



## **RAPPORT DE Mme FEYDEAU-THIEFFRY, CONSEILLÈRE**

**Avis n° 15011 du 20 novembre 2023 (B) – Première chambre civile**

**Demande d'avis n° 24-70.005 du 14 août 2024, tribunal judiciaire  
de Lyon**

---

La Cour de cassation est saisie de la question suivante, transmise, pour avis,

**Suite à l'entrée en vigueur de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration ayant modifié les dispositions des articles L. 731-1, 1° et L. 741-1 du CESEDA pour permettre à l'autorité administrative d'assigner à résidence ou de placer en rétention l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable, dans le cas où l'étranger fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français prise plus d'un an avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 mais moins de trois à la date du placement en rétention et jamais exécutée peut-elle fonder le placement en rétention administrative d'un étranger ?**

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

Par arrêté du 1<sup>er</sup> août 2024, notifié le 5 août suivant, M. [G], de nationalité algérienne, en situation irrégulière sur le territoire national, a, à sa sortie de détention, été placé en rétention administrative par le préfet du [Localité 2], en exécution d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF), sans départ volontaire, prise le 2 mai 2022.

Le juge des libertés et de la détention (JLD) du tribunal judiciaire de Lyon a été saisi le 6 août 2024 par M. [G] d'une contestation de la décision de placement en

rétenction sur le fondement de l'article L. 741-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et le 8 août 2024 par le préfet d'une demande de première prolongation de la mesure sur le fondement de l'article L. 742-1 du même code.

Par ordonnance du 9 août 2024, le JLD a :

- avisé les parties et le ministère public qu'il envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation,
- les a invités à lui transmettre leurs observations écrites éventuelles dans un délai de trois jours,
- dit n'y avoir lieu à surseoir à statuer,
- ordonné la jonction des deux procédures,
- déclaré recevable la requête de M. [G],
- déclaré irrégulière la décision de placement en rétention,
- ordonné, en conséquence, la mise en liberté de M. [G],
- dit n'y avoir lieu à statuer sur la demande de prolongation de la rétention administrative.

Par déclaration du même jour, le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Lyon a interjeté appel de cette décision, avec demande d'effet suspensif.

Par ordonnance du 10 août 2024, le premier président de la cour d'appel de Lyon a déclaré l'appel recevable et suspensif.

Par décision du 11 août, il a infirmé l'ordonnance du JLD seulement en ce qu'elle a déclaré irrecevable [en réalité irrégulière] la décision de placement en rétention de M. [G], ordonné sa mise en liberté et dit n'y avoir lieu à statuer sur la demande de prolongation de la mesure.

Statuant de nouveau sur les chefs infirmés, elle a déclaré régulière la décision de placement en rétention, rejeté la requête en contestation formée par M. [G] et ordonné la prolongation de la mesure pour une durée de 26 jours.

Par ordonnance du 14 août 2024, le JLD a dit n'y avoir lieu à statuer et transmis à la Cour de cassation la demande d'avis ci-dessus mentionnée.

## **2 - Recevabilité de la demande d'avis**

### **2.1- Conditions de recevabilité au regard des règles de forme**

#### **2.1.1. L'information préalable des parties et du ministère public sur l'intention de saisir la Cour de cassation pour avis**

En vertu de l'article 1031-1, alinéa 1er, du code de procédure civile (CPC), le juge qui souhaite saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis doit en aviser « *les parties et le ministère public à peine d'irrecevabilité* » et recueillir « *leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.* »

Cette exigence répond à la nécessité d'offrir aux parties la possibilité de s'exprimer sur l'utilité et le contenu de la question, objet de la demande d'avis.

La Cour de cassation sanctionne, par l'irrecevabilité, la méconnaissance d'une telle formalité, en rappelant que l'information préalable des parties a pour finalité le respect du principe de la contradiction préalablement à toute transmission d'une demande d'avis et que la notification ultérieure de la décision ne peut y suppléer ( , 26 octobre 2017, pourvoi n° 17-70.010, Bull. 2017, Avis, n° 10, publié, 27 février 2017, pourvoi n° 17-70.002, Bull. 2017, Avis, n° 3).

Dans son ordonnance du 9 août 2024, le JLD indique que les parties sont avisées qu'il est envisagé de demander l'avis de la Cour de cassation et qu'il leur est donné un délai de trois jours pour faire valoir leurs observations écrites.

Il est précisé, en dernière page, que l'ordonnance est notifiée sur le champ par courriel avec accusé de réception à l'avocat du retenu et à l'avocat de la préfecture, ainsi qu'à M. [G], par courriel adressé au centre de rétention administrative.

Sont produits au dossier :

- la notification au procureur de la République le 9 août 2024 à 14h42 qui a fait appel de la décision le même jour à 16h43,
- l'accusé réception du mail adressé à la préfecture 73,
- deux mails indiquant que la remise aux avocats du retenu et de la préfecture ainsi qu'au centre de rétention « *est terminée mais qu'aucune notification de remise n'a été envoyée par le serveur de destination* » (cette indication, qui procède de la configuration choisie par le serveur de destination, sans impliquer que le courriel ne serait pas parvenu à son destinataire, signifie seulement que le serveur de destination ne génère pas d'accusé de réception et donc n'autorise pas les rapports de remise).

Les parties n'ont pas adressé d'observations dans le temps qui leur était accordé.

#### 2.1.2. La formalisation de la décision sollicitant l'avis et sa transmission au greffe de la Cour de cassation

Aux termes de l'article 1031-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du CPC, « *la décision sollicitant l'avis est ensuite adressée, avec les conclusions et observations éventuelles, par le greffe de la juridiction au greffe de la Cour de cassation.* »

Le JLD a formalisé sa demande d'avis le 14 août 2024, laquelle a été reçue à la première présidence de la Cour de cassation le 28 août 2024.

#### 2.1.3. La notification aux parties de la décision sollicitant l'avis et de la date de transmission du dossier à la Cour de cassation

Selon l'article 1031-2, alinéa 2, du CPC, la décision sollicitant l'avis « *est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.* »

Il doit donc résulter du dossier que la décision sollicitant l'avis ainsi que la date de transmission du dossier ont été notifiées aux parties ; à défaut, il n'y a pas lieu à avis (14 février 1997, pourvoi n° 09-60.012, Bull. 1997, avis, n° 1).

Si une décision a pu dire n'y avoir lieu à avis au motif exclusif qu'il ne résultait ni des énonciations de la décision ni du dossier transmis à la Cour de Cassation que la date de transmission du dossier avait été notifiée aux parties (31 mai 1999, pourvoi n° 99-20.009, Bull. 1999, avis, n° 3), les autres ont mis en évidence des irrégularités supplémentaires :

- , 19 janvier 1998, n° 09-70.010, Bull. 1998, avis n°1 : aucune preuve de ce que la décision sollicitant l'avis a été notifiée aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (LRAR), et que le ministère public auprès de la juridiction ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général ont été avisés,

- ,11 avril 2019, pourvoi n° 19-70.003 : aucune preuve de ce que la cour d'appel a, préalablement à sa décision, avisé l'intimé de ce qu'elle envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation, en lui fixant un délai pour produire ses observations écrites.

Récemment (avis de la Cour de cassation, 2e Civ., 10 mars 2022, n° 21-70.025), la deuxième chambre civile a jugé une demande d'avis irrecevable, faute de preuve de la notification aux parties, par LRAR, de la décision sollicitant l'avis. Elle a précisé, dans son arrêt, que l'article 1031-2 du CPC avait pour finalité le respect du principe de la contradiction postérieurement à la transmission de la demande d'avis à la Cour de cassation. Dans ce dossier, le greffe avait indiqué que la notification avait été faite aux parties par dépôt dans les cases des avocats.

Dans le cas présent, il n'est produit aucune LRAR, ni accusé de réception.

Dans sa décision de saisine pour avis, le JLD mentionne que l'ordonnance est notifiée par courriel avec accusé de réception à l'avocat du retenu et à l'avocat de la préfecture.

Est produit au dossier un mail du 11 août 2024 indiquant que la remise à Me Grepinet (avocat de M. [G]) et Me Tomasi (avocat de la préfecture) « *est terminée mais qu'aucune notification de remise n'a été envoyée par le serveur de destination* ».

Aucune notification n'a été faite à M. [G] lui-même ni au préfet.

Enfin, aucun élément du dossier ne permet de retenir que les parties ont été informées de la date de transmission du dossier à la Cour de cassation.

#### 2.1.4. L'avis au ministère public, au premier président de la cour d'appel et au procureur général près cette cour

L'article 1031-2, alinéa 3, du CPC dispose que le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour.

L'information du ministère public est de nature à permettre à celui-ci de présenter, le cas échéant, des observations à la Cour de cassation" (Avis de la Cour de cassation, 2e Civ., 3 octobre 2019, n° 19-70.016).

Récemment, la deuxième chambre civile a jugé une demande d'avis irrecevable faute de preuve de l'information du ministère public postérieurement à la décision sollicitant l'avis, cette formalité présentant un caractère substantiel (Avis de la Cour de cassation, 2e Civ., 16 décembre 2021, n° 21-70.023).

En l'espèce, figurent au dossier les courriels adressés le 14 août 2024, à 17h27, à TJ-LYON/TTR1, CA-LYON/RETENTIONS et pole1.pg.ca-Lyon, avec la précision que le message a été remis aux destinataires.

Le procureur général près la cour d'appel de Lyon a transmis ses observations écrites sur la demande d'avis le 28 août 2024.

C'est à l'aune de ces éléments qu'il appartiendra à la chambre de dire si les conditions de recevabilité, au regard des règles de forme, ont été respectées.

## **2. 2 - Conditions de recevabilité au regard des règles de fond**

Selon l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, « *avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation.* »

### **2.2.1. L'auteur de la demande d'avis : une juridiction de l'ordre judiciaire**

Cette condition est remplie puisque la demande d'avis émane du JLD du tribunal judiciaire de Lyon.

### **2.2.2. Une question de droit posée à l'occasion d'un litige**

⇒ La question doit être de pur droit et ne pas être formulée de manière trop générale.

La question posée doit être dégagée des éléments de fait de l'espèce (Avis, 20 juin 1997, no 09-70.006, Bull. no 4, 17 décembre 2012, pourvoi n° 12-00.013, Bull. 2012, no 10, avis du 17 juillet 2019, no 19-70.011, publié).

Elle doit également être rédigée de façon suffisamment précise (26 octobre 2017, pourvoi n° 17-70.010, Bull. 2017, avis, n° 10).

En l'espèce, la demande d'avis conduit à s'interroger sur le point de savoir si une OQTF, jamais exécutée, prise plus d'un an avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024, peut fonder l'arrêté de placement en rétention pris moins de trois ans avant l'émission de cette OQTF.

La question apparaît être de pur droit et ne pas être formulée de manière trop générale.

⇒ La question doit conditionner la solution du litige

Cette condition, d'origine prétorienne, signifie que la Cour de cassation n'a pas à répondre à des questions abstraites qui sont sans lien avec le litige ou qui ne commandent pas sa solution (20 octobre 2000, pourvoi n° 02-00.014, Bull. 2000, avis, n° 8, 8 octobre 2001, pourvoi n° 01-00.006, Bull. 2001, avis, n° 5, 23 avril 2007, pourvoi n° 07-00.008, avis criminel 2007, n° 3).

La demande d'avis doit être formulée « *avant de statuer* » et tout logiquement l'article

1031-1, alinéa 3, du CPC commande au juge de surseoir à statuer, soit jusqu'à la réception de l'avis, soit jusqu'à l'expiration du délai de trois mois mentionné à l'article 1031-3.

L'article 1031-1 a été complété d'un alinéa 4 par l'article 9 du décret n°2024-673 du 3 juillet 2024, ainsi rédigé :

*« Toutefois, il n'est pas sursis à statuer si la loi ou le règlement prévoit que le juge statue dans un délai déterminé n'excédant pas trois mois ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre l'avis et s'il est interjeté appel de sa décision, la cour d'appel sursoit à statuer sauf si elle est elle-même tenue de se prononcer en urgence ou dans un délai déterminé incompatible avec le délai imparti à la Cour de cassation pour rendre son avis. »*

Ces nouvelles dispositions répondent aux difficultés rencontrées dans certains contentieux (en particulier, le contentieux des étrangers et les soins psychiatriques sans consentement), soumis à des délais contraints pour statuer qui s'accordent mal avec l'exigence du sursis à statuer.

Le JLD a fait expressément application de ce décret, pour « *une bonne administration de la justice* ».

Ainsi, il a, le 9 août 2024, à la fois sollicité les observations des parties sur la demande d'avis et statué au fond sur la requête de M. [G].

Le premier président de la cour d'appel a, pareillement, statué au fond, sans faire référence à une disposition l'y autorisant. Après avoir infirmé l'ordonnance du JLD qui avait accueilli la requête de M. [G], il a jugé la décision de placement en rétention régulière et ordonné la prolongation de la mesure pour une durée de 26 jours.

Il convient de relever que le JLD a fait une application anticipée de l'article 1031-1, alinéa 4, l'entrée en vigueur du décret 3 juillet 2024 ayant été fixée pour la plupart des dispositions, dont celle qui nous intéresse, au 1er septembre 2024 (cf article 17).

Il est important de rappeler que, dans le contentieux de la rétention administrative, le JLD doit, depuis la loi du 10 septembre 2018, statuer dans un délai de 48h.

Si l'article L. 743-4 ne prévoit pas de sanction, il ressort d'une jurisprudence ancienne de la deuxième chambre civile, non remise en cause à ce jour, que le délai pour statuer est prescrit à peine de dessaisissement (not. 2e Civ., 21 février 2002, pourvoi n° 00-50.118, Bull. 2002, II, n° 24).

On retrouve la même problématique en soins psychiatriques sans consentement, où les délais imposés au juge pour statuer sont très courts et sont sanctionnés, en cas de non-respect, par la mainlevée automatique de la mesure.

On perçoit là toute la difficulté pour un juge qui, dans ces contentieux, souhaite saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis.

Contraint par les textes du code de procédure civile à surseoir à statuer, il transmet alors à la Cour une demande d'avis qui ne conditionne plus la solution du litige, puisque faute d'avoir respecté le délai pour statuer, la mesure litigieuse a pris fin.

La Cour de cassation a évolué dans l'appréhension de cette difficulté.

Tout d'abord, dans une décision du 20 novembre 2000 (20 novembre 2000, pourvoi n° 02-00.016 Bull. 2000, Avis, n 10), rendue en matière de rétention administrative, elle a dit n'y avoir lieu à avis au motif que, tenu de statuer dans les 48 h, sous peine d'être dessaisi, sur l'appel dont il est saisi en application des articles 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 12 novembre 1991, le premier président ou son délégué ne pouvait utilement solliciter un avis de la Cour de Cassation.

En 2015, un JLD de Rouen a formulé une demande d'avis sur des questions inédites en matière de soins psychiatriques sans consentement.

M. le premier avocat général, Léonard Bernard de la Gatinais, dans ses conclusions, a invité la Cour à déclarer la demande d'avis irrecevable, après avoir observé :

*« "Prisonnier d'un délai, le juge ne peut demander un avis pour éclairer sa décision, puisque par définition, il devra la rendre sans attendre. En l'espèce, il est établi qu'au moment même de la demande d'avis, soit le 20 octobre 2014, celui-ci ne pouvait être émis utilement puisque le délai de trois mois imparti à la Cour de cassation par l'article 1031-3 du CPC était, d'une part, trop long pour que soit respectée l'échéance des 6 mois après la dernière décision d'un JLD ayant statué sur la mesure prise à l'égard de M. [X...], le 6 mai 2014, et, d'autre part, dépassé, s'il y avait nécessité de présenter ce dernier à un juge dans les quinze jours de l'arrêté de placement par le représentant de l'Etat du 21 août 2014. C'est d'ailleurs, au constat de cette situation, le maintien en hospitalisation complète d'un patient sans qu'un juge des libertés et de la détention soit intervenu dans les délais légaux, que le procureur de la République du tribunal de grande instance de Rouen a saisi le JLD qui a décidé le 3 décembre 2014, au visa de l'article L 3211-12-1 IV du code de la santé publique, la main levée immédiate de la mesure d'hospitalisation complète (...) Le représentant de l'Etat ayant pris immédiatement les dispositions nécessitées par l'état de santé du patient, Monsieur [X...] est donc désormais interné sur le fondement d'un arrêté préfectoral du 3 décembre 2014 distinct de celui à l'origine de la saisine de la Cour de cassation pour avis. L'avis que pourrait émettre la Cour ne sera donc d'aucune utilité pour l'issue de la procédure. »*

La Cour de cassation a, néanmoins, fait le choix d'apporter des réponses aux questions posées (Avis de la Cour de cassation, 19 janvier 2015, n°14-70.010, Bull. 2015, Avis n°1).

Dans la note explicative publiée par la Cour de cassation le 19 janvier 2015, il était indiqué que la formation pour avis, bien qu'ayant constaté que la question ne commandait plus l'issue du litige, dès lors que le juge en était dessaisi, avait néanmoins considéré que l'intérêt des questions posées justifiait qu'elle réponde

aux interrogations des juridictions sur le sens de textes récents et fréquemment mis en oeuvre.

A l'occasion d'une demande d'avis du JLD de Versailles du 31 mai 2016, l'avocate générale référendaire, Mme Nathalie Ancel, observait :

*« Si le mérite de la saisine pour avis de la Cour de cassation en matière de procédures civiles à délais ne fait guère de doute, il ne peut qu'être souligné que sa conciliation avec les contraintes de délais du juge pour statuer s'avère délicate et nécessite une particulière vigilance afin que la personne concernée ne se retrouve maintenue, du fait de la procédure de demande d'avis, dans une situation attentatoire à ses droits et libertés, et notamment à sa liberté d'aller et de venir. (...) »*

*La mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète de Mme M. était donc acquise avant que le juge ne rende son ordonnance sollicitant l'avis de la Cour de cassation. (...) »*

*Dès lors, l'avis que pourrait émettre la Cour de cassation sur la question de droit apparaît sans incidence sur la mesure d'hospitalisation complète et donc sur l'objet même du contrôle du juge des libertés et de la détention.*

*Elle apparaît comme une question abstraite, ne présentant désormais qu'un intérêt théorique de clarification du sens et de la portée des dispositions législatives concernées. En ce sens, elle peut être regardée comme dédagée de l'impact du délai. (...) »*

*Toutefois, dans la continuité de votre avis du 19 janvier 2015, dans un souci de pédagogie à l'égard des juges des libertés et de la détention confrontés aux difficultés d'interprétation des textes récents applicables aux soins psychiatriques sans consentement et aux enjeux complexes liés au nécessaire mais délicat équilibre, en cette matière, entre la protection de la liberté individuelle de la personne faisant l'objet de soins sans consentement et la protection de l'ordre public, au regard du rôle central du juge des libertés et de la détention dans sa mission de contrôle de la nécessité de la mesure d'hospitalisation complète, au sens de l'article L 3211-12-1 du CSP, et des très brefs délais qui encadrent son intervention et emportent une nécessité de sûreté dans la prise de décision précisément pour respecter ces délais contraints, il me semble qu'une approche souple du contrôle de cette condition doit prévaloir. »*

La Cour de cassation, dans la même logique qu'en 2015, a répondu à la question posée (Avis de la Cour de cassation, 11 juillet 2016, n° 16-70.006 Bull. 2016, Avis n° 6).

Depuis, la première chambre civile a rendu plusieurs avis en matière de soins psychiatriques sans consentement : Avis de la Cour de cassation, 8 juillet 2021, n° 21-70.010 Avis de la Cour de cassation, 18 mai 2022, n° 22-70.003 Avis de la Cour de cassation, 19 juillet 2022, n° 22-70.007 Avis de la Cour de cassation, 6 mars 2024, n° 23-70.017 Avis de la Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Civ., 5 septembre 2024, n° 24-70.003.

Depuis la décision du 20 novembre 2000, qui a dit n'y avoir lieu à avis et jusqu'au présent dossier, la première chambre civile n'a pas été saisie de demande d'avis en contentieux des étrangers.

La première chambre civile devra s'interroger sur les conséquences qu'il convient de tirer du fait que le JLD n'a pas sursis à statuer et a, pour statuer, appliqué l'article 1031-1, alinéa 4, du CPC, qui n'était pas encore entré en vigueur.

### 2.2.3. Une question nouvelle

Il existe deux aspects de la nouveauté : la question est nouvelle soit parce qu'elle se pose à l'occasion de l'application d'un texte nouveau, soit parce que, suscitée par un

texte ancien, elle n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation.

Lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur une question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis (10 janvier 2011, pourvoi n° 10-00.007, Bull. 2011, avis n° 1, 12 septembre 2016, n° 16-70.008, Bull. 2016, avis n° 8).

Lorsque la Cour de cassation a déjà rendu un avis sur la question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas davantage lieu à avis (6 oct. 2008, pourvoi n° 08-00.010 Bull. avis, n°3).

En l'espèce, l'avis porte sur une disposition législative récente, issue de la loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration et améliorer l'intégration.

Aucun avis n'a précédemment été rendu sur la question posée et aucun arrêt de la Cour de cassation ne s'est davantage directement prononcé sur celle-ci.

Un pourvoi, enregistré sous le numéro W 24-16.261, est en cours. Il a été formé par le préfet d'Ille-et-Vilaine à l'encontre d'une ordonnance du premier président de la cour d'appel de Rennes qui a retenu l'irrégularité du placement en rétention. Le mémoire ampliatif a été déposé le 23 septembre 2024.

#### 2.2.4. Une question présentant une difficulté sérieuse

La demande d'avis ne peut porter que sur des questions pour lesquelles plusieurs réponses peuvent être raisonnablement envisagées, de sorte qu'il existe un risque réel de contrariété de jurisprudence, qui mérite d'être prévenu.

En revanche, la procédure d'avis ne peut être utilisée lorsque la réponse va de soi (à titre d'exemples, avis du 8 avril 2013, n° 13-70.002, Bull. 2013, avis n° 7 20, avis de la Cour de cassation, 4 juillet 2017, n° 17-70.008, Bull. 2017, avis, n° 8, Avis du 10 juin 2020, no 20-70.001, publié, Avis du 8 avril 2021, no 21-70.001).

L'examen détaillé des éléments de fond permettra de se prononcer sur le caractère sérieux ou non de la question posée.

#### 2.2.5. Une question se posant dans de nombreux litiges

Cette condition est entendue au sens large, l'institution de la saisine pour avis de la Cour de cassation répondant à un double objectif du législateur : d'une part, permettre une unification plus rapide de l'interprétation des règles de droit nouvelles, d'autre part, assurer la prévention du contentieux et des voies de recours<sup>1</sup>.

Il est nécessaire qu'à tout le moins, il existe une forte potentialité de litiges à venir (avis de la Cour de cassation, 28 novembre 2019, n° 19-70.019 ).

En l'espèce, l'édition par le préfet d'un arrêté de placement en rétention sur la base d'une OQTF expirée selon les dispositions anciennes de la loi mais qui serait toujours valide selon les dispositions nouvelles issues de la loi du 26 janvier 2024, n'est pas un cas de figure isolé.

---

<sup>1</sup><sub>2</sub> Droit et pratique de la cassation en matière civile, LexisNexis, 3<sup>e</sup> édition, § 403

Une recherche sur JURICA, avec la saisie des termes « *loi du 26 janvier 2024* », « *obligation de quitter le territoire* », « *trois ans* », « *placement en rétention* » fait apparaître 125 décisions.

En outre, le panorama de jurisprudence réalisé par le SDER, à travers la sélection de 45 décisions, témoigne d'interprétations divergentes des premiers présidents de cour d'appel quant à l'application de ces dispositions.

C'est à l'aune de l'ensemble de ces éléments qu'il appartiendra à la chambre de dire si les conditions de recevabilité, au regard des règles de fond, sont remplies.

### **3 - Eléments de réponse au fond**

#### **3.1 Les dispositions de la loi n°2024-42 du 26 janvier 2024 sur lesquelles porte la demande d'avis**

Le 27 janvier 2024 a été promulguée la [loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration](#)

Cette loi comporte plusieurs volets : travail, intégration, éloignement, asile et contentieux des étrangers.

S'agissant du contentieux, elle prévoit de nombreuses dispositions qui intéressent le juge administratif.

Ainsi, s'inspirant du rapport du Conseil d'Etat, dit « Rapport Stahl » (« *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* »), paru en mars 2020, la loi a, en particulier, réduit considérablement le nombre de procédures contentieuses administratives.

S'agissant des dispositions qui concernent le juge judiciaire, et plus particulièrement les questions relatives à la décision de placement en rétention, on peut citer, tout d'abord, l'article L. 741-1 du CESEDA qui dispose désormais que cette décision est prise non plus pour une durée de 48 h mais pour une durée de quatre jours, ce qui a des incidences sur le délai de première saisine du JLD (quatre jours et non plus 48h) et la durée de la première prolongation (vingt-six jours et non plus vingt-huit jours).

L'article L. 741-1 continue de prévoir que la décision de placement en rétention concerne « *l'étranger qui se trouve dans l'un des cas prévus à l'article L. 731-1* » et qui « *ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement* », aucune autre mesure n'apparaissant « *suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision* ».

L'article L. 731-1 liste les différents cas dans lesquels l'autorité administrative peut assigner à résidence un étranger « *qui ne peut pas quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable.* »

L'OQTF est la première mesure d'éloignement citée par le texte (suivent l'interdiction de retour sur le territoire français, la reconduite d'office Schengen, la décision de remise à un Etat membre de l'Union européenne, l'interdiction de circulation sur le territoire français, la décision d'expulsion, l'interdiction judiciaire et l'interdiction administrative du territoire français).

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024, l'article L. 731-1 prévoyait que pouvait être assigné à résidence l'étranger faisant l'objet d'une décision portant OQTF, « prise moins d'un an auparavant, pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé ».

L'article 72 de la loi du 26 janvier 2024 a modifié ces dispositions en portant le délai d'un à trois ans.

Il ressort des travaux parlementaires que cette modification ne faisait pas partie du projet de loi initial.

Un premier amendement (n°237) présenté le 10 mars 2023 par Mme Jourda et M. Bonnacarrère, sénateurs, rapporteurs à la commission des lois, a, tout d'abord, prévu de porter le délai d'un à deux ans :

*« Le présent amendement porte une simplification du contentieux plus ambitieuse que celle qui est proposée par le Gouvernement. Conformément aux recommandations du Conseil d'État (« Simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », octobre 2020) et de la commission des lois du Sénat (François-Noël Buffet, « Services de l'État et immigration : retrouver sens et efficacité », mai 2022) (...)*

*Conformément aux préconisations du rapport Stahl, il étend également de un à deux ans la durée de l'OQTF permettant le placement en rétention ou l'assignation à résidence. »*

Un second amendement (n°646), présenté le 6 novembre 2023 par ces mêmes rapporteurs, a porté le délai à trois ans :

*« Le présent amendement vise à porter de deux à trois ans le délai maximal d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) permettant l'assignation à résidence ou le placement en rétention administrative de l'intéressé. La commission avait déjà porté à deux ans cette durée afin d'augmenter les marges de manœuvres de l'administration pour procéder à un éloignement effectif et d'éviter qu'elle n'ait, pour ce faire, à répéter excessivement l'édition d'OQTF pour les mêmes motifs à l'encontre d'un même étranger. Déjà proposée par notre collègue député Éric Ciotti dans une proposition de loi relative à l'immigration en 2017 ainsi que dans la proposition de loi du président François-Noël Buffet pour reprendre le contrôle de la politique d'immigration, d'asile et d'intégration, cette extension à trois ans permettra de libérer définitivement l'administration des charges administratives superflues liées à cette durée de validité réduite des OQTF.*

*Cet amendement est conforme à la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 dont l'article 15 ne fixe aucun butoir pour assortir la décision de retour d'une mesure de contrainte.»*

Cette modification n'a pas fait l'objet d'un examen par le Conseil Constitutionnel dans sa [décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024](#).

### **3.2 Quelques rappels concernant l'OQTF**

L'OQTF a été créée par la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 pour rendre plus efficace la procédure d'éloignement.

C'est aujourd'hui la mesure d'éloignement la plus utilisée en France.

En 2022, les préfetures ont prononcé 134 280 OQTF (contre 124 111 en 2021 et 107 488 en 2020). Seules 6,4 % d'entre elles ont été exécutées<sup>2</sup>.

Aux termes de l'article L. 611-1, l'OQTF peut être décidée dans les cas suivants :

« 1° L'étranger, ne pouvant justifier être entré régulièrement sur le territoire français, s'y est maintenu sans être titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ;

2° L'étranger, entré sur le territoire français sous couvert d'un visa désormais expiré ou, n'étant pas soumis à l'obligation du visa, entré en France plus de trois mois auparavant, s'est maintenu sur le territoire français sans être titulaire d'un titre de séjour ou, le cas échéant, sans demander le renouvellement du titre de séjour temporaire ou pluriannuel qui lui a été délivré ;

3° L'étranger s'est vu refuser la délivrance d'un titre de séjour, le renouvellement du titre de séjour, du document provisoire délivré à l'occasion d'une demande de titre de séjour ou de l'autorisation provisoire de séjour qui lui avait été délivré ou s'est vu retirer un de ces documents ;

4° La reconnaissance de la qualité de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire a été définitivement refusé à l'étranger ou il ne bénéficie plus du droit de se maintenir sur le territoire français en application des articles L. 542-1 et L. 542-2, à moins qu'il ne soit titulaire de l'un des documents mentionnés au 3° ;

5° Le comportement de l'étranger qui ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois constitue une menace pour l'ordre public ;

6° L'étranger qui ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois a méconnu les dispositions de l'article L. 5221-5 du code du travail.

Lorsque, dans le cas prévu à l'article L. 431-2, un refus de séjour a été opposé à l'étranger, la décision portant obligation de quitter le territoire français peut être prise sur le fondement du seul 4°.

Conformément à l'article L. 612-1, l'étranger qui se voit notifier une OQTF dispose d'un délai de 30 jours pour quitter volontairement le territoire.

Ce délai peut, en vertu de l'article L. 612-2, être supprimé dans trois hypothèses :

- le comportement de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public,
- la demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse,
- il existe un risque que l'étranger se soustraie à l'OQTF.

Les contestations portant sur la décision d'OQTF sont de la compétence du juge administratif, étant rappelé qu'en vertu de l'article L. 722-7 du CESEDA (ancien article L. 512-3, alinéa 2), il ne peut être procédé à l'éloignement effectif d'un étranger avant l'expiration du délai ouvert pour saisir le tribunal administratif ni avant que ce tribunal ait statué.

L'OQTF, pour fonder valablement une assignation à résidence ou un placement en rétention, doit respecter une condition d'ancienneté (un an maximum avant la loi du 26 janvier 2024, trois ans maximum depuis cette loi).

Rappelons que le seuil d'un an a été introduit par la loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 pour sécuriser juridiquement les décisions d'éloignement. Le législateur a, ainsi, tiré les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui jugeait que, lorsqu'un arrêté de reconduite à la frontière a été dépourvu de mesure d'exécution

---

<sup>2</sup> Le Monde, 4 octobre 2024

pendant une durée anormalement longue, l'exécution d'office de la reconduite à la frontière à l'issue de ce délai doit être regardée comme révélant l'existence implicite d'un nouvel arrêté de reconduite à la frontière lorsque d'une part, les circonstances de droit et de fait ont changé et, d'autre part, ce retard est exclusivement imputable à l'administration (CE, 18 février 1998 [n°168745](#)).

Récemment, la première chambre civile a jugé que, s'il résulte de l'ancien article L. 512-3, alinéa 2, du CESEDA, que l'OQTF ne peut faire l'objet d'une exécution d'office avant que le tribunal administratif, saisi d'un recours formé contre celle-ci, n'ait statué, il ne s'en déduit pas qu'un tel recours ait pour effet de prolonger le délai d'un an, prévu à l'ancien article L. 561-2, I, 5°, du même code, lequel court à compter de la décision portant OQTF et au terme duquel cette obligation ne peut plus fonder une décision de placement en rétention (1re Civ., 15 juin 2022, pourvoi n° 20-22.889, publié).

Mais, l'expiration du délai, aujourd'hui de trois ans, a-t-elle une incidence sur l'existence même de l'OQTF? Autrement dit, l'OQTF est-elle frappée de caducité une fois le délai expiré?

On peut observer que la directive retour 2008/115/CE du 16 décembre 2008 ne prévoit pas de date d'échéance d'une mesure d'éloignement.

Quant au CESEDA, il ne comporte aucune disposition en ce sens.

Appliquant les dispositions du I de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans leur rédaction issue de la loi du 26 novembre 2003, lesquelles disposaient que le placement en rétention d'un étranger pouvait être ordonné lorsque cet étranger fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, édicté moins d'un an auparavant, le Conseil d'Etat (CE 15 juillet 2004, [n°265330ECLI:FR:CE:2004:265330.20040715](#), Puangrat, Lebon R. AJDA 2004, 2109, concl. I de Silva) a jugé que la borne temporelle d'un an faisait seulement obstacle à un placement en rétention et une assignation à résidence mais qu'elle ne privait pas de tout effet la mesure d'éloignement :

*Considérant que la circonstance qu'un arrêté de reconduite à la frontière a été dépourvu d'exécution pendant plus d'un an, si elle fait obstacle à ce que l'étranger soit placé en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, ne prive pas de tout effet cet arrêté ni même ne fait obstacle à son exécution d'office prévue à l'article 26 bis de l'ordonnance précitée ; qu'ainsi, en se fondant sur ce que l'arrêté du préfet de police en date du 22 mai 2001 ordonnant la reconduite à la frontière de M. X n'avait pas fait l'objet d'une exécution depuis plus d'un an pour en déduire que le recours formé par M. X contre cet arrêté avait perdu tout objet et qu'ainsi il n'y avait plus lieu de statuer sur ce recours, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit ; que, par suite, M. X est fondé à demander l'annulation de cette ordonnance ;*

Citons quelques passages des conclusions de Mme de Silva, commissaire du gouvernement :

*« La loi ne crée nullement un lien juridique nécessaire entre exécution de l'arrêté de reconduite à la frontière et placement en rétention administrative : il résulte au contraire des termes de la loi que l'ARF est susceptible d'exécution forcée sans qu'il soit nécessaire que l'étranger fasse l'objet d'un placement en rétention administrative. (...)*

*La rétention administrative ne correspond, aux termes de la loi, qu'à un cas particulier de l'exécution forcée, celui dans lequel le départ immédiat de l'étranger n'est pas possible.*

*Nous pensons que la loi n'a pas entendu instaurer, en droit, une caducité de l'ARF passé un délai de non-exécution d'un an. Les dispositions prohibant tout placement de l'étranger en rétention administrative sur le fondement d'un ARF pris plus d'un an auparavant n'impliquent nullement qu'il n'y ait plus lieu, pour le juge de la reconduite, de statuer sur cette décision administrative, lorsque ce délai d'un an est écoulé.(...)*

*Enfin, nous ne voyons aucune raison d'opportunité de retenir la solution de non-lieu dégagée par le premier juge : elle conduirait à instaurer de facto une caducité de l'ARF après un délai d'un an, caducité qui dépendrait au premier chef du bon vouloir ou de l'efficacité des juridictions administratives, plus ou moins diligentes dans le traitement des dossiers d'ARF. Une telle caducité devrait, en tout état de cause, être décidée par le législateur. »*

### **3.3 Rappel des principes régissant l'application de la loi dans le temps**

*En vertu de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil, « les lois et, lorsqu'ils sont publiés au journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures. »*

*Aux termes de l'article 2 du même code, « la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif ».*

