

This is a draft document.

Please do not reproduce any part of this document without the permission of the author



REDIAL PROJECT

National Synthesis Report – France

(Draft)

TEMPLATE FOR THE NATIONAL REPORTS ON THE THIRD PACKAGE OF THE RETURN DIRECTIVE – Articles 15 to 18 RD

by Jean-Marc Favret, Henri Labayle, Joanna Pétin

Please consider that the questions below do not represent an exhaustive list of issues raised by these provisions but mainly offer a starting point for research and greatly facilitate our subsequent comparative analysis. The jurisprudence to be considered should be primarily the one submitted by the national judge collaborating in the REDIAL Project. Any other jurisprudence which does not touch precisely on these issues might be included in your report, as long as it is relevant for the interpretation/implementation of Articles 15-18 of Chapter IV of the Return Directive. (See in this regard the REDIAL [Annotated Return Directive](#) covering both the ECtHR and CJEU relevant case law)

When applicable, please also refer to any relevant administrative practice or on-going legislative changes at national level relating to pre-removal detention.

Depuis la rédaction du rapport « Contention », l'état du droit français relatif aux étrangers a été profondément modifié par la loi du 7 mars 2016 (L. no 2016- 274, 7 mars 2016 : JO, 8 mars). Celle-ci procède à deux réformes majeures dans le champ de l'étude entreprise dans le cadre de Redial, s'inscrivant dans l'esprit de la directive « retour » :

1. le juge judiciaire (Juge des libertés et de la détention, ci-après JLD se voit à nouveau confier un rôle central à la fois parce qu'il intervient dans un délai de 48 heures et parce qu'il devient juge de la légalité de la mesure administrative de mise en rétention.

Ce transfert de la compétence du « contrôle de légalité » de la décision de placement en rétention administrative du juge administratif au juge des libertés et de la détention lève un obstacle constitutionnel et il s'opère ainsi : le JLD doit être saisi dans les 48 heures de la demande tenant à l'annulation de la décision préfectorale et il statue par voie d'ordonnance.

Au delà, on notera que le régime contentieux des OQTF (Obligation de quitter le territoire français) reste largement identique au passé sauf en ce qui concerne certaines hypothèses d'éloignement pour lesquelles une procédure dérogatoire apparaît dans la loi du 7 mars. En cas d'OQTF fondée sur les 1° (entrée irrégulière), 2° et 4° (maintien en séjour irrégulier) de l'article L. 511-1, I du CESEDA, l'étranger qui bénéficie d'un délai de départ volontaire doit introduire son recours dans un délai de quinze jours devant le président du tribunal administratif lequel doit statuer sur cette demande dans un délai de six semaines. En cas de placement en rétention ou d'assignation à résidence, l'urgence permet de transmettre le dossier au magistrat désigné qui statue dans les soixante-douze heures.

Ce dispositif doit être lu à la lumière de l'arrêt aussi récent qu'important rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire A.M. c. France le 12 juillet 2016 (req. n°

56324/13). La Cour y condamne la complexité du système actuel et il est commenté à la fin du présent rapport. On se bornera ici à souligner l'exigence désormais posée par la Cour dont la contrainte va au delà de celles qui avaient été jugées acceptables par le juge constitutionnel. Pour la Cour européenne, le contrôle de la rétention mis en place par le droit interne français dans son régime établi avant 2016 « est trop limité au regard des exigences de l'article 5 § 4 dans le cadre d'une privation de liberté relevant de l'article 5 § 1 f » (§ 42).

2. l'assignation à résidence devient la mesure de surveillance par principe, la rétention administrative devenant l'exception, applicable principalement aux étrangers ne présentant pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque qu'ils se soustraient à l'obligation qui leur est faite de quitter le territoire.

L'organisation et les conditions de la durée totale de la rétention restent sensiblement identiques pour autant (quarante-cinq jours) même si le découpage interne de ses phases est différent : la première période de rétention administrative est ramenée à la durée de 48 heures (contre 5 jours précédemment) et elle peut être suivie d'une première prolongation fixée par le JLD pour une durée de 28 jours (contre 20 jours précédemment). Cette prolongation peut, elle-même, être prolongée d'une durée de 15 jours (contre 20 auparavant).

Il reste que l'entrée en vigueur de la loi du 7 mars 2016 obéit à un régime assez complexe distinguant 5 catégories de dispositions. Celles concernant les études REDIAL et CONTENTION relèvent des « dispositions entrant en vigueur à compter d'une date prévue par décret en Conseil d'État et au plus tard le 1er novembre 2016 ».

Elles ne sont donc, d'une part, pas applicables aujourd'hui, et, d'autre part, n'ont de ce fait donné matière à aucune jurisprudence observable. Le questionnaire sera donc renseigné à partir de l'ancien dispositif législatif et réglementaire encore en vigueur à ce jour.

1. Article 15 RD: detention

a. Competent authorities ordering and reviewing pre-removal detention

Q1. In your Member State, are judicial authorities involved at the initial stage of the detention measure? (E.g. by endorsing a detention order or ordering pre-removal detention upon request of the administration)

YES

La décision initiale de placement en rétention d'un étranger en situation irrégulière est une décision administrative prise par une autorité administrative, l'autorité préfectorale préfectorale qui est en charge de l'exécution des mesures d'éloignement (article L-551-1 du CESEDA. Dans sa nouvelle rédaction non encore applicable, l'article L-551-1 dispose désormais que « l'étranger qui ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque mentionné au 3° du II de l'article L. 511-1 peut être placé en rétention par l'autorité administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pour une durée de quarante-huit heures ».

Cette décision peut faire l'objet d'un recours contentieux en annulation devant la juridiction administrative au plus tard dans les 48 heures suivant la notification de la décision de placement en rétention, le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué à cet effet statuant dans les 72 heures. Dans sa nouvelle rédaction non applicable à ce jour, le nouvel article L. 512-1 est complété par un III disposant que « la décision de placement en rétention ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention » (CESEDA, art. L. 512-1, III, mod. par L. art. 33, I).

La durée initiale de la rétention ordonnée par l'autorité administrative est de 5 jours. Au-delà de ces 5 jours, une décision de prolongation de la durée de la rétention peut être prononcée, dans les 24 heures, par le JLD. Cette décision de prolongation de 20 jours est, elle, une décision judiciaire. Elle est susceptible de contrôle en appel et en cassation. Elle n'est pas une décision de placement en rétention mais une décision de prolongation d'une décision déjà arrêtée par l'autorité administrative

(la Cour de cassation, saisie de l'appel formé par un préfet contre une décision ayant refusé de prolonger une mesure de rétention administrative d'un étranger, casse la décision du premier président d'une cour d'appel ayant ordonné un tel placement après que le JLD ait remis l'étranger en liberté : Cour de Cassation, 12 avril 2012, req. n° 11-11.904).

Dans le dispositif en vigueur jusqu'à la loi du 7 mars 2016 qui fait l'objet du présent rapport, le juge judiciaire dispose uniquement du pouvoir d'autoriser la prolongation de la rétention, d'assigner à résidence l'étranger ou d'ordonner sa remise en liberté. L'autorité administrative préfectorale est en charge de l'exécution des mesures d'éloignement, sous le contrôle de la juridiction administrative y compris en matière de contrôle de la décision administrative de placement.

Le contrôle juridictionnel porte sur l'ensemble des éléments de la légalité, externe et interne. Le législateur applique ici l'adage « *pas de nullité sans grief* » en indiquant dans l'article L-552-13 du CESEDA que « *en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'observation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger* ».

L'article L.512-1 III du CESEDA ouvre le droit à l'étranger mis en rétention de saisir le juge administratif dans les 48 heures de la notification de la décision de mise en rétention. Il peut le saisir d'un recours en annulation dirigé contre la décision de placement, contre la décision d'éloignement et ses corollaires (décision de fixation d'un pays de destination, délai de départ, interdiction de retour).

Dans les 72 heures, le juge administratif statue, à juge unique sans conclusions du rapporteur public mais après une audience publique. La décision du juge administratif a vocation à être rendue au plus tard au bout de 5 jours, c'est à dire lorsque l'administration est susceptible de demander une prolongation de la rétention. Elle peut aussi, et les conséquences peuvent être graves pour l'étranger intéressé, être rendue et porter annulation d'une décision d'éloignement déjà exécutée, immédiatement, par l'administration.

En raison des effets qui s'y attachent, l'annulation pour excès de pouvoir de la décision d'éloignement entraîne l'annulation par voie de conséquence des décisions administratives consécutives qui n'auraient pu légalement être prises en l'absence de l'acte annulé ou qui sont en l'espèce intervenues en raison de l'acte annulé. Il en va ainsi, notamment, de la décision de placement qui repose sur la décision d'éloignement qui en fournit la justification légale.

Le Conseil d'État le souligne dans un arrêt du 30 décembre 2013 (req. 367533) : dans le cadre de la procédure « *spéciale* » instituée par l'article L-512-1 du CESEDA, le juge administratif « *dispose d'un pouvoir d'annulation non seulement de la mesure d'éloignement mais également de la mesure de rétention ou d'assignation à résidence ; ... il peut également connaître de conclusions à fin d'injonction présentées au titre des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative ; ... en cas d'annulation de la mesure d'éloignement ou de la mesure de surveillance, l'étranger est immédiatement remis en liberté et se voit délivrer une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce que l'autorité administrative ait statué sur son cas* ».

On notera néanmoins que le Conseil d'État a annulé (CE, 4 mars 2013, req. 359428) un arrêt de cour administrative d'appel en se fondant sur l'article 5 §4 CEDH pour estimer qu'un étranger placé en rétention ne peut effectivement être éloigné avant que le juge ait statué sur le recours qu'il a, le cas échéant, introduit contre le placement en rétention. La Haute juridiction refuse donc de reconnaître à ce recours un effet suspensif.

Q2. Which authority is competent for controlling the lawfulness of a pre-removal detention measure?

Is it the same authority regardless of the length of the detention and/or the issuance of an explicit renewal order? Or does the judicial authority concerned control the lawfulness of detention only when a detention order is renewed?

NO

Jusqu'à la loi du 7 mars 2016 et en vertu du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, le contrôle de légalité de la décision administrative initiale de placement était opéré par le juge administratif. Le juge judiciaire, lui, statue, comme il l'a été indiqué précédemment, sur la prolongation de la mesure de rétention (Voir Q.1.) Deux contrôles juridictionnels coexistent donc de manière successive, l'un portant sur la mesure administrative initiale et l'autre sur sa prolongation au delà de 5 jours, chacun de ces contrôles étant susceptibles d'appel.

Le contrôle juridictionnel opéré par le juge administratif sur la décision initiale de rétention est un contrôle dont l'intensité est variable, selon les éléments de la légalité qui sont examinés. Dans le cadre de la légalité externe, il s'assure de la compétence de l'auteur de la décision, de la motivation de celle-ci et de la régularité de la procédure ayant conduit à son adoption. Au titre de la légalité interne, il effectue essentiellement un contrôle de la nécessité du placement en rétention, qui s'apprécie au regard de raisons objectives : l'impossibilité de trouver immédiatement un moyen de transport vers le pays de renvoi et l'absence de garanties de représentation suffisantes de l'intéressé. Il peut également rechercher si le placement en rétention constitue une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressé à mener une vie personnelle et familiale normale. Il est également compétent pour tout litige relatif aux conditions matérielles d'exécution.

La tendance jurisprudentielle consiste à ne pas en demeurer à un type de contrôle dit « minimal » qui joue lorsque l'administration dispose d'une compétence discrétionnaire comme c'est le cas ici. Ce type de contrôle restreint comprend l'examen de la légalité externe de la décision (compétence, motivation, vice de forme et de procédure) et de la légalité interne (erreur de droit, erreur de fait, erreur manifeste d'appréciation).

Un certain nombre de juridictions administratives en restent à ce type de contrôle. Leurs décisions mentionnent explicitement l'absence « *d'erreur manifeste d'appréciation* » de l'autorité administrative, « *dans l'appréciation de ses conséquences sur la situation personnelle de l'intéressé* » (ex. CAA, Versailles 13 novembre 2012 ; CAA Douai, 26 septembre 2013).

