Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. YVES BOT
présentées le 30 avril 2014[1]

Affaires jointes C-473/13 et C-514/13

Adala Bero (C-473/13)
contre
Regierungspräsidium Kassel
[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Allemagne)]
et
Ettayebi Bouzalmate (C-514/13)
contre
Kreisverwaltung Kleve
[demande de décision préjudicielle formée par le Landgericht München (Allemagne)]

«Espace de liberté, de sécurité et de justice — Directive 2008/115/CE — Normes et procédures communes en matière de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier — Mesure de rétention à des fins d'éloignement — Conditions et régime de la rétention — Article 16, paragraphe 1 — Rétention dans des centres de rétention spécialisés — Réglementation nationale prévoyant la rétention dans un établissement pénitentiaire du Land lorsque ce dernier ne dispose pas d'un centre de rétention spécialisé — Compatibilité»

et

Affaire C-474/13

Thi Ly Pham

contre

Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Allemagne)]

«Espace de liberté, de sécurité et de justice — Directive 2008/115/CE — Normes et procédures communes en matière de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier — Mesure de rétention à des fins d'éloignement — Conditions et régime de la rétention — Article 16, paragraphe 1 — Rétention dans un établissement pénitentiaire — Obligation de séparation de l'intéressé des détenus de droit commun — Absence de séparation en raison de la renonciation de l'intéressé à cette garantie — Compatibilité»

1 — Langue originale: le français.

I – **Introduction**

1. Un ressortissant de pays tiers en attente d'éloignement peut-il être retenu dans un établissement pénitentiaire au motif qu'il n'existe pas, dans le Land chargé d'assurer l'exécution de sa rétention, de centres spécialisés tels que ceux visés à l'article 16, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE [2]?

2. En outre, ce ressortissant peut-il consentir à être retenu avec les prisonniers de droit commun et renoncer ainsi au droit que lui confère cette disposition d'être séparé de ces derniers?

3. Telles sont, en substance, les questions soulevées par les affaires jointes C-473/13 et C-514/13 ainsi que par l'affaire C-474/13.

4. La Cour est, par conséquent, invitée à préciser les conditions dans lesquelles les États membres, en l'occurrence la République fédérale d'Allemagne, doivent assurer la rétention des ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement sur le fondement de la directive.

5. Conformément à l'article 79, paragraphe 2, TFUE, l'objectif de la directive est de mettre en place une politique efficace d'éloignement et de rapatriement fondée sur des normes et des garanties juridiques communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux ainsi que de leur dignité [3].

6. Il découle des considérants 13 et 16 ainsi que du libellé de l'article 15, paragraphe 1, de la directive que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. Afin d'assurer l'efficacité des procédures de retour, la directive prévoit donc une gradation des mesures allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risquerait, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention [4].

7. Cette dernière mesure constitue la mesure restrictive de liberté la plus grave que permet la directive dans le cadre d'une procédure d'éloignement forcé [5]. Elle constitue, en principe, une mesure de dernier ressort [6]. Elle est donc strictement encadrée par le législateur de l'Union dans le cadre du chapitre IV de la directive de façon à garantir, d'une part, le respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis et, d'autre part, le respect des droits fondamentaux des ressortissants concernés [7].

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO L 348, p. 98, ci-après la «directive»).

3 — Voir article 1er ainsi que considérants 2 et 11 de la directive.

4 — Arrêt El Dridi (C- 61/11 PPU, EU:C:2011:268, points 39 et 41).

5 — Ibidem (point 42).

6 — Dans l'arrêt Popov c. France du 19 janvier 2012, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi rappelé que «le placement en rétention administrative [est] une mesure de dernier ressort à laquelle aucune alternative ne [peut] se substituer» (§ 119). Voir, également, résolution 1707 (2010), dans laquelle l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe rappelle que «la rétention [...] des migrants en situation irrégulière est une mesure exceptionnelle qui n'est applicable que lorsque l'on a examiné toutes les autres alternatives et qu'aucune ne s'est avérée probante» (point 9.1.1).

7 — Voir, respectivement, considérants 13, 16, 17 et 24 de la directive.

8. C'est dans ce cadre que l'article 16, paragraphe 1, de la directive prévoit, dans sa version en langue française, ce qui suit:

«La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. *Lorsqu'un État membre ne peut les placer* dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, *les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun.*» [8]

9. L'article 16, paragraphe 1, de la directive établit donc deux exigences à l'égard des États membres relatives aux conditions et au régime de la rétention.

10. D'une part, la rétention doit se dérouler dans un centre spécialisé au mode de vie adapté et, d'autre part, lorsque celle-ci doit exceptionnellement avoir lieu dans un établissement pénitentiaire, l'État membre doit garantir la séparation de ces ressortissants des prisonniers de droit commun, cette dernière exigence apparaissant comme intangible, puisque obligatoire quel que soit le lieu de la rétention.

11. Or, chacune de ces exigences n'est que partiellement satisfaite en Allemagne.

12. En effet, il faut savoir que, conformément aux articles 83 et 84 de la loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, ci-après la «loi fondamentale»), c'est aux États fédérés (Bundesländer) qu'il appartient d'assurer l'exécution des rétentions ordonnées en vue de l'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

13. Or, sur les seize Länder qui composent la République fédérale d'Allemagne, dix d'entre eux ne disposaient pas, au jour de l'introduction des présentes demandes de décision préjudicielle, de centres de rétention spécialisés, si bien que les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement sont placés dans des établissements pénitentiaires et soumis, pour certains, aux mêmes règles et restrictions que celles réservées aux détenus de droit commun [9].

14. Ainsi, dans l'affaire C-473/13, Mme Adala Bero, qui est une ressortissante syrienne, a été placée en rétention du 6 janvier au 2 février 2011 au sein de l'établissement pénitentiaire de la ville de Francfort-sur-le-Main, le Land de Hesse ne disposant d'aucun centre de rétention spécialisé susceptible d'accueillir les femmes. Il ressort des observations déposées par Mme Bero que celle-ci n'a pas été séparée des prisonniers de droit commun et des personnes placées en détention provisoire.

