

Délai de départ volontaire et danger pour l'ordre public : Une suppression sous contrôle

Droit des étrangers (Directives 2008/115/CE et 2008/115/CE)

Tania Racho



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1388>

DOI : 10.4000/revdh.1388

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Tania Racho, « Délai de départ volontaire et danger pour l'ordre public : Une suppression sous contrôle », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 19 juin 2015, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1388> ; DOI : 10.4000/revdh.1388

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

Délai de départ volontaire et danger pour l'ordre public : Une suppression sous contrôle

Droit des étrangers (Directives 2008/115/CE et 2008/115/CE)

Tania Racho

- 1 La directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹ fait l'objet de nombreuses questions préjudicielles depuis la fin du délai de transposition (fixé au 24 décembre 2011), majoritairement tournées vers la rétention du ressortissant d'État tiers en séjour irrégulier, voire à sa détention comme dans les arrêts *El Dridi*² et *Achughbadian*³. La Cour de justice prend systématiquement soin de rappeler que la directive a pour objectif premier d'assurer le retour et que des rétentions trop longues ou trop automatiques s'opposent à cet objectif⁴. Cette fois et inversement, la question porte sur l'accélération du retour, en supprimant ou en réduisant la période de départ volontaire initialement prévue dans la directive.
- 2 En effet, pour qu'une autorité nationale puisse décider de restreindre ou supprimer le délai de 7 à 30 jours de départ volontaire, prévu à l'article 7 § 1 de la directive retour, il faut que le ressortissant étranger en situation irrégulière présente un risque de fuite, que la demande de séjour régulier ait été rejetée comme manifestement infondée ou frauduleuse ou qu'il présente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, conformément à l'article 7 § 4 de la directive.
- 3 La question préjudicielle du juge néerlandais porte particulièrement sur la notion de danger pour l'ordre public et son contenu, en l'absence de définition dans la directive. Celle-ci donne, à l'article 3, de façon classique, les définitions centrales de la directive, par exemple ce qu'est une décision de retour, un départ volontaire, un éloignement, etc. Les définitions envisagent également le risque de fuite comme « *le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite* ». Mais

aucune précision quant au danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale.

- 4 En l'espèce, le juge néerlandais présente deux affaires qu'il a lui-même jointes mais qui ne sont pas exactement similaires.
- 5 Dans un premier cas, pour M. Zh, *a priori* ressortissant chinois, la suppression du délai de départ volontaire est décidée à la suite d'une condamnation pénale. Il s'avère que pour un voyage allant de Grèce au Canada il fait un arrêt à Amsterdam, donc est en transit aux Pays-Bas, et qu'il circule à l'aide de documents d'identité falsifiés. Il exécute une peine privative de liberté, à la suite d'une condamnation, puis fait l'objet d'un éloignement sans délai de départ volontaire. La question que se pose le juge néerlandais est de savoir s'il est nécessaire que la condamnation soit définitive, que le requérant ait donc pu bénéficier de toutes les voies de recours disponibles, ce qui n'est pas le cas ici, pour que la suppression de la période de départ volontaire soit décidée.
- 6 Dans le second cas, pour M. O., le séjour est initialement régulier puisqu'il est en possession d'un visa court séjour. Séjour qu'il prolonge apparemment de façon irrégulière puisqu'en raison de soupçon de maltraitance il est interpellé 10 mois après son arrivée. Ici, le juge demande si le simple soupçon, non corroboré par une condamnation pénale, peut suffire pour caractériser le danger à l'ordre public.
- 7 Les deux individus ont d'ores et déjà été éloignés, ce qui explique l'absence de procédure préjudicielle d'urgence mais aussi l'aspect quelque peu hypothétique⁵ des questions que le juge national pose à la Cour de justice de l'Union. L'Avocat général contourne ce problème en envisageant la possibilité pour les deux ressortissants d'États tiers de pouvoir demander des dommages et intérêts aux Pays-Bas en cas de violation du droit de l'Union (§ 26 des conclusions). Le renvoi préjudiciel porte sur trois questions. La première vise directement la situation de M. Zh et M. O, tandis que les deux autres ont pour objet d'éclairer de façon plus générale le juge sur la notion de danger pour l'ordre public.
- 8 Les trois questions abordent la notion d'ordre public et deux observations peuvent être déduites des réponses données par la Cour de justice. D'une part, la marge laissée à l'État dans l'interprétation de cette notion est assez réduite et la Cour opère un rapprochement dans la signification à donner aux termes utilisés dans la directive retour avec ceux relatifs à l'éloignement du citoyen européen (1°). D'autre part, la Cour insiste sur la nécessité de traiter les cas individuellement et de ne pas automatiser la décision de ne pas accorder ou de réduire le délai de départ volontaire, en insistant sur la prise en considération de critères purement objectifs et sur le respect essentiel des droits fondamentaux (2°).