D'autres prennent au contraire appui explicitement sur « *l'exercice du pouvoir d'appréciation* » du préfet pour opérer leur contrôle en utilisant désormais la formule « *erreur d'appréciation* » et non plus erreur « *manifeste* » d'appréciation (CAA Bordeaux, 16 décembre 2011 ; 19 février 2013, CAA Nancy, 19 mars 2012 ; 25 octobre 2012 ; 18 février 2013).

Pour ce qui est du contrôle judiciaire de la décision de prolongation de la rétention, le juge judiciaire n'est pas placé dans la même situation. Il prend en effet une décision de prolongation, elle-même susceptible d'appel. Il vérifie notamment la régularité des actes antérieurs au placement en rétention (par exemple, la régularité de l'interpellation, de la garde à vue, de l'acheminement au lieu de rétention ou de la notification des droits). Il est incompétent pour se prononcer sur la mesure d'éloignement qui a fondé la rétention administrative mais il s'assure que l'étranger est effectivement susceptible de faire l'objet d'une mesure d'éloignement et il contrôle la nécessité du maintien en rétention compte tenu des diligences de l'administration. Il vérifie à la fois la recevabilité de la demande administrative de prolongation et l'existence des pièces requises et la régularité de cette demande. À titre d'exemple la Cour de cassation (C.Cass, Civ., 6 juin 2012, req. n° 11-30185) estime que le défaut de production des procès verbaux entraîne irrecevabilité de la requête et sont « *indispensables au [juge judiciaire] pour apprécier la régularité de toute la procédure (...)* ».

Dans ce cadre, le juge judiciaire contrôle le respect des conditions formelles et substantielles d'une

restriction à la liberté individuelle. L'examen de cette régularité laisse peu de place à une appréciation discrétionnaire du juge : la constatation des éléments objectifs fixés par la loi justifiant la prolongation de la rétention entraîne cette prolongation et leur absence un refus. Concernant les diligences de l'administration, le juge judiciaire ainsi rappelle que « *les démarches nécessaires à [la] mise en oeuvre [de l'éloignement] doivent être entreprises dès le placement en rétention* » (C. Cass., Civ, 23 juin 2010, req. n° 09-14958). Ce contrôle s'accroît lors de la deuxième prolongation au bout de 25 jours.

Une décision récente du Tribunal des conflits du 9 février 2015 doit être soulignée. Elle établit qu'il appartient au juge judiciaire de mettre fin à la rétention, à tout moment, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient. En l'espèce, il s'agissait d'une demande de mise en liberté justifiée en raison de l'absence de perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement fondant la mesure privative de liberté avant la fin du délai maximal de rétention, du fait de l'incapacité du consulat égyptien à justifier de la nationalité égyptienne du ressortissant retenu, ce qui empêchait en conséquence la délivrance des documents de voyage nécessaires (Trib.Confl., 9 février 2015, M.H.).

Le Conseil d'État rappelle ce principe le 15 décembre 2015 (CE, 14 décembre 2015, req. n° 393591) et précise le 15 avril 2016 qu'après le délai de 48h pour saisir le juge administratif à compter du placement en rétention, le « *juge des libertés et de la détention est alors le seul compétent pour y mettre fin, soit à la demande de l'étranger, [...] soit de sa propre initiative* » (CE, 15 avril 2016, req. n°398550).

Q3. Is the judicial review performed in accordance with Article 15 (3) RD automatic or upon applicant's request ?

L'intervention du juge est automatique par hypothèse puisque la décision de prolongation est arrêtée par une autorité juridictionnelle (le JLD) sur demande de l'autorité administrative qui a pris la décision initiale.

Il peut y avoir deux décisions successives de prolongation, l'une intervenant à l'issue de la période initiale de rétention de 5 jours (1^e prolongation de 20 jours), l'autre intervenant, si la mesure d'éloignement n'a pas été exécutée, au 25^e jour de rétention (2^e et dernière prolongation de 20 jours).

La seconde prolongation possible se justifie en cas d'urgence absolue ou de menace particulièrement grave pour l'ordre public, par l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement lorsque celle-ci résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement, par le fait que, malgré les diligences de l'administration, la mesure d'éloignement n'a pas été exécutée en raison d'un défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport et qu'il est établi par l'autorité administrative compétente que l'une ou l'autre des circonstances doit intervenir à bref délai, par le fait que la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement.

Dans un arrêt du 18 novembre 2015, la Cour de cassation souligne en ce sens « *qu'en ne recherchant pas en l'espèce si l'administration justifiait que les documents attendus [du consulat] puissent lui parvenir à bref délai, l'ordonnance attaquée est dépourvue de toute base légale* » (C. Cass., 1^{er} Civ., 18 novembre 2015, req. n°15-14.560).

Un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 2015 caractérise la nécessité de prolonger la rétention pour une 2^e période de 20 jours, puisque « *la dissimulation de [l']état civil lors de [l']arrivée en France, la non-production de document permettant d'attester de [la] nationalité [avait contraint] l'administration à effectuer vainement des diligences pour les établir et découvrir de quel consulat* », le ressortissant de pays tiers était susceptible de dépendre (C. Cass, 1^{er} Civ., 13 mai 2015, req. n°14-50.010).

Q4. Does your national legislation provide for one or two levels of jurisdiction and under which modalities? (E.g. a first review by an administrative authority followed by an administrative court and/or a civil or criminal court?)

La décision de prolongation n'est pas une décision administrative mais une décision judiciaire du JLD saisi par l'autorité administrative demandant la prolongation de la rétention (voir *supra*).

Cette décision judiciaire de prolongation peut être positive ou négative. Elle est soumise aux voies de recours ordinaires, c'est-à-dire à un appel devant le premier président de la Cour d'appel, formé soit par l'étranger, soit par le Procureur, soit par le représentant de l'État.

Le juge ne limite pas son contrôle aux moyens formés par les parties, il est susceptible de soulever d'office des moyens qualifiés « *d'ordre public* » (incompétence de l'auteur, méconnaissance du champ d'application de la loi...).

Q5. In first instance, do national courts in your Member State *fully* control the legal and factual elements of the case when reviewing the lawfulness of a pre-removal detention measure? Or is the control limited to manifest error of assessment made by the ordering authority? (E.g. Mahdi, C-146/14)

Ce contrôle porte sur la réalité et l'exactitude des faits, lesquels sont appréciés souverainement par le juge judiciaire comme administratif.

Le contrôle opéré sur l'exactitude matérielle des faits justifiant la décision de placement est exercé via le contrôle des motifs de l'acte de placement en rétention, soumis à motivation obligatoire (CAA Nancy, 2 août 2012). Une absence de motivation sur ce point entraîne annulation (ex. CE, 11 mai 2005, req. 262214 : « *l'arrêté attaqué, qui se borne à indiquer qu'il est impossible de mettre immédiatement à exécution la mesure d'éloignement, ne mentionne pas les considérations de faits de nature à justifier le placement en rétention administrative de l'intéressé pour une durée de 48 heures* »). De même, une motivation stéréotypée est censurée par le juge administratif, même si toutes les juridictions ne manifestent pas le même degré d'exigence quant au degré de précision de cette motivation. Le juge s'appuie sur les éléments du dossier pour opérer le contrôle matériel des faits (CAA Marseille 19 décembre 2013). Concernant la décision de prolongation de la rétention, la requête de l'administration étant motivée permet également un contrôle de l'exactitude matérielle des faits par le JLD (par ex. TGI Paris, 05.06.2009 sur l'absence d'un passeport qui avait été remis aux autorités).

L'absence d'éléments nouveaux lors de ce contrôle est susceptible de poser problème par rapport au contrôle juridictionnel administratif, l'autorité administrative demanderesse devant en théorie justifier en quoi l'atteinte à la liberté est la seule possibilité de parvenir à l'objectif recherché. Lors de la seconde demande de prolongation, au bout de 20 jours, le juge judiciaire est en droit davantage encore de s'assurer de la réalité des « *diligences de l'administration* », celle-ci devant justifier de l'intérêt de la prolongation. Cette obligation pour l'administration d'exercer toute diligence en vue de l'éloignement effectif de la personne retenue n'est pas une finalité de principe (C. Cass, 1^{er} Civ., 18 novembre 2015, req. n°15-14.560).

Q6. Does the judge control *ex officio* all/some elements of lawfulness of the detention irrespective of the arguments of the parties?

YES

Le juge ne limite pas son contrôle aux moyens formés par les parties, il est susceptible de soulever d'office des moyens qualifiés « *d'ordre public* » (incompétence de l'auteur, méconnaissance du champ d'application de la loi...).

Q7. Please elaborate on any differences in the control of lawfulness of detention between the first and the second levels of jurisdiction

Il n'existe pas de différence dans le contrôle opéré, les points du litige soumis au premier juge sont portés à la connaissance du juge d'appel.

b. Judicial Interactions with European and national Courts

Q1. Did national courts in your country request for (a) preliminary reference(s) from the CJEU in relation to detention in the context of the return procedures?

YES

Voir par exemple l'affaire *Achugabian contre Préfet du Val de Marne* (C-329/11).

If yes:

- Please elaborate further on the factual/legal context leading to this decision and indicate whether it was preceded by internal jurisprudential debates;
- Please elaborate further on the **follow-up** of the CJEU preliminary ruling at national level (interpretation by the requesting national court, impact on the constant jurisprudence developed in your country; also elaborate on whether there was an impact on the national legislation, or following the preliminary ruling; please refer to other effects of the preliminary rulings).

Q2. Did national courts specifically refer to CJEU rulings (or to the provisions of the Return Directive as interpreted by the Court) in their judgments on administrative detention?

YES

Voir par exemple CAA Marseille, 13 octobre 2015, req. n° 14MA01130 : dans ses considérants n° 21 et 22 le juge d'appel renvoie spécifiquement au droit de l'UE et à la jurisprudence de la CJUE, à savoir les affaires C-166/13 et C-249/13 (sur le droit d'être entendu) et C. Cass, 1^{er} Civ., 30 avril 2014, req. n°13-13.701 : le juge judiciaire fait expressément référence aux affaires El Dridi et Achugabian jugées par la CJUE sur le contexte de la garde à vue pour contrôle de la régularité du séjour).

Q3. Did national courts refer to the ECHR or the EU Charter in relation to pre-removal detention?

YES

If yes: in which cases and for what purpose? (E.g. the right to liberty and security, the right to be heard etc.)

Q4. Have national courts ever disregarded/departed from national legislation and or administrative practice on the basis the Return directive or/and the CJEU jurisprudence in order to ensure compliance with Article 15 RD?

YES

C. Cass., 1^{er} Civ., 7 octobre 2015, req. n°14-20.370. La Cour de cassation y sanctionne le juge d'appel pour refus d'application de l'article 15 §2 point b) de la directive 2008/116/CE : « *qu'en retenant qu'aucune obligation d'informer l'étranger de la possibilité de contester la décision le plaçant en rétention administrative devant le juge administratif dans un délai donné n'est*

mentionnée au sein de l'article L. 611-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le président de la cour d'appel a méconnu, par fausse application l'article L. 611-1-1 précité et, par refus d'application, l'article 15.2.b. de la 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 » ;

« qu'en se déclarant incompétent au profit du juge administratif pour apprécier les conséquences de l'absence d'information immédiate de la possibilité d'engager un recours contre la décision de placement en rétention administrative, le magistrat délégué du premier président de la cour d'appel de Toulouse a violé l'article 15.2.b. de la 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 ».

Q5. Did national courts refer to foreign domestic judgments (European or not) that have dealt with similar issues regarding detention?

NO

If yes: please elaborate further on this issue

c. National case-law: major trends

Q1. Is detention under the Return Directive considered to be a measure impeding – depriving – of freedom of movement and/or the right to liberty?

Have the Highest Courts from your Member State already opined on this issue?

Q2. Do national courts controlling the lawfulness of the **detention** in your Member State also control the lawfulness of the very **return** decision? E.g. Have there been decisions striking down detention measures due to the unlawfulness of the return decision?

YES/NO

Voir Q1

Q3. Do national courts reviewing the lawfulness of the detention order also assess whether a **reasonable prospect of removal** exist? (E.g. even from the outset when controlling the initial detention order, see *Kadzoev* para. 63-68)

YES

If yes: what legal or other considerations are interpreted by the courts as making the removal unlikely?

