

ADDENDUM du 4 février 2022
à l'édition 2016 du cahier juridique
« La retenue pour vérification du droit au séjour »

La publication de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 « pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie » a profondément modifié le régime de la retenue aux fins de vérification du droit au séjour.

Cette note met à jour le cadre législatif relatif à cette mesure privative de liberté suite à la publication de la loi du 10 septembre 2018 précitée. Elle reprend les extraits pertinents du cahier juridique *Droit des étrangers en France : ce que change la loi du 10 septembre 2018* paru en décembre 2018 et co-édité par l'Acat, l'ADDE, l'Anafé, l'Ardhis, Elena, la Fasti, le Gisti, Mom, l'OSDE, le Saf et le SM.

L'aggravation du régime de la retenue pour vérification du droit au séjour

L'article 35 de la loi du 10 septembre 2018 modifie l'article L. 611-1-1 du Ceseda relatif au régime de la retenue aux fins de vérification du droit au séjour, qui permet aux forces de police ou de gendarmerie, sur simple information du procureur de la République, de maintenir une personne étrangère à leur disposition pendant le temps nécessaire au contrôle de son droit au séjour.

Rappel : c'est pour mettre la loi française en conformité avec la directive « Retour » (directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008) telle qu'interprétée par la CJUE, que la loi du 31 décembre 2012 a institué ce régime de la retenue administrative, destiné à se substituer à la garde à vue qui était utilisée jusqu'alors.

Selon la CJUE, en effet, (28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 et 6 décembre 2011, *Achughbabian*, aff. C-329/11), le séjour irrégulier ne peut être puni d'une peine d'emprisonnement car son exécution aurait pour effet de priver la directive de son effet utile en retardant la mise en œuvre de la mesure d'éloignement, laquelle doit être privilégiée chaque fois qu'une situation de séjour irrégulier est identifiée. La garde à vue ne pouvant être utilisée que pour retenir les personnes soupçonnées d'avoir commis un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle devenait ainsi inapplicable en cas de soupçon de séjour irrégulier (C. cass., civ. 1^{re}, 5 juillet 2012, n° 11-30.530).

Les dispositions commentées modifient en profondeur le régime de la retenue instituée en 2012, d'une part en augmentant sa durée, d'autre part en accroissant les pouvoirs

d'investigation et de contrôle dont disposent les services de police ou de gendarmerie au cours de la retenue.

Ceseda, art. L. 611-1-1, modifié par l'article 35 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 :

*1. – Si, à l'occasion d'un contrôle effectué en application de l'article L. 611-1 du présent code, des articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 du code de procédure pénale ou de l'article 67 quater du code des douanes, il apparaît qu'un étranger n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, il peut être conduit dans un local de police ou de gendarmerie et y être retenu par un officier de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour sur le territoire français. Dans ce cas, l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, un agent de police judiciaire ~~met l'étranger~~ **procède aux auditions de l'étranger. Sous le contrôle de l'officier de police judiciaire, l'étranger est mis** en mesure de fournir par tout moyen les pièces et documents requis ~~et procède~~. **Il est procédé**, s'il y a lieu, aux opérations de vérification nécessaires. Le procureur de la République est informé dès le début de la retenue.*

*~~L'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, un agent de police judiciaire informe aussitôt l'étranger.~~ **L'étranger est aussitôt informé** dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, des motifs de son placement en retenue et de la durée maximale de la mesure ainsi que du fait qu'il bénéficie :*

1° Du droit d'être assisté par un interprète ;

*2° Du droit d'être assisté par un avocat désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier, qui est alors informé de cette demande par tous moyens et sans délai. Dès son arrivée, l'avocat peut communiquer pendant trente minutes avec la personne retenue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. L'étranger peut demander que l'avocat assiste à ses auditions. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les éléments d'identité, ne peut débuter sans la présence de l'avocat avant l'expiration d'un délai d'une heure suivant l'information adressée à celui-ci. Toutefois, les opérations de vérification ne nécessitant pas la présence de l'étranger peuvent être effectuées dès le début de la retenue. Au cours des auditions, l'avocat peut prendre des notes. À la fin de la retenue, l'avocat peut, à sa demande, consulter le procès-verbal établi en application du ~~treizième~~ **quatorzième** alinéa du présent *1* ainsi que le certificat médical y étant, le cas échéant, annexé et formuler des observations écrites également annexées ;*