1°/ - La notion de danger pour l'ordre public : entre marge nationale d'appréciation et encadrement exigeant par la Cour de justice

- 9 Au cœur de l'arrêt se trouve la question de la délimitation, du contenu de la notion de danger pour l'ordre public. La Cour de justice va éclairer le juge national en rappelant d'une part les clés pour déterminer une notion non définie et rappeler qu'il ne s'agit pas d'une notion autonome, ce qui devrait donc laisser une marge d'appréciation au juge national, plus largement aux autorités en charge de prendre la décision de retour.

- 10 Dans un premier temps, **la Cour de justice va rappeler qu'en l'absence de définition d'une notion contenue dans une norme du droit de l'Union la réflexion se fait en trois étapes** (§ 42 de l'arrêt). Premièrement, l'autorité doit prendre en compte l'environnement de la norme : il faut s'intéresser au sens courant du terme, à son contexte et à l'objectif qui est poursuivi. Pour le sens courant, la Cour de justice indique que les versions linguistiques peuvent diverger sur la question de danger et parfois plutôt renvoyer au risque, mais que le sens commun du terme revient à considérer que le danger pour l'ordre public est une menace (§ 58 de l'arrêt). Il est intéressant de relever que l'idée de menace est à la fois subjective et hypothétique puisqu'il s'agit souvent d'une action qui n'est pas commise. Le Larousse en donne cette définition : « *parole, comportement par lesquels on indique à quelqu'un qu'on a l'intention de lui nuire, de lui faire du mal, de le contraindre à agir contre son gré* ».
- 11 Néanmoins, c'est ce point qui permet de faire le **pont avec l'éloignement de citoyens européens** puisqu'ils doivent pour cela présenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société⁶. La Cour de justice opère alors un rapprochement conscient entre le retour de ressortissants d'États tiers en séjour irrégulier et l'éloignement de citoyens européens, dont la réglementation est prévue dans la directive 2004/38/CE. Les États membres qui ont déposé des observations (Belgique, France, Pologne et République Tchèque) ont contesté ce rapprochement en estimant que le niveau de protection n'est pas le même, qu'il est plus important pour le citoyen européen (§ 55 des conclusions). La Cour leur donne donc tort en harmonisant les niveaux de protection. Ce rapprochement va également permettre de s'appuyer sur les décisions de la Cour de justice rendues sur la détermination de la menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société⁷. Quant à l'objectif poursuivi, il s'agit de « *de mettre en place une politique efficace d'éloignement et de rapatriement fondée sur des normes et des garanties juridiques communes* » (§ 47 de l'arrêt).
- 12 Deuxièmement, la règle de l'interprétation stricte : l'autorité nationale doit vérifier s'il s'agit d'une dérogation à un principe, auquel cas il faut rester au plus près de la signification de la notion, ne pas l'interpréter trop largement. En l'occurrence, **il s'agit bien d'une exception, puisque le principe est l'attribution d'un délai de départ volontaire entre 7 et 30 jours**. L'article 7 prévoit deux cas de figures par exception : la prolongation du délai ou sa réduction voire suppression.
- 13 Troisièmement, la Cour indique qu'il faut prendre en compte le « préambule » de l'acte de l'Union. Les considérants de la directive 2008/115/CE, qui forment son préambule, sont d'ailleurs largement cités dans la première partie de l'arrêt relative au droit de l'Union en visant spécifiquement les droits fondamentaux. C'est une pratique politique de la Commission que d'insérer quasi systématiquement un considérant assurant de façon générale que la norme respecte les droits fondamentaux, souvent à la suite d'une étude d'impact réalisée en amont qui analyse les potentielles violations pouvant être dues à l'application de la norme. Évidemment, cela n'empêche pas que des violations aient lieu puisqu'il est impossible d'anticiper toutes les applications d'une norme ; mais ce cadre permet de rappeler aux États qu'il faut prendre en compte les droits fondamentaux dans la définition à donner à la notion de danger pour l'ordre public.
- 14 Une fois ces trois étapes respectées, la Cour de justice rappelle tout de même que **le danger pour l'ordre public ne relève pas de la catégorie des notions autonomes** ce qui implique que l'État dispose d'une marge d'appréciation, qui est d'ailleurs logique dans le cadre des directives qui posent des objectifs à atteindre. La Cour le dit explicitement en

indiquant que « pour l'essentiel, les États membres restent libres de déterminer les exigences de l'ordre public, conformément à leurs besoins nationaux pouvant varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre » (§ 48 et § 52 de l'arrêt). « Pour l'essentiel » car la Cour ajoute qu'en raison de l'interprétation stricte à donner aux notions en cause, « leur portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union » (§ 48 de l'arrêt). Ainsi, les États doivent justifier leur choix de suppression ou de réduction du délai de départ volontaire en indiquant pourquoi le comportement en cause peut être qualifié de menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société.