Ces deux textes traitent de deux questions différentes :

- le premier est relatif à la date d'entrée en vigueur de la loi,
- le second concerne l'application de la loi dans le temps

Citons un passage du répertoire de droit civil, Conflits de lois dans le temps :

*9. Les règles concernant la « mise en vigueur » des lois (que celle-ci coïncide avec leur publication ou soit différée) et celles concernant leur abrogation permettent de connaître la période durant laquelle une loi fait partie intégrante de l'ordonnement juridique et doit donc être appliquée par les juges et obéie par les sujets de droit qu'elle vise. Cette période est celle que certains auteurs appellent le « temps de la loi » ou la « période d'observation de la loi » (P.-A. CÔTÉ, Contribution à la théorie de la rétroactivité de la loi, Rev. Barreau canadien, mars 1989, p. 60 et s., spéc. p. 68 et s., et La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps, Rev. jurid. Thémis, 1988, p. 209, note 1) ou la « vie de la loi » (F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, 11e éd., 2004, Economica, no 321). Mais ces règles laissent entier le problème de la détermination de l'instant à partir duquel la loi concernée devra être considérée comme ayant obligé les sujets de droit, ainsi que celui de la détermination du moment où elle devra être considérée comme ayant cessé ou devant cesser de les obliger, délimitant ce que l'on a pu qualifier « période d'applicabilité » (P.-A. CÔTÉ, article préc.) ou « champ d'application » (F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, op. cit.) de la loi (V. aussi, J. HÉRON, Le temps et la norme in Penser la norme, publication du Centre de recherche sur la logique et son histoire, Université de Rennes I, 1995 ; V. infra, nos 121 et s.). Or, la réponse à cette question conditionne la détermination de la loi applicable toutes les fois que deux lois successivement édictées sont susceptibles d'entrer en « conflit » dans le temps parce qu'elles ont le même objet. »*

La loi entre donc en vigueur à la date qu'elle fixe ou, en l'absence de précision, le lendemain de sa publication au journal officiel.

Toutefois, les dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application ne sont applicables qu'au moment de l'entrée en vigueur de celles-ci.

S'agissant de l'application de la loi dans le temps, il peut arriver que la loi en prévoit expressément les conditions.

A défaut, la jurisprudence a dégagé deux grands principes, qui sont complémentaires :

⇒ **Le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle**

Ce principe signifie que la loi ne peut revenir ni sur la constitution achevée ou l'extinction acquise d'une situation juridique avant son entrée en vigueur, ni sur les effets passés d'une situation en cours.

En matière civile, on peut citer à titre d'exemple, que la loi qui édicte une nouvelle cause de nullité reste sans effet sur les actes valablement conclus avant son entrée en vigueur (3e Civ., 7 octobre 1980, pourvoi n° 79-12.267, Bull. 1980, III, n°152, 3e Civ., 10 février 1999, pourvoi n° 97-11.744, Bull. 1999, III, n° 34).

En cette matière, le législateur n'est pas lié par le principe de non-rétroactivité des lois et peut donc y déroger (1re Civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.394, Bull. 2000, I, n° 191), avec comme limite que la rétroactivité ne peut jamais avoir pour effet de revenir sur des décisions passées en force de chose jugée<sup>3</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement que « *si, en principe, il n'est pas interdit au pouvoir législatif de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige.* » (not. CEDH 28 oct. 1999, Zielinski et Pradal et Gonzales & autres c/ France, req. nos 24846/94, CEDH 3 sept. 2013, M.C. et autres c/ Italie, req. no 5376/11).

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour de cassation contrôle, de la même manière, que l'adoption, par le législateur, de mesures rétroactives est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général (Ass. plén., 23 janvier 2004, pourvoi n° 03-13.617, Bull. 2004, Ass. Plén, n° 2, 2e Civ., 7 mai 2015, pourvoi n° 14-11.056, 1re Civ., 17 février 2016, pourvoi n° 15-12.805, Bull. 2016, I, n° 381re Civ., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-21.850, Bull. 2018, I, n° 113).

De son côté, le Conseil constitutionnel<sup>4</sup> juge que si la loi peut rétroagir en dehors de la matière répressive, elle ne peut le faire qu'en considération d'un motif impérieux d'intérêt général.

A noter que certaines lois ont, par leur nature même, un effet rétroactif.

---

<sup>3</sup> [Décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008](#)

<sup>4</sup> [Décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014](#), [Décision n° 2014-695 DC du 24 juillet 2014](#)

Ainsi, la loi interprétative, qui est celle qui a pour but de fixer le sens d'une loi antérieure, de l'expliciter, a le même champ d'application temporel que la loi qu'elle interprète.

De même, la loi « *confirmative* » ou « *de validation* », par laquelle le législateur valide expressément des actes antérieurs qui étaient nuls pour avoir été passés au mépris des exigences de la loi qui était en vigueur au jour de leur passation, s'applique de manière rétroactive, sous les réserves conventionnelles et constitutionnelles qui viennent d'être explicitées.

En matière pénale, l'article 112-1, alinéas 1 et 2, prévoit que « *sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* » et que « *peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date* ».

Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale a valeur constitutionnelle puisqu'il est inscrit à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

L'idée générale est que la loi pénale n'est légitime que si elle prévient avant de réprimer.

Mais ce principe de non-rétroactivité ne s'applique que si la loi nouvelle est plus sévère.

En effet, l'article 112-1, alinéa 3, du code pénal dispose que « *les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes*. »

C'est ce qu'on appelle le principe de rétroactivité « *in mitius* », principe qui a également valeur constitutionnelle<sup>5</sup> et qui a été, ainsi, explicité : « *Il serait non seulement inutile mais aussi immoral et illogique d'aller appliquer une peine que le législateur a déclarée inutile, ou même a déclarée dangereuse ; l'intérêt public aussi bien que la morale veulent qu'on applique alors la nouvelle peine et non la peine ancienne* » (V. BOITARD, Leçons de droit criminel, par E. VILLEY, 3e éd., 1890, éd. Paris, Marchal et Billard, p. 42, no 27).

En matière administrative, le Conseil d'Etat a consacré le principe de non-rétroactivité comme un principe général du droit (cf [CE, ass., 25 juin 1948, Sté du journal l'Aurore](#)).

Il admet toutefois la rétroactivité d'un acte administratif lorsque la loi l'autorise expressément (CE, sect., 30 décembre 1998, Entreprise Chagnaud, [189315](#)), voire implicitement (CE, 24 mars 2006, [288460](#)).

⇒ **Le principe d'application immédiate de la loi nouvelle**

---

<sup>5</sup> [Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981](#), [Décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010](#)

La loi nouvelle s'applique sans difficultés aux situations juridiques nées après son entrée en vigueur.

Sauf dispositions rétroactives, elle n'a pas d'effet sur les situations juridiques définitivement constituées avant.

Ainsi, les prescriptions acquises, sauf volonté contraire du législateur, ne peuvent être remises en cause par une loi nouvelle qui viendrait allonger le délai (1<sup>re</sup> Civ., 27 septembre 1983, pourvoi n° 82-13.035, Bull. 1983, I, n°215 ; Crim., 17 novembre 1999, pourvoi n° 99-85.940, Bull. crim. 1999, n° 266; 1<sup>re</sup> Civ., 12 février 2002, pourvoi n° 98-23.014, Bull. 2002, I, n° 55).

En revanche, la loi nouvelle s'applique aux situations juridiques non contractuelles en cours.

Autrement dit, la loi nouvelle régit immédiatement des situations juridiques non encore achevées.

La raison en est qu'il convient d'assurer l'unité de la législation et d'éviter, pour des situations juridiques de même nature, l'application de lois différentes.

Ces règles s'inspirent de la théorie moderne de l'application de la loi dans le temps, développée par le doyen Roubier, qui a invité à raisonner à partir du concept de situation juridique en cours, en s'attachant à identifier la situation susceptible d'être effectivement modifiée par la loi nouvelle. L'idée est que, si la loi ne peut pas remettre en question les conditions dans lesquelles s'est constituée cette situation, ni ses effets intervenus avant son entrée en vigueur (mettant ainsi en œuvre le principe de rétroactivité) elle s'applique en revanche immédiatement aux effets futurs de la situation (principe d'application immédiate).

La Cour de cassation juge ainsi que la loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur (3<sup>e</sup> Civ., 13 novembre 1984, pourvoi n° 83-14.566, Bull.1984, III, n° 189).

Elle juge qu'une cour d'appel fait à bon droit application de la loi du 8 août 1994, modifiant l'assiette du recours subrogatoire de l'assureur, à un accident survenu le 27 mars 1994 (2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 03-12.644, Bull., 2004, II, n° 344).

En revanche, si une loi nouvelle s'applique aussitôt aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur et cela même quand semblable situation est l'objet d'un litige judiciaire, elle ne saurait, sans avoir effet rétroactif, régir rétrospectivement les conditions de validité ni les effets passés d'opérations juridiques antérieurement achevées. C'est donc à bon droit que les juges du fond ont décidé que la validité et l'efficacité de la reconnaissance d'un enfant adultérin, comme de la légitimation qu'elle avait pour objet de réaliser, ne pouvaient être appréciées qu'au regard de la législation sous l'empire de laquelle l'acte avait été accompli (1<sup>re</sup> Civ., 29 avril 1960, pourvoi n°58-10.415, Bull., n°218).

A noter que la première chambre civile a refusé de transmettre une QPC en considérant que si la succession de deux régimes juridiques dans le temps créait

une différence de traitement, celle-ci était inhérente à l'introduction de dispositions nouvelles d'application immédiate et ne portait pas en elle-même une atteinte au principe d'égalité devant la loi (1<sup>re</sup> Civ., 28 juin 2023, pourvoi n° 23-10.713), dans la continuité de décisions du Conseil Constitutionnel<sup>6</sup>.

De son côté, le Conseil d'Etat rappelle régulièrement dans ces décisions :

*« Considérant qu'en principe, lorsque de nouvelles normes générales sont édictées par voie de décret ou d'arrêté, elles ont vocation à s'appliquer immédiatement, sans que les personnes auxquelles sont, le cas échéant, imposées de nouvelles contraintes puissent invoquer le droit au maintien de la réglementation existante, sous réserve des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs, qui exclut que les nouvelles dispositions s'appliquent à des situations juridiquement constituées avant l'entrée en vigueur de ces dispositions »* (not. [CE, sect., 11 décembre 1998, requête n° 170717](#), [CE, sect., 11 décembre 2013, M. et Mme Touraine, req. no 362987](#)).

Il a, ainsi, jugé qu'un arrêté de carence prononcée contre une commune pour méconnaissance de son objectif triennal 2005-2007 de réalisation de logements sociaux, antérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions contestées, ne pouvait être regardé comme relevant d'une situation juridiquement constituée qui ferait obstacle à ce que la loi lui attachant une nouvelle conséquence juridique (possibilité pour le représentant de l'Etat dans le département d'exercer un droit de préemption des terrains affectés au logement ou destinés à être affectés à une opération de construction ou d'acquisition de logements sociaux) s'applique immédiatement ([CE, 28 novembre 2014, requête n° 362910](#)).

Il a également jugé que, lorsqu'une loi nouvelle institue, sans comporter de disposition spécifique relative à son entrée en vigueur, un délai de prescription d'un droit précédemment ouvert sans condition de délai, ce délai est immédiatement applicable mais ne peut, à peine de rétroactivité, courir qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ([CE, sect., 21 janvier 2015, requête n° 382902](#)).

Il convient d'observer que le principe d'application immédiate de la loi nouvelle ne trouve pas à s'appliquer en matière contractuelle, la règle étant alors l'application de la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été conclu (3<sup>ème</sup> Civ., 20 juin 1968, pourvoi n°, Bull. Civ III, n°291)

Les effets d'un contrat conclu antérieurement à la loi nouvelle demeurent donc régis par la loi ancienne même si leur exécution se poursuit postérieurement à cette loi (1<sup>re</sup> Civ., 4 mai 1982, pourvoi n°81-11.539, Bull., 1982, I, n°156).

Cette solution s'explique par le fait que les parties ont conclu le contrat et pris leur engagement en considération des règles alors applicables, lesquelles sont entrées dans le champ contractuel ; elles ont ainsi un droit acquis à la poursuite de leur accord en fonction des dispositions en vigueur lorsqu'elles ont contracté. On dit aussi que le contrat est un acte de prévision que la loi nouvelle ne peut remettre en question pendant le cours de son exécution.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est également en ce sens :

---

<sup>6</sup> [Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003](#), [Décision n°2010-601 DC du 4 février 2010](#)

*Considérant qu'une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là même un caractère rétroactif (Conseil d'État, Assemblée, 24/03/2006, 288460)*

A noter que cette règle de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle reçoit des exceptions.

Ainsi, la loi nouvelle s'applique immédiatement aux contrats en cours lorsqu'elle est subordonnée à la réalisation d'un fait qui intervient après son entrée en vigueur (3e Civ., 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-18.168, Bull. 2006, III, n° 185, 1re Civ., 13 mai 2003, pourvoi n° 00-12.215, Bull. 2003, I, n° 116).

Par ailleurs, lorsque les effets du contrat résultent de la loi et non de la volonté des parties, la jurisprudence tranche en faveur de l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours. (3e Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-13.143, Bull. 2009, III, n° 40, 3e Civ., 9 février 2022, pourvoi n° 21-10.388, publié).

En outre, il a pu être jugé que des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses justifiaient l'application immédiate de la loi nouvelle aux effets à venir des contrats en cours (Com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-16.527, Bull. 2009, IV, n° 31, Soc., 12 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.541, Bull. 2000, V, n° 278).

Enfin, il doit être rappelé qu'en matière pénale, les lois de procédure pénale nouvelles sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur.

En effet, selon les dispositions de l'article 112-2, 1°, du code pénal, *« sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur, les lois de compétence et d'organisation judiciaire, tant qu'un jugement au fond n'a pas été rendu en première instance »*.

### **3.4 L'application de la loi dans le temps de la loi immigration du 26 janvier 2024**

L'article 86 de la loi du 26 janvier 2024 dispose

*« I. - Les articles 3, 4, 9, 10, 25 et 26 s'appliquent aux demandes déposées après la publication de la présente loi.*

*II. - L'article 20 entre en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'Etat, et au plus tard le 1er janvier 2026.*

*III. - Les 1° et 3° de l'article 40 s'appliquent à Mayotte à compter du 1er janvier 2027.*

*IV. - L'article 72, à l'exception du 2° du VI, l'article 73, le I de l'article 74, les 6° à 10° de l'article 75, l'article 76 et les 2°, 8° et 11° du II de l'article 80 entrent en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'Etat, et au plus tard le premier jour du septième mois suivant celui de la publication de la présente loi. Ces dispositions s'appliquent à la contestation des décisions prises à compter de leur entrée en vigueur.*

*V. - Dans les collectivités qui relèvent de l'article 74 de la Constitution à l'exception de Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, la présente loi entre en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'Etat, et au plus tard le premier jour du dix-neuvième mois suivant celui de sa promulgation.*

*La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat. »*

Le législateur a donc exclu de l'application à une date fixée par décret le 2° du VI de l'article 72, qui est relatif à l'allongement du délai de l'OQTF pouvant fonder une assignation à résidence ou un placement en rétention.

Il en résulte que conformément à l'article 1<sup>er</sup> du code civil, les dispositions modifiant l'article L. 731-1 du CESEDA sont entrées en vigueur le 28 janvier 2024, lendemain de la promulgation de la loi.

La demande d'avis nous interroge sur l'hypothèse d'un placement en rétention décidé par l'autorité administrative après le 28 janvier 2024 pour exécuter une OQTF ancienne de plus d'un an à cette date.

Le tribunal administratif de Lyon<sup>7</sup> a récemment été saisi de cette question et y a apporté la réponse suivante.

*« Si les anciennes dispositions de l'article L. 731-1 de ce code faisaient obstacle à l'assignation à résidence d'un étranger sur le fondement d'une obligation de quitter le territoire prise plus d'un an auparavant, elles n'avaient ni pour objet ni pour effet de mettre fin aux effets de la mesure d'éloignement, l'étranger demeurant tenu de quitter le territoire. Ces anciennes dispositions ne privaient pas davantage l'autorité administrative de la possibilité de procéder à son exécution d'office par d'autres moyens. Il s'ensuit que l'écoulement du temps depuis l'édition de l'obligation de quitter le territoire français à l'encontre de M. A, le 15 novembre 2022, n'a pas, en lui-même, eu pour effet de placer l'intéressé dans une situation juridique définitivement constituée, faisant obstacle à ce que la loi attache de nouvelles conséquences juridiques à cette mesure d'éloignement. Dès lors, le préfet de la Loire n'a pas méconnu le principe de non-rétroactivité des actes administratifs »*

Comme l'explique Mme Fullana-Thevenet, rapporteure publique à l'occasion de l'affaire ayant donné lieu à ce jugement :

*« Le requérant était certes auparavant à l'abri d'un placement en rétention ou d'une assignation à résidence au-delà du délai d'un an mais restait privé, comme sous l'empire des nouvelles dispositions, de tout droit au séjour.*

*Il restait tenu de quitter le territoire français avec l'effet potentiel d'une interdiction de retour sur le territoire français faisant obstacle à ce qu'il demande une régularisation de sa situation tant que la mesure d'éloignement n'est pas exécutée.*

*Il n'était pas non plus à l'abri d'autres modalités d'exécution forcée, sans passer par un placement en rétention administrative ou faire l'objet d'une assignation à résidence.*

*Le simple écoulement du temps en l'absence de toute caducité organisée par un texte ne nous semble pas, dans ces conditions, devoir être assimilé, eu égard à ses effets limités, à une situation juridique définitivement constituée. »*

Commentant cette décision, M. Cédric Meurant<sup>8</sup> soulignait :

*« Une légende voudrait que les OQTF deviennent caduques faute d'être exécutées dans le délai de validité d'un an.*

*Néanmoins, un tel délai n'existe ni dans la jurisprudence ni dans le CESEDA. Certes, avant la loi du 26 janvier 2024, le préfet ne pouvait plus assigner à résidence— et a fortiori placer en rétention— l'étranger qui avait fait l'objet d'une OQTF depuis plus d'un an. Ce délai avait été fixé par la loi du 26 novembre 2003 pour clarifier une jurisprudence hésitante qui estimait que l'exécution d'office d'une mesure d'éloignement au terme « d'une durée anormalement longue » devait être regardée comme fondée, non sur la décision initiale, même si elle était devenue définitive, mais sur une nouvelle décision implicite révélée par la mise en œuvre de l'exécution d'office elle-même (comp. : CE, 14 mai 2003, n° 256808 : Lebon T.— CE, 18 févr. 1998, n° 168745, Préfet des Alpes-Maritimes : Lebon*

---

<sup>7</sup> TA de Lyon 11 avril 2024, n°2402326

<sup>8</sup> Chronique de droit des étrangers, 8 juillet 2024, JCPA

*T.). Mais, à présent, et avec la loi du 26 janvier 2024, le délai d'assignation à résidence d'un étranger sous le coup d'une OQTF a été rallongé à 3ans (CESEDA, art. L. 731-1, 1°). Néanmoins, et en tout état de cause, l'expiration de ce délai n'induit nullement la caducité de la mesure d'éloignement, ainsi que vient de le juger explicitement le tribunal administratif de Lyon (TA Lyon, 11 avr. 2024, n° 2402326 : Rev.ALYODA2024 n°2, concl.M. Fullana Thévenet). En effet, la personne étrangère sous le coup d'une mesure d'éloignement est toujours tenue de l'exécuter spontanément (CESEDA, art. L. 711-1). D'ailleurs, l'Administration peut tenir rigueur à un étranger qui n'a pas volontairement exécuté une OQTF dans un délai de 5 ans en lui refusant un visa (CESEDA, art. L. 312-1 A).*

*Néanmoins, des éléments nouveaux dans la situation de l'étranger peuvent évidemment conduire au réexamen de la mesure d'éloignement. En tout état de cause, l'absence de délai de validité de l'OQTF explique que les dispositions de la loi du 26 janvier 2024 allongeant le délai habilitant le préfet à assigner à résidence un étranger sous le coup d'une OQTF soient immédiatement applicables. En effet, l'écoulement de ce délai « n'a pas, en lui-même, eu pour effet de placer l'intéressé dans une situation juridique définitivement constituée ». Dès lors, l'application des nouvelles dispositions issues de la loi de janvier 2024 ne méconnaît pas le principe de non-rétroactivité (de manière générale : CE, 11 déc. 2013, n° 362987 : Lebon T., p. 424). »*

D'autres tribunaux administratifs, saisis de cette question, se sont prononcés en ce sens (TA Grenoble, 27 mars 2024, n° 2401929 ; TA Pau, 15 mars 2024, n° 2400622 ; TA Châlons-en-Champagne, 29 févr. 2024, n° 2400427 ; TA Dijon, 26 mars 2024, n° 2400594 ; TA Nîmes, 15 févr. 2024, n° 2400539 ; TA Clermont-Ferrand, 8 févr. 2024, n° 2400264).

Le panorama de jurisprudence des cours d'appel réalisé par le SDER sur un panel de 45 décisions met en évidence que, s'il ne fait pas débat que les dispositions de l'article 72 de la loi du 26 janvier 2024 n° 2024-42 ayant modifié le 1° de l'article L 731-1 du CESEDA sont d'application immédiate, les conséquences qui en sont déduites, quant à l'appréciation du délai d'antériorité de l'OQTF pouvant fonder le placement en rétention, diffèrent selon les juridictions.

Certains premiers présidents retiennent que la validité de la mesure d'éloignement fondant la rétention doit être réalisée à l'aune des nouvelles dispositions de l'article L731-1 du CESEDA, applicables aux situations en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle de sorte qu'un placement en rétention pris pour exécuter une OQTF de moins de trois ans est régulier.

Ainsi, le premier président de la cour d'appel d'Orléans a statué en ce sens :

*« La Cour rappelle au préalable qu'une obligation de quitter le territoire français n'a pas de limite temporelle dans son existence juridique. Ainsi, un étranger faisant l'objet d'une telle mesure reste tenu de quitter le territoire, même une fois ce délai d'un an ou de trois ans expiré.*

*Il s'en déduit qu'en l'espèce, l'obligation de quitter le territoire prise à l'encontre de M. N. le 24 juillet 2022 est toujours en vigueur, et le restera jusqu'à ce qu'elle soit abrogée, suspendue, annulée, ou exécutée.*

*Se pose ensuite la question du délai durant lequel l'administration est en mesure de procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement. Pour cela, il convient de se référer aux dispositions de l'article L. 731-1 du CESEDA applicables à l'assignation à résidence et, par renvoi à ce dernier, aux dispositions de l'article L. 741-1 applicables au placement en rétention.*

*Les dispositions de ces articles ont été modifiées par l'article 72 2° du VI de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024. Désormais, l'autorité administrative peut placer en rétention administrative l'étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français prise moins de trois ans auparavant (et non plus un an), pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé.*

*Il y a également lieu de prendre en considération le fait que le législateur a prévu l'applicabilité immédiate de cette disposition puisqu'il ne l'a pas intégrée à celles devant faire l'objet d'une entrée en vigueur différée par décret en Conseil d'Etat ou, au plus tard, le premier jour du septième mois suivant l'adoption de la loi du 26 janvier 2024 (article 86 de la loi).*

*Or, ce caractère d'applicabilité immédiate doit être distingué de celui de non-rétroactivité. Il convient donc de retenir que la nouvelle norme s'impose aux situations en cours, c'est-à-dire les situations nées dans le passé mais se poursuivant postérieurement à son entrée en vigueur, soit après le 28 janvier 2024.*

*En l'espèce, M. N. a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire en date du 24 juillet 2022. A partir de cette décision, est née une situation juridique lui imposant de quitter le territoire français.*

*Cette situation juridique est restée inchangée jusqu'à aujourd'hui, puisque cette obligation de quitter le territoire n'a jamais été remise en cause ni exécutée.*

*L'applicabilité immédiate de la loi du 26 janvier 2024 permet donc l'application des articles L. 741-1 et L. 731-1, dans leur nouvelle rédaction, à cette situation.*

*Il s'en déduit que l'arrêté de placement litigieux ayant été notifié le 1er juillet 2024 à un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire prise moins de trois ans auparavant, en la personne de M. N., contraint de quitter le territoire depuis le 24 juillet 2022, n'est pas dépourvu de base légale. Le moyen est donc rejeté.*

**Il en est de même du premier président de la cour d'appel de Paris (Paris 29 avril 2024 RG n° 24/01932) :**

*« L'article L. 731-1, précité, dans sa version issue de l'article 72, VI, 2°, de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024, a ainsi allongé le délai au-delà duquel une OQTF ne peut plus constituer la base légale d'un arrêté de placement en rétention d'un an à trois ans.*

*L'article 1 du code civil énonce que les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Aucune date n'est fixée pour l'entrée en vigueur des dispositions modifiées de l'article L 731-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'article 86, IV, de la loi précitée qui régit les conditions d'application dans le temps de l'article 72, excluant précisément de son champ d'application le 2° du VI, lequel porte d'un à trois ans l'ancienneté maximale de la décision portant OQTF sur la base de laquelle l'autorité administrative peut assigner à résidence ou placer en rétention administrative l'étranger.*

*Il est, ainsi, sans incidence que, sous l'empire des dispositions précédemment applicables, le délai d'un an alors prévu soit arrivé à expiration le 9 novembre 2023, ce qui n'aurait eu de conséquence qu'à l'égard d'une mesure de placement prise en application de la loi antérieure.*

*En l'espèce, la loi du 26 janvier 2024 s'applique immédiatement et permet que toute OQTF prise moins de trois ans auparavant puisse constituer la base légale d'un arrêté de placement en rétention.*

*Du reste, la question de la validité de la mesure d'éloignement sur laquelle est fondée la mesure de rétention, dont l'appréciation relève de la compétence du juge administratif, n'est pas en cause en l'espèce, seul, au-delà de son existence, son caractère exécutoire, à la date de la mesure de placement, devant être vérifié pour satisfaire aux conditions posées par les dispositions des articles L. 741-1 et L. 731-1 précités et apprécier, ainsi, la régularité de la mesure de placement, ce qui relève bien, en l'état du droit applicable, de la compétence du juge judiciaire. »*

**Le premier président de la cour d'appel de Pau a adopté la même analyse :**

*« L'application immédiate de la nouvelle loi aux situations en cours, soit des situations nées avant la promulgation de la loi et se poursuivant postérieurement à son entrée en vigueur, ne saurait être analysée comme une situation de rétroactivité car les dispositions de la loi du 26 janvier 2024 ne créent pas une situation qui n'existait pas antérieurement à leur entrée en vigueur. Quelle que soit la durée du délai permettant de prendre un arrêté de placement en rétention sur la base d'une décision ordonnant obligation de quitter le territoire, l'étranger reste visé par cette obligation et cet acte administratif reste exécutoire, même en l'absence d'arrêté de placement en rétention, sauf à faire l'objet d'une annulation par la juridiction administrative.*

*En d'autres termes, le fait que M. A n'ait pas pu faire l'objet d'un arrêté de placement en rétention sur la base de l'obligation de quitter le territoire entre (25 août 2022 et le 27 janvier 2024) démontre que ce texte n'a pas d'effet rétroactif puisque la loi n'a pas produit d'effet pour une période antérieure à son entrée en vigueur.*

*En outre, le fait que le préfet ait l'obligation de fonder son arrêté de placement en rétention sur une décision emportant obligation de quitter le territoire de moins de trois ans (ou de moins d'un an sous l'empire de l'ancienne loi) n'emporte pas l'extinction des effets de l'arrêté portant obligation de quitter le territoire au-delà de cette période car ce dernier acte est un acte autonome de celui ordonnant la décision de placement en rétention.*

*En d'autres termes la loi du 26 janvier 2024 n'a aucune conséquence sur la validité de la mesure d'éloignement fondant la rétention, elle permet seulement depuis le 28 janvier 2024 à l'autorité administrative de prendre un arrêté de placement en rétention sur une période de 3 ans en lieu et place de la période d'un an prévue antérieurement, soit en l'espèce jusqu'au 25 août 2024.*

*Dès lors l'arrêté prononçant l'obligation de quitter le territoire demeure exécutoire et fonde valablement le placement en rétention. »*

A l'inverse, des premiers présidents ont retenu que l'OQTF prise plus d'un an avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024 avait cessé de produire ses effets et ne pouvait donc valablement fonder un placement en rétention décidé après cette entrée en vigueur :

**Douai 9 juillet 2024 RG 24/01383 :**

*« la loi n°2024-42 du 26 janvier 2024 a eu pour effet de faire passer de 1 à 3 ans le délai suivant la notification d'une obligation de quitter le territoire français durant lequel l'autorité administrative peut se fonder sur une telle décision pour placer un étranger en rétention administrative en vue de son éloignement.*

*Toutefois, l'article 2 du code civil dispose que la loi n'a pas d'effet rétroactif.*

*Dès lors, les dispositions de l'article 72 de la loi du 26 janvier 2024 n° 2024-42 ayant modifié le 1° de l'article L 731- du CESEDA étaient d'application immédiate et en conséquences à la date d'entrée en vigueur de cette loi, le 28 janvier 2024, l'arrêté portant obligation de quitter le territoire français, daté du 16 août 2022, qui avait été pris depuis d'un an avant cette date, n'entrait pas dans le champ d'application des dispositions de l'article L 173-1-1 nouveau du CESEDA puisqu'il avait cessé de produire ses effets au 16 août 2023. »*

**Rennes 8 mai 2024 RG 24/00183 :**

*L'article 2 du code Civil dispose que la loi n'a pas d'effet rétroactif.*

*Les dispositions de l'article 72 de la loi du 26 janvier 2024 n°2024-42 ayant modifié le 1° de l'article L. 731-1 du CESEDA étaient d'application immédiate et en conséquence à la date d'entrée en vigueur de cette loi, le 28 janvier 2024, l'arrêté portant obligation de quitter le territoire français, daté du 24 janvier 2023, qui avait été pris depuis plus d'un an avant cette date, n'entrait pas dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 731-1 1° nouveau du CESEDA puisqu'il avait cessé de produire ses effets au 24 janvier 2024.*

Une autre ordonnance du premier président de Rennes du 7 mai 2024 (RG 24/00177), a statué en ce sens, et fait l'objet d'un pourvoi en cassation (W 24-16.261) :

*« Si l'article L.711-1 du CESEDA prévoit effectivement que l'étranger doit exécuter la décision d'éloignement dont il fait l'objet, cela se rapporte à l'obligation qu'il a de se conformer à cette décision et non aux prérogatives permettant d'assurer, sous la contrainte, ce dispositif.*

*A compter de cette date, il n'était donc plus possible d'organiser une rétention sur la base de cette mesure d'éloignement, sauf à rétroagir et à redonner indûment vie à une situation juridique éteinte. »*

L'examen du panorama montre que l'analyse des cours d'appel de Douai et de Rennes semble minoritaire.

Dans le présent dossier, le JLD, à l'initiative de la demande d'avis, a considéré que l'autorité administrative ne pouvait pas valablement, le 5 août 2024, placer en rétention M. [G] sur le fondement de l'arrêté portant OQTF du 2 mai 2022.

Il a retenu que l'arrêté du 2 mai 2022 ne pouvait plus constituer la base légale d'une assignation à résidence ou d'un placement en rétention à compter du 1<sup>er</sup> mai 2023, soit avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, scellant ainsi une situation juridique définitivement constituée avant son entrée en vigueur sur laquelle aucune des dispositions transitoires de la loi du 26 janvier 2024 ne permet de revenir.

Il a ajouté que, si le conseil de la préfecture rappelait avec raison que l'OQTF s'imposait toujours à l'étranger, même plus d'un an après avoir été prise, il n'en demeurerait pas moins qu'elle ne pouvait plus fonder un placement en rétention ou une assignation à résidence.

Cette décision a été infirmée par le premier président de la cour d'appel de Lyon au terme de la motivation suivante :

*« L'article L. 741-1 nouveau du CESEDA, applicable depuis le 28 janvier 2024, dispose que « l'autorité administrative peut placer en rétention, pour une durée de quarante-huit heures, l'étranger qui se trouve dans l'un des cas prévus à l'article L.731-1 lorsqu'il ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement et qu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision. »*

*L'article L. 731 -1 du même code, également entré en vigueur le 28 janvier 2024 et immédiatement applicable, prévoit quant à lui que « l'autorité administrative peut assigner à résidence l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable, notamment dans le cas où il fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français, prise moins de trois ans auparavant, pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé. »*

*Les dispositions de la loi du 26 janvier 2024 ayant eu pour effet de fixer à trois années, au lieu d'un an, le délai suivant la notification de l'arrêté portant obligation de quitter le territoire français pendant lequel une exécution d'office peut être décidée par l'autorité administrative, ne sont pas rétroactives, en ce qu'elles ne s'appliquent pas antérieurement à son entrée en vigueur, puisque seule une décision d'assignation à résidence ou de placement en rétention administrative prise postérieurement à la loi nouvelle est susceptible d'avoir pour base légale un arrêté portant obligation de quitter le territoire français pris depuis moins de trois ans.*

*Par ailleurs, l'expiration du délai d'un an visé par l'article L. 731-1 dans sa version antérieure au 28 janvier 2024 n'a nullement pour effet de rendre caduc l'arrêté portant obligation de quitter le territoire français, qui continue à produire des effets, l'étranger restant toujours tenu de l'exécuter, ainsi qu'il résulte de l'article L. 711-1 du CESEDA.*

*Il s'ensuit que l'arrêté de placement en rétention administrative du 1<sup>er</sup> août 2024, fondé sur une obligation de quitter le territoire français notifiée moins de trois ans auparavant n'est pas dépourvu de base légale, ce qui conduit en conséquence à l'infirmer de l'ordonnance entreprise. »*

Dans son avis du 28 août 2024, le procureur général près la cour d'appel de Lyon souligne :

*« Le principe de non-rétroactivité de la loi ne s'apprécie par vis à vis de l'OQTF mais de l'arrêté de placement en rétention. Or, l'arrêté de placement en rétention du 1<sup>er</sup> août 2024 étant postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024, il n'y a aucune application rétroactive de la loi. Il ne s'agit pas d'apprécier, pour le JLD, la validité de l'OQTF mais uniquement la régularité de l'arrêté de placement en rétention.*

*Or, la régularité d'un acte administratif s'apprécie à la date de son édicton. La régularité d'un arrêté de placement en rétention postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024 est donc appréciée au regard des dispositions légales applicables au jour de son édicton. Les dispositions issues de la loi du 26 janvier 2024 lui sont donc nécessairement applicables, sans qu'il y ait atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi. (...)*

*La question qui se pose est de savoir si l'échéance d'un an sous l'empire de la loi ancienne, à compter de l'édiction de l'OQTF constitue une situation juridiquement constituée.*

*Nous exposerons que tel n'est pas le cas. (...)*

*Le fait qu'antérieurement à la loi du 26 janvier 2024, une OQTF ne pouvait pas fonder un placement en rétention ne signifiait pas que, pour autant, la mesure d'éloignement disparaissait de l'ordonnancement juridique ou ne produisait plus d'effet.*

*L'étranger était toujours tenu de l'exécuter et la mesure lui était opposable par l'administration.*

*Ainsi, il n'y a aucune situation juridique antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024 sur laquelle cette loi serait revenue, portant atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi.*

*De même, l'étranger ne tire aucun droit acquis d'une obligation de quitter le territoire français, s'agissant d'un acte non-créateur de droit. »*

C'est en l'état de l'ensemble de ces éléments qu'il conviendra de se prononcer sur la demande d'avis.