

CHAMBRE CRIMINELLE

Audience du 22 mai 2012 - Section 1

DEMANDE D'AVIS TRANSMISE PAR LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE

Pourvois n° B1119250, Q1121792, R1119378, C1119251, N1130530, D1130384, Q11130371

Rapporteur : Didier GUERIN

Avocat général : Claude MATHON

AVIS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

Par dépêche du 3 avril 2012, le Président de la Première chambre civile de la Cour de cassation a transmis au Président de la Chambre criminelle la question suivante :

A la lumière des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011, El Dridi (C-6/91/PPU) et du 6 décembre 2011, Achughhajian (C-329/11), ainsi que, d'une part, de l'article 63 du code de procédure pénale dans sa version antérieure à celle issue de la loi du 14 avril 2011, d'autre part, des articles 62-2 et 67 du code de procédure pénale dans leur rédaction actuellement en vigueur, un ressortissant d'un Etat tiers à l'Union européenne peut-il être placé en garde à vue, sur le fondement du seul article L 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ?

Les textes concernés sont les suivants :

Article L621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile :
"L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros.

La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement".

Avant la loi du 14 avril 2011	Après la loi du 14 avril 2011
<p>Article 63 du code de procédure pénale :</p> <p><i>“L’officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l’enquête, placer en garde à vue toute personne à l’encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu’elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République.</i></p> <p><i>La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures. Toutefois, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite du procureur de la République. Ce magistrat peut subordonner cette autorisation à la présentation préalable de la personne gardée à vue.</i></p> <p><i>Sur instructions du procureur de la République, les personnes à l’encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l’exercice de poursuites sont, à l’issue de la garde à vue, soit remises en liberté, soit déférées devant ce magistrat.</i></p> <p><i>Pour l’application du présent article, les ressorts des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil constituent un seul et même ressort”.</i></p>	<p>Article 62-2 du code de procédure pénale:</p> <p><i>“La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l’autorité judiciaire, par laquelle une personne à l’encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu’elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d’une peine d’emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs.</i></p> <p><i>Cette mesure doit constituer l’unique moyen de parvenir à l’un au moins des objectifs suivants :</i></p> <p><i>1° Permettre l’exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ;</i></p> <p><i>2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l’enquête ;</i></p> <p><i>3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;</i></p> <p><i>4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ;</i></p> <p><i>5° Empêcher que la personne ne se concerte avec d’autres personnes susceptibles d’être ses coauteurs ou complices ;</i></p> <p><i>6° Garantir la mise en oeuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit”.</i></p>
<p align="center">Article 67 du code de procédure pénale ¹ :</p> <p><i>“Les dispositions des articles 54 à 66, à l’exception de celles de l’article 64-1, sont applicables, au cas de délit flagrant, dans tous les cas où la loi prévoit une peine d’emprisonnement”.</i></p>	

Il convient de noter qu’il ressortait des anciens articles 63 et 67 combinés du code de procédure pénale que la garde à vue n’était possible, dans le cadre d’une enquête de flagrance, que lorsque l’infraction en cause était punie d’une peine d’emprisonnement. En revanche, s’agissant des gardes à vue prises au cours d’une enquête préliminaire et en exécution d’une commission rogatoire dans le cadre d’une information judiciaire, les articles 77 et 154 du code de procédure pénale ne prévoyaient pas une telle

¹ Cet article n’a pas été modifié par la loi du 14 avril 2011

restriction.

Il existait, ainsi, une imprécision importante sur la possibilité de prendre, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou en exécution d'une commission rogatoire, une mesure de garde à vue à l'encontre d'une personne soupçonnée d'avoir commis une contravention ou un délit non puni d'une peine d'emprisonnement.

La définition de la garde à vue figurant au nouvel article 62-2 exclut désormais le recours à la garde à vue pour une contravention ou un délit non puni d'une peine d'emprisonnement, quel que soit le cadre dans lequel se déroulent les investigations.

Bien que l'objet du présent avis ne soit pas d'en émettre un sur le fond des affaires concernées, il n'est pas inutile de rapporter brièvement chaque situation :

Pourvoi n° B1119250 :

Monsieur C. B. a été interpellé le 14 avril 2011. Ressortissant tunisien, dépourvu de titre de séjour, il a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, un délai de sept jours lui étant laissé pour s'exécuter.

De nouveau interpellé le 1^{er} mai 2011 au terme d'une course poursuite, il dit être tunisien, se nommer A. B. et ne pas avoir de titre de séjour. Il est placé en garde à vue, dans le cadre d'une enquête de flagrance, au vu d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction à la législation sur les étrangers.

Une consultation du fichier automatisé des empreintes digitales permet d'établir au cours de la garde à vue que le nommé B. a été signalé le 14 avril 2011 pour séjour irrégulier, sous le nom de B. . En conséquence, il est mis fin à la mesure de garde à vue, son placement en rétention administrative étant ordonné.

Sur la requête du préfet, le juge des libertés et de la détention ordonne la prolongation de la mesure de rétention administrative. Cette ordonnance est confirmée par le délégué du premier président de la cour d'appel de Toulouse.

Pourvoi n° Q1121792

Dans le cadre d'une opération de contrôles d'identité régulièrement organisée au centre ville de Valence, un individu n'a pu présenter aucun document administratif justifiant de son identité, prétendant se nommer M. M. et être de nationalité lybienne.

Il a été placé en garde à vue le 17 mai 2011, dans le cadre d'une enquête en flagrant délit, au vu d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre l'infraction "*d'étranger en situation irrégulière*". Deux heures trente plus tard, l'un de ses amis a remis aux services de police un titre de voyage pour étrangers délivré par l'Italie au nom de A. Z., dont la validité expirait le 9 octobre 2011 et un permis de séjour, délivré le 9 avril 2011.