- 15 Finalement, **la marge d'appréciation des États apparaît très faible pour deux raisons essentielles : d'une part, il faut interpréter strictement l'idée de danger pour l'ordre public**, qui est à assimiler à celle de menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ; **d'autre part, il faut prendre en compte l'objectif de la directive, le respect des droits fondamentaux et le principe de proportionnalité**, envisagé séparément par la Cour (§ 49 de l'arrêt). La question de la proportionnalité n'est pas développée mais elle implique de justifier que la mesure prise soit nécessaire et qu'elle permette effectivement d'atteindre l'objectif fixé.
- 16 Cet encadrement assez important s'explique également par la position ferme de la Cour quant à la nécessité d'étudier individuellement chaque cas pour déterminer la possibilité d'une suppression de délai de départ volontaire et dans le respect des droits fondamentaux.

2°/ - La nécessité d'un examen individuel respectueux des droits fondamentaux avant toute décision de retour

- 17 La Cour de justice est particulièrement insistante sur l'absence d'automatisme de la décision de réduction ou de suppression du délai de départ volontaire notamment en raison de son caractère d'exception par rapport au principe d'attribution d'un délai de 7 à 30 jours et rappelle que l'application de la directive en général doit se faire dans le respect des droits fondamentaux. Ces droits influent sur cette volonté d'affirmer l'individualisation de la décision mais dépassent ce cadre.
- 18 Dans les différents arrêts relatifs à l'application de la directive retour, la Cour de justice insiste toujours sur cette idée d'absence d'automatisme de la décision, comme dans l'arrêt *Mahdi* qui précise que l'autorité judiciaire doit être en « mesure de statuer sur tout élément de fait et de droit pertinent pour déterminer si une prolongation de la rétention est justifiée »⁸. En pratique, cela implique que la circulaire néerlandaise sur laquelle s'appuie initialement la décision de suppression du délai n'est pas valide au regard du droit de l'Union européenne. En effet, celle-ci indique que toute personne qui est « soupçonnée ou condamnée en rapport avec un acte punissable comme délit ou crime en droit national est qualifiée de danger pour l'ordre public » (§ 17 de l'arrêt). Il semble que l'existence de ce texte soit l'une des raisons pour laquelle le juge néerlandais a décidé de poser une question préjudicielle puisqu'il indique que la décision ayant entraîné la suppression du délai de départ volontaire n'est pas suffisamment motivée (§ 25 de l'arrêt). L'Avocat général suggère d'ailleurs que la circulaire en question pourrait être le fondement d'une procédure en manquement contre les Pays-Bas (§ 79 des conclusions).