3° Du droit d'être examiné par un médecin désigné par l'officier de police judiciaire. Le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien de la personne en retenue et procède à toutes constatations utiles ;

4° Du droit de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix et de prendre tout contact utile afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde, qu'ils l'aient ou non accompagné lors de son placement en retenue. Si des circonstances particulières l'exigent, l'officier de police judiciaire prévient lui-même la famille et la personne choisie. En tant que de besoin, il informe le procureur de la République aux fins d'instruction dans l'intérêt des enfants ;

5° Du droit d'avertir ou de faire avertir les autorités consulaires de son pays.

Lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application de l'article L. 111-7.

L'étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé par l'examen de son droit de circulation ou de séjour et, le cas échéant, le prononcé et la notification des décisions administratives applicables.

*La retenue ne peut excéder ~~seize~~ **vingt-quatre** heures à compter du début du contrôle*

mentionné au premier alinéa du présent I. Le procureur de la République peut mettre fin à la retenue à tout moment.

Pour les seules nécessités de la vérification du droit de séjour et de circulation, il peut être procédé, sous le contrôle de l'officier de police judiciaire et en présence de l'étranger, avec l'accord de ce dernier ou, à défaut, après avoir informé par tout moyen le procureur de la République, à l'inspection des bagages et effets personnels de l'étranger et à leur fouille. En cas de découverte d'une infraction, il est établi un procès-verbal distinct de celui prévu au quatorzième alinéa, qui mentionne le lieu et les dates et heures de début et de fin de ces opérations et dont un exemplaire est transmis sans délai au procureur de la République.

Les mesures de contrainte exercées sur l'étranger sont strictement proportionnées à la nécessité des opérations de vérification et de son maintien à la disposition de l'officier de police judiciaire. L'étranger ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite.

Durant la retenue, lorsque sa participation aux opérations de vérification n'est pas nécessaire, l'étranger ne peut être placé dans une pièce occupée simultanément par une ou plusieurs personnes gardées à vue.

Si l'étranger ne fournit pas d'éléments permettant d'apprécier son droit de circulation ou de séjour, les opérations de vérification peuvent donner lieu, après information du procureur de la République, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies ~~lorsque celle-ci constitue l'unique moyen d'établir la situation de cette personne~~ **pour établir la situation de cette personne. Les empreintes digitales et photographies sont collectées en vue de l'établissement du droit de circuler ou de séjourner de l'étranger et ne peuvent être mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé en application du deuxième alinéa de l'article L. 611-3 que s'il apparaît, à l'issue de la retenue, que l'étranger ne dispose pas d'un droit de circulation ou de séjour.**

L'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, un agent de police judiciaire mentionne, dans un procès-verbal, les motifs qui ont justifié le contrôle, ainsi que la vérification du droit de circulation ou de séjour et les conditions dans lesquelles la personne a été présentée devant lui, informée de ses droits et mise en mesure de les exercer. Il précise le jour et l'heure du début et de la fin de la retenue et la durée de celle-ci et, le cas échéant, la prise d'empreintes digitales ou de photographies, **ainsi que l'inspection visuelle ou la fouille des bagages et effets personnels et les dates et heures de début et de fin de ces opérations.** Il y annexe le certificat médical établi à l'issue de l'examen éventuellement pratiqué.

Ce procès-verbal est présenté à la signature de l'étranger intéressé. Celui-ci est informé de la possibilité de ne pas signer ledit procès-verbal. S'il refuse de le signer, mention est faite du refus et des motifs de celui-ci.