- *lack of due diligence;*
- *lack of resources (human and material);*
- *lack of transport capacities;*
- *conduct of the Member State of potential return (e.g. an embassy in a given MS refuses generally the cooperation in cases of forced return and accepts only voluntary returns or it does not confirm the nationality of the person concerned (Cf. ECtHR, Tabesh), lack of cooperation of third-countries' embassies;*

- *conduct of the TCN concerned, especially if the latter refuses the cooperation which is indispensable for the issuance of relevant documentation by the Member State of return (cf. ECtHR, Mikolenko);*
- *non-refoulement in a broad sense; best interest of the child; family life; the state of health of the third Member State national concerned and individual considerations in accordance with Article 5 RD;*
- *the lack of a readmission agreement or no immediate prospect of its conclusion*
- *Else?*

Q3B. When considering the factors above, do the courts:

- Limit their assessment to an abstract or theoretical possibility of removal?
- Require clear information on its timetabling or probability to be corroborated with relevant statistics and/or previous experience in handling similar cases?

Le juge administratif vérifie toujours l'existence d'une nécessité avérée de décider du placement en rétention, qu'il s'agisse d'annuler une telle décision pour défaut de nécessité ou bien d'en vérifier la justification. À l'issue de la vérification du bien-fondé des motifs exprimés par l'administration, il s'assure (à de multiples reprises) de la « *présence* » ou « *l'absence d'éléments justifiant de la nécessité de maintenir ... en rétention administrative* ».

Ce contrôle a pour effet d'accentuer l'examen particulier des circonstances auquel l'administration doit se livrer, par exemple lorsqu'elle abroge un arrêté d'assignation à résidence pour décider d'un placement en rétention administrative au prétexte qu'un refus d'embarquement serait constitutif d'un « *risque de fuite* » (TA Lyon 21 novembre 2011).

En tout état de cause, l'existence d'une mesure d'éloignement ne suffit pas à justifier une mesure de placement en rétention (CE, 12 décembre 2001, Mme D. n° 223099) et le juge administratif vérifie l'existence de cette nécessité. Le juge judiciaire vérifie la nécessité de celle-ci au regard des perspectives d'éloignement, constatant par exemple qu'il s'agit de « *l'unique moyen d'assurer efficacement le retour* » (CA Colmar 26 mai 2011).

Puisque l'existence d'une mesure d'éloignement et l'impossibilité d'un départ immédiat ne suffisent pas à justifier une atteinte à la liberté (CAA Marseille, 28 mars 2006, req. n° 05MA01822) le risque de soustraction est le principal élément susceptible de la permettre. La volonté exprimée par un étranger de ne pas se soumettre à une obligation d'éloignement compte ainsi parmi les éléments permettant de caractériser un risque de fuite justifiant un placement en rétention (CAA Marseille, 1^{er} juillet 2016, req. n°15MA04751). L'utilisation d'une fausse identité à deux reprises pour faire échec à l'exécution d'une mesure d'éloignement, durant les années précédents le placement en rétention contestée, a en outre permis de constater la nécessité de la rétention (CAA Marseille, 13 octobre 2015, req. n°14MA01130).

Q4. How do national courts controlling the lawfulness of pre-removal detention in your country assess the notion of **'avoiding or hampering the preparation of return or the removal process'**? Please provide some concrete examples based on the case law collected.

La législation ne fait pas expressément référence à l'expression consacrée par la directive 2008/115/CE. Cependant le CESEDA vise trois situations qui englobent, semble-t-il l'idée d'éviter la préparation du retour ou de procéder à l'éloignement. En effet selon les dispositions de l'article L. 552-7, le JLD peut-être saisi d'une seconde demande de prolongation de la rétention lorsque « *l'impossibilité de procéder à l'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction*

volontaire faite à son éloignement ».

Les autorités administratives à l'origine de la demande de la seconde prolongation de la rétention doivent apporter la preuve que l'impossibilité de procéder à l'éloignement est imputable à l'étranger.

Selon l'arrêt de la Cour de Cassation du 1er juin 2011 (n°10-15599) le fait que le retenu soit dépourvu de tout document d'identité doit être assimilé à la perte ou à la destruction des documents de voyage prévues à l'article L. 552-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, puisque comme le relève le JLD, c'est en raison de cette absence que le préfet a dû saisir les autorités consulaires auprès desquelles le dossier était en cours.

De même, selon l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 juin 2011 (req. n°10-30777), l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la dissimulation par l'intéressé de son identité lorsque ce dernier « *était dépourvu de tout document d'identité en dehors d'un acte d'état civil, qu'il avait indiqué être né au Kosovo et être ressortissant de cette nation, que les recherches auprès des autorités albanaises et serbes étaient restées infructueuses, que les instances diplomatiques consultées avaient déclaré que l'acte d'état civil présenté était un faux document et que les recherches pour parvenir à établir sa nationalité réelle et son véritable état civil étaient toujours en cours* ».

Pendant la Cour de Cassation considère que « *le dépôt d'une demande d'asile est constitutif de l'exercice d'un droit de sorte qu'une telle demande ne peut jamais être regardée comme une obstruction volontaire faite par l'étranger à son éloignement rendant impossible l'exécution de cette mesure* » (C. Cass, Civ. 1ère 29 juin 2011 10-21431).

Q5. How do national courts controlling the lawfulness of pre-removal detention in your country assess the notion '**risk of absconding**'?

Does it go beyond the mere fact of an illegal stay or entry? (ECJ, *Achughbabian*)

YES

Le juge administratif commence à définir les contours de cette notion sans toujours se sentir lié par la lettre de la loi (voir infra Q.5). Ainsi, la qualification du « *risque de fuite* » résulte d'un ensemble de critères objectifs, qui ne sont pas exclusifs les uns des autres, et ce risque est apprécié par l'autorité compétente au regard de la situation particulière de l'étranger. Ces critères laissent entier le contrôle du juge dans l'appréciation faite par ce dernier de la réalité du risque de fuite.

En raison de la diversité des situations, on citera quelques illustrations de la définition du « *risque de fuite* ». Par exemple : le requérant ne pouvait justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'était pas titulaire d'un titre de séjour en cours de validité et s'était soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement (CAA Versailles, 20 déc. 2011, req. n° 11VE03295 ; CAA Douai, 1^e décembre 2015, req. n°15DA00134). De même, le « *risque de fuite* » est établi lorsque l'étranger s'est déjà soustrait à l'exécution de deux mesures d'éloignement et a confirmé lors de son audition par les services de police s'opposer à son retour dans son pays d'origine, même si le requérant fait valoir la permanence de son adresse et la scolarisation de ses enfants (CAA Paris, 1^{er} ch., 31 mai 2013, req. n° 12PA03883 ; CAA Marseille, 1^{er} juillet 2016, req.n° 15MA04751). En dépit de deux ans de présence en France, d'activités bénévoles et d'un projet de mariage, il en va de même si l'étranger n'a pas exécuté une précédente mesure d'éloignement (CAA Paris, 14 nov. 2013, req ; n° 13PA00122).

Le risque de fuite a ensuite pu être caractérisé en raison notamment de l'utilisation en France d'une identité différente de celle fournie précédemment aux autorités espagnoles (CAA Nantes, 1^{er} mars 2016, req. n°15NT01873). Enfin, une attestation de résidence, relevant que le ressortissant de pays tiers vit avec une femme et ses enfants, qui serait fournie après la notification d'une décision d'assignation à résidence ne permet pas de caractériser l'absence de risque (CAA Nantes, 1^e mars

2016, req. n°15NT01873).

Le « *risque de fuite* » est, sauf circonstance particulière, également considéré comme établi lorsque l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage. Pour le juge, cette hypothèse, définie par la loi sur la base de critères objectifs, vise un cas dans lequel il est permis de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une procédure de retour peut prendre la fuite, sans établir une qualification automatique d'un tel risque de fuite, cette notion pouvant ne pas être retenue en cas de circonstances particulières (TA Lille, 22 juill. 2011, req. n° 1104137).

Q6. Does your Member State's legislation define objective criteria based on which the existence of a risk of absconding can be assumed?

YES

La notion de « *risque de fuite* » est définie par rapport à l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) et de l'interdiction de retour règlementées par l'article L-511-1 du CESEDA et non pas à propos de la rétention. Le Conseil Constitutionnel a reconnu dans sa décision 2011-631 DC que « *le législateur a retenu des critères objectifs qui ne sont pas manifestement incompatibles avec la directive que la loi a pour objet de transposer* ».

Concernant le « *risque de fuite* », l'article L-511-1 du CESEDA II, 3) dispose que « *ce risque est regardé comme établi, sauf circonstance particulière,* » dans une série de cas :

« *a) si l'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;*

« *b) si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation de visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;*

« *c) si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, sans en avoir demandé le renouvellement ;*

« *d) si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement;*

« *e) si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ;*

« *f) si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513-4, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2* ».

Le placement en rétention étant lié à l'existence d'une mesure d'éloignement, cette définition lui est transposable.

Cette rédaction du 3° du II de l'article L. 511-1 du CESEDA a pu poser problème. L'autorité administrative ne disposait d'aucune marge d'appréciation pour apprécier le risque de fuite puisque ce risque était « *regardé comme établi* » dans une série de cas. D'où une présomption de risque de fuite lorsque les critères listés par la loi étaient remplis.

La Commission européenne avait critiqué cette situation et mis en avant la non-conformité de cette rédaction avec la définition donnée à l'article 3 §7 de la directive « *retour* » dès lors que, si les critères étaient exhaustifs, ils ne pouvaient être conçus comme étant impératifs. L'autorité compétente ne pouvait, selon la Commission, être liée dans son appréciation par la réalisation

objective d'un ou plusieurs critères (Étude d'impact, § 3.4.1.2).

La loi du 7 mars 2016 (art. 27, I, 3°, b) a pris cette situation en compte et elle indique désormais que ce risque « *peut être* » regardé comme établi, sauf circonstances particulières, dans les cas énumérés. En conséquence, l'autorité administrative et le juge ne sont plus liés impérativement par les critères retenus par le législateur.

Q7. Apart from these two grounds, does either your Member State's legislation, administrative practice or the relevant case law allow any other ground of detention?

YES

C'est la législation qui énumère les hypothèses de mise en rétention, à savoir l'article L-551-1 précité qui dispose que l'étranger concerné :

1° Doit être remis aux autorités compétentes d'un État membre de l'Union

européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ;

2° Fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ;

3° Doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction judiciaire du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-130 du code pénal ;

4° Fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission ou d'une décision d'éloignement exécutoire mentionnée à l'article L.531-3 du présent code ;

5° Fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois années auparavant en application de l'article L. 533-1 ;

6° Fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français prise moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai pour quitter le territoire est expiré ou n'a pas été accordé ;

7° Doit être reconduit d'office à la frontière en exécution d'une interdiction de retour;

8° Ayant fait l'objet d'une décision de placement en rétention au titre des 1° à 7°, n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme de son précédent placement en rétention ou, y ayant déféré, est revenu en France alors que cette mesure est toujours exécutoire.

Q8. Does your Member State's legislation (and/or practice) provide for alternatives to detention?

YES

L'alternative à la rétention existe en droit français. Elle consiste en une assignation à résidence de l'étranger (à titre exceptionnel sous surveillance électronique), qui peut être prononcée soit par l'administration soit par le juge judiciaire, lorsque l'étranger « *justifie que le lieu proposé pour l'assignation satisfait aux exigences de garanties de représentations effectives* » et qu'il se présente « *quotidiennement aux services de police ou aux unités de gendarmerie territorialement compétents au regard* » de son lieu d'assignation à résidence (art.L.552-5 CESEDA). Dans les faits, elle n'est quasiment pas utilisée : en 2013, 1258 assignations à résidence ont été prononcées contre 24.176 placements en rétention.

Le peu d'usage sinon le caractère exceptionnel accordé aux alternatives à la rétention est constatable au regard des prescriptions de l'article 15 de la directive 2008/115.