- 19 L'absence d'automaticité implique non seulement que chaque cas soit étudié de manière individualisée mais également que la suppression, ou la réduction, du délai de départ volontaire soit envisagée comme une faculté et non comme une obligation en cas de danger pour l'ordre public (§ 73 de l'arrêt). L'idée est donc que le comportement des deux requérants peut « fonder un constat de danger pour l'ordre public » mais à condition d'être accompagné d'une étude des circonstances et du contexte individuel des faits présentés (§ 52 et 57 de l'arrêt).
- 20 La juridiction nationale demande ainsi dans sa deuxième question quels critères sont pertinents dans cette étude individualisée. Le juge néerlandais propose, lorsqu'il existe une condamnation, de prendre en compte la gravité et la nature de l'infraction, le temps écoulé et l'intention de la personne concernée en tant qu'éléments objectifs. La Cour, pour répondre, prend soin de revenir sur chacun des deux cas (§ 63 à 65 de l'arrêt) mais dans des développements qui manquent de limpidité.
- 21 Concernant M. Zh, la Cour relève que la circonstance de son départ des Pays-Bas pour le Canada, puisqu'il a été arrêté au moment de son transit et condamné pour détention de faux documents d'identité, peut être pertinente. La Cour n'est pas très claire car le fait qu'une personne soit en train de partir d'un État ne semble pas indiquer qu'elle puisse présenter une menace pour cet État. C'est d'ailleurs l'avis de l'Avocat général qui estime que « dans une situation telle que celle de M. Zh., il n'est pas suffisant pour les autorités nationales de fonder leur décision de supprimer le droit de départ volontaire uniquement sur le fait que la personne concernée a été condamnée pour avoir voyagé avec un faux document de voyage » (§ 63 des conclusions).
- 22 Dans le cas de M. O., la circonstance à prendre en compte selon la Cour est l'absence de pièce confirmant la suspicion de maltraitance. À nouveau, il est difficile de comprendre comment cette absence de pièce pourrait aller dans le sens d'une menace pour les Pays-Bas. La Cour n'est de toute façon pas tenue de statuer sur le cas d'espèce puisqu'il revient au juge national de décider en fonction des éléments en sa possession mais elle valide les critères proposés par le juge national.
- 23 La troisième et dernière question du juge national est l'occasion de revenir sur la place des droits fondamentaux dans les décisions de retour concernant des ressortissants d'États tiers en situation irrégulière. Telle qu'elle est formulée, la question porte sur les justifications à présenter quant au choix entre une réduction ou une suppression de délai de départ volontaire. Le juge néerlandais souhaite savoir s'il faut une étude individuelle séparée pour la constatation du danger pour l'ordre public puis une nouvelle pour choisir de supprimer le délai plutôt que de le réduire. Les droits fondamentaux interviennent ici car la Cour de justice va évoquer le droit d'être entendu pour l'individu objet de la procédure tout en n'allant pas au delà de ce qui est strictement nécessaire.
- 24 En effet, elle va indiquer qu'il n'est pas nécessaire d'entendre à nouveau le ressortissant d'État tiers en situation irrégulière pour décider de la réduction ou de la suppression du délai de départ volontaire, ce qui n'est pas sans rappeler sa position dans l'arrêt *Mukarubega*⁹ en matière d'OQTF. Il faut que l'autorité nationale l'ait au moins entendu une fois pour qualifier le danger pour l'ordre public et que l'audition ait porté « sur les modalités de son retour, à savoir le délai de départ et le caractère volontaire ou contraignant du retour » (§ 69 et § 75 de l'arrêt). La Cour indique donc implicitement que l'autorité nationale n'a pas à se justifier sur le choix entre une réduction et une suppression du délai. Elle précise simplement qu'il « est loisible à l'État membre concerné de tenir compte

desdits éléments, qui peuvent notamment être pertinents lorsque cet État membre évalue s'il y a lieu d'accorder un délai de départ volontaire inférieur à sept jours » (§ 74 de l'arrêt). Sur ce point, les conclusions de l'Avocat général sont plus éclairantes en précisant qu'il ne faut pas que la suppression du délai de départ volontaire soit systématiquement préférée en cas de caractérisation de danger pour l'ordre public (§ 87 des conclusions). De plus, l'Avocat général ajoute que l'État peut accompagner la suppression du délai de départ volontaire d'une interdiction d'entrée sur le territoire notamment afin de permettre une inscription de la personne concernée au système d'Information Schengen (§ 90 des conclusions).

- 25 Même si finalement le droit d'être entendu est écarté pour la décision de supprimer ou de réduire le délai de départ volontaire, ce droit fondamental est signalé volontairement par la Cour de justice, car il n'est pas visé par la juridiction de renvoi ni évoqué par l'Avocat général. Sa démarche est donc de rappeler que la procédure de retour doit être respectueuse des droits fondamentaux. Ceux-ci sont d'ailleurs très régulièrement mentionnés au long de l'arrêt. Dès le début, lorsque le droit de l'Union est énoncé à travers les considérants pertinents de la directive retour qui exigent le respect de la dignité humaine (considérant 2), du respect d'une procédure équitable et transparente (considérant 6) ou de façon plus générale en rappelant que la directive respecte les « *les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, en particulier, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ».
- 26 Les droits fondamentaux sont ensuite visés pour déterminer l'objectif général de la directive qui est de permettre une politique efficace d'éloignement mais avec des garanties juridiques communes « *afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux ainsi que de leur dignité* » (§ 47 de l'arrêt). De son côté, l'Avocat général évoque moins systématiquement les droits fondamentaux mais rappelle utilement que « *les ressortissants de pays tiers (y compris ceux dont la présence dans l'Union est illégale) relèvent de la Charte. Les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union qui s'appliquent aux ressortissants de pays tiers devraient être respectés avec autant de rigueur que ceux qui s'appliquent aux citoyens de l'Union* » (§ 59 des conclusions).
- 27 La Cour de justice adopte donc une démarche prudente en souhaitant que le débat en cause prenne bien en compte les droits fondamentaux. Néanmoins, ces droits fondamentaux vont surtout servir la réflexion générale plus que la procédure concrète du retour ce qui rend leur évocation plutôt symbolique.
- 28 *
- 29 Finalement, l'approche de la Cour diffère quelque peu des autres décisions relatives à la directive 2008/115/CE qui ont marqué les procédures internes telles que les arrêts *El Dridi*¹⁰ et *Achughbadian*¹¹ ou encore l'affaire *Mahdi*¹². Les droits fondamentaux semblent prendre une place plus importante dans l'arrêt *Zh et O.* mais il faut signaler que l'approche n'est pas la même. Dans les affaires précédentes, il s'agissait d'assurer l'efficacité de la directive et donc le retour du ressortissant d'État tiers en séjour irrégulier. Autrement dit, faire comprendre aux États qu'il ne faut pas retenir ni détenir la personne concernée plus que nécessaire et se concentrer sur son retour. À l'inverse, cette affaire porte sur un retour rapide et la Cour met donc un frein à une trop grande efficacité en soulignant qu'il faut que les droits fondamentaux soient respectés dans le cadre de la procédure de retour.

NOTES

1. Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOUE* n° L 348, 24 décembre 2008, p. 98.
2. CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, aff. C-61/11 PPU, ECLI :EU :C :2011 :268.
3. CJUE, 6 décembre 2011, Achughabian, aff. C-329/11, ECLI :EU :C :2011 :807.
4. V. CJUE, 5 juin 2014, Bashir Mohamed Ali Mahdi, aff. C-146/14 PPU, ECLI :EU :C :2014 :1320. Voir notamment le commentaire de S. SLAMA, « Réétention, le JLD doit-il désormais exercer un contrôle de pleine juridiction lors de la prolongation ? », publié le 5 juin 2014 sur le site CPDH.
5. Qui peuvent inciter la Cour de justice à déclarer la demande irrecevable comme dans l'arrêt CJUE, 3 juillet 2014, Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/ Da Silva, aff. C-189/13.
6. Article 27 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JOUE* n° L 158, 30 avril 2004, p. 77.
7. Voir notamment : CJCE, 10 juillet 2008, Jipa, aff. C-33/07, ECLI :EU :C :2008 :396 ; CJUE, 17 novembre 2011, Alazdhov, aff. C-434/10, ECLI :EU :C :2011 :750 ; CJUE, 17 novembre 2011, Gaydarov, aff. C-430/10, ECLI :EU :C :2011 :749 ; CJUE, 22 mai 2012, P.I., aff. C-348/09, ECLI :EU :C :2012 :300.
8. CJUE, 5 juin 2014, Bashir Mohamed Ali Mahdi, *op. cit.*, spéc. le § 62.
9. CJUE, 5 novembre 2014, Mukarubega, aff. C-166/13, ECLI :EU :C :2014 :2336.
10. CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, *op. cit.*
11. CJUE, 6 décembre 2011, Achughabian, *op. cit.*
12. CJUE, 5 juin 2014, Bashir Mohamed Ali Mahdi, *op. cit.*

RÉSUMÉS

Un an après l'arrêt Madhi, qui concernait une prolongation de placement en rétention, la Cour de justice vient à nouveau préciser les notions de la directive « retour » qui impose des normes communes en matière d'éloignement des ressortissants d'États tiers en situation irrégulière. Cette fois, la Cour est interrogée par une juridiction néerlandaise sur l'interprétation à donner sur les dispositions relatives à la diminution, voire à la suppression, du délai de départ volontaire prévu à l'article 7 de la directive 2008/115/CE. Elle définit plus précisément le contour de la notion de danger pour l'ordre public permettant à un État de ne pas appliquer de délai de départ volontaire. Deux apports sont à retenir de cet arrêt : d'abord le rapprochement opéré par la Cour de justice entre les notions utilisées pour les ressortissants d'États tiers en situation irrégulière et celles permettant l'éloignement du citoyen européen. Ensuite, il faut souligner la volonté de la Cour de justice de mettre en avant les droits fondamentaux dans la détermination du danger pour l'ordre public. Mais la place accordée à ces droits fondamentaux est réduite en pratique lorsqu'est

évoquée la procédure concrète de retour, notamment pour laisser place à l'efficacité du système voulu par la directive 2008/115/CE.

AUTEUR

TANIA RACHO

Doctorante en droit public (Université Panthéon-Assas – Paris II) et ATER (Université Sorbonne-Nouvelle – Paris III)