Le procès-verbal est transmis au procureur de la République, copie en ayant été remise à la personne intéressée. Les mentions de chaque procès-verbal concernant l'identité de la personne, le jour et l'heure du début et de la fin de la retenue et la durée de celle-ci figurent également sur un registre spécial, tenu à cet effet dans le local de police ou de gendarmerie.

Ce registre peut être tenu sous forme dématérialisée.

Si elle n'est suivie à l'égard de l'étranger qui a été retenu d'aucune procédure d'enquête ou d'exécution adressée à l'autorité judiciaire ou n'a donné lieu à aucune décision administrative, la vérification du droit de circulation ou de séjour ne peut donner lieu à une mise en mémoire sur fichiers et le procès-verbal, ainsi que toutes les pièces se rapportant à la vérification sont détruits dans un délai de six mois à compter de la fin de la retenue, sous le contrôle du procureur de la République.

Les prescriptions énumérées au présent article sont imposées à peine de nullité, sous réserve des dispositions de l'article L. 552-13.

II. – Lorsqu'un étranger, retenu en application de l'article 78-3 du code de procédure pénale, n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France, le I du présent article s'applique et la durée de la retenue effectuée en application de ce même article 78-3 s'impute sur celle de la retenue pour vérification du droit de séjour.

III. – S'il apparaît, au cours de la retenue de l'étranger, que celui-ci doit faire l'objet d'un placement en garde à vue conformément aux articles 62 et suivants du code de procédure pénale, la durée de la retenue s'impute sur celle de la garde à vue.

Ceseda, art. L. 611-3, modifié par l'article 35 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 :

Afin de mieux garantir le droit au séjour des personnes en situation régulière et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers, non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, qui sollicitent la délivrance d'un titre de séjour en application de l'article L. 311-1 peuvent être relevées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

*Il en est de même de ceux qui sont en situation irrégulière en France, qui font l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français ou qui, ayant été contrôlés à l'occasion du franchissement de la frontière en provenance d'un pays tiers aux États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, ne remplissent pas les conditions d'entrée prévues à l'article 5 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) ou à l'article L. 211-1. Le refus de se soumettre à ces opérations est puni d'un an d'emprisonnement, ~~et de 3 750 euros d'amende~~ **de 3 750 euros d'amende et d'une interdiction du territoire français d'une durée n'excédant pas trois ans.***

Il en est de même des étrangers bénéficiaires de l'aide au retour mentionnée à l'article L. 512-5.

A. L'augmentation de la durée de la retenue

Alors que la durée de la retenue pour vérification d'identité régie par le code de procédure pénale ne peut être supérieure à 4 heures, celle de la retenue pour vérification du droit au séjour des personnes étrangères avait déjà été fixée à 16 heures par la loi du 31 décembre 2012. Modifiée par la nouvelle loi, elle passe à 24 heures, soit la même durée que celle de la garde à vue.

Pourtant, en 2012, le législateur avait précisément fixé une durée inférieure à 24 heures afin de bien différencier cette retenue pour vérification du droit au séjour de la garde à vue, dont la jurisprudence de la CJUE avait indirectement mais nécessairement interdit l'usage en interdisant que le séjour irrégulier soit puni d'une peine d'emprisonnement.

Ainsi la loi aligne-t-elle la durée de la retenue sur celle de la garde à vue propre au régime pénal, et ce, alors même qu'elle a seulement pour objet de permettre d'effectuer les vérifications du droit au séjour, à l'exclusion de toute recherche d'infraction.