15. Dans l'affaire C-514/13, M. Ettayebi Bouzalmate, qui est un ressortissant marocain, a été retenu depuis le 14 juillet 2013 dans un quartier distinct de l'établissement pénitentiaire de la ville de Munich, faute de centres de rétention spécialisés dans le Land de Bavière, et ce pendant une durée de trois mois [10].

16. Enfin, dans l'affaire C-474/13, Mme Thi Ly Pham, qui est une ressortissante vietnamienne, a été placée en rétention du 29 mars au 10 juillet 2012 dans l'établissement pénitentiaire de la ville de Nuremberg (Land de Bavière) et a, de surcroît, consenti à être retenue avec les détenus de droit commun.

8 — Italique ajouté par nos soins.

9 — Il s'agit des Länder de Hambourg, de Hesse, de Bade-Wurtemberg, de Bavière, de Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, de Basse-Saxe, de Rhénanie du Nord-Westphalie, de Saxe, de Saxe-Anhalt et de Thuringe. En revanche, il existe des centres de rétention spécialisés dans les Länder suivants: Berlin, Schleswig-Holstein, Rhénanie-Palatinat et Sarre en coopération, Brandebourg et Brême.

10 — Nous avons appris, lors de l'audience, que l'ordonnance de placement en rétention de M. Bouzalmate a été annulée.

17. Il ressort des observations déposées par Mme Pham que celle-ci a signé la déclaration écrite prérédigée suivante:

«Pham Thi Ly, en rétention

Je déclare consentir à être placée avec des prisonniers.

Nuremberg, le 30 mars 2012

Signature»

18. Ces placements en rétention ont tous été adoptés sur le fondement de l'article 62a, paragraphe 1, de la loi relative au séjour, à l'activité professionnelle et à l'intégration des étrangers sur le territoire fédéral [Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz)], du 30 juillet 2004[11], lequel a pour objet de transposer dans l'ordre juridique allemand l'article 16, paragraphe 1, de la directive.

19. L'article 62a, paragraphe 1, de l'Aufenthaltsgesetz est rédigé comme suit:

«La rétention aux fins de l'éloignement s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. *Lorsqu'un Land ne dispose pas d'un centre de rétention spécialisé,* la rétention peut s'effectuer dans d'autres établissements pénitentiaires de ce Land; dans un tel cas, les personnes retenues dans l'attente de leur éloignement doivent être séparées des autres prisonniers» [12].

20. Dans les affaires au principal, le Bundesgerichtshof (affaires C-473/13 et C-474/13) et le Landgericht München (affaire C-514/13) s'interrogent sur la légalité de la rétention au regard des principes établis à l'article 16, paragraphe 1, de la directive.

21. Les affaires C-473/13 et C-514/13 ont été jointes aux fins de la procédure écrite et de l'arrêt compte tenu de l'identité de la question préjudicielle. Dans la mesure où l'affaire C-474/13 entretient un lien étroit avec ces affaires jointes, nous avons fait le choix de présenter des conclusions communes.

A – *Les affaires jointes C-473/13 et C-514/13*

22. Dans les affaires jointes C-473/13 et C-514/13, le Bundesgerichtshof et le Landgericht München s'interrogent sur la nature des motifs permettant à un État membre d'ordonner le placement en rétention d'un migrant en situation irrégulière dans un établissement pénitentiaire.

23. Les juridictions de renvoi s'interrogent, en particulier, sur la compatibilité de l'article 62a, paragraphe 1, de l'Aufenthaltsgesetz avec les principes sur lesquels repose l'article 16, paragraphe 1, de la directive et se demandent, notamment, s'il y a lieu de tenir compte de la structure fédérale de l'Allemagne et des compétences réservées à chacun des États fédérés pour la mise en œuvre de ces principes.

24. En effet, la législation allemande autorise expressément le Land compétent à placer les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement dans des établissements pénitentiaires lorsqu'«[il] ne dispose pas d'un centre de rétention spécialisé».

11 — BGBl. 2004 I, p. 1950.

12 — Italique ajouté par nos soins.

25. Le Bundesgerichtshof et le Landgericht München ont donc tous deux décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel. Les questions qu'ils posent dans ce cadre sont, en substance, identiques.

26. Dans l'affaire C-473/13, le Bundesgerichtshof pose la question préjudicielle suivante:

«Résulte-t-il de l'article 16, paragraphe 1, de la directive [...] qu'un État membre est tenu, en règle générale, de retenir une personne aux fins d'éloignement dans un centre de rétention spécialisé, y compris dans l'hypothèse où de tels centres n'existeraient que dans une partie des États fédérés dudit État membre mais non dans d'autres?»

27. Dans l'affaire C-514/13, le Landgericht München formule sa question dans les termes suivants:

«Résulte-t-il de l'article 16, paragraphe 1, de la directive [...] qu'un État membre est tenu, en règle générale, de retenir une personne aux fins d'éloignement dans un centre de rétention spécialisé, y compris lorsque de tels centres n'existent que dans une partie de la structure fédérale de l'État, mais non dans celle dans laquelle la rétention doit être exercée conformément aux dispositions régissant la structure fédérale dudit État?»

28. Les parties au principal, les gouvernements allemand, néerlandais, suédois et suisse ainsi que la Commission européenne ont déposé des observations.

B – *L'affaire C-474/13*

29. L'affaire C-474/13 s'inscrit dans le même contexte que les affaires jointes C-473/13 et C-514/13. Elle soulève, néanmoins, la question de la portée qu'il convient d'accorder à l'obligation de séparation des migrants en situation irrégulière des détenus de droit commun, visée à l'article 16, paragraphe 1, de la directive. En effet, nous rappelons que l'intéressée a été placée pour une durée de trois mois dans l'établissement pénitentiaire de la ville de Nuremberg et a, de surcroît, consenti à être retenue avec les détenus de droit commun.

30. Dans cette affaire, le Bundesgerichtshof s'interroge, par conséquent, sur la légalité d'une telle rétention au regard de l'article 16, paragraphe 1, de la directive, compte tenu du consentement émis par l'intéressée.