La Cour de cassation ne s'attache pas cependant à cette restriction législative, ceci pas davantage aujourd'hui que par le passé (C. Cass. Civ. 1ère 13 janvier 2005, n° 04-50.019). Elle juge ainsi que

le juge judiciaire ne peut pas se satisfaire d'un placement en rétention en invoquant un risque de fuite déduit du constat que l'étranger s'est maintenu illégalement sur le territoire français et qu'il refuse manifestement de quitter la France (C. Cass. Civ. 1ère 1ère 24 octobre 2012 n° 11-27- 956). C'est donc la rétention qui devra revêtir un caractère exceptionnel et exiger du juge une motivation spéciale. La Cour de cassation rappelle aussi qu'aucune disposition n'interdit au juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle, d'assigner à résidence un étranger placé en rétention administrative répondant ainsi à un moyen tiré de l'absence de prévision par les textes de cette mesure pour la période de seconde prolongation (C. Cass., Civ. 1^{ère}, 29 février 2012, req. n° 11-30.085).

Comme indiqué plus haut, la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France a inversé ce rapport discutable entre rétention et assignation, en rendant la seconde prioritaire et la première exceptionnelle, liée à l'absence de garanties de représentations (voir article 33 de la loi).

Q9. Are decision-making authorities obliged to consider **alternatives measures** before resorting to detention?

YES

L'administration n'est aucunement tenue de prononcer un placement en rétention : elle peut faire le choix d'une assignation à résidence en vertu de l'article L-561-2 du CESEDA, à condition que l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une « *perspective raisonnable* », et que l'intéressé présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de fuite. Le risque de fuite commande donc l'appréciation de l'administration. Celle-ci doit procéder à une évaluation juste de ce risque (CAA Lyon, 17 octobre 2013, req. n°13LY00815 ; CAA Lyon, 8 octobre 2013, req. n° 13LY00849) et « *la seule circonstance qu'une mesure d'éloignement ait été prise ne saurait justifier à elle seule le placement en rétention* » (TA Rennes, 28 juillet 2011, req ; n° 1102804).

Le Conseil d'État a validé le recours au procédé de l'assignation à résidence au regard de la directive « retour » : « *considérant que, eu égard notamment aux objectifs poursuivis par la directive du 16 décembre 2008, et en particulier par son article 15, les articles L. 551-1 et L. 561-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne s'opposent pas à ce que les étrangers susceptibles d'être placés en rétention administrative fassent l'objet de mesures moins contraignantes mais permettant d'assurer le respect de l'obligation de retour ; qu'ainsi, en prévoyant que les familles « dont les garanties de représentation sont faibles et dont le comportement d'ensemble révèle une volonté manifeste de fraude et de refus de leurs obligations » pourront faire l'objet de mesures d'assignation à résidence, de préférence à un placement en rétention administrative, le dernier alinéa du II de la circulaire attaquée n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 561-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* » ; (CE, 13 février 2013, req. 361403).

Le juge administratif en vérifie les modalités et contraintes (CAA Nantes, 28 juin 2016, req. n° 15N02980). Il procède à l'annulation en cas de besoin : « *considérant que l'arrêté assignant Mme C...à résidence lui impose de se présenter chaque jour à 8 heures 30, à l'exclusion des samedis, dimanches et jours fériés, au commissariat de police de Besançon ; que, dans les circonstances de l'espèce, en prescrivant ces conditions de présentation, le préfet a entaché son arrêté d'erreur d'appréciation, l'intéressée étant seule avec trois jeunes enfants* », (CAA Nancy, 16 juin 2016, 16NC00311).

L'assignation à résidence peut également être prononcée par le juge judiciaire. L'article L.552-4 du CESEDA dispose que « *à titre exceptionnel* », le juge peut ordonner l'assignation à résidence de l'étranger lorsque celui-ci dispose de garanties de représentation effectives, après remise à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport et de tout document justificatif de son identité, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité et sur lequel est portée la mention de la mesure d'éloignement en instance d'exécution.

L'assignation à résidence concernant un étranger qui s'est préalablement soustrait à l'exécution d'une obligation de quitter le territoire français en vigueur, d'une interdiction de retour sur le territoire français en vigueur, d'une mesure de reconduite à la frontière en vigueur, d'une interdiction du territoire dont il n'a pas été relevé, ou d'une mesure d'expulsion en vigueur doit faire l'objet d'une motivation spéciale.

Face à la demande administrative de prolongation de la rétention, le JLD a toujours la possibilité d'assigner à résidence l'étranger, si ce dernier dispose de garanties de représentation suffisantes, en vertu de l'article L 552-4 du CESEDA, « à titre exceptionnel » (C.Cass, Civ. 1ère 29 février 2012, req. n°11-30085). Cependant les hypothèses d'assignation à résidence ne représentent qu'un faible pourcentage des décisions prises par le juge judiciaire.

Q10. How do national courts control whether the administrative authorities lawfully considered alternative measures before ordering detention measures? Is the review limited to manifest error of appreciation? Can they perform a wider control, including substituting their own discretion to that of decision-making authority based on the necessity of respecting the principle of proportionality? (ECJ, Arslan, El Dridi)

Le juge contrôle si l'autorité administrative a dûment évalué l'existence de garanties de représentation effectives pour décider ou non d'une assignation à résidence. L'article L.551-1 du CESEDA relatif à la rétention administrative dispose que la rétention de l'étranger est possible dans un certain nombre de cas « à moins qu'il ne soit assigné à résidence ».

Le juge administratif interprète cette disposition comme impliquant pour l'autorité préfectorale l'obligation de s'assurer de la nécessité d'une assignation : « il ne ressort pas des termes de cet arrêté, ni même d'ailleurs des observations produites devant le tribunal, que le préfet aurait préalablement recherché si M. B...A...disposait de garanties de représentation effectives permettant, le cas échéant, d'ordonner son assignation à résidence au lieu et place de la rétention administrative ». À juste titre, le juge de première instance a pu retenir que « cette autorité administrative n'avait pas procédé à un examen complet et pertinent de la situation de l'intéressé avant de le placer en rétention sans rechercher au préalable s'il pouvait bénéficier d'une mesure d'assignation à résidence en application des dispositions combinées du CESEDA » (CAA Douai, 16 mai 2013, req ; n° 12DA01727).

Le considérant 16 de la motivation de la directive 2008/115 est mis à profit par le juge administratif pour opérer son contrôle. Il rappelle tout d'abord que le recours à la rétention doit être limité et proportionné aux objectifs poursuivis et moyens utilisés. Sur la base des éléments du dossier, dès lors que l'étranger, d'une part, ne présente pas les garanties de représentation indispensables et, d'autre part, se trouve dans l'impossibilité d'être reconduit à la frontière, la décision de placement en rétention est jugée proportionnée aux buts assignés (voir par ex. CAA Paris, 23 septembre 2011).

De même, le juge administratif souligne-t-il que « les dispositions du CESEDA ne méconnaissent pas l'objectif de proportionnalité de la directive « retour » puisque la législation française ne permet pas à l'autorité administrative de recourir systématiquement à la rétention administrative en cas de mise à exécution d'une mesure d'éloignement mais, au contraire, encadre strictement les hypothèses dans lesquelles une telle mesure peut être prise » (CAA Versailles, 18 juillet 2013). Il précise que « ce n'est que lorsque cette mesure apparaît proportionnée au but recherché, compte tenu des circonstances particulières de chaque espèce, que l'autorité administrative peut, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, ordonner le placement en rétention administrative d'un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français » (CAA Nancy, 18 février 2013).

Une adresse stable permettant de respecter les obligations de pointage auprès des autorités et la remise d'un passeport en cours de validité aux autorités comptent parmi les garanties de représentation effectives propres à permettre une assignation à résidence (la remise d'un passeport périmé ne peut être pris en compte : C.Cass., 1^{er} Civ., 14 mai 2014, req. n°13-29.941). Mais

l'ensemble des circonstances personnelles du ressortissant de pays tiers concerné doivent être appréciées. Un Préfet n'entache pas sa décision d'une erreur d'appréciation de la situation de l'étranger concerné, en refusant son assignation à résidence, lorsque d'une part, il s'avère que celui-ci n'avait pas d'adresse stable, et d'autre part, alors qu'il affirmait être le père d'un enfant à charge vivant en France, qu'il était apparu qu'il ne contribuait pas de manière effective à l'éducation de cet enfant (CAA Douai, 17 novembre 2015, req. n°14DA01560). L'absence de prise en compte de la situation familiale d'un étranger, marié et père de deux filles nées en France et résidant sur le territoire français (bail du logement à l'appui) est en revanche sanctionnée (CAA Lyon, 25 juin 2015, req. n°14LY01825).

Enfin, il faut relever que le risque de fuite n'est pas pris en compte pour déterminer les modalités de pointage aux autorités lors de la mise en œuvre d'une assignation à résidence. Le juge administratif a en effet affirmé que si un étranger « *soutient qu'il n'avait pas la volonté de fuir la France et que, par suite, les obligations de pointage prévues par l'arrêté décidant son assignation à résidence n'étaient pas justifiées, ces circonstances ne sont pas de nature à entacher d'illégalité l'arrêté d'assignation à résidence, dès lors qu'il est constant que l'éloignement [...] était susceptible d'intervenir dans une perspective raisonnable et qu'il présentait des garanties propres à prévenir le risque qu'il se soustraie à cette mesure* » (CAA Nantes, 28 juin 2016, req. n°15NT02980). En revanche, la non prise en compte de la situation familiale d'un étranger, vivant seul avec trois jeunes enfants, entache l'arrêté d'assignation à résidence d'une erreur d'appréciation (CAA Nancy, 16 juin 2016, req. n° 16NC00311 : « *considérant que l'arrêté assignant Mme C...à résidence lui impose de se présenter chaque jour à 8 heures 30, à l'exclusion des samedis, dimanches et jours fériés, au commissariat de police de Besançon ; que, dans les circonstances de l'espèce, en prescrivant ces conditions de présentation, le préfet a entaché son arrêté d'erreur d'appréciation, l'intéressée étant seule avec trois jeunes enfants* »).

Q11. How is the requirement '**as short as possible**' interpreted by national courts in your Member State? Are time-periods fixed by national law or is the length of detention (necessary for removing the TCN) determined in each particular case?

What is the duration of initial detention in your Member State? When does it start according to your national legislation? (E.g. date of the apprehension, date of the order, date of the actual placement in detention etc.)

L'article L.551-1 du CESEDA fixe une durée initiale de rétention de cinq jours lorsque l'étranger qui fait l'objet d'une OQTF sans délai de départ volontaire ou dont le délai a expiré, ne peut quitter immédiatement le territoire français et ne présente pas de garanties de représentation suffisantes pour être assigné à résidence. La durée maximale de rétention est de 45 jours (5 jours initiaux + 2 prolongations possibles de 20 jours chaque une).

Selon les dispositions de l'article L 551-2 du CESEDA, « *la décision de placement est prise par l'autorité administrative après l'interpellation de l'étranger ou le cas échéant lors de sa retenue aux fins de vérifications de son droit de circulation de séjour, à l'expiration de sa garde à vue, ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention. Elle est écrite et motivée. Elle prend effet à compter de sa notification à l'intéressé (...)* ».

L'administration n'a pas l'obligation de faire figurer dans la décision de placement en rétention la durée de la rétention. La mention à l'article L.551-1 du CESEDA est suffisante. Cependant l'administration doit prendre toutes mesures visant à réduire la période de rétention au temps « *strictement nécessaire* » au départ de l'étranger et si elle peut, ainsi mettre fin à la rétention de ce dernier avant l'écoulement du délai qui lui est imparti (voir CAA Paris, 7 mars 2013 n°12PA02609).

En ce sens, le juge judiciaire, rappelant que l'administration doit exercer toute diligence nécessaire à l'exécution de la mesure d'éloignement, estime « *qu'en se bornant à affirmer que ce texte n'imposait à l'administration qu'une finalité de principe sans poser concrètement d'exigence de temps dans l'accomplissement des diligences, l'ordonnance infirmative attaquée s'est déterminée*

par un motif général et n'a pas concrètement recherché, comme elle en était requise, si l'administration avait justifié de diligences suffisantes en attendant dix-sept jours pour réitérer sa demande de pièces auprès du consulat étranger, privant ainsi sa décision de base légale au regard du texte susvisé (C. Cass., 1er Civ., 18 novembre 2015, req. n°15-14.560).

La Cour de cassation a indiqué que les mesures provisoires prononcées par la Cour ne mettaient pas fin à la rétention lorsque les délais légaux n'ont pas expiré bien que l'exécution de la mesure d'éloignement soit suspendue (C. Cass., Civ., 19 décembre 2012, req. n°11-24750). La Haute juridiction explique les motifs de sa solution : « *ayant souverainement estimé qu'il n'est nullement établi, par la production essentiellement de statistiques, que la juridiction européenne, qui a indiqué qu'elle allait traiter la requête de M. X... en priorité, ne puisse pas statuer dans les délais de la rétention administrative, le premier président a pu, sans renverser la charge de la preuve, rejeter la demande de mise en liberté de M. X...* ».

Q12. How do national courts control the '**due diligence**' of the competent authorities when carrying out the removal process? Do they perform a full or a limited control to manifest error of assessment?

L'absence de diligences enlève toute perspective raisonnable d'éloignement. Un étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que « *le temps strictement nécessaire à son départ et l'administration doit exercer toute diligence à cet effet* » (art.L.554-1 CESEDA).

La jurisprudence de la Cour de Cassation est claire sur ce point : « *les démarches nécessaires à la mise en oeuvre de l'éloignement doivent être entreprises dès le placement en rétention* » (C. Cass., Civ. 1^{ère}, 23 juin 2010, req. n° 09-14958). Cependant le juge judiciaire ne statue pas de manière générale et il apprécie selon les cas qui lui sont soumis si les autorités administratives exercent toutes les diligences requises.

Ainsi la Cour de Cassation a pu considérer que la saisine du consulat suivant le premier jour ouvrable du placement en rétention ainsi que l'absence de relance de la part des autorités administratives ne démontraient pas l'inaction de ces dernières, étant entendu que le préfet n'a aucun pouvoir de contrainte sur les autorités consulaires (C. Cass, Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, req. n° 09-12165). De même la Cour a refusé de conclure à une absence de diligence de la part de l'administration lorsque l'étranger placé en rétention a déclaré deux identités contraires et imposé de la sorte à l'administration des investigations supplémentaires avant de pouvoir entrer en contact avec les autorités consulaires adéquates (Cass. Civ. 1^{ère} 23 juin 2010 09-14065). A l'inverse, la Cour estime que le fait que l'étranger ait saisi l'OFPPA d'une demande d'asile ne justifiait pas que l'administration suspende les diligences nécessaires à son départ pendant le cours de la procédure devant l'OFPPA (Cass, Civ. 1^{ère} 16 juin 2011, req. n° 10-18226).

Lors de l'examen de la seconde demande de prolongation de la rétention, la « *diligence de l'administration* » pèse d'autant plus qu'elle constitue l'un des quatre motifs d'acceptation de cette demande de prolongation. En effet selon les dispositions de l'article L.552-7 du CESEDA, il est notamment possible de faire droit à la demande de l'administration lorsque le retard ne lui est pas imputable et relève d'un défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat, de l'absence de moyens de transport susceptibles d'être surmontés « *à bref délai* », ou de la délivrance des documents de voyage trop tardive. Il appartient alors aux autorités administratives d'apporter dans tous les cas la preuve des diligences effectuées. Ainsi l'administration ne peut se contenter de faire état de ce que les rendez vous consulaires aux fins de laissez-passer auraient été reportés par l'autorité étrangère, sans fournir les pièces l'établissant (CA Paris, 24 sept. 2011, req. n° B 11/03870). En revanche, si l'administration justifie du report des rendez-vous consulaires en raison de circonstances extérieures insurmontables, elle est fondée à obtenir la prolongation de la mesure (C. Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 2013, req. n° 12-16.070).

En outre, si le juge administratif reconnaît que la procédure de réservation des modes de transport pour procéder à l'éloignement du territoire mis en œuvre par le Ministère de l'intérieur ne permet

pas de procéder sans délai à l'exécution de la mesure (CAA Lyon, 30 juin 2015, req. n°13LY03047), le juge judiciaire refuse de considérer comme effective une réservation effectuée sur un vol, sans aucun document attestant de la réalité de celle-ci (C. Cass., 1^{er} Civ., 23 septembre 2015, req. n°14-14.685). Le Préfet doit en effet mentionner les diligences effectuées pour mettre à exécution la mesure d'éloignement et les accompagner des documents justificatifs, telles que des démarches auprès d'un transporteur, et ce même s'il s'agit d'une première prolongation de rétention (C. Cass., 1^{er} Civ., 4 novembre 2015, req. n°14-20.757).

Q13. Does the period when asylum proceedings are pending have any impact on calculating the length of detention? (See *Kadzoev* or *Arslan*)

Le dépôt d'une demande d'asile par une personne maintenue en rétention n'empêche pas la poursuite de la mesure de rétention si l'autorité administrative estime « *sur le fondement de critères objectifs, que cette demande est présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement* ». La décision de maintien doit être écrite et motivée, et peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif dans un délai de 48h. Sauf exception, il ne peut être procédé à l'éloignement de la personne concernée avant que l'OFPRA, ou le cas échéant, le juge administratif, n'ait statué. L'OFPRA examine la demande de manière accélérée (art. L.556-1 CESEDA). Voir Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile et son décret d'application n° 2015-1166 du 21 septembre 2015.

Le juge indique que le fait que l'étranger « ait saisi l'OFPRA d'une demande d'asile ne justifiait pas que l'administration suspende les diligences nécessaires à son départ pendant le cours de la procédure devant l'Office, l'article L. 554-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, auquel ne déroge pas l'article L. 742-6 du même code, lui imposant d'exercer toute diligence à cet effet » (C. Cass, Civ. 16 juin 2011, req. n° 10-18226).

Q14. In which circumstances may competent authorities decide to extend the initial period of detention (i.e. beyond 6 months according to RD)? Do they proceed with a new assessment of the grounds justifying detention (e.g. a continuing risk of absconding of the detainee)

Q15. In your Member State, when Judges declare the detention unlawful, does it lead to immediate release of the applicant? Is release from detention the only remedy provided by the law for unlawful detention?

YES

L'article L-554-2 du CESEDA dispose que « *si la mesure d'éloignement est annulée par le juge administratif, il est immédiatement mis fin au maintien de l'étranger en rétention et celui-ci est muni d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce que l'autorité administrative ait à nouveau statué sur son cas* ».

Si c'est pour une autre raison, l'article L-554-3 précise que « *s'il est mis fin au maintien de l'étranger en rétention pour une raison autre que l'annulation par le juge administratif de la mesure d'éloignement, le juge des libertés et de la détention rappelle à l'étranger son obligation de quitter le territoire. Si l'étranger est libéré à l'échéance de la période de rétention, faute pour la mesure d'éloignement d'avoir pu être exécutée, le chef du centre de rétention fait de même. La méconnaissance des dispositions du présent article est sans conséquence sur la régularité et le bien-fondé de procédures ultérieures d'éloignement et de rétention* ».

L'impact des moyens de procédure sur la rétention administrative est jugé comme étant considérable puisque, lors de l'étude d'impact préalable à la loi de transposition de 2011, les moyens relatifs à la procédure pénale aboutissaient à un refus sur deux de prolongation, tandis que les moyens tirés de la procédure administrative étaient invoqués une fois sur 5 et ceux relatifs à la

procédure civile un peu moins.

Au plan du contentieux administratif, on notera la décision de la Cour administrative d'appel de Nancy, le 9 décembre 2013 (req. n°12 NC 01705), faisant valoir que l'article 41 §2 de la Charte des droits fondamentaux tel qu'interprété par la CJUE a vocation à s'appliquer en matière de rétention administrative. Le droit de toute personne à être entendue se « *définit* » comme le droit « *à faire connaître, de manière utile et effective, ses observations écrites ou orales au cours d'une procédure administrative, avant l'adoption de toute décision susceptible de lui faire grief* ». La Cour d'appel en précise les conséquences : il « *n'implique toutefois pas, pour l'administration, d'organiser systématiquement, de sa propre initiative, un entretien avec l'intéressé, ni même d'inviter ce dernier à produire ses observations, mais suppose seulement que, informé de ce qu'une décision lui 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* ».

Cette position est partagée également par un arrêt du 30 janvier 2014 de la CAA de Douai qui encadre plus strictement le droit d'être entendu en considérant que « *le juge doit apprécier si la violation a effectivement privé l'intéressé de la possibilité de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent* » (req. n°12DA01959). On est ici clairement dans une logique de proportionnalité.

Du point de vue de l'intervention du JLD, les étrangers fondent leur requête contre la demande préfectorale de prolongation en étant limités de facto à quelques moyens de fond, puisque le juge judiciaire a interdiction de connaître de la légalité de l'acte administratif. Les moyens de procédure jouent donc ici un rôle important et ils visent les conditions de saisine du JLD par le préfet, les conditions de la rétention administrative et le respect des droits de l'étranger.

En vertu d'un principe général de la procédure civile applicable en l'espèce (art. 74, al.1 du Code de procédure civile), les exceptions de procédure doivent être soulevées avant toute défense au fond. En matière de rétention, le fond se rapporte à l'objet de la demande tendant à la prolongation de la rétention. Aussi, pour la Cour de cassation, les nullités de procédures se rapportant aux actes antérieurs à la rétention, tel que l'irrégularité d'un contrôle d'identité, sont considérées comme étant des exceptions de procédures au sens de l'article 74 al.1 précité (C. Cass. Civ.1ère, 25 sept. 2013, req. n° 12-23.065). Il appartient à l'étranger de les soulever in limine.

Q16. After being released, can the detainee be re-detained and under which circumstances?

YES

Le cadre juridique de la rétention administrative envisage expressément le cas de figure d'un nouveau placement en rétention sur la base de la même décision initiale d'éloignement.

Selon l'article L.551-1 8°, il est possible de placer à nouveau en rétention un étranger qui, ayant déjà fait l'objet d'une précédente décision, « *n'a pas déféré à la mesure dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme du précédent maintien, ou, y ayant déféré, est revenu en France alors que cette mesure est toujours exécutoire* ».

En ce sens, la CAA Douai a jugé qu'un arrêté de placement en rétention fondé sur une OQTF ordonnée depuis plus d'un an n'était pas entaché d'illégalité si cette OQTF était assortie d'une interdiction de retour prise pour une durée de deux ans et qui serait toujours exécutoire (CAA Douai, 20 février 2014, req. n° 13DA01703).

Q17. Please provide a short description of the system of legal aid for pre-removal detainees in your Member State.

Un interprète est mis à la disposition des étrangers maintenus en rétention aux fins d'éloignement (art. R.553-11 CESEDA). Ils bénéficient également « *d'actions d'accueil, d'information, de soutien*

moral et psychologique et d'aide pour préparer les conditions matérielles de leur départ », ces missions étant assurées par des agents de l'Office Français de l'Immigration et de l'Intégration (art. R.553-13 CESEDA).

Afin de garantir aux personnes retenues l'exercice effectif de leurs droits, le ministère de l'intérieur conclut avec une ou plusieurs personnes morales une convention, par laquelle sont assurées des missions d'informations, des permanences et la mise à disposition de documentations pertinentes pour l'exercice des droits des personnes retenues. Une seule personne morale par centre de rétention assure ces missions (art. R.553-14 CESEDA et R.553-14-1).

Les associations humanitaires, habilitées par le Ministère, ont également accès aux lieux de rétention, dans la mesure où cet accès n'entrave pas leur bon fonctionnement (art. R.553-14-4 et suivants CESEDA).

Voir les textes applicables :

Décret n° 2008-817 du 22 août 2008 portant modification du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en matière de rétention administrative. Le CE avait rejeté un recours en annulation intenté contre ce décret et précisé dans sa décision que la mission confiée à la personne morale chargée de l'assistance aux personnes en rétention ne limite pas à l'information de ces derniers mais comprend aussi l'aide à l'exercice de leurs droits (CE, 3 juin 2009, Cimade et autres, req. n°321841).

Décret n°2011-820 du 8 juillet 2011 pris pour l'application de la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et portant sur les procédures d'éloignement des étrangers ; Décret n°2014-676 du 24 juin 2014 relatif à l'accès à des associations humanitaires aux lieux de rétention

Le juge administratif a affirmé récemment qu'une demande d'aide juridictionnelle ne fait pas obstacle au placement en rétention et ne suspend pas l'OQTF (CE, 7 mars 2016, req. n° 379971).

Le ressortissant de pays tiers, dont la mesure d'éloignement, qui fondait sa mesure de rétention administrative, a été annulée peut intenter une action en responsabilité. Sous réserve de fautes commises par ce ressortissant, la responsabilité de l'État peut en effet être mises en cause (TA Paris, 27 novembre 2002, req. N°9825488). Mais en pratique, en raison de la brièveté de la durée de rétention, il est difficile de caractériser et d'évaluer le préjudice (voir notamment CAA Bordeaux, 1^e mars 2012, req. n°10BX01273).

2. Article 16 RD: conditions of detention

a. National jurisprudence: major trends

Q1. Does your national legislation provide for the use of specific detention facilities? (as foreseen as a general rule by the Return Directive – ECJ, *Bero*, *Bouzalmate*) Who are the persons detained in such facilities?

YES

Le titre V de la partie législative du CESEDA prévoit que la rétention administrative s'effectue dans des lieux spécialisés, les Centres de rétention administrative (CRA). Les centres de rétention administrative sont créés, sur proposition du ministre chargé de l'immigration, par arrêté conjoint du ministre chargé des affaires sociales, du ministre chargé de l'immigration, du ministre de l'intérieur et du ministre de la justice. Cet arrêté mentionne l'adresse du centre et précise, d'une part, si sa surveillance en est confiée à la police nationale ou à la gendarmerie nationale et, d'autre part, si ce centre est susceptible d'accueillir des familles. Ils sont placés sous la responsabilité du préfet. Les « *étrangers qui ne peuvent pas quitter immédiatement le territoire français* » y sont retenus.

Q2. In case irregular third-country nationals are detained in prisons, are they separated from ordinary prisoners as required by the RD? In all circumstances? (ECJ, *Pham*)

En droit français, la rétention administrative ne peut être mise en oeuvre que « *dans des locaux qui ne relèvent pas de l'administration pénitentiaire* » (CESEDA, art. L. 553-1, al. 1er) et la question ne se pose donc pas.

Q3. Which material conditions and particular safeguards are ensured during the detention period? (e.g. vulnerable people, hygiene and health care, clothing, external contacts with family members, visits from legal representatives, access to information, education, activities etc. – *Suso Musa v. Malta*, Appl. 42337/12, 23 July 2013; *Ahmed v. Malta*, Appl. 55352/12, 23 July 2013; *Popov v. France*, Appl. 39472/07 39474/07, 19 January 2012)

How is it applied in practice? Do issues concerning the correct implementation of Article 16 RD and respect of human rights have arisen in practice?

L'article R-553-3 du CESEDA dispose que « *les centres de rétention administrative, dont la capacité d'accueil ne pourra pas dépasser cent quarante places, offrent aux étrangers retenus des équipements de type hôtelier et des prestations de restauration collective. Ils répondent aux normes suivantes : 1° Une surface utile minimum de dix mètres carrés par retenu comprenant les chambres et les espaces librement accessibles aux heures ouvrables ; 2° Des chambres collectives non mixtes, contenant au maximum six personnes ; 3° Des équipements sanitaires, comprenant des lavabos, douches et w.-c., en libre accès et en nombre suffisant, soit un bloc sanitaire pour dix retenus ; 4° Un téléphone en libre accès pour cinquante retenus ; 5° Des locaux et matériels nécessaires à la restauration conformes aux normes prévues par un arrêté conjoint du ministre de l'agriculture, du ministre de la défense, du ministre chargé de la santé et du ministre chargé des petites et moyennes entreprises, du commerce et de l'artisanat ; 6° Au-delà de quarante personnes retenues, une salle de loisirs et de détente distincte du réfectoire, dont la superficie est d'au moins cinquante mètres carrés, majorée de dix mètres carrés pour quinze retenus supplémentaires ; 7° Une ou plusieurs salles dotées d'équipement médical, réservées au service médical ; 8° Un local permettant de recevoir les visites des familles et des autorités consulaires ; 9° Le local mentionné à l'article R. 553-7, réservé aux avocats ; 10° Un local affecté à l'organisme mentionné à l'article R. 553-13 ; 11° Un local, meublé et équipé d'un téléphone, affecté à l'association mentionnée au premier alinéa de l'article R. 553-14 ; 12° Un espace de promenade à l'air libre ; 13° Un local à bagages* ».

Les centres de rétention administrative susceptibles d'accueillir des familles disposent en outre de chambres spécialement équipées, et notamment de matériels de puériculture adaptés.

Sur la base de l'article 16 de la directive 2008/115, le juge administratif a ainsi annulé l'ancien article R. 553-14-5 du CESEDA en des termes sévères : « *en interdisant toutefois à une association disposant de telles compétences dans le domaine humanitaire ou de la défense des droits des étrangers d'exercer cette mission d'observation dans tous les centres de rétention dès lors qu'elle a conclu une convention en application de l'article R. 553-14 de ce code, lui conférant localement, pour un centre de rétention, la mission distincte d'accueil, d'information et de soutien des étrangers placés en rétention, le pouvoir réglementaire, par la généralité de cette interdiction et alors qu'une association exerçant une mission de soutien aux étrangers dans un centre peut exercer la mission distincte d'observation dans tous les autres centres, sans être placée, comme le soutien en défense le ministre, en situation de contrôler sa propre intervention, a entaché la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article R. 553-14-5 d'une erreur manifeste d'appréciation* » (CE, 23 mai 2012, req. n° 352534).

Au plan matériel, l'article L. 551-2, alinéa 2 du CESEDA prévoit que « *l'étranger est informé, dans une langue qu'il comprend et dans les meilleurs délais que, pendant toute la période de la rétention, il peut demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil ainsi que d'un médecin, et communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix* ».

La Cour de cassation s'est appuyée sur la directive 2008/115 et son article 16 pour le faire valoir. D'abord en confirmant l'applicabilité directe de l'article 16 de la directive, et donc l'irrégularité de la procédure en l'absence de communication des informations expliquant le règlement des lieux, le droit de contacter différentes organisations et instances et d'être mise en mesure de l'exercer (C. Cass., 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2012, req. n° 11-30.086, n° 171 ; 23 mai 2012, req. n° 11-30.091).

Ne satisfait donc pas aux exigences de la directive une information qui se réduit aux coordonnées de l'association conventionnée ou celle se limitant aux coordonnées de deux associations, dont l'une était présente dans le centre, du défenseur des droits et du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, sans que celles d'autres associations habilitées à pénétrer dans les centres ne lui soient communiquées (C. Cass., 1^{re} civ., 13 févr. 2013, req. n° 11-27.271 ; C. Cass., 1^{re} civ., 12 févr. 2014, req. n° 13-50.016 ; C. Cass., 1^{re} civ., 12 févr. 2014, req. n° 13-50.014 ; C. Cass., 1^{re} civ., 12 févr. 2014, req. n° 13-50.015).

L'assistance d'un interprète et d'un avocat sont des garanties substantielles, posées par l'article L-551-2 du CESEDA et placées sous le contrôle du juge (CE, 12 juin 2006, n° 282275). Il en va de même de l'assistance médicale (C. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010, req. n° 09-12.877), La procédure est jugée irrégulière lorsque ni les pièces du dossier ni le registre de rétention ne permettent de s'assurer que l'intéressé a été mis en mesure de faire valoir son droit à un médecin, ni même qu'il en a eu pleine connaissance (CA Nancy, ord. JLD, 13 mai 2006).

Le juge administratif considère néanmoins que si l'administration doit mettre un interprète à disposition des étrangers maintenus en zone d'attente ou en local de rétention administrative qui ne comprennent pas le français, c'est « *dans le seul cas des procédures de non-admission ou d'éloignement dont ils font l'objet. Dans les autres cas, la rétribution du prestataire est à la charge de l'étranger* ». Aucune disposition législative, ni aucun principe s'imposant au pouvoir réglementaire « *ne font obligation à l'État d'assumer les frais résultant de l'assistance des interprètes mis à la disposition des demandeurs d'asile dans le cadre de la présentation des demandes d'asile* » (CE, 12 juin 2006, req. n°282275).

Q4. Can exceptional circumstances justify the use of extraordinary places and conditions of detention for irregular migrants? (See e.g. a refugee crisis, state of emergency etc. ECtHR, *Khlaifia v. Italy*, 16483/12)

Sans objet

Q5. Do national courts assess of their own motion the lawfulness of the detention conditions or only following an individual application?

Les tribunaux nationaux agissent sur la base d'un recours individuel. Les conditions matérielles de la rétention administrative sont placées sous le contrôle d'organes juridictionnels (parquet, juge judiciaire) et non juridictionnels (parlementaires, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, défenseur des droits, associations humanitaires habilitées).

L'article L-553-1 du CESEDA prévoit que, pendant toute la durée de la rétention, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention peut se transporter sur les lieux, vérifier les conditions du maintien et se faire communiquer le registre prévu à l'article L. 553-1. Le procureur de la République visite les lieux de rétention « *chaque fois qu'il l'estime nécessaire* » et au moins une fois par an.

Q6. In your Member State, have there been judgments striking down detention measures based on conditions of detention?

Oui

Le juge administratif a eu l'occasion de se pencher en des termes de principe à plusieurs reprises sur les modalités matérielles concernant la construction de tels centres de rétention.

Saisi de recours en annulation à l'encontre d'arrêtés ministériels autorisant la création et l'aménagement de tels centres il a ainsi pris des positions de principes significatives, faisant notamment mention de la « *dignité des personnes retenues* » : « *la fixation d'une capacité maximale d'accueil des centres de rétention administrative vise, en particulier, à garantir la dignité des personnes retenues ainsi que la sécurité publique à l'intérieur des centres* ». Il va, à cette occasion, jusqu'à se pencher sur l'exposition au bruit des locaux (voir les affaires jugées par la CEDH le 12 juillet 2016 dans lesquelles les juges concluent à une violation de l'article 3 de la convention en raison des nuisances sonores anxiogènes pour des mineurs retenus. Q.4. ci-dessous) et sur la protection de la vie privée garantie par les aménagements (CE, 18 novembre 2011, req. n° 335532). Il déclare également en l'espèce que « *la tenue d'une audience dans une salle à proximité immédiate d'un lieu de rétention n'est, dès lors qu'elle n'est pas située dans le centre lui-même, pas contraire à l'article 6 §1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

b. Judicial Interactions with European and national Courts

Q1. Did national courts in your country request for (a) preliminary reference(s) from the CJEU in relation to the place and conditions of detention in the context of return?

NO

If yes:

- Please elaborate further on the factual/legal context leading to this decision and indicate whether it was preceded by internal jurisprudential debates;
- Please elaborate further on the **follow-up** of the CJEU preliminary ruling at national level (interpretation by the requesting national court, impact on the constant jurisprudence developed in your country etc.)

Q2. Did national courts specifically refer to CJEU rulings (or to the provisions of the Return Directive as interpreted by the Court) in their judgments on Article 16 RD?

YES

Les juridictions nationales font fréquemment référence à la législation de l'Union, y compris la directive 2008/115 et à la nécessité d'en respecter les obligations.

Ainsi, à titre de considérant de principe et avant de citer l'arrêt C-534/11 de la CJUE, le Conseil d'État affirme en examinant la situation du maintien en rétention d'un demandeur d'asile que *« lorsqu'il est clair que les dispositions nationales existantes n'assurent pas pleinement la mise en oeuvre des dispositions du droit de l'Union européenne, et dans l'attente de l'édiction des dispositions législatives ou réglementaires qu'appelle, selon les cas ; le plein respect des exigences qui en découlent, il appartient aux ministres, d'une part, de prescrire aux services placés sous leur autorité de ne pas appliquer ces dispositions et, d'autre part, le cas échéant, de prendre, sous le contrôle du juge, les mesures qui sont strictement nécessaires au bon fonctionnement de ces services dans des conditions conformes avec les exigences découlant du respect du droit de l'Union européenne et dans le respect des règles de compétence de droit national »* (CE, 30 juillet 2014, req. n°375430).

Ainsi, dans son examen précité de la construction d'un centre de rétention et d'un bâtiment destiné à accueillir des familles (CE, 18 novembre 2011, req. n° 335532), il déclare que *« ces dispositions ... visent seulement à organiser l'accueil des familles, et notamment des enfants mineurs, des étrangers placés en rétention ; qu'il s'ensuit qu'en prévoyant l'accueil des familles dans ce centre le pouvoir réglementaire n'a, en tout état de cause, méconnu ni les articles L. 511-4 et L. 521-4, ni aucune autre disposition du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ni les articles 3-1 et 3-7 de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990, ni les articles 1^{er} et 5 de la charte de l'environnement »* ceci pour en conclure que *« ces dispositions ne sont pas non plus, en elles-mêmes, de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par les dispositions de la directive du 16 décembre 2008 précitée dont le délai de transposition a expiré le 24 décembre 2010 »*.

De même, saisi d'un recours en annulation à l'encontre d'un décret dérogeant au droit commun à Mayotte, en vertu de l'article 73 de la Constitution, le juge écarte-t-il une demande de question préjudicielle après s'être assuré de l'inapplicabilité de la réglementation communautaire à l'espèce : *« en prévoyant, sous les réserves énoncées ci-dessus, des dérogations, mineures et limitées dans le temps, aux règles de droit commun, les dispositions attaquées n'ont ni excédé les limites des adaptations tenant aux caractéristiques et aux contraintes particulières de Mayotte qu'autorise l'article 73 de la Constitution, ni méconnu les dispositions de l'article 16 § 2 de la directive 'retour' du 16 décembre 2008 selon lesquelles les États membres doivent autoriser, à leur demande, les personnes retenues à contacter les membres de leurs familles et les autorités consulaires compétentes, celles de l'article 17 de la même directive relatives aux garanties d'intimité familiale et à l'accès des mineurs à des activités et loisirs de leur âge, non plus que celles de l'article 10 § 4 de la directive 'asile' du 26 juin 2013 relatives à l'accès aux centres de rétention des membres des familles et des conseillers juridiques »* (CE, 22 juillet 2015, req. n° 383034).

À propos du rôle des associations au sein des centres de rétention administrative, le Conseil d'État se livre à un long commentaire du droit positif témoignant de sa prise en compte de la législation de l'Union, avant de procéder à une annulation : *« la directive précitée et la loi ont entendu confier à des associations ayant des compétences dans le domaine humanitaire ou de la défense des droits des étrangers une mission d'observation extérieure et indépendante portant sur les conditions de vie des étrangers placés dans les lieux de rétention et sur les conditions d'exercice de leurs droits, en leur donnant un droit d'accès à ces lieux ; que l'habilitation donnée à cette fin sur le fondement de l'article R. 553-14-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile permet à une association d'exercer sa mission sur tout le territoire national ; qu'en interdisant toutefois à une association disposant de telles compétences dans le domaine humanitaire ou de la défense des droits des étrangers d'exercer cette mission d'observation dans tous les centres de rétention dès lors qu'elle a conclu une convention en application de l'article R. 553-14 de ce code, lui conférant localement, pour un centre de rétention, la mission distincte d'accueil, d'information et de soutien*

des étrangers placés en rétention, le pouvoir réglementaire, par la généralité de cette interdiction et alors qu'une association exerçant une mission de soutien aux étrangers dans un centre peut exercer la mission distincte d'observation dans tous les autres centres, sans être placée, comme le soutien en défense le ministre, en situation de contrôler sa propre intervention, a entaché la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article R. 553-14-5 d'une erreur manifeste d'appréciation ; que ces dispositions doivent en conséquence être annulées » (CE, 23 mai 2012, n° 352534).

Q3. Did national courts refer to the ECHR or the EU Charter in relation to the conditions of detention?

NO

If yes: in which cases and for what purpose? (E.g. the right to liberty and security, the right of the child, right to family life etc.)

Q4. Have national courts ever disregarded/departed from national legislation and or administrative practice on the basis the Return directive or/and the CJEU jurisprudence in order to ensure compliance with Article 16 RD?

YES

If yes: cf. *supra*

Q5. Did national courts refer to foreign domestic judgments (European or not) that have dealt with similar issues?

NO

3. Article 17: detention of (unaccompanied) minors and families

La loi du 7 mars 2016 pose le principe qu'un étranger accompagné d'un mineur ne peut plus être placé en rétention administrative. Son effet est très relatif car le nouvel article L. 551-1 du CESEDA autorise le placement en rétention d'un étranger accompagné d'un mineur sous certaines conditions, et dans des lieux de rétention bénéficiant de chambres isolées et adaptées, spécifiquement destinés à l'accueil des familles : lorsque l'intéressé n'a pas respecté les prescriptions d'une précédente assignation à résidence ; s'il a pris la fuite ou a opposé un refus à l'occasion de l'exécution de la mesure d'éloignement ; si l'intérêt supérieur de l'enfant le commande, pour limiter les transferts dans les heures qui précèdent le départ. La rétention doit alors être la plus brève possible eu égard au temps strictement nécessaire à l'organisation du départ (C. étrangers, art. L. 551-1, mod. par L. art. 35).

Q1. Is there national jurisprudence on the implementation of Article 17 of the Return Directive?

YES

À l'occasion d'un recours en annulation exercé à l'encontre d'actes administratifs autorisant la création de centres de rétention, le Conseil d'État a eu l'occasion de directement confronter les moyens employés par l'administration française pour accueillir des familles dans ces centres de rétention à l'article 17 de la directive 2008/115 : « *il ressort des pièces du dossier qu'en conséquence un bâtiment spécial a été aménagé à cet effet ; que ces dispositions n'ont pas pour objet de permettre aux autorités préfectorales de prendre des mesures privatives de liberté à l'encontre des enfants mineurs des personnes placées en rétention ; qu'elles visent seulement à organiser l'accueil des familles, et notamment des enfants mineurs, des étrangers placés en*

réétention ; qu'il s'ensuit qu'en prévoyant l'accueil des familles dans ce centre le pouvoir réglementaire n'a, en tout état de cause, méconnu ni les articles L. 511-4 et L. 521-4, ni aucune autre disposition du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ni les articles 3-1 et 3-7 de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990, ni les articles 1^{er} et 5 de la charte de l'environnement ; que ces dispositions ne sont pas non plus, en elles-mêmes, de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par les dispositions de la directive du 16 décembre 2008 précitée dont le délai de transposition a expiré le 24 décembre 2010 » ; (CE, 18 novembre 2011, req. n° 352232).

De même et de façon très pédagogique, la Cour administrative d'appel de Nancy vise-t-elle à la fois l'article 17 de la directive et l'article L-551-1 du CESEDA pour en conclure « *qu'il résulte de la combinaison des dispositions précitées que, même lorsque le risque que l'étranger se soustraie à la mesure d'éloignement peut être présumé en application du II de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'autorité administrative qui envisage de placer en rétention un étranger pour exécuter une mesure d'éloignement est tenue d'examiner les circonstances propres à l'intéressé et, lorsqu'il s'agit d'un parent d'enfant mineur, de prendre en considération notamment sa situation familiale en accordant une attention primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant et en ne recourant à cette mesure coercitive que lorsqu'aucune alternative n'est envisageable et pour la durée la plus brève possible ;* ». D'où l'annulation prononcée dans la mesure où « *il ne ressort pas des pièces du dossier, et notamment des termes de la décision attaquée, que le préfet aurait tenu compte de la situation familiale des intéressés pour exclure une mesure moins coercitive eu égard, notamment, au temps relativement bref nécessaire à l'exécution de la mesure d'éloignement* » ; (CAA Nancy, 1 octobre 2015, req. n° 14NC01763).

On notera également que la Cour administrative d'appel de Bordeaux a censuré, en s'appuyant sur l'article 17 de la directive « retour », le placement en rétention de parents avec un enfant qui, selon la Cour, doit rester une mesure d'exception, et qui ne peut être seulement justifiée par la soustraction à une précédente mesure d'éloignement (CAA Bordeaux, 1^{re} ch., 15 nov. 2012, req. n° 12BX01147) (voir infra).

Q2. Do national courts refer to the ECHR (Article 8); the EU Charter (Articles 7 and 24); Article 3 of the UN Convention on the Rights of Children in relation to the conditions of detention for families and minors?

YES

La référence aux textes européens n'est pas spécifique (cf supra CE, 18 novembre 2011 précité). La condamnation de la France dans l'affaire Popov (CEDH, 19 janvier 2012, aff. 39472/07) a simplement conduit à voir l'affaire citée dans un considérant à l'appui du raisonnement du juge.

Ainsi, le Conseil d'État indique-t-il dans son examen de la légalité d'une circulaire que celle-ci « *prévoit expressément, à son troisième alinéa, que le placement des étrangers en rétention administrative n'est possible que dans la mesure où il est conforme aux conditions posées par l'article 5, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'il a été interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier dans son arrêt du 19 janvier 2012, Popov c/ France* » ; (CE, 13 février 2013, req. n° 361401).

If yes: in which cases and for what purpose? (E.g. the right to liberty and security, the right of the child, right to family life etc.)

Q3. How is 'the best interest of the child' interpreted by national courts in the context of detention of minors and families? Is it considered by the courts as a primary consideration?

L'intérêt de l'enfant est manifestement pris en considération par le juge national comme en

témoignent un certain nombre de décisions. Il en va ainsi de la censure par le juge liée au fait qu'en « *mettant en oeuvre l'éloignement forcé de la jeune J...A...E..., au vu des seules allégations de Mme B..., sans s'être attachée à vérifier, dans toute la mesure du possible, l'identité de cette enfant mineure ainsi que la nature exacte des liens qu'elle entretenait avec la personne qu'elle accompagnait, l'administration n'a pas accompli les diligences nécessaires pour réunir les informations qu'elle devait, dans le cas d'un mineur, s'efforcer, dans la mesure du possible, de collecter ; qu'il suit de là que l'arrêté du 6 octobre 2014, qui ordonne l'éloignement forcé d'un enfant mineur en se méprenant sur son identité, est entaché d'une illégalité manifeste qui a porté et continue de porter atteinte, dans les circonstances particulières de l'espèce, au droit au respect de la vie privée et familiale de la jeune J...A...E... ;* » (CE, 25 octobre 2014, req. n° 385173).

Les modalités de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant ne sont cependant pas déterminées de manière très précises, d'une part en raison de l'interdiction de placement en rétention d'un mineur non accompagné, et d'autre part au vu de la mauvaise appréhension de la situation dans laquelle se trouvent les mineurs accompagnants leurs parents placés en rétention.

A cet égard, les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme le 12 juillet 2016 sont exemplaires de la complexité excessive du droit interne français et de sa censure européenne. En l'espèce, le juge de premier ressort (TA Toulouse, 21 février 2012) s'était déclaré incompétent pour statuer sur la légalité de la rétention des mineurs en cause au prétexte que l'intérêt supérieur de l'enfant était inopérant en l'espèce, les décisions attaquées ne se rapportant qu'à la situation personnelle des parents (voir *infra*).

In this regard, please mention whether Article 24 of the EU Charter is cited by national courts and if a direct legal effect is recognised to this Article?

Sans objet

Q4. Have national courts ever disregarded/departed from national legislation and or administrative practice on the basis the Return directive or/and the CJEU jurisprudence in order to ensure compliance with Article 17 RD?

YES

If yes: please elaborate further on this issue

Malgré l'arrêt Popov précité, les juridictions internes varient de manière excessive dans leur appréciation des conséquences à attacher à l'encadrement de la rétention des mineurs malgré des censures en appel dont il faut remarquer l'existence (par exemple CAA Bordeaux, 15 novembre 2012 citée *supra*).

Ainsi, la Cour administrative d'appel de Douai annule-t-elle des jugements du tribunal administratif de Rouen en retenant que rien ne s'opposerait au placement en rétention d'enfants, sans préjudice du fond et de la question de la violation, le cas échéant, de l'article 3 de la Convention (CAA Douai, 31 décembre. 2012, n° 12DA00734 ; CAA Douai, 16 novembre 2012, 12DA00668) La Cour administrative d'appel de Paris ne tient pas non plus compte de de l'arrêt « Popov » et des exigences du droit européen en annulant un jugement qui censurait le placement d'enfants en centre de rétention, pourtant dépourvu de base légale en l'état du droit interne (CAA Paris, 31 décembre 2012, n° 11PA04917).

La série des cinq arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme rendus le 12 juillet 2016 (A.B. et autres c. France (n°11593/12), R.M. et M.M. c. France (n° 33201/11), A.M. et autres c. France (n° 24587/12), R.K. c. France (n° 68264/14) et R.C. c. France (n° 76491/14) clarifiera les choses car ils concernent des griefs similaires à ceux qui ont été soulevés dans l'affaire Popov c. France.

Ces affaires soulèvent le problème de la rétention administrative des enfants mineurs qui accompagnent leurs parents, dans le cadre de procédures d'éloignement. La Cour constate dans les

arrêts en question que si les conditions matérielles de certains centres sont correctes, les conditions inhérentes à ce type de structures ont un effet anxiogène sur les enfants en bas âge. Seul un placement de brève durée dans un centre de rétention adapté peut être compatible avec la Convention. D'autre part, la Cour insiste, en présence d'enfants mineurs, sur la nécessité pour les autorités internes de s'assurer que le placement en rétention est la mesure de dernier ressort et qu'il n'existe aucune autre mesure de substitution.

Plusieurs remarques méritent l'attention à cet égard :

- Dans l'arrêt A.B. et autres (req. n°11593/12), la Cour européenne déclare la requête recevable alors que l'ordre de placement en rétention, au titre duquel elle a été saisie, a été annulé par la CAA de Bordeaux le 15 novembre 2012. Elle observe que les juridictions internes ont annulé la mesure de placement en rétention litigieuse au motif que « le préfet [n'avait pas] recherché, au regard de la présence de l'enfant, si une mesure moins coercitive que la rétention était possible pour la durée nécessairement brève de la mesure d'éloignement » mais considère en revanche que ces juridictions internes n'ont ni reconnu, même en substance, une violation de l'article 3 de la Convention, ni réparé les différentes violations alléguées.

La solution de l'arrêt de la CAA de Bordeaux en question mérite d'ailleurs d'être soulignée puisque le juge administratif d'appel se réfère expressément à l'article 17 de la directive « retour » dans ses considérants. Il note que « *s'agissant des étrangers parents d'enfants mineur ne présentant pas de garanties suffisantes de représentations [...] et conformément aux objectifs de l'article 17 de la directive 2008/115/CE, le recours au placement en rétention ne doit constituer qu'une mesure d'exception réservée au cas où l'étranger ne disposerait pas, à la date à laquelle l'autorité préfectorale prend les mesures nécessaires à la préparation de l'éloignement, d'un lieu de résidence stable* ». Dans cette même affaire, la motivation de la Cour d'Appel de Toulouse dans sa décision du 24 février 2012, confirmant la prolongation de la mesure de rétention contestée, reflète toutefois la non prise en compte de la jurisprudence Popov, en l'espèce par le juge judiciaire. Alors qu'en 2012, les juges de Strasbourg avaient estimé que ce n'était pas parce que la famille n'avait pas été séparée que toute violation de l'article 8 de la CEDH était écartée, le premier président de la CA de Toulouse (quelques jours seulement après le rendu de l'arrêt Popov) affirme en effet pour motiver sa décision de prolonger la rétention que « *toute la famille est réunie* ». Cette même idée de préservation de l'unité familiale justifiant le maintien en rétention est reprise par le même juge dans l'affaire R.C. et V.C., puisqu'il y relève que l'enfant en l'espèce « *ne peut, eu égard à son âge [deux ans] qu'accompagner sa mère* ».

- Dans cette série d'affaires (A.B. et autres, req. n°11593/12 ; A.M. et autres, req. n°24587/12 ; R.C. et V.C., req. n°76491/14 ; R.K. et autres, req. n°68264/14 ; R.M. et autres, req. n°33201/11), la Cour européenne reconnaît à l'unanimité une violation de l'article 3 de la CEDH.

Tout en constatant que les centres de rétention concernés étaient adaptés pour l'accueil de familles avec enfants (ce qui n'était pas le cas dans l'affaire Popov), le juge européen considère les nuisances sonores inhérentes à un placement en rétention, dans un centre situé proche d'un aéroport notamment, à l'instar de celui de Toulouse concerné, comme créant un environnement anxiogène pour des enfants en bas âge. Elle précise néanmoins que « *de telles conditions, bien que nécessairement sources importantes de stress et d'angoisse pour un enfant en bas âge, ne sont pas suffisantes, dans le cas d'un enfermement de brève durée et dans les circonstances de l'espèce, pour atteindre le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3. Elle est convaincue, en revanche, qu'au-delà d'une brève période, la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité précité. Dès lors, l'écoulement du temps revêt à cet égard une importance primordiale au regard de l'application de ce texte. La Cour estime que cette brève période a été dépassée dans la présente espèce, s'agissant de la rétention d'un enfant de quatre ans*

qui s'est prolongée pendant dix-huit jours dans les conditions exposées ci-dessus » (§ 114).

- Dans deux des arrêts, A.M. et autres (req. n°24587/12) et R.C. et V.C. (req. n°76491/14), la Cour ne reconnaît qu'une violation de l'article 3 de la CEDH. Elle estime que, tant le Préfet qui a décidé du placement en rétention que les juridictions ayant examiné les requêtes contre cette décision, ont dûment justifié la nécessité de la privation de liberté du parent et de leurs enfants, en motivant explicitement l'impossibilité d'assignation à résidence. D'où son constat de non-violation des articles 5 §1 et §4 et 8.
- La situation des enfants mineurs doit donc être prise en considération pour éviter une condamnation. Le Tribunal administratif de Toulouse dans l'affaire A.B. et autres, comme le JLD de Toulouse, suivi par son juge d'appel, dans l'affaire R.K. et autres, s'étant déclarés incompétents pour connaître des décisions attaquées en ce qui concerne les enfants puisque celles-ci se rapportent à la situation personnelle des parents, ouvrent un « vide juridique » incompatible avec la CEDH. Les arrêts A.B. et autres, R.K. et autres, et R.M. et autres s'expliquent ainsi : « *la Cour juge que la présence en rétention d'un enfant accompagnant ses parents n'est conforme à l'article 5 § 1 f) qu'à la condition que les autorités internes établissent qu'elles ont recouru à cette mesure ultime seulement après avoir vérifié concrètement qu'aucune autre moins attentatoire à la liberté ne pouvait être mise en œuvre* » (§ 123).
- En revanche, dans les deux autres affaires, les juridictions internes ont dûment pris en considération la situation des enfants dans leurs décisions, leur garantissant en conséquence la protection offerte au titre de l'article 5 §4 CEDH. La Cour européenne le souligne clairement dans l'affaire A.M. et autres : « *le tribunal administratif et le premier président de la CA se sont ainsi assurés de l'impossibilité de recourir à l'assignation à résidence [...] En conséquence, la Cour est convaincue que les juridictions internes ont effectivement recherché si une mesure moins coercitive [...] aurait pu être prise et, partant, que les enfants de la requérante ont pu bénéficier d'un recours au sens de l'article 5§4* » (§77).
- Enfin, des violations de l'article 5 §1 de la CEDH ont été constatées dans 3 affaires. Dans A.B. et autres et R.M. et autres, cette constatation est due à l'absence de considération réelle des possibilités d'assignation à résidence dans chaque cas d'espèce. Dans l'affaire R.K. et autres, les requérants, assignés à résidence dans un premier temps, ont été placés en rétention suite à un refus d'embarquement. La Cour estime alors ne pas être convaincue que ce seul refus d'embarquer « *suffisait à caractériser un risque de fuite tel que le placement en rétention s'imposait. Elle ne comprend notamment pas pourquoi il n'était pas possible de maintenir la mesure d'assignation à résidence à laquelle les requérants étaient soumis avant leur refus d'embarquer et qu'ils avaient jusqu'alors scrupuleusement respectés* ».
- La prise en considération effective des possibilités d'assignation à résidence est donc impérative, d'autant plus lorsque des enfants sont concernés. L'examen de l'opportunité d'une assignation à résidence conditionne alors la légalité de la mesure de rétention, qui serait, le cas échéant, adoptée. La Cour de Strasbourg rappelle d'abord que « *pour qu'une détention se concilie avec l'article 5 § 1 f) de la Convention, il suffit qu'une procédure d'expulsion soit en cours et que celle-ci soit effectuée aux fins de son application. En principe, il n'y a donc pas lieu de rechercher si la décision initiale d'expulsion se justifiait ou non au regard de la législation interne ou de la Convention ou si la rétention pouvait être considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour empêcher un risque de fuite ou d'infraction* ». Elle affirme cependant avoir « *égard à la situation particulière des personnes privées de liberté* » et « *par exception, quand un enfant est présent, elle estime que la privation de liberté doit être nécessaire pour atteindre le but poursuivi, à savoir [en l'espèce] pour assurer l'expulsion de la famille* » (voir notamment R.M. et autres, §83).

Q5. Did national courts refer to foreign domestic judgments (European or not) that have dealt with similar issues?

NO

If yes: please elaborate further on this issue

Q6. Do the courts (or any other competent authority) supervise and control places and detention for family and children more specifically than for other TCNs detained for the same purpose?

YES

If so, please provide some concrete examples from the case law collected

4. Article 18: Emergency situations

Q1. Has the national legislation implementing Article 18 RD – or Article 18 as such – been activated in your Member State?

NO

If yes: what was the derogation from the requirement of speediness? How has ‘unforeseen heavy burden on Member States’ administrative or judicial staff’ been interpreted by the judiciary?

General remarks and transversal issues

Q1. Have national courts ever addressed/clarified the scope of application of pre-removal detention – in comparison with initial police custody, imprisonment under criminal law, detention in the context of asylum procedures etc.?

Q2. Had the implementation of the Return Directive brought any changes in adjudicating the issues relating to lawfulness of immigration detention, alternatives to detention, access to national courts, effective legal/judicial remedies and legal aid etc.?

Q3. Has the Return Directive and/or European jurisprudence impacted on the division of competences between the administration and national judiciaries? What about the relation between the different levels of the judiciaries ?

Voir les considérations relatives aux changements législatifs décrits plus haut et résultant de la loi du 7 mars 2016. Permettant un contrôle du JLD sur la mesure de placement en rétention dans un délai de 48 heures, ce changement est susceptible d’apporter une réponse à la censure opérée par la Cour européenne des droits de l’Homme dans son arrêt du 12 juillet 2016, A.M. c. France (req. n° 56324/13).

Tout en affirmant que l’article 5 § 4 CEDH « ne va pas jusqu’à exiger une forme particulière de recours et qu’il n’appartient donc pas à la Cour d’affirmer quelle voie de recours interne serait plus opportune qu’une autre, ni, a fortiori, de porter une appréciation sur la répartition des compétences opérée par les autorités internes entre les juges judiciaires et administratifs », la Cour européenne n’en censure pas moins l’actuel système de contrôle établi par le droit français. « Au regard de l’article 5 § 4, seule importe en effet l’ampleur du contrôle exercé. La Cour rappelle qu’en vertu de cette disposition, toute personne arrêtée ou détenue a le droit de faire examiner par le juge le respect des exigences de procédure et de fond nécessaires à la « régularité », au sens de l’article 5 § 1 de la Convention, de sa privation de liberté ».

This is a draft document.

Please do not reproduce any part of this document without the permission of the author

Elle constate que le juge administratif n'a « *pas compétence pour contrôler la régularité des actes accomplis avant la rétention et ayant mené à celle-ci. Notamment, il ne peut contrôler les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'interpellation de l'étranger. Ce faisant, il n'est pas en mesure de contrôler que les modalités de l'interpellation ayant conduit à la rétention sont conformes au droit interne ainsi qu'au but de l'article 5 qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire (voir Čonka, précité). La Cour estime en conséquence qu'un tel contrôle est trop limité au regard des exigences de l'article 5 § 4 dans le cadre d'une privation de liberté relevant de l'article 5 § 1 f)* ».

Q4. According to you, what are the remaining major issues in the judicial implementation of the Return Directive when it comes to detention? Consider, for instance, the effective return procedures; protection of human rights of TCNs subject to the Return Directive etc.