Allongée de 16 à 24 heures au bénéfice de la seule administration – qui disposera ainsi d'un temps supplémentaire pour établir la situation de la personne retenue et, le cas échéant, délivrer

une OQTF à son encontre – la retenue constitue une mesure privative de liberté qui participe de l’objectif de criminalisation des personnes étrangères. La Commission nationale consultative des droits de l’Homme (CNCDH) a d’ailleurs rappelé (dans son avis sur le projet de loi publié au JO n° 0105 du 6 mai 2018, point 124) que « *nul ne doit être privé de liberté pour une durée excessive pour le seul confort de l’administration* ». Comme le Défenseur des droits, elle préconisait une solution moins attentatoire à la liberté individuelle, suggérant par exemple que soit organisée une permanence de nuit à la préfecture, afin que les services de police puissent vérifier la régularité du séjour des personnes étrangères dans un temps plus bref. De plus, le Défenseur des droits recommandait « que la prolongation de la retenue au-delà d’un délai de 4 heures soit soumise à une obligation de motivation ». Ces recommandations n’ont toutefois été suivies ni par le gouvernement ni par les parlementaires.

B. L’accroissement des pouvoirs de police

La nouvelle rédaction de l’article L. 611-1-1 renforce considérablement les pouvoirs mis à la disposition des services de police ou de gendarmerie pour vérifier la situation des personnes retenues au regard de leur droit au séjour, en élargissant, d’une part, la faculté de procéder à la collecte de leurs empreintes digitales et de leur photographie et en autorisant, d’autre part, la fouille de leurs bagages et effets personnels.

1. Collecte des empreintes et des photographies

Alors que la rédaction antérieure de l’article L. 611-1-1, issue de la loi du 31 décembre 2012, prévoyait que les empreintes digitales et les photographies ne pouvaient être recueillies que lorsque cette collecte était l’unique moyen d’établir la situation de la personne retenue, cette condition est purement et simplement supprimée. Ainsi ces opérations deviendront-elles systématiques, alors même qu’elles n’ont pas pour objet d’étayer la recherche d’une infraction pénale. Une seule limite est établie : une fois recueillies, les empreintes et photographies ne peuvent être mémorisées et faire l’objet d’un traitement automatisé que s’il apparaît, à l’issue de la retenue, que la personne concernée n’a pas de droit au séjour. Il n’en demeure pas moins que pourra ainsi être constitué un fichier récapitulatif des données relatives à l’ensemble des personnes identifiées comme se trouvant en situation de séjour irrégulier à l’issue des procédures de retenue.

Remarque : la Commission nationale de l’informatique et des libertés (Cnil) a déjà émis des réserves sur ce dispositif, considérant qu’il risque d’aboutir à une collecte massive et disproportionnée de données biométriques (délibération n° 2018-048 du 8 février 2018 portant avis sur un projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d’asile effectif, demande d’avis n° 18001701).

Il faut par ailleurs rappeler que les dispositions de l’article L. 611-3 du Cesda, modifiées par la loi du 7 mars 2016, punissent d’un an d’emprisonnement et de 3 750 euros d’amende le refus de se soumettre à la prise d’empreintes digitales ou d’une photographie. La compatibilité de cette sanction avec la directive « Retour » pourrait au demeurant être discutée compte tenu de la jurisprudence de la CJUE, qui accorde la priorité à la mise en œuvre des procédures d’éloignement plutôt qu’à l’exécution d’une peine de privation de liberté (voir supra : 28 avril 2011, *El Dridi*, et 6 décembre 2011, *Achughbajian*). La contestation ne pourra toutefois

être utilement soulevée que dans l'hypothèse où, malgré le refus de la personne retenue de se soumettre à ces vérifications, sa situation de séjour irrégulier serait finalement constatée, ouvrant ainsi la voie au prononcé et à la mise en œuvre d'une décision d'éloignement.

Quoi qu'il en soit, non seulement la nouvelle loi ne revient pas sur cette peine d'emprisonnement sanctionnant le refus de se soumettre à la prise d'empreintes ou d'une photographie, mais elle y ajoute une sanction supplémentaire en permettant au juge pénal de prononcer une interdiction du territoire français (ITF) pour une durée pouvant aller jusqu'à 3 ans.