31. Le Bundesgerichtshof a donc sursis à statuer et a posé à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Est-il compatible avec l'article 16, paragraphe 1, de la directive [...] de placer une personne en rétention aux fins d'éloignement par regroupement avec des prisonniers, dans l'hypothèse où cette personne consentirait à un tel regroupement?»

32. Les parties au principal, les gouvernements allemand et néerlandais ainsi que la Commission ont déposé des observations.

C – *L'enjeu des questions*

33. Les trois renvois préjudiciels soulèvent une vraie question de principe quant aux conditions de rétention des migrants en attente d'éloignement prévues à l'article 16, paragraphe 1, de la directive.

34. Évoquer la question de la rétention des migrants en attente de retour fait naître des images d'une réalité trop souvent illustrée par une actualité tragique. Prise dans sa globalité, elle pose le problème de l'adéquation du système mis en place au niveau de l'Union européenne. La simple observation de ce système amène à constater que la logique des principes retenus conduit à un déséquilibre entre les États membres. Certains, en raison de leur situation géographique, doivent subir une charge plus lourde que d'autres et le poids économique qui en résulte ne saurait être passé sous silence.

35. Pour autant, à travers l'application des principes fondamentaux du droit, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour à sa suite ont, dans des arrêts que chacun connaît [13], rappelé que le système actuellement en vigueur ne saurait aboutir à un résultat qui verrait tout le poids reposer sur les seuls États membres directement confrontés aux entrées massives de migrants.

36. En effet, avant que n'interviennent les arrêts en question, l'application pure et simple des dispositions du droit de l'Union aboutissait, volens nolens, à une situation plus confortable pour certains États membres que pour d'autres.

37. Les deux juridictions ont alors rappelé que la facilité devait céder devant l'exigence du respect des droits fondamentaux.

38. C'est à l'adoption d'une démarche similaire dans son esprit que nous souhaitons aujourd'hui convier la Cour dans les espèces qui nous sont actuellement soumises.

39. Sous l'afflux des migrants, la rétention en attente d'éloignement est devenue extrêmement importante. Les raisons de cette situation douloureuse sont multiples et connues. Elles relèvent de la politique extérieure des États membres et de l'Union, domaine qui leur est réservé.

40. En revanche, les conditions juridiques de la décision de rétention et celles, matérielles, de son exécution relèvent du contrôle juridictionnel.

41. Les conditions juridiques des décisions de placement en rétention ne sont pas en cause ici. Celles, matérielles, de l'exécution de ces décisions constituent, en revanche, le cœur du problème soumis.

42. La directive affirme de manière parfaitement évidente que la décision de placement en rétention constitue une mesure de dernier ressort. Elle en affirme le caractère totalement subsidiaire lié à la nécessité d'assurer l'éloignement du migrant. La directive établit donc particulièrement bien que la situation du migrant dont la seule faute réside dans son dénuement et dont le seul crime consiste à tenter d'y échapper, fût-ce au prix de risques insensés pour un résultat totalement aléatoire, est à l'opposé de celle d'un délinquant. Cette caractéristique fondamentale ne peut que se traduire dans le régime d'exécution de la mesure qui, en conséquence, ne peut que se distinguer de l'exécution d'une peine.

43. En effet, il convient de préciser, dès à présent, que les établissements pénitentiaires, lesquels sont soit des établissements pour peine répondant à des finalités précises liées à la notion de peine elle-même, soit des maisons d'arrêt, ne sauraient être confondus avec les centres de rétention spécialisés prévus par la directive. Un individu n'est détenu dans un établissement pénitentiaire que dans deux hypothèses seulement, soit avant d'être jugé, soit pour exécuter une sanction pénale, chacune de ces hypothèses s'intégrant à une procédure liée à une infraction pénale grave.

13 — Voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêts S.D. c. Grèce du 11 juin 2009; Popov c. France, précité, et Aden Ahmed c. Malte du 23 juillet 2013.

44. Avant le jugement, la détention ne se conçoit que pour des raisons précises qui supposent comme condition de base que l'on cristallise sur soi les éléments rendant vraisemblable, sinon probable, la commission d'une infraction d'un niveau certain de gravité et s'y ajoutent des éléments tenant à la nature de l'acte commis, aux circonstances de sa commission, à l'absence de garanties de représentation de la personne mise en cause, à la nécessité de préserver les preuves et d'éviter des pressions sur les témoins ainsi que des éléments tenant à la personnalité de la personne mise en cause, lesquels rendent indispensable son maintien à la disposition de la justice.

45. La mise en détention avant jugement répond donc, notamment, à la nécessité d'éviter des contacts avec des tiers ou d'éviter la fuite. Il en résulte nécessairement que, même concernant les établissements ou les quartiers d'établissement consacrés aux personnes non encore jugées, le régime de détention appliqué prend en compte ces objectifs basiques. Les obligations qui en découlent ne peuvent en aucun cas permettre, au sein de ces structures, la libre circulation des personnes qui s'y trouvent contre leur gré, non plus que le libre accès de tiers ou la liberté des contacts avec l'extérieur, puisque c'est justement pour empêcher de tels contacts que les régimes de détention ont été conçus.

46. C'est encore plus vrai pour les établissements ou quartiers d'établissement consacrés aux détenus condamnés pour lesquels l'une des principales préoccupations, légitimes au demeurant, de l'administration pénitentiaire est d'éviter l'évasion ainsi que les mouvements collectifs et les agressions contre les personnels. La prise en compte de ces éléments se traduit évidemment dans le régime applicable aux détenus et le mode de gestion de ces établissements.

47. Indépendamment des considérations qui précèdent, la règle générale du fonctionnement de tels établissements repose sur la séparation – traduite par l'affectation dans des établissements distincts ou des quartiers distincts d'un même établissement – des hommes, des femmes et des mineurs.

48. S'agissant des mineurs, il convient de garder à l'esprit que leur détention est toujours une mesure, par principe, exceptionnelle qui suppose donc qu'elle s'applique à des mineurs qui soit sont proches de leur majorité, soit présentent un profil psychologique difficile et, en tous les cas, en raison de la commission de faits graves.

49. C'est donc en considération, d'une part, de ces données et, d'autre part, des prescriptions de la directive et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte») qu'il conviendra d'examiner si appliquer de tels régimes aux migrants placés en rétention dans l'attente de leur éloignement respecte les droits qui leur sont reconnus dans l'Union.

50. Dans les présentes conclusions, nous exposerons les raisons pour lesquelles, à nos yeux, un ressortissant de pays tiers en attente d'éloignement ne peut être retenu dans un établissement pénitentiaire au motif qu'il n'existe pas, dans le Land chargé d'assurer l'exécution de sa rétention, de centres spécialisés tels que ceux visés à l'article 16, paragraphe 1, de la directive.

51. Nous soutiendrons également que ce ressortissant ne peut être retenu ensemble avec les prisonniers de droit commun au prétexte qu'il a renoncé au droit que lui confère ladite disposition d'être séparé de ces derniers.

II – **Le cadre juridique**

52. Les considérants 11, 13, 16, 17 et 24 de la directive énoncent:

«(11) Il y a lieu d'arrêter un ensemble commun minimal de garanties juridiques, applicables aux décisions liées au retour, afin d'assurer une protection efficace des intérêts des personnes concernées. [...]

[...]

(13) Il convient de subordonner expressément le recours à des mesures coercitives au respect des principes de proportionnalité et d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. [...] Les États membres devraient pouvoir avoir recours à différentes possibilités pour contrôler le retour forcé.

[...]

(16) Le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas.

(17) Les ressortissants de pays tiers placés en rétention devraient être traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux et conformément aux dispositions du droit national et du droit international. Sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par la législation nationale, la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisés.

[...]

(24) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, en particulier, par la [Charte].»

53. L'article 1er de la directive prévoit:

«La présente directive fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme.»

54. L'article 4 de la directive, intitulé «Dispositions plus favorables», dispose, à son paragraphe 3, ce qui suit:

«La présente directive s'applique sans préjudice du droit des États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables pour les personnes auxquelles la présente directive s'applique, à condition que ces dispositions soient compatibles avec la présente directive.»

55. L'article 15, paragraphe 2, dernier alinéa, de la directive précise que «[l]e ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale».

56. L'article 16, paragraphe 1, de la directive, intitulé «Conditions de rétention», est libellé comme suit:

«La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. Lorsqu'un État membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun.»

57. L'article 17, paragraphes 2 et 3, de la directive dispose:

«2. Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.

3. Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.»

58. Enfin, l'article 18 de la directive, intitulé «Situations d'urgence», prévoit ce qui suit:

«1. Lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue sur la capacité des centres de rétention d'un État membre ou sur son personnel administratif et judiciaire, l'État membre en question peut, aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste, [...] prendre des mesures d'urgence concernant les conditions de rétention dérogeant à celles énoncées à l'article 16, paragraphe 1, et à l'article 17, paragraphe 2.

2. Lorsqu'il recourt à ce type de mesures exceptionnelles, l'État membre concerné en informe la Commission. Il informe également la Commission dès que les motifs justifiant l'application de ces mesures ont cessé d'exister.

3. Aucune disposition du présent article ne saurait être interprétée comme autorisant les États membres à déroger à l'obligation générale qui leur incombe de prendre toutes les mesures appropriées, qu'elles soient générales ou particulières, pour veiller au respect de leurs obligations découlant de la présente directive.»

III – **Observations liminaires**

59. À titre liminaire, nous relevons que, ainsi qu'il résulte des informations fournies par le Bundesgerichtshof dans l'affaire C-473/13, la directive n'était pas transposée dans l'ordre juridique allemand lorsque Mme Bero a été placée en rétention le 6 janvier 2011.

60. En effet, l'article 62a de l'Aufenthaltsgesetz est entré en vigueur le 26 novembre 2011, soit après la remise en liberté de l'intéressée. Cette disposition n'était donc pas applicable dans le cadre de la procédure engagée à l'encontre de Mme Bero. En revanche, celle-ci peut se prévaloir de l'article 16, paragraphe 1, de la directive dans la mesure où, à la date de son placement en rétention, le délai de transposition de la directive fixé à l'article 20, paragraphe 1, premier alinéa, de celle-ci au 24 décembre 2010 était expiré.

61. Or, selon une jurisprudence constante, lorsqu'un État membre s'abstient de transposer une directive dans les délais ou en fait une transposition incorrecte, les particuliers sont fondés à invoquer contre cet État les dispositions de cette directive qui apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises. Or, ainsi que la Cour l'a relevé dans l'arrêt El Dridi [14], il en va ainsi pour les articles 15 et 16 de la directive, lesquels sont inconditionnels et suffisamment précis pour ne pas nécessiter d'autres éléments particuliers pour permettre leur mise en œuvre par les États membres [15].

IV – **Notre analyse de l'article 16, paragraphe 1, de la directive**

62. Chacune des questions dont la Cour est saisie suppose, aux fins de leur examen, une interprétation commune des termes et de la finalité de l'article 16, paragraphe 1, de la directive.

14 — EU:C:2011:268.

15 — Points 46 et 47 ainsi que jurisprudence citée.

A – *Les termes de l'article 16, paragraphe 1, de la directive*

63. Nous porterons une attention particulière sur les versions en langues française et allemande de l'article 16, paragraphe 1, de la directive. En effet, il existe une différence substantielle entre ces deux versions linguistiques, ce qui a évidemment entraîné des conséquences quant aux termes employés par le législateur allemand dans sa loi de transposition nationale.

64. Concernant la première phrase de l'article 16, paragraphe 1, de la directive, celle-ci pose le principe suivant lequel «[l]a rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés».

65. Le principe est rédigé en termes clairs et homogènes, dans toutes les langues de l'Union [16]. Nous sommes, dès lors, convaincu que le législateur de l'Union a entendu poser le principe suivant lequel les États membres sont tenus d'établir des centres spécialisés aux fins de la rétention des ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement, sous réserve d'exceptions particulières.

66. En effet, la rigueur de ce principe est atténuée par l'emploi de l'expression «en règle générale», laquelle suppose des dérogations.

67. Le législateur de l'Union introduit une exception audit principe à l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive [17].

68. Ainsi, dans la version en langue française de cette disposition, les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement peuvent être retenus dans des établissements pénitentiaires «[l]orsqu'un État membre *ne peut* les placer dans un centre de rétention spécialisé» [18] ou, dans sa version en langue anglaise, «[w]here a Member State *cannot* provide accomodation in a specialised detention facility» [19].

69. Or, la version en langue allemande de ladite disposition introduit une différence substantielle quant aux circonstances dans lesquelles un État membre peut déroger au principe fixé à l'article 16, paragraphe 1, première phrase, de la directive. En effet, celle-ci autorise la rétention dans un établissement pénitentiaire «[l]orsqu'il *n'existe pas* de centres de rétention spécialisés dans un État membre» [20] («Sind in einem Mitgliedstaat solche speziellen Hafteinrichtungen nicht vorhanden»).

70. Cette version se répercute, en partie seulement, sur le texte de la législation allemande qui transpose l'article 16, paragraphe 1, de la directive. En effet, l'article 62a, paragraphe 1, de l'Aufenthaltsgesetz prévoit, nous le rappelons, ce qui suit:

«La rétention aux fins de l'éloignement s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. *Lorsqu'un Land ne dispose pas* d'un centre de rétention spécialisé, la rétention peut s'effectuer dans d'autres établissements pénitentiaires de ce Land» [21].

71. Force est de constater que la portée des motifs pour lesquels un État membre peut déroger au principe fixé et, par conséquent, la portée de l'exception elle-même ont été substantiellement modifiées par l'effet combiné de la version en langue allemande et de la transposition dans l'ordre juridique allemand de l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive.

16 — En langue tchèque, «Zajištění se zpravidla vykonává ve zvláštních zajišťovacích zařízeních»; en langue allemande, «Die Inhaftierung erfolgt grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen»; en langue anglaise, «Detention shall take place as a rule in specialised detention facilities»; en langue finnoise, «Säilöönotto tapahtuu yleensä erityisissä säilöönottolaitoksissa»; en langue italienne, «Il trattenimento avviene di norma in appositi centri di permanenza temporanea»; en langue néerlandaise, «Voor bewaring wordt in de regel gebruik gemaakt van speciale inrichtingen voor bewaring», ou encore en langue polonaise, «Przetrzymywanie odbywa się z reguły w specjalnych ośrodkach detencyjnych».

17 — Voir, également, exception visée à l'article 18 de la directive, sur laquelle nous reviendrons.

18 — Italique ajouté par nos soins.

19 — Idem.

20 — Idem.

21 — Idem.

72. Avant d'examiner la conformité de la loi de transposition en cause avec le droit de l'Union, il convient, par conséquent, d'examiner si la version en langue allemande de cette disposition, caractérisée par l'emploi de l'expression «[l]orsqu'il *n'existe pas* de centres de rétention spécialisés» [22], peut légitimement servir de base à une interprétation justifiant les mesures prises dans les affaires au principal.

73. À notre sens, il est évident que la version en langue allemande de l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive est erronée.

74. D'une part, les versions de cette disposition, et en particulier celles concernant l'expression «[l]orsqu'un État membre *ne peut*» [23], dans toutes les autres langues de l'Union sont homogènes et calquées sur les versions en langues française et anglaise de celle-ci. Or, ainsi que la Cour l'a jugé, une version linguistique divergente ne peut prévaloir seule contre les autres versions linguistiques [24].

75. D'autre part, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que, pour assurer une interprétation et une application uniformes d'une disposition, dont la version dans une langue de l'Union diverge de celles établies dans les autres langues, il convient d'interpréter celle-ci à la lumière non seulement de l'économie générale du texte dans lequel elle s'inscrit, mais également de la finalité poursuivie par le législateur de l'Union [25].

76. Or, la version en langue allemande de l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive, et en particulier l'emploi de l'expression «[l]orsqu'il *n'existe pas* de centres de rétention spécialisés» [26], prive de tout effet utile le principe que le législateur de l'Union fixe à l'article 16, paragraphe 1, première phrase, de la directive et compromet assurément les objectifs que celui-ci entend poursuivre.

77. En effet, il ne fait aucun doute que le législateur de l'Union a entendu contraindre les États membres à créer des centres de rétention spécialisés afin de rendre effectif le régime particulier plus favorable qu'il impose en faveur des migrants en attente d'éloignement. Par conséquent et contrairement à l'avis exprimé par le gouvernement allemand, il est absolument évident que celui-ci n'a pas eu l'intention de permettre à ces États d'invoquer l'absence de ces centres sur leur territoire pour déroger au principe fixé.

78. Si tel était le cas, cela reviendrait à faire de la construction de centres adaptés à la spécificité de la rétention une condition purement potestative laissée à la totale liberté d'appréciation des États membres. Dans cette optique, l'expression «[l]orsqu'un État membre *ne peut*» [27], visée à l'article 16, paragraphe 1, de la directive, devrait alors être interprétée comme visant les situations dans lesquelles un «État membre ne veut», sens que, concrètement, prendrait alors cette phrase.

79. Cela reviendrait également à dissuader les États membres de construire des centres de rétention spécialisés en leur permettant d'ordonner le placement des migrants en situation irrégulière dans des établissements pénitentiaires – qui n'est pourtant qu'une solution exceptionnelle dans l'économie de la directive – et, finalement, à excuser un manquement grave des États membres aux obligations qui leur incombent au titre non seulement de la directive, mais également de leurs engagements internationaux.

22 — Idem.

23 — Idem.

24 — Voir, notamment, arrêt Ferriere Nord/Commission (C-219/95 P, EU:C:1997:375, point 15).

25 — Voir, notamment, arrêt Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, points 22 et suiv.).

26 — Italique ajouté par nos soins.

27 — Idem.

80. Nous estimons, par conséquent, que la version en langue allemande de l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive, en vertu de laquelle un État membre peut ordonner le placement en établissement pénitentiaire lorsqu'il n'existe pas de centres de rétention spécialisés sur son territoire, doit être écartée aux fins de l'analyse des présentes questions.

B – *La finalité de l'article 16, paragraphe 1, de la directive*

81. La finalité de l'article 16, paragraphe 1, de la directive se déduit du principe directeur exprimé à l'article 1er de celle-ci qui ne peut se comprendre qu'en conformité et en cohérence avec l'article 1er de la Charte. Ce texte de droit primaire, dont l'applicabilité ne saurait, ici, poser de question, dispose que «[l]a dignité humaine est inviolable [et qu'elle] doit être respectée et protégée». Cette référence à la dignité humaine est donc forcément comprise dans les références aux droits fondamentaux incluses à l'article 1er de la directive.

82. Par conséquent, l'article 16, paragraphe 1, de la directive et, plus généralement, les dispositions traitant spécifiquement des conditions de rétention des étrangers en attente d'éloignement ne peuvent être appliqués concrètement et en conformité avec ces textes que s'ils assurent le respect de ces valeurs.

83. C'est donc, selon nous, pour satisfaire à ces règles que l'article 16, paragraphe 1, de la directive fait reposer la rétention d'un ressortissant d'un pays tiers en attente d'éloignement sur deux principes majeurs relatifs aux conditions et au régime de la rétention. D'une part, la rétention doit se dérouler dans un centre spécialisé au mode de vie adapté et, d'autre part, lorsque celle-ci doit exceptionnellement avoir lieu dans un établissement pénitentiaire, l'État membre doit garantir la séparation de ce ressortissant des prisonniers de droit commun, cette dernière exigence apparaissant comme intangible, puisque obligatoire quel que soit le lieu de la rétention.

84. De surcroît, et toujours en accord avec les références contenues à l'article 1er de la directive, le législateur de l'Union transpose, ici, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, celle-ci exige que le lieu, le régime et les conditions de rétention des migrants en situation irrégulière soient «adéquats» afin de ne pas compromettre les droits consacrés aux articles 3, 5 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la «CEDH») [28].

85. Le législateur de l'Union transpose également les dixième et onzième des «vingt principes directeurs sur le retour forcé» que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adoptés le 4 mai 2005 et auxquels la directive fait référence à son considérant 3.

86. En effet, le dixième principe directeur exige, à son point 1, que les personnes détenues préalablement à l'éloignement soient «normalement» placées dans des locaux spécialement affectés à cet effet, offrant des conditions matérielles et un régime adaptés à leur statut juridique [29]. Il impose également, à son point 4, que ces personnes soient séparées des prévenus et des personnes

28 — Il est bien établi, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que toute privation de liberté doit non seulement relever de l'une des exceptions prévues à l'article 5, paragraphe 1, sous a) à f), de la CEDH, mais aussi être «régulière» (voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêt Popov c. France, précité, § 118 et jurisprudence citée). À cette fin, la Cour européenne des droits de l'homme exige un lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, d'autre part, le lieu et le régime de la détention (idem).

29 — Voir, également, huitième des dix principes directeurs définissant les circonstances dans lesquelles la rétention des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière est légalement admissible, dans lequel l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe note que le lieu, les conditions et le régime de la rétention doivent être appropriés, ainsi que document de réflexion «Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière en Europe» [CommDH/IssuePaper(2007)1, titre III, sous ii].

condamnées. Quant au onzième principe directeur, il exige, à ses points 2 à 4, que les familles bénéficient de lieux d'hébergement séparés afin de préserver leur intimité et dotés d'un personnel et d'installations tenant compte des besoins spécifiques des enfants, leur permettant, notamment, d'avoir accès à l'éducation et de s'adonner à des activités récréatives [30].

87. À cette fin, la Cour européenne des droits de l'homme a dressé une liste non exhaustive de critères à l'aune desquels elle apprécie le caractère adéquat du lieu, des conditions et du régime de la rétention [31].

88. Tout d'abord, la conception et l'agencement des locaux doivent, autant que possible, éviter de donner l'impression d'un environnement carcéral. Ces locaux doivent, ensuite, être dotés d'un personnel possédant des qualifications appropriées, et en particulier quelques connaissances linguistiques et médicales. Lesdits locaux doivent être propres et offrir un espace de vie suffisant au nombre de personnes susceptibles d'y être placées. En particulier, ils doivent disposer de chambres collectives non mixtes ainsi que d'équipements sanitaires en libre accès et en nombre suffisant. Ils doivent, en outre, disposer d'un espace et du matériel nécessaires à la restauration ainsi que d'un téléphone en libre accès. Le centre doit également disposer d'un équipement médical ainsi que d'un local réservé à l'accueil des familles et des autorités consulaires. Il doit, de plus, disposer d'un espace d'éducation et de loisirs, et notamment d'un espace de promenade à l'air libre. Enfin, dans l'hypothèse où le centre devrait accueillir des familles, la Cour européenne des droits de l'homme exige que les chambres soient spécialement équipées des infrastructures essentielles requises pour la rétention de jeunes enfants avec du matériel de puériculture adapté et sécurisé [32].

89. C'est au regard de ces critères que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé la prison comme n'étant pas un lieu «approprié» ou «adéquat» à l'accueil et à la rétention des ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement.

90. Les exigences que fixe la Cour européenne des droits de l'homme et que transpose le législateur de l'Union reposent sur la nature et sur la finalité de la mesure de rétention.

91. Celle-ci se distingue très clairement, dans son essence, d'une mesure punitive. Il s'agit non pas de punir le migrant pour un crime ou un délit qu'il aurait commis, mais de préparer son éloignement de l'État membre concerné. Dans le cadre de la directive, le législateur de l'Union prend d'ailleurs le soin de ne pas employer les termes de «détention» ou d'«emprisonnement» à l'égard de ce migrant. Il précise, par ailleurs, à l'article 15 de la directive, que la rétention ne peut être ordonnée qu'à l'encontre des personnes faisant l'objet d'une procédure d'éloignement et doit uniquement contribuer à la réalisation de cet éloignement [33]. Dans le contexte de la directive 2003/9/CE [34], il définit enfin la rétention comme visant «toute mesure d'isolement d'un demandeur d'asile par un État membre dans un lieu déterminé, où le demandeur d'asile *est privé de sa liberté de mouvement*» [35].

30 — Dans le même ordre d'idées, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe exige, dans sa deuxième des «15 règles européennes définissant les normes minimales applicables aux conditions de rétention des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile» que les personnes retenues soient hébergées dans des centres spécialement conçus pour la rétention liée à l'immigration et non dans des prisons. Elle impose également, dans ses cinquième et sixième règles européennes, que les locaux affectés à cet effet offrent des conditions matérielles et un régime adaptés au statut juridique et à la situation factuelle des intéressés.

31 — Voir, également, explications relatives aux dixième et onzième des vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe.

32 — Voir Cour eur. D. H., arrêt Popov c. France, précité.

33 — Le législateur de l'Union transpose ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle une privation de liberté ne peut se concilier avec l'article 5, paragraphe 1, sous f), de la CEDH que si celle-ci est effectuée aux fins de l'exécution d'une procédure d'expulsion et est proportionnée à cet objectif (voir Cour eur. D. H., arrêts Chahal c. Royaume-Uni du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, § 112 et 113, ainsi que Popov c. France, précité, § 140).

34 — Directive du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (JO L 31, p. 18).

35 — Article 2, sous k), de la directive 2003/9. Italique ajouté par nos soins.

92. La rétention ne constitue donc pas une peine prononcée à la suite de la commission d'une infraction pénale et son objectif n'est pas de corriger le comportement de l'intéressé afin de le réinsérer, à terme, dans la société. Toute idée de sanction d'un comportement est, d'ailleurs, absente des motifs fondant la base légale de la mesure de rétention. Il ne faut pas perdre de vue que, à ce stade, le migrant en attente d'éloignement ne relève d'aucun statut pénal ni oublier que, même si l'État membre concerné qualifie, comme la Cour lui en reconnaît le droit légitime, d'«infraction pénale» le fait de pénétrer irrégulièrement sur son territoire, celle-ci a, par ailleurs, jugé que la nature éventuellement pénale de ce comportement doit s'effacer devant la priorité qui doit être donnée à l'éloignement [36].

93. Par conséquent, il n'existe aucun motif légitime pour que cette rétention s'exerce dans des conditions et sous un régime pénitentiaires.

94. Si la première obligation incombant aux États membres est de garantir le respect de la dignité humaine, conformément à l'article 1er de la Charte, alors, cela implique, en premier lieu, de ne pas donner aux hommes, aux femmes et aux enfants en attente d'éloignement l'apparence de délinquants, en elle-même attentatoire à cette dignité, en les traitant comme tels.

95. En second lieu, cela exige de leur garantir, conformément au principe de proportionnalité [37], que les modalités d'exécution de la rétention ne les soumettront pas aux contraintes inhérentes au régime pénitentiaire, lesquelles rendent évidemment impossible la satisfaction des règles et des principes fixés par la directive et les textes qu'elle transpose ainsi que le respect des droits fondamentaux dont cette dernière s'inspire. Cela suppose de mettre en place un régime et des conditions matérielles de rétention qui soient adaptés à leur statut juridique et capables de répondre à leurs besoins particuliers, et notamment à ceux des plus vulnérables. Ainsi en est-il des dispositions de l'article 17, paragraphes 2 et 3, de la directive qui prévoient que les familles placées en rétention en attente d'une mesure d'éloignement doivent disposer d'un hébergement adapté et que les mineurs doivent avoir accès à l'éducation et pouvoir pratiquer des activités appropriées, dispositions qui ne sont, d'ailleurs, que la résonnance, ici, des articles 7, 14, paragraphe 1, et 24 de la Charte.

96. En conséquence logique et nécessaire de ce qui précède découle l'exigence du placement dans des centres spécialement adaptés à la nature de la rétention. À cet égard, la directive décrit les conditions minimales auxquelles doit répondre cette rétention, sauf à y apporter des conditions encore moins strictes.

97. Il est évident que la prison ne permet pas de satisfaire aux règles et aux principes fixés par la directive, parce qu'elle est tout simplement prévue pour un usage autre que celui de la rétention en attente d'éloignement. En effet, les conditions matérielles sont assurément inadaptées, en particulier pour l'accueil des familles et des enfants. Les règles internes de fonctionnement rendent le sentiment carcéral omniprésent, puisque les sorties sont minutées, la présence policière est forte, la surveillance est étroite et la prise en charge est totale [38]. À cela, il faut ajouter la précarité, la promiscuité, le stress, l'insécurité et l'environnement hostile que représentent les établissements pénitentiaires et ne pas oublier que les contraintes administratives inhérentes à ce type d'établissements tendent à limiter les démarches administratives et juridiques susceptibles d'être entreprises par les migrants.

98. Selon la même logique et dans l'hypothèse où la rétention devrait exceptionnellement se dérouler dans un établissement pénitentiaire, la directive exige une séparation des migrants et des prisonniers de droit commun.

36 — Voir arrêt El Dridi (EU:C:2011:268, point 59).

37 — Voir considérants 13 et 16 de la directive.

38 — Voir, à cet égard, observations de l'établissement pénitentiaire de Munich figurant à l'annexe 2 de la décision de renvoi dans l'affaire C-514/13.

99. À son tour, cette obligation de séparation participe directement au respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux de celui qui n'a commis aucun crime ni même aucun délit. Elle permet de garantir que, au sein même de la structure pénitentiaire, la rétention du migrant en attente d'éloignement se distingue de l'exécution d'une peine et se déroule dans des conditions et sous un régime adaptés à son statut juridique. Elle permet, enfin, de prévenir les risques liés à la criminalisation de certains migrants et d'éviter les violences liées à l'univers carcéral susceptibles d'atteindre les personnes les plus vulnérables.

100. À notre sens, cela implique une séparation stricte des migrants des prisonniers de droit commun par l'établissement d'une unité distincte totalement isolée du reste de l'établissement pénitentiaire, n'offrant aucune possibilité de communication avec les personnes condamnées ou placées en détention avant leur jugement. À l'article 15, paragraphe 2, premier alinéa, de sa proposition de directive du 1er septembre 2005 [39], la Commission exigeait, d'ailleurs, des États membres qu'ils veillent à ce que les ressortissants de pays tiers «soient *en permanence* séparés *physiquement* des prisonniers de droit commun» [40]. À raison.

101. Les règles de fonctionnement de l'administration pénitentiaire nous semblent s'opposer à la mise en œuvre des principes fixés par la directive, pour des raisons qui tiennent, notamment, aux exigences légitimes de sécurité, inhérentes au fonctionnement de tels établissements. Si nous permettons le contact entre les prisonniers de droit commun et les étrangers en rétention tout en assurant à ces derniers la souplesse du régime que les textes imposent, notamment en ce qui concerne les contacts avec l'extérieur, nous prenons alors le risque que les condamnés eux-mêmes en profitent pour nouer directement ou par l'intermédiaire des migrants des contacts extérieurs avec les conséquences que nous pouvons facilement imaginer. Aussi ne sommes-nous nullement étonné de constater, à travers les observations soumises notamment par l'établissement pénitentiaire de Munich – si nous les comprenons bien –, que c'est en réalité au régime pénitentiaire que les étrangers en rétention sont soumis et non pas à un régime spécialement adapté et conforme aux prescriptions de la directive. Cela ne saurait, d'ailleurs, être reproché à l'administration pénitentiaire elle-même, car, pour les raisons, notamment, de sécurité, que nous venons de rappeler, elle ne peut faire autrement. Ce sont donc bien la logique et les impératifs du système lui-même qui sont, par nature, incompatibles avec les exigences de la directive et la rendent inapplicable en milieu carcéral.

102. Il ne fait donc aucun doute, à notre sens, que, compte tenu de la finalité des exigences posées par le législateur de l'Union à l'article 16, paragraphe 1, de la directive, celui-ci a bien entendu soustraire les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement du régime pénitentiaire en exigeant de chacun des États membres, d'une part, qu'ils établissent des centres de rétention spécialisés sur leur territoire et, d'autre part, qu'ils garantissent la séparation des ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement des prisonniers de droit commun lorsqu'ils ordonnent exceptionnellement la rétention dans un établissement pénitentiaire.

103. Cela étant dit, il convient, à présent, d'analyser en détail chacune des questions posées dans le cadre des affaires jointes C-473/13 et C-514/13 ainsi que de l'affaire C-474/13.

V – **L'examen des questions**

A – *Remarques liminaires*

104. Pour bien comprendre le contexte dans lequel s'inscrivent les présents renvois préjudiciels, il convient de mentionner les éléments suivants.

39 — COM(2005) 391 final.

40 — Italique ajouté par nos soins.

105. Nous rappelons, premièrement, que, conformément aux articles 83 et 84 de la loi fondamentale, c'est aux Länder qu'il appartient d'assurer l'exécution des rétentions ordonnées en vue de l'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

106. Or, sur les seize Länder qui composent la République fédérale d'Allemagne, dix d'entre eux ne disposent pas de centres de rétention spécialisés [41]. Dans ces conditions et à l'exception des situations dans lesquelles certains Länder recourent à l'entraide administrative, les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement sont placés dans des établissements pénitentiaires et soumis, pour certains, aux mêmes règles et restrictions que celles réservées aux détenus de droit commun ou aux personnes placées en détention provisoire.

107. Cette situation a été condamnée par le comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe (ci-après le «CPT») dans le cadre d'un rapport rendu le 22 février 2012 [42].

108. Deuxièmement, la séparation des migrants en attente d'éloignement des prisonniers de droit commun n'est pas garantie dans l'ensemble des établissements pénitentiaires du territoire et, en particulier, en ce qui concerne la rétention des femmes et des enfants [43]. Cela ressort non seulement des observations déposées par le gouvernement allemand, mais également de la jurisprudence nationale.

109. Par une ordonnance du 20 septembre 2011, le Landgericht Leipzig (Land de Saxe) a ainsi annulé, sur le fondement de l'article 16, paragraphe 1, de la directive, le placement en rétention d'un ressortissant tunisien dans la mesure où ce dernier partageait la cellule d'un individu condamné [44]. D'après le rapport établi par le CPT le 22 février 2012, il n'existait pas à cette époque dans la prison de Leipzig d'unités particulières réservées à l'accueil des ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement [45].

110. Par une ordonnance du 21 août 2012, le Landgericht Traunstein (Land de Bavière) a également annulé le placement en rétention d'un mineur en attente d'éloignement au motif que celui-ci était retenu dans un centre de délinquance juvénile [46]. L'établissement pénitentiaire de la ville de Munich ne dispose, en effet, que d'une unité distincte réservée à l'accueil des adultes de sexe masculin. Comme l'a indiqué le gouvernement allemand dans le cadre de sa réponse au CPT, les mineurs sont, par

41 — Depuis l'introduction des présentes demandes de décision préjudicielle, cette situation semble avoir évolué. Ainsi, il ressort d'une décision du ministère de l'Intérieur du Land de Bavière, adoptée au mois de novembre 2013, que l'établissement pénitentiaire de Mühldorf am Inn est actuellement restructuré afin d'y établir un centre de rétention spécialisé capable d'accueillir 82 personnes, dont 14 femmes, en attente de leur éloignement. Cet établissement a été choisi en raison de sa proximité géographique avec l'aéroport de Munich (voir article du journal *Wochenblatt* du 14 novembre 2013, intitulé «Aus Mühldorfer 'Kuschelknast' wird Bayerns einziges 'Abschiebe-Gewahrsam'»).

42 — Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 November to 7 December 2010 [CPT/Inf (2012) 6, point 33].

43 — Il ressort de la réponse du gouvernement allemand au rapport du CPT du 22 février 2012 (Response of the German Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Germany from 25 November to 2 December 2010 [CPT/Inf (2012) 7] que la rétention dans un établissement pénitentiaire des migrants en attente d'éloignement se déroule dans des unités distinctes, séparées du reste de l'établissement, dans les Länder de Brandebourg, de Brême, de Rhénanie-Palatinat, de Rhénanie du Nord-Westphalie et de Basