Yassine A.](#), n° 360317).

## **B – Portée du droit d'être préalablement entendu par l'administration**

La CAA de Lyon juge que le droit d'être préalablement entendu « *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 présenter des observations ; mais suppose seulement que, informé de ce qu'une décision faisant grief 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* » (CAA de Lyon, 14 mars 2013, [Préfet de l'Ain c/ Luc B.G.](#), n°12LY02737, cons. 10 à 15). A l'inverse le TA de Lyon estime dans ces jugements du 28 février que « *le respect du droit d'être entendu s'impose alors même que la réglementation communautaire applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité ; qu'il 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* » ([Mme Ancuta D.](#), préc., cons. 5).

Là aussi il nous apparaît que l'analyse la plus pertinente a été développée par la formation élargie du TA de Lyon. Ces principes sont en effet issus de la jurisprudence de la Cour de justice et rappelés dans l'arrêt [M. M c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform](#). Dans cette décision, la Cour de Luxembourg insiste, **en premier lieu**, sur « *l'importance* » qu'elle attache de longue date au « *droit d'être entendu* », « *sa portée très large dans l'ordre juridique de l'Union* » et le fait que « *ce droit doit s'appliquer à toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief* » (pt 84 de [M.M.](#) - voir, notamment, CJCE, 23 octobre 1974, [Transocean Marine Paint Association/Commission](#), 17/74, point 15; CJUE, 28 mars 2000, [Krombach](#), C-7/98, pt 42, et 18 décembre 2008, [Sopropé](#), C-349/07, point 36). Pour la Cour, **le respect de ce droit s'impose « même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité »** (point 86 de [M.M.](#)- voir aussi [Sopropé](#), préc., pt 38). **En second lieu**, elle mentionne que ce droit « *garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts* » (pt 87 de [M.M.](#) Voir, également, CJUE, 9 juin 2005, [Espagne/Commission](#), C-287/02, pt 37 et [Sopropé](#), préc., pt 37; CJUE 21 décembre 2011, [France/People's Mojahedin Organization of Iran](#), C-27/09 P, pts 64 et 65). **En troisième lieu**, elle ajoute que ledit droit 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 [...]* » (pt 88 de [M.M.](#) ; [Sopropé](#), préc., pt 50 - v. pour une analyse minutieuse et éclairante de cette jurisprudence – le diable se cache dans les détails rappelle-t-il – les conclusions préc. Stillmunkes).

Au bilan on ne conçoit pas comment au regard de ces différentes prescriptions comment il est possible d'estimer que la seule possibilité **théorique** offerte à l'étranger de présenter à l'occasion du dépôt de son dossier en préfecture ses observations orales ou écrites auprès de l'agent de guichet suffirait **de manière concrète et effective** à assurer le respect du droit d'être entendu préalablement. En la matière il y a lieu d'appliquer ce que prévoit la législation française pour n'importe quel administré: l'administration doit **inviter** l'étranger lorsqu'elle envisage de lui notifier une OQTF à présenter ses observations orales ou écrites.

La seule exception retenue par le TA de Lyon, en application d'une jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, Sect., 8 octobre 1976, [Hill](#), n°96871, A / [Holzappel](#), n°96872), est **liée à l'urgence**. La formation élargie considère en effet « *qu'à l'exception des situations d'urgence pour lesquelles la mise en œuvre de ce droit risque de compromettre l'efficacité de la mesure d'éloignement, 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 mesure, dans un délai suffisant, de présenter ses observations sur l'éventualité d'une telle décision ainsi que sur ses modalités d'exécution* »



([Mme Ancuta D.](#), préc., cons. 5 et 6). Si elle estime le principe général applicable aux OQTF, il appartiendra à la Cour de justice de déterminer si elle admet également cette exception. Notons d'ailleurs que la formation élargie du TA de Lyon avait aussi envisagé de poser une question préjudicielle ou une demande d'avis sur une question de droit. Le rapporteur public a toutefois écarté ce « dialogue préjudiciel », non sans confesser ses « hésitations », car, selon lui, « la Cour a, depuis très longtemps, exposé, en termes généraux, le contenu et la portée du principe ». Il a écarté la demande d'avis « dès lors qu'il s'agit fondamentalement d'apprécier le contenu et la portée d'un principe communautaire » (concl. M. Stillmunkes, préc.).

Du reste, la question a été posée quelques semaines plus tard par une magistrate désignée du TA de Melun. Notons que contrairement à l'affaire Melki et Abdeli (CJUE, 22 juin 2010, [Aziz Melki et Sélim Abdeli](#), C-188/10 et C-189/10 – [ADL du 22 juin 2010](#)), elle a libéré l'étranger en prononçant l'annulation de la mesure de rétention – probablement convaincue de l'argumentation de Me Vinay, s'appuyant sur le précédent de l'affaire [Achughbadian](#) dans laquelle l'extrême urgence de [l'article 104ter du règlement](#) n'avait pas été accordée (v. [ordonnance 30 septembre 2011, aff. C-329/11](#)). En tout état de cause, la Cour de Luxembourg ne se prononcera pas dans un délai de quarante jours. Pour le reste, la magistrate surseoit à statuer sur les conclusions aux fins d'annulation de l'OQTF et de la décision fixant le pays de destination jusqu'à la décision à intervenir de la Cour de justice (TA Melun, 8 mars 2013, [Sophie M.](#), n°1301686). Cette décision de la Cour de Luxembourg sera, sans aucun doute, attendue avec impatience par les magistrats administratifs, la Place Beauvau et les défenseurs des droits des étrangers ainsi que, peut-on l'espérer, par les lecteurs des [Lettres « Actualités Droits-Libertés »](#)...

TA Lyon, 28 février 2013, [Mme Lareille LM](#), n° 1208057 (ressortissant de pays tiers) ; [Mme Ancuta D.](#), n° 1208055 (citoyen de l'UE).

TA Melun, 8 mars 2013, [Sophie M.](#), n°1301686 (question préjudicielle)

CAA de Lyon, 14 mars 2013, [Préfet de l'Ain c/ Luc B.G.](#), n°12LY02737

### **Mise à jour au 26 mars 2013**

La décision intégrale du magistrat désigné du tribunal administratif de Melun procédant au **renvoi de deux questions préjudicielles** sur le droit d'être entendu par l'administration préalablement à l'édition d'une décision d'OQTF a été communiquée à Me Bruno Vinay (TA de Melun, 8 mars 2013, [Mme Sophie Mukarubega](#), n°1301686 – l'anonymat ne sera pas demandée à la CJUE). **La première question préjudicielle** porte sur le point de savoir si « 1°) le droit d'être entendu dans toute procédure, lequel fait partie intégrante du principe fondamental du respect des droits de la défense, et est par ailleurs consacré par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit-il être interprété en ce sens qu'il impose à l'administration, lorsqu'elle envisage de prendre une décision de retour pour un étranger [sic : ressortissant de pays tiers] en situation irrégulière, que cette décision de retour soit consécutive ou non à un refus de titre de séjour, et notamment dans la circonstance où un risque de fuite existe, de mettre en mesure l'intéressé de présenter ses observations ? ». **La seconde** interroge la cour sur le point de savoir si « 2°) le caractère suspensif de la procédure contentieuse devant la juridiction administrative permet-il de déroger au caractère préalable de la possibilité pour un étranger [sic] en situation irrégulière de faire connaître son point de vue quant à la mesure d'éloignement défavorable qui est envisagée à son égard ? ».

**Sur la forme** on constatera qu'outre la numérotation des considérants, comme cela est désormais l'usage au sein de la juridiction administrative, **la magistrate a expressément motivé sa décision au regard des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil d'Etat** (v. les jurisprudences citées dans notre lettre ci-dessus). Si une telle rédaction est conforme aux propositions du rapport « Martin » du [Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative](#), cette pratique, encore inhabituelle, a la mérite de la clarté et d'afficher le sillon

jurisprudentiel dans lequel la décision s'inscrit.

**Sur le fond**, on observera en premier lieu que les questions posées ne portent **aucunement sur le point de savoir si les décisions d'OQTF constituent des mesures entrant dans le champ du droit de l'Union européenne**. Cela ne fait manifestement aucun doute aux yeux de la magistrate qui se contente de relever au considérant 10 que les décisions d'OQTF et d'accord d'un délai de départ volontaire prises sur le fondement de [l'article L.511-1 du CESEDA](#) « *constituent des décisions de retour au sens de l'article 3 de la directive du 16 décembre 2008* ». Ces mesures entrent donc « *dans le champ d'application du droit de l'Union européenne* » et le PGDUE du respect des droits de la défense, et son corollaire le droit d'être préalablement entendu, consacré à l'article 41 de la CDFUE, sont bien invocables devant l'administration.

**En second lieu**, le considérant 12 de la [décision du 8 mars 2013](#) rappelle qu'il peut être dérogé au caractère préalable de la communication des motifs lorsqu'une telle communication serait de nature compromettre l'efficacité d'une mesure envisagée qui « *doit, par sa nature même, pouvoir bénéficier d'un effet de surprise et s'appliquer immédiatement* » (CJCE, GC, 21 décembre 2011, [République française contre People's Mojahedin Organization of Iran](#), C-27/09, pt 61 : à propos de décisions de gel de fonds, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme). Or, en vertu de l'article 7 de la directive retour, lorsqu'un « *risque de fuite* » existe, l'autorité peut ne pas accorder de délai de départ volontaire et, dans certains cas, procéder à un placement en rétention. **Est-ce que dans ce cas de figure l'urgence de la situation justifie la non application du droit d'être préalablement entendu et peut-on considérer que le caractère suspensif du recours accordé, en Métropole, aux étrangers par l'article L.512-1 du CESEDA et les garanties procédurales existantes devant le juge administratif compensent de manière adéquate cette absence de contradictoire préalable ?** La question est intéressante à poser. Mais on peut néanmoins d'ores et déjà observer qu'en droit français, à la suite de l'arrêt [Achughbadian](#) (CJUE, Gr. Ch., 6 décembre 2011, aff. C329/11, pt 29 et 30 – [ADL du 7 décembre 2011](#)), le législateur a estimé nécessaire de mettre en œuvre, par la loi « Valls » du 31 décembre 2012, une procédure de retenue aux fins de vérification du droit au séjour de 16 heures. Or selon les prescriptions mêmes de [l'article L.611-1-1 du CESEDA](#), cette retenue administrative préalable vise à mettre l'étranger « *en mesure de fournir par tout moyen les pièces et documents requis* » afin d'apprécier son droit de circulation ou de séjour. Durant cette retenue l'étranger bénéficie du droit d'être assisté par un interprète et d'un avocat et la retenue ne peut durer « *que pour le temps strictement exigé par l'examen de son droit de circulation ou de séjour et, le cas échéant, le prononcé et la notification des décisions administratives applicables* ». Ainsi, dès lors que la procédure de retenue administrative vise notamment à préparer la décision d'éloignement et les décisions subséquentes, on ne comprend pas pourquoi il serait légalement et matériellement impossible aux officiers ou aux agents de police judiciaire lorsque prononcé d'une OQTF est envisagé d'entendre le ressortissant d'un pays tiers sur procès verbal afin de porter à la connaissance des services préfectoraux tout élément de droit ou de fait apportés par l'étranger qui justifierait un réexamen de sa situation ou, le cas échéant, si celle-ci peut être prise, l'accord d'un délai de départ volontaire, le non prononcé d'une IRTF ou encore le changement du pays de destination ? Ainsi, même dans ce cas de figure d'OQTF sans délai de départ volontaire, le report de charge du droit d'être entendu sur le juge administratif n'est pas satisfaisant car ce droit vise justement, dans le cadre d'une « *bonne administration* », à prévenir le contentieux en faisant en sorte qu'avant l'intervention de la décision l'administration ait en mains tous les éléments utiles pour apprécier la situation personnelle de l'intéressé afin d'adopter la décision adéquate.

**De ce point de vue le cas de la requérante est intéressant.** Jeune ressortissante rwandaise, elle a sollicité le statut de réfugié mais celui-ci lui a été refusé le 21 mars 2011 par l'OFPPRA, décision confirmée le 30 août 2012 par la CNDA. Elle a ensuite fait l'objet, par arrêté du préfet de police de Paris du 26 octobre 2012, d'une décision de refus de séjour assortie d'une OQTF et fixant comme pays de destination le Rwanda. Il lui a alors été accordé un DDV de trente jours qu'elle n'a pas respecté. Interpellée elle a fait l'objet le 5 mars 2013 d'une nouvelle OQTF sans bénéficier cette fois-ci de DDV et assorti d'un placement en rétention compte tenu du risque de fuite. **Elle a donc à deux reprises – le 26 octobre 2012 et le 5 mars 2013 – fait l'objet de décisions de retour, avec et sans**

**DDV, sans jamais avoir été mis à même de présenter des observations préalables.** La première est intervenue concomitamment à une décision de refus de séjour et la seconde de manière autonome. **Ce dossier est donc un cas idéal pour poser une question préjudicielle car elle illustre les différentes hypothèses envisageables.** Il est d'autant plus intéressant qu'entre la première et la seconde OQTF, l'intéressée s'est présentée en préfecture pour solliciter un réexamen de sa situation sur le fondement de l'article L.313-14 du CESEDA (régularisation par le travail). Or, elle a alors essuyé un refus d'enregistrement de sa demande d'admission exceptionnelle au séjour (communément appelé un « refus guichet »). Le cas d'espèce illustre aussi, comme le relève [la décision du 8 mars 2013](#) (cons 13), le fait qu'une décision de refus de séjour assortie d'une OQTF peut intervenir, sans contradictoire préalable, « à l'issue d'une longue période après que la demande de titre de séjour a été déposée ». En effet, l'intéressée a sollicité son admission au séjour auprès de la préfecture au début de la procédure d'asile et a bénéficié jusqu'à la décision de la CNDA de récépissés. **C'est donc plus de trois ans après sa demande de titre de séjour et sans que la préfecture n'ait jamais pris la peine d'entendre l'intéressé sur l'évolution de sa situation personnelle et familiale que le refus de séjour assorti d'une OQTF a été édicté.** Un tel cas de figure démontre par l'exemple le caractère improductif de la dispense prétorienne de contradictoire préalable. En effet, que se passe-t-il si entre la demande d'admission au séjour et l'intervention des OQTF avec DDV, l'étranger a contracté ou déclaré de graves problèmes de santé ou a établi une vie familiale en France ? En l'absence de contradictoire préalable obligatoire, l'administration est susceptible d'adopter l'OQTF de manière aveugle et c'est au juge qu'il revient, quelques mois après, de faire cesser cette situation en annulant la décision et en donnant injonction à l'administration de réexaminer la situation au regard d'éléments dont elle aurait pu s'enquérir plusieurs mois auparavant.

**En dernier lieu**, et de manière plus anecdotique, on notera que contrairement à ce que nous pensions l'arrêté de placement en rétention n'a pas été annulé car la procédure préjudicielle rendait impossible un éloignement dans une perspective du délai maximal de rétention mais **pour un pur motif de forme** : la décision du préfet de la Seine-St-Denis plaçant l'intéressée en rétention lui a été notifié *antérieurement* à la décision d'OQTF. Or, il n'est pas légalement possible de prendre un arrêté de placement en rétention sans préalablement édicter une décision d'OQTF puisque la rétention constitue une mesure d'exécution de la mesure d'éloignement. L'arrêté est donc annulé pour défaut de base légale ([décision du 8 mars 2013](#), cons. 7). Cette censure illustre parfaitement les propos d'[un auteur de référence en droit de l'immigration outre-atlantique](#) qui, analysant la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis en droit des étrangers, relève que « [...] *les décisions de procédure sont souvent le seul moyen de prendre au sérieux les droits fondamentaux* » (Hiroshi Motomura, « [The curious evolution of immigration law : procedural surrogates for substantive constitutional rights](#) », [Columbia Law Review](#), november, 1992, p.1656)

**Pour citer ce document :**

Serge Slama, « [Question préjudicielle sur le droit d'être entendu par l'administration préalablement à l'édition d'une OQTF](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 19 mars 2013.

**[Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » \(ADL\) du CREDOF \(pour s'y abonner\) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme \(RevDH\) – Contact](#)**