2. Inspection et fouille des bagages et des effets personnels

En permettant aux services de police ou de gendarmerie de procéder à l'inspection et à la fouille des bagages et des effets personnels de la personne retenue, la loi renforce considérablement leurs pouvoirs d'investigation. La précision selon laquelle ces opérations portant atteinte aux droits de la personne ne pourront être réalisées que « pour les seules nécessités de la vérification du droit de séjour et de circulation » est évidemment purement formelle et sans portée aucune : la seule affirmation des services de police selon laquelle tel était bien leur but se heurtera à l'impossibilité d'apporter la preuve que ces opérations en visaient un autre. Comme pour bien d'autres dispositions portant atteinte aux droits et libertés des personnes étrangères, une fois encore, l'hypocrisie du législateur – qui prétend limiter strictement l'usage des fouilles ou en assurer un contrôle exigeant – est évidente.

Il en va d'ailleurs de même de la précision selon laquelle cette fouille doit être effectuée « avec l'accord de l'étranger ou, à défaut, après en avoir informé le procureur de la République ». Personne ne peut être dupe : l'accord de la personne retenue ne sera que rarement sollicité et, s'il l'est, il ne sera que rarement refusé et, s'il est refusé, l'information du procureur de la République ne constituera en aucun cas une garantie contre un usage abusif de ces dispositions ; cette simple information ne donnera lieu, bien entendu, à aucun contrôle de l'autorité judiciaire, à supposer même qu'elle dispose des moyens d'intervenir utilement et en temps opportun pour s'opposer à une fouille systématique ou inutile.

Au demeurant, l'inspection et la fouille des bagages et des effets personnels n'apparaît ni utile ni nécessaire, dans son principe même, au regard de la vérification du droit au séjour, qui constitue l'objet de la retenue. C'est pourquoi, dans son avis du 15 mars 2018 (n° 18-09) relatif au projet de loi « pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif », le Défenseur des droits s'inquiète que « cette nouvelle mesure attentatoire aux libertés ne se justifie que par la recherche d'une infraction et tende ainsi à placer la personne retenue en situation de suspect d'avoir commis un crime ou un délit ».

C. Un régime comparable à celui de la garde à vue sans les garanties qui lui sont associées

Avec ces nouvelles dispositions, la personne retenue se voit soumise à une mesure de contrainte en tous points comparable à une garde à vue mais avec des garanties moindres et ce,

sans que rien ne justifie cette altération de ses droits alors même qu'elle n'est soupçonnée d'avoir commis aucune infraction.

Ainsi, les exigences relatives à la notification des droits de la personne retenue sont moins rigoureuses que pour la personne gardée à vue : alors que cette dernière doit impérativement être informée dans une langue qu'elle comprend, la personne retenue peut n'être informée que dans une langue « *dont il est raisonnable de supposer [qu'elle] la comprend* ».

De même, la personne retenue ne bénéficie pas du droit au silence, conséquence directe du droit de ne pas s'auto-incriminer et composante essentielle des droits de la personne gardée à vue. Certes, le séjour irrégulier ayant été dépenalisé, les interrogatoires relatifs à la vérification du droit au séjour ne peuvent déboucher sur une auto-incrimination stricto sensu. Les conséquences peuvent toutefois en être si lourdes, en termes de privation de liberté et d'éloignement forcé du territoire, que le droit au silence aurait toutes les raisons de s'imposer de la même manière durant la retenue.

À l'inverse, la transposition de certaines dispositions spécifiques à la garde à vue dans le régime de la retenue apparaît tout à fait contestable. Ainsi, l'article L. 611-1-1 précise que la présence de l'avocat n'est pas obligatoire pour la première audition si elle « *porte uniquement sur les éléments d'identité* ». Alors qu'elle n'est guère susceptible de compromettre les droits de la personne gardée à vue en tant qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction, cette restriction apportée aux droits de la défense a en revanche une toute autre portée pour la personne retenue : dès lors que son identité est évidemment une composante essentielle de la vérification de son droit au séjour, son audition sur cette identité revêt une importance primordiale. Pourtant, tous les amendements tendant à imposer la présence de l'avocat-e tout au long de la retenue – et notamment lors de la première audition pour vérification d'identité – ont été systématiquement rejetés.