Entendu le 18 mai par les services de police, l'intéressé a décliné son identité comme étant Z. A., de nationalité tunisienne. Destinataires d'une décision du préfet portant remise à la frontière d'un Etat signataire de la convention de Schengen, les services de police ont mis fin à la mesure de garde à vue et lui ont notifié cette décision ainsi que celle ordonnant son placement en rétention administrative.

Sur la requête du préfet, le juge des libertés et de la détention a ordonné la prolongation de la mesure de rétention administrative. Cette ordonnance a été confirmée par le délégué du premier président de la cour d'appel de Lyon.

Pourvoi n° R1119378

Monsieur S. T., ressortissant sénégalais, a bénéficié d'une carte de séjour temporaire portant la mention "étudiant" de 2005 à 2010. Par arrêté du 17 janvier 2010 le renouvellement de ce titre de séjour lui a été refusé, un délai d'un mois lui étant laissé pour quitter le territoire. Cette obligation de quitter le territoire français lui a été notifiée le 26 janvier 2011.

Le 4 mai 2011, M. T. fait l'objet d'un contrôle dans le hall de la gare SNCF de Perpignan. Lors de son interpellation, les services de police constatent qu'il a fait l'objet d'une décision de reconduite à la frontière qui lui a été notifiée. Il est alors placé en garde à vue dans le cadre d'une enquête en flagrant délit, au vu d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction de "défaut de visa/ fiche de recherche".

Il est mis fin à la mesure de garde à vue après des recherches infructueuses concernant les antécédents judiciaires de M. T., un arrêté de placement en rétention administrative étant pris le 5 mai 2011. Sur la requête du préfet, le juge des libertés et de la détention ordonne la prolongation de la mesure de rétention administrative.

Cette ordonnance est confirmée par le délégué du premier président de la cour d'appel de Montpellier, après qu'il a écarté les exceptions de nullité soulevées par l'appelant concernant l'irrégularité de son interpellation et la nullité de son placement en garde à vue.

Pourvoi n° C1119251

Monsieur Y. T., ressortissant tunisien, a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, le 21 décembre 2010. N'ayant pas obtempéré à cette mesure, il a fait l'objet d'un placement en rétention administrative, mais la procédure de retour n'a pu aboutir, le dossier transmis pour identification au Consulat général de Tunisie à Paris n'ayant pas été traité à la date du 10 janvier 2011.

Le 16 mai 2011, Monsieur O. T. a été interpellé par les services de police. Dépourvu de titre de séjour valable, il a été placé en garde à vue dans le cadre d'une enquête en flagrant délit, au vu d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction de séjour irrégulier.

Au cours de son audition par les services de police, il a précisé être aussi connu sous le nom de Y. T. et avoir été arrêté en 2010 sous cette identité. Ces déclarations permettaient d'ordonner son maintien en rétention administrative et de lever la mesure de garde à vue.

Le préfet sollicitait la prolongation de la rétention administrative de Monsieur T.. Le juge des libertés et de la détention, par ordonnance du 18 mai 2011, rejetait cette requête au motif que l'application de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, telle qu'interprétée par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011, oblige les juridictions françaises à "*laisser inappliquées les dispositions contraires à cette directive de l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*", en ce qu'il prévoit une peine d'emprisonnement.

Il en concluait qu'à défaut de peine d'emprisonnement encourue, le placement en garde à vue d'une personne soupçonnée d'avoir commis cette infraction n'était plus possible.

Le procureur de la République exerçait un recours suspensif contre cette décision au quel il était fait droit par ordonnance du 19 mai 2011. Par ordonnance du 20 mai, le président de chambre délégué du premier président de la cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance entreprise, au motif "*qu'en conséquence de l'article 1er de la directive précitée qui définit son objet, un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier ne peut invoquer la violation de la directive qu'à partir du moment où il a été décidé de mettre fin à son séjour irrégulier par une décision de retour ; que les modalités de son arrestation initiale par les autorités compétentes demeurent en revanche régies par la législation nationale*".

Il en a conclu que le placement en garde à vue de l'intéressé, pour séjour irrégulier sur le fondement de l'article L. 621-1 du code de procédure pénale, était régulier.

Pourvoi n° N1130530

Dans le cadre d'une opération de contrôles d'identité régulièrement organisée dans le secteur de la gare de La Verrière, Monsieur . R., de nationalité marocaine, a reconnu ne pas être titulaire de titre de séjour.

Il a été placé en garde à vue le 27 juillet 2011, dans le cadre d'une enquête en flagrant délit, au vu d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une "infraction à la législation sur les étrangers". Dans le cadre de cette procédure, une perquisition a été conduite à son domicile pour y prendre possession de son passeport.

Un arrêté portant obligation de quitter le territoire français lui a été notifié le 28 juillet 2011, après que les services de police ont mis fin à la mesure de garde à vue. Son placement en rétention administrative a été aussitôt ordonné.

Sur la requête en prolongation de la mesure de rétention présentée par le préfet, le juge des libertés et de la détention a, le 2 août 2011, ordonné la remise en liberté de Monsieur R., faisant droit à l'exception de nullité soulevée sur le fondement d'un placement en garde à vue irrégulier au regard des objectifs de la directive no 2008/115/CE du 16 décembre 2008.

Il a été fait droit à la demande d'effet suspensif du recours exercé par le procureur de la République et, par ordonnance du 3 août 2011, le délégué du premier président de la cour d'appel de Versailles a confirmé l'ordonnance entreprise.

Pourvoi n° D1130384

Déchéance du pourvoi qui sera relevée d'office, le mémoire en réponse étant irrecevable à défaut d'avoir été notifié dans les conditions fixées par l'article 982 du code de procédure civile.

Pourvoi n° Q11130371

Convoqué dans les locaux de la police aux frontières de Rennes aux fins d'exécution d'un arrêté préfectoral du 26 janvier 2010 régulièrement notifié, portant refus de séjour assorti d'une obligation de quitter le territoire français, et préalablement informé de ce qu'il serait placé en garde à vue, Monsieur S. F. s'est présenté le 4 mai 2011 et a été immédiatement placé en garde à vue pour infraction de séjour irrégulier.

Trois heures plus tard, il a été mis fin à cette mesure, l'intéressé ayant reçu notification d'un arrêté de reconduite à la frontière. Une décision de placement en rétention lui était alors notifiée. Le préfet d'Ille-et-Vilaine demandait la prolongation de la rétention administrative.

Par ordonnance du 6 mai 2011, le juge des libertés et de la détention a dit n'y avoir lieu à prolongation de cette mesure au motif qu'aucun acte d'enquête pénale n'a été effectué au cours de la garde à vue et que cette garde à vue n'a eu pour effet légal que d'augmenter le délai de 48 heures prévu par l'article L. 552-1 du CESEDA.

Par ordonnance du même jour, le délégué du premier président de la cour d'appel a, statuant sur la demande du procureur de la République, dit n'y avoir lieu à ordonner la suspension des effets de l'ordonnance entreprise, M. F. étant remis en liberté. Et par ordonnance du 9 mai 2011, le même magistrat a confirmé l'ordonnance entreprise.

Il en résulte que le cadre procédural est celui du flagrant délit, ce qui est généralement le cas d'ailleurs en matière d'infractions à la législation sur les étrangers. Que ce soit donc dans l'ancienne législation sur la garde à vue ou dans celle actuellement applicable issue de la loi du 14 avril 2011, l'infraction sur laquelle des investigations doivent être diligentées doit nécessairement être punie d'une peine d'emprisonnement.

Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011, El Dridi (C-6/91/PPU) et du 6 décembre 2011, Achughhabian (C-329/11) ont été rendus en application de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, dite "directive retour", relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Les arrêts susmentionnés rappellent et précisent l'économie de la "**directive retour**" étant observé que celle-ci peut être résumée en ce qu'elle vise à fixer des normes et procédures communes au retour dans leur pays d'origine ou tout Etat tiers des citoyens non ressortissants d'un Etat de l'Union en situation irrégulière sur le territoire de celle-ci. Elle a pour objectif le retour de l'étranger en situation irrégulière et privilégie son départ volontaire ; ce n'est qu'à l'expiration du délai qui lui a été accordé que la mesure d'éloignement peut être exécutée, étant observé que dans certaines hypothèses, aucun délai ne peut être accordé (risque de fuite, demande de séjour régulier rejetée comme manifestement non fondée ou frauduleuse, danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale). Son but, exprimé dans le considérant n° 2 est de "*recommander la mise en place d'une **politique efficace d'éloignement** et de rapatriement basée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité*".

S'agissant de l'arrêt El Dridi du 28 avril 2011,

celui-ci a été rendu à la suite d'une question préjudicielle posée à la Cour de Justice de l'Union européenne par une juridiction italienne.

Selon cet arrêt, les faits étaient les suivants (points 18 à 21) : *Monsieur El Dridi est un ressortissant d'un pays tiers qui est entré illégalement en Italie et ne dispose pas de titre de séjour. Il a fait l'objet d'un décret d'expulsion édicté par le préfet de Turin le 8 mai 2004.*

Un ordre d'éloignement du territoire national, émis le 21 mai 2010 par le questore di Udine, en application dudit décret d'expulsion, lui a été notifié le même jour. Cet ordre d'éloignement était motivé par l'indisponibilité d'un véhicule ou d'un autre moyen de transport, le défaut de documents d'identité de Monsieur El Dridi, ainsi que par l'impossibilité d'accueillir provisoirement ce dernier dans un centre de rétention en raison d'un manque de places dans les structures prévues à cet effet.

Lors d'un contrôle effectué le 29 septembre 2010, il s'est avéré que Monsieur El Dridi ne s'était pas conformé audit ordre d'éloignement.

Monsieur El Dridi a été condamné par le Tribunale di Trento, statuant à juge unique dans le cadre d'une procédure simplifiée, à une peine de un an d'emprisonnement pour le délit visé à l'article 14, paragraphe 5 ter, du décret législatif n° 286/1998.

La juridiction de renvoi avait "*demandé, en substance, si la directive 2008/115, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une*

réglementation d'un État membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié”.

La cour rappelle :

- que la directive 2008/115 poursuit la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement (point 31),

- qu'elle établit avec précision la procédure à appliquer par chaque État membre au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et fixe l'ordre de déroulement des différentes étapes que cette procédure comporte successivement (point 34) et prévoit tout d'abord, à titre principal, une obligation pour les États membres de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire (point 35), qu'une priorité doit être accordée, sauf exceptions, à l'exécution volontaire de l'obligation résultant de la décision de retour, l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2008/115 disposant que cette décision prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire (point 36),

- que si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire, il ressort de l'article 8, paragraphes 1 et 4, de la directive 2008/115 que, dans le but d'assurer l'efficacité des procédures de retour, ces dispositions imposent à l'État membre, qui a adopté une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier, l'obligation de procéder à l'éloignement, en prenant toutes les mesures nécessaires, y compris, le cas échéant, des mesures coercitives, de manière proportionnée et dans le respect, notamment, des droits fondamentaux (point 38),

- que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes (point 41).

Elle ajoute aux points 53 à 55, que si, en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale relèvent de la compétence des États membres, ce domaine du droit peut néanmoins être affecté par le droit de l'Union ..., ces derniers doivent aménager leur législation ... de manière à assurer le respect du droit de l'Union. En particulier, lesdits États ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile. Par conséquent (point 58), les États membres ne sauraient prévoir, en vue de remédier à l'échec des mesures coercitives adoptées pour procéder à l'éloignement forcé conformément à l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive, une peine privative de liberté ... pour le seul motif

qu'un ressortissant d'un pays tiers continue, après qu'un ordre de quitter le territoire national lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré, de se trouver présent de manière irrégulière sur le territoire d'un État membre, mais ils doivent poursuivre leurs efforts en vue de l'exécution de la décision de retour qui continue à produire ses effets.

En effet, une telle peine, en raison notamment de ses conditions et modalités d'application, risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (point 59).

Et de conclure : **Au regard de ce qui précède, il appartiendra à la juridiction de renvoi, chargée d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union et d'en assurer le plein effet, de laisser inappliquée toute disposition du décret législatif [italien] contraire au résultat de la directive. Dès lors, il convient de répondre à la question posée que la directive 2008/115, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié (points 61 et 62).**

Il résulte à l'évidence de cette décision que l'article L624-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'était pas conforme à la "directive retour", ce qui a motivé sa modification par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 de transposition de ladite directive dans les termes suivants :

Article L624-1 Modifié par la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006	Article L624-1 Modifié par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011
<p>Alinéa1 : Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris, moins d'un an auparavant, sur le fondement du 8° du II de l'article L. 511-1 et notifié à son destinataire après la publication de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, aura pénétré de nouveau sans autorisation en France, sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement.</p>	<p>Alinéa 1 : Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois ans au paravant en application de l'article L. 533-1, aura pénétré de nouveau sans autorisation en France sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement.</p>
<p>Alinéa 2 : La même peine sera applicable à tout étranger qui n'aura pas présenté à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant l'exécution de l'une des mesures mentionnées au premier alinéa ou qui, à défaut de ceux-ci, n'aura pas communiqué les renseignements permettant cette exécution ou aura communiqué des renseignements inexacts sur son identité.</p>	

Il en résulte également que cette décision ne remet a priori pas en cause l'article L621-1 du même code qui fait l'objet de la question posée à la Chambre criminelle. Tel est d'ailleurs le sens de la circulaire en date du 12 mai 2005 de la Chancellerie sous le double timbre de la Direction des affaires criminelles et des grâces et de la Direction des affaires civiles et du sceau qui, outre le fait qu'elle reprend ce qui vient d'être dit concernant l'article L624-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ajoute :

“Par ailleurs, l'article L. 621-1 du même code fait de l'entrée et du séjour irréguliers un délit punissable d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3750 euros. Les directives de politique pénale, découlant des circulaires des 21 février et 4 décembre 2006, préconisent de n'exercer l'action publique pour entrée et séjours irréguliers qu'envers les étrangers ayant également commis une autre infraction de nature correctionnelle ou criminelle et de classer sans suite les autres procédures afin notamment de laisser prospérer, le cas échéant, la procédure administrative d'éloignement du territoire susceptible d'être mise en œuvre.

A la différence de l'article L. 624-1 et de la législation italienne remise en cause par l'arrêt de la CJUE, cette incrimination est indépendante de toute décision d'éloignement, de sorte que les dispositions des articles 15 et 16 de la directive "retour", relatifs au placement en rétention des étrangers visés par une décision d'éloignement, ne peuvent lui être opposées.

Les dispositions de la directive communautaire ne sont donc pas susceptibles d'affecter les mesures de garde à vue et les poursuites engagées sur le fondement de l'article L.621-1, ni les procédures de rétention administrative qui peuvent faire suite à ces procédures. C'est seulement une fois qu'une mesure d'éloignement a été prise que la directive fait obstacle au prononcé d'une peine d'emprisonnement et que l'intéressé ne peut être placé qu'en rétention.

Cependant, conformément à la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, la durée de la garde à vue prise sur le fondement de l'article L. 621-1 du CESEDA devra faire l'objet d'une surveillance attentive”.

Néanmoins, plusieurs juridictions du fond et plusieurs commentateurs ont soutenu que l'arrêt El Dridi affectait également l'article L621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

On citera par exemple l'article publié à la revue critique de droit international privé 2012; page 834 sous le titre : “Un étranger ne commet pas un délit du seul fait qu'il se trouve en situation irrégulière”. Il est écrit :

“Quelles que soient la logique utilitariste et l'ambiguïté assumée de l'arrêt El Dridi, la décision a quelques répercussions favorables aux étrangers en droit français (sur ce point v. en particulier M.-L. Basilien-Gainche et S. Slama, " L'arrêt El Dridi : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité ", AJ pénal, 2011. 362). Deux textes au moins sont concernés : le premier incrimine l'entrée et le séjour irréguliers (art. L. 621-1 CESEDA) punis d'un an de prison et de 3 750 € d'amende tandis que le

second vise la soustraction à une mesure de reconduite à la frontière ou à une obligation de quitter le territoire (OQTF), punie de trois ans de prison par l'article L. 624-1 du même code. Dans la mesure où les deux dispositions permettent d'incarcérer un étranger avant toute tentative effective d'éloignement, elles paraissent incompatibles avec la directive dans les mêmes conditions que l'incrimination italienne. L'Etat français ne saurait, sans porter atteinte à l'effet utile de la directive, incarcérer un étranger au motif qu'il est en situation irrégulière ou qu'il n'a pas exécuté une OQTF. Avant tout, l'Etat est tenu de prendre une décision de retour (ouvrant un délai de départ de volontaire) puis, si nécessaire, de mettre en oeuvre les mesures coercitives prévues par la directive pour assurer l'éloignement (rétention, éloignement forcé). Même si en pratique des instructions étaient données pour que les infractions visées ne soient poursuivies qu'après échec de la procédure d'éloignement, le principe de la légalité des délits et des peines combiné à la supériorité du droit de l'Union s'opposerait à ce que les textes français soient maintenus en l'état.

Sans attendre l'intervention législative, une importante série de décisions a jugé que, le séjour irrégulier n'étant plus passible de prison, les gardes à vue fondées sur cette infraction devaient être annulées en même temps que les mesures de rétention subséquentes (l'article 62-2 du Code de procédure pénale n'autorise la garde à vue que si la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction punie d'une peine de prison). C'est là un pan du dispositif de lutte contre les étrangers en séjour irrégulier qui s'effondre. En effet, dans le sillage du contrôle d'identité, la garde à vue pour séjour irrégulier précède de facto la quasi-totalité des placements en rétention... L'action publique n'est jamais exercée mais la garde à vue permet de maintenir l'étranger à disposition le temps d'enclencher la procédure administrative (pour l'annulation des gardes à vue et de la mise en rétention, v. TGI Meaux, 18 mai 2011, n° 11/00706 ; TGI Bordeaux, 15 septembre 2011, n° 36/2011 ; Nîmes, 6 mai 2011, n° 11/00186 et 20 mai 2011, n° 11/00190 ; Rennes, 6 mai 2011, 2011/126 ; Toulouse, 7 mai 2011, n° 11/00508 et 13 mai 2011, n° 11/206 ; Douai, 10 mai 2011, n° 11/00248 ; Basse-Terre, 16 mai 2011 ; contra Paris, 7 mai 2011, ord. n° 11/02050 et Aix-en-Provence, 9 mai 2011, n° 11/00128). Dans une circulaire du 12 mai 2011 adressée aux procureurs et spécialement dédiée à la portée de l'arrêt El Dridi, le Garde des Sceaux croit pouvoir affirmer que l'incrimination de l'article L. 621-1 CESEDA " indépendante de toute décision d'éloignement " n'est pas affectée par l'arrêt puisque " c'est seulement une fois qu'une mesure d'éloignement a été prise que la directive fait obstacle au prononcé d'une peine d'emprisonnement et que l'intéressé ne peut être placé qu'en rétention ". Heureusement, la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle portant précisément sur la compatibilité avec la directive de l'article L. 621-1 CESEDA et tout porte à croire que les services du Sceaux vont se trouver cruellement désavoués (CJUE, 6 déc. 2011, n° C-329/11, Achughbabian, AJDA 2011. 2384 ; ibid. 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2012. 333, et les obs. , note G. Poissonnier ; ibid. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Constitutions 2012. 63, obs. A. Levade).

Au-delà, il faut espérer que ce prochain arrêt en interprétation sera l'occasion pour la Cour d'affirmer clairement que la " directive-retour " interdit le recours à la prison contre les ressortissants de pays tiers en considération de leur absence de titre de séjour valable. En attendant l'avènement du droit de tout être humain de circuler et de s'installer librement où il le désire sur la planète, l'on peut au moins attendre de cette

Union qui se dit elle-même fondée sur " les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité " qu'elle refuse d'infliger l'horreur de la prison à des femmes et des hommes dont le seul crime est de vouloir vivre en Europe".

C'est dans ces conditions qu'est intervenu le deuxième arrêt visé dans la question posée à la Chambre criminelle.

S'agissant de l'arrêt Achughbabian du 6 décembre 2011,

On observera tout d'abord que, contrairement au précédent arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne, celui-ci l'a été en Grande chambre ce qui souligne l'importance de la problématique, voire la volonté de faire une sorte de mise au point suite aux décisions et commentaires ci-dessus évoqués et ce d'autant plus que sur le plan procédural, la Cour avait la possibilité, en faisant usage de l'article 104 § 3 de son règlement de procédure de faire une réponse succincte puisque la question avait été évoquée devant elle quelques mois auparavant, ce qui s'interprète comme le fait que ladite question n'était peut-être pas exactement la même...

On notera également que, contrairement à la précédente affaire, les gouvernements danois, allemand et estonien se sont joints à la procédure et ont présenté des observations, ce qui indique bien l'importance de la problématique.

La cour d'appel de PARIS a posé la question préjudicielle suivante : *"Compte tenu de son champ d'application, la directive [2008/115] s'oppose-t-elle à une réglementation nationale, telle [que] l'article L. 621-1 du [Ceseda], prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers au seul motif de l'irrégularité de son entrée ou de son séjour sur le territoire national ?"*

Les faits étaient les suivants, tels que visés dans l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (points 17 à 24) :

"Le 24 juin 2011, à Maisons-Alfort (France), des contrôles d'identité ont été effectués sur la voie publique par la police. L'un des individus interrogés lors de ces contrôles a déclaré s'appeler Alexandre Achughbabian et être né en Arménie le 9 juillet 1990.

Selon le procès-verbal dressé par la police, Monsieur Achughbabian a également déclaré être de nationalité arménienne. Ce dernier dément toutefois avoir fait cette déclaration.

Soupçonné d'avoir commis et de continuer à commettre le délit énoncé à l'article L621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Monsieur Achughbabian a été placé en garde à vue.

Un examen plus approfondi de la situation de Monsieur Achughbabian a alors fait apparaître que l'intéressé était entré en France le 9 avril 2008 et y avait sollicité l'octroi d'un titre de séjour et que cette demande avait été rejetée le 28 novembre 2008, ce rejet ayant été confirmé le 27 janvier 2009 par le préfet du Val-d'Oise et assorti par ce dernier d'un arrêté, notifié à M. Achughbabian le 14 février 2009, portant obligation de quitter le territoire français dans le délai d'un mois.

Le 25 juin 2011, un arrêté de reconduite à la frontière et un arrêté de placement en rétention administrative ont été adoptés par le préfet du Val-de-Marne et notifiés à Monsieur Achughbabian.

Le 27 juin 2011, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Créteil, saisi en vertu de l'article L. 552-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile aux fins de la prolongation de la rétention au-delà de 48 heures, a ordonné cette prolongation et a rejeté les exceptions de nullité soulevées par Monsieur Achughbabian à l'encontre, notamment, de la garde à vue dont il venait de faire l'objet.

L'une desdites exceptions était tirée de l'arrêt du 28 avril 2011, El Dridi (C 61/11 PPU, non encore publié au Recueil), par lequel la Cour a jugé que la directive 2008/115 s'oppose à une réglementation d'un État membre qui prévoit une peine d'emprisonnement pour le seul motif qu'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié. Selon Monsieur Achughbabian, il découle de cet arrêt que la peine d'emprisonnement prévue à l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est incompatible avec le droit de l'Union. Eu égard à cette incompatibilité ainsi qu'à la règle selon laquelle une garde à vue ne peut avoir lieu qu'en cas de soupçon d'un délit passible d'une peine d'emprisonnement, la procédure suivie en l'espèce serait irrégulière.

Le 28 juin 2011, M. Achughbabian a interjeté appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Créteil devant la cour d'appel de Paris. Celle-ci a constaté que Monsieur Achughbabian est de nationalité arménienne, qu'il a fait l'objet d'un placement en garde à vue puis en rétention pour séjour irrégulier et qu'il a fait valoir que l'article L. 621-1 du Ceseda est incompatible avec la directive 2008/115, telle qu'interprétée dans l'arrêt El Dridi, précité”.

Les précisions suivantes ont été apportées à la demande de la Cour (point 35) : “Il ressort, en effet, du dossier et de la réponse de la juridiction de renvoi à une demande d'éclaircissement qui lui a été adressée par la Cour qu'un ordre de quitter le territoire français, fixant un délai d'un mois pour un départ volontaire, a été notifié le 14 février 2009 à M. Achughbabian et que cet ordre n'a pas été respecté par celui-ci. Cette décision de retour n'étant plus en vigueur le 24 juin 2011, date des contrôle et placement en garde à vue de M. Achughbabian, une nouvelle décision de retour a été adoptée le 25 juin 2011, prenant cette fois la forme d'un arrêté de reconduite à la frontière, non assorti d'un délai de départ volontaire. Il s'ensuit que, indépendamment de la question de savoir si la situation du requérant au principal doit être regardée comme celle d'une personne n'ayant pas respecté une obligation de retour dans le délai accordé pour un départ volontaire ou comme celle d'une personne soumise à une décision de retour sans fixation de délai pour un départ volontaire, ladite situation est en tout état de cause visée par l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2008/115 et fait donc naître l'obligation imposée par cet article à l'État membre concerné de prendre toutes les mesures nécessaires pour procéder à l'éloignement, à savoir, en vertu de l'article 3, point 5, de ladite directive, le transfert physique de l'intéressé hors dudit État membre”.

Avant de répondre à la question qui lui était posée, la Cour commence par rappeler, voire souligner, certains principes de la "directive retour" :

*Celle-ci ne porte que sur le retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un État membre et n'a donc pas pour objet d'harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers. Par conséquent, cette directive ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoie des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour (point 28)... Elle ne s'oppose pas à un placement en détention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant d'un pays tiers (point 29)... **Ainsi que le gouvernement français l'a observé, il serait porté atteinte à l'objectif de la directive 2008/115, à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'il était impossible pour les États membres d'éviter, par une privation de liberté telle qu'une garde à vue, qu'une personne soupçonnée de séjour irrégulier s'enfuit avant même que sa situation n'ait pu être clarifiée** (point 30).*

Il s'en déduit, sans aucune ambiguïté que la garde à vue est donc possible sauf à ce que, est-il précisé au point 31, **le délai dont les autorités compétentes doivent disposer** pour identifier la personne contrôlée et pour rechercher les données permettant de déterminer si cette personne est un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier **soit "bref mais raisonnable"**, ce qui signifie qu'elles doivent **agir avec diligence et de prendre position sans tarder sur le caractère régulier ou non du séjour** de la personne concernée. *Une fois constatée l'irrégularité du séjour, lesdites autorités doivent, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive et sans préjudice des exceptions prévues par cette dernière, adopter une décision de retour.*

Et la Cour d'ajouter (point 32) : **la directive 2008/115 ne s'oppose ni à une réglementation nationale, telle que l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ... ni à la détention d'un ressortissant d'un pays tiers en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour ...** mais ... *il convient, par la suite, de vérifier si cette directive s'oppose à une réglementation telle que l'article L 621-1 dans la mesure où celle-ci est susceptible de conduire à un emprisonnement au cours de la procédure de retour régie par ladite directive ... Mais les États (point 33) ne sauraient appliquer une réglementation pénale susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par ladite directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile (arrêt El Dridi, points 53 à 55) ... A l'évidence (point 37), l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive 2008/115 ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit, à savoir le transfert physique de l'intéressé hors de l'État membre concerné. Une telle peine ne constitue donc pas une "mesure" ou une "mesure coercitive" au sens de l'article 8 de la directive 2008/115 ... le ressortissant d'un pays tiers [devant prioritairement faire l'objet d'une procédure de retour et peut, s'agissant d'une privation de liberté, tout au plus faire l'objet d'un placement en rétention (point 38).*

Après avoir examiné le cas de Monsieur Achughbabian, la Cour constate qu'il découle tant du devoir de loyauté des États membres que des exigences d'efficacité rappelées notamment au quatrième considérant de la directive 2008/115 que l'obligation imposée

par l'article 8 de cette directive aux États membres de procéder, dans les hypothèses énoncées au paragraphe 1 de cet article, à l'éloignement doit être remplie dans les meilleurs délais. À l'évidence, tel ne serait pas le cas si, après avoir constaté le séjour irrégulier du ressortissant d'un pays tiers, l'État membre concerné faisait précéder l'exécution de la décision de retour, voire l'adoption même de cette décision, de poursuites pénales suivies, le cas échéant, d'une peine d'emprisonnement. Une telle démarche retarderait l'éloignement (arrêt *El Dridi*, précité, point 59) et ne figure pas, au demeurant, parmi les justifications d'un report de l'éloignement mentionnées à l'article 9 de la directive 2008/115 (point 45).

S'il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que les États membres liés par la directive 2008/115 ne sauraient prévoir une peine d'emprisonnement pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans des situations dans lesquelles ceux-ci doivent, en vertu des normes et des procédures communes établies par cette directive, être éloignés et peuvent, en vue de la préparation et de la réalisation de cet éloignement, tout au plus être soumis à une rétention, cela n'exclut pas la faculté pour les États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions, le cas échéant de caractère pénal, réglant, dans le respect des principes de ladite directive et de son objectif, la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier (arrêt *El Dridi*, précité, points 52 et 60) (point 46).

La Cour répond ainsi en conséquence à la question qui lui était posée :

- [La "directive retour"] s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention ; et

- [elle] ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non retour.

Suite à cet arrêt, la chancellerie a diffusé le 13 décembre 2011, toujours sous le double timbre de la Direction des affaires criminelles et des grâces et de la Direction des affaires civiles et du sceau, une circulaire, qui constate qu'il résulte de celui-ci que la directive n'a pas entendu régir de manière exclusive les règles nationales relatives au séjour des étrangers (point 28). La Cour rappelle en effet que les normes et les procédures communes instaurées par la directive ne portent que sur l'adoption de décisions de retour et l'exécution de ces décisions.

La Cour en déduit, au point 32, que les États membres sont libres de définir, dans leur législation nationale, un délit de séjour irrégulier et de prévoir une sanction pénale,

même d'emprisonnement, les Etats membres sont également libres de prévoir une phase de privation de liberté, telle que la garde à vue, expressément mentionnée, avant le placement en rétention administrative, pour déterminer la situation au regard des règles du séjour d'un étranger.

Ainsi, le placement en garde à vue d'un étranger en situation irrégulière est non seulement compatible avec le droit de l'Union européenne mais concourt à la réalisation de l'objectif de la directive. La Cour indique en effet "qu' il serait porté atteinte à l'objectif de la directive, à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'il était impossible pour les États membres d'éviter, par une privation de liberté telle qu'une garde à vue, qu'une personne soupçonnée de séjour irrégulier s'enfuit avant même que sa situation n'ait pu être clarifiée. " (point 30).

Concernant les conditions de mise en œuvre de la garde à vue, la Cour précise que les autorités nationales sont tenues d'agir avec diligence et de prendre position dans les plus brefs délais. Elle prend toutefois le soin de préciser que les autorités compétentes doivent disposer d'un délai " raisonnable " pour identifier la personne contrôlée et pour rechercher les données permettant de déterminer si cette personne est un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier, cette détermination pouvant "se révéler complexe" (point 31). Une fois l'irrégularité du séjour constatée, les autorités nationales doivent, en principe, adopter une décision de retour.

En revanche, lorsqu'une décision administrative d'éloignement a été prise, la directive fait obstacle, aussi longtemps (mais aussi longtemps seulement) que les mesures coercitives prévues par la directive (en particulier, le placement en rétention administrative) n'ont pas été entièrement mises en œuvre, au prononcé d'une peine d'emprisonnement : en effet, dans une telle hypothèse, l'emprisonnement de l'étranger compromettrait l'effet utile de la directive, en retardant son éloignement effectif (point 39).

Ainsi, la directive ne s'oppose pas en toute hypothèse à l'article L. 621-1 CESEDA, dans la mesure où la peine d'emprisonnement que prévoit cette disposition n'est pas la seule

prévue et que la peine d'emprisonnement peut en tout état de cause s'appliquer aux étrangers en situation irrégulière à rencontre desquels une mesure d'éloignement administratif a été prononcée mais n'a pu être mise à exécution, en dépit du placement en rétention de l'intéressé pour la durée maximale de 45 jours. Cette incrimination, en ce qu'elle prévoit une peine d'emprisonnement compatible avec la directive, permet le placement en garde à vue de l'étranger concerné, afin de vérifier que les conditions constitutives de l'infraction sont réunies.

Ce n'est qu'au stade de l'engagement des poursuites pénales contre l'étranger en situation irrégulière au titre de l'article L. 621-1, et non lors du placement en garde à vue, que l'arrêt de la Cour serait susceptible de produire des effets.

Dès lors, les dispositions de la directive ne sont susceptibles d'affecter ni les mesures de garde à vue engagées sur le fondement de l'article L.621-1 ni les procédures de rétention administrative qui peuvent faire suite à ces mesures lorsque l'irrégularité du séjour de l'étranger sur le territoire national a été établie.

En revanche, il vous appartient de ne pas engager de poursuites exclusivement fondées sur l'article L. 621-1 à l'encontre d'un étranger une fois que la mesure de garde à vue a permis de caractériser l'irrégularité de son séjour sur le territoire national. Il revient alors à l'autorité préfectorale de mettre en œuvre une mesure d'éloignement de l'intéressé assorti, le cas échéant, d'un placement en rétention. A ce stade de la procédure, du fait de l'absence de poursuite, aucune condamnation à une peine d'emprisonnement, qui affecterait l'effet utile de la directive, n'est susceptible d'être prononcée à l'encontre de l'intéressé au motif de l'irrégularité de son séjour ; la demande de prolongation du placement en rétention qui est, le cas échéant, formée dans les jours qui suivent auprès du juge des libertés et de la détention, tend au contraire à mettre en œuvre, à brève échéance, l'éloignement effectif de l'intéressé du territoire français, conformément aux objectifs de la directive.

Pour être complet, il convient de préciser que :

- la loi de transposition du 16 juin 2011 n'a en rien modifié, contrairement à l'article L624-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'article L621-1 du même code ;

- le Conseil constitutionnel, saisi du contrôle a priori de cette loi, a considéré que n'avait pas été méconnue l'exigence constitutionnelle de transposition des directives qui résulte de l'article 88-1 de la Constitution (Cons. const., déc. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC) ;

- sur renvoi de la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 11-40.069) statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause la conformité de l'article L. 621-1, le Conseil constitutionnel a le 3 février 2012 (n° 2011-217 QPC) décidé qu'eu égard à la nature de l'incrimination pour laquelle elles sont instituées, les peines fixées, ne sont pas manifestement disproportionnées, ne méconnaissent pas l'article 8 de la Déclaration de 1789 et qu'en conséquence l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est conforme à la Constitution. Il a estimé que *"le grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ; que, par suite, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les traités ou le droit de l'Union européenne ; que l'examen d'un tel grief relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires"*.

Enfin, il s'avère que la cour d'appel de PARIS, au reçu de la réponse à la question préjudicielle qu'elle avait posée, n'a pas statué au fond dans l'affaire Achughbabian. Elle a en effet constaté par ordonnance du 3 février 2012 son dessaisissement aux motifs suivants :

"Considérant que la cour a mis dans le débat les dispositions de l'article L552-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile aux fins de recueil des observations des parties ;

Considérant que par ordonnance du 29 juin 2011 la cour a constaté que l'introduction d'une question préjudicielle auprès de la Cour de justice de l'Union européenne entraînait la suspension de la procédure nationale conformément aux dispositions de ladite cour publiées au journal officiel de l'Union européenne du 28 mai 2011 C 160/1 ;

Considérant toutefois qu'aux termes des articles L552-9 et R552-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile le premier président de la cour d'appel ou son délégué doit statuer dans les 48 heures de sa saisine ;

Considérant que selon le droit positif national, le délai précité n'est pas susceptible d'interruption ou de suspension ; que l'objectif de la loi est d'assurer dans les meilleurs délais l'intervention du juge judiciaire sur la situation de l'étranger placé en rétention ; que dès lors il convient de faire application de la disposition procédurale utile à l'intéressé et de constater que le délai pour statuer est expiré ;

Qu'il convient en conséquence de constater le dessaisissement de la Cour, lequel entraîne de plein droit la caducité de l'ordonnance déferée à compter de l'expiration dudit délai et implique le maintien en liberté de M. Achughbabian qui a été prononcé le 29 juin 2011".

EN CONCLUSION,

Il résulte de l'arrêt rendu par la Grande chambre de la Cour de Justice de l'Union européenne le 6 décembre 2011 que l'article L621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit qui réprime le fait de se trouver en situation irrégulière sur le territoire national n'est pas contraire à la "directive retour", dans le cadre de laquelle il n'entre d'ailleurs pas. Bien au contraire, en ce qu'il qualifie pénalement l'entrée et le séjour irréguliers, il facilite la mise en place de la procédure de retour ;

Il peut donc être le support d'un placement en garde à vue mais celle-ci doit obéir à certaines conditions précisées par la Cour à savoir que "*les autorités nationales sont tenues d'agir avec diligence et de prendre position dans les plus brefs délais*". Elles doivent néanmoins disposer d'un délai "*raisonnable*" pour identifier la personne contrôlée et pour rechercher les données permettant de déterminer si cette personne est un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier.

Il s'en déduit que la garde à vue ne saurait se prolonger pour des raisons de confort des autorités administratives chargées de prendre la mesure d'éloignement. C'est un point sur lequel doit s'exercer le contrôle juridictionnel.

Ces exigences ne sont pas sans rappeler les dispositions de l'article 62-2 nouveau du code de procédure pénale aux termes duquel la garde à vue doit être "*l'unique moyen*" de parvenir à l'un au moins des objectifs énumérés. On retiendra notamment les points 1 (*Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne*) et 6 (*Garantir la mise en oeuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit*) du texte.

Il convient d'observer que l'article 63 ancien du code de procédure pénale ne se référait *qu'aux "nécessités de l'enquête"*. La législation nouvelle en matière de garde à vue paraît donc plus conforme aux exigences du droit de l'Union européenne.

La garde à vue doit être levée dès que la décision d'éloignement a été prise, toute condamnation, notamment à une peine d'emprisonnement ferme, étant contraire aux objectifs fixés par la "directive retour", ce qui n'exclut pas l'exercice ultérieur des poursuites en cas d'échec de celle-ci. En tout état de cause l'emprisonnement ne saurait constituer une mesure coercitive au sens de l'article 8 de la "directive retour" qui ne vise que la rétention de l'intéressé (cf. points 36 et 37 de l'arrêt Achughbabian.

La réponse à la question posée par la Première chambre civile de la Cour de cassation dans les sept pourvois dont elle est saisie, doit être la suivante :

- Le placement en garde à vue suppose que l'infraction commise soit punie d'une peine d'emprisonnement que ce soit en application de l'article 62-2 du code de procédure pénale issu de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue (en enquête préliminaire ou de flagrant délit) ou de l'ancien article 63 du même code (en enquête de flagrant délit seulement).
- Il résulte de l'arrêt Achughbabian C-329/11 du 6 décembre 2011 de la Cour de Justice de l'Union européenne que l'article L621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'est pas contraire aux objectifs de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, dite "directive retour" relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.
- L'arrêt El Dridi C-6/91/PPU du 28 avril 2011 de la même Cour ne concerne que la procédure d'éloignement que la "directive retour" veut efficace. Il ne concerne donc pas l'article L621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile mais seulement l'article L624-1 du même code dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 de transposition de la "directive retour".
- L'article L621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, en ce qu'il prévoit une peine d'emprisonnement, peut donc être le support d'un placement en garde à vue.
- Celle-ci doit cependant être d'une durée aussi brève que possible mais suffisante pour permettre aux autorités en charge de prendre la mesure d'éloignement de disposer d'un délai raisonnable à cette fin.
- Aucune condamnation en application de l'article L621-1 ne peut être prononcée au terme de la garde à vue. Elle serait contraire aux objectifs d'efficacité de l'éloignement fixés par la "directive retour", ce qui n'exclut pas des poursuites ultérieures en cas d'échec de celle-ci.
- L'article L621-1 est inapplicable si le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier fait déjà l'objet d'une mesure d'éloignement non encore mise à exécution. Il ne peut donc être placé en garde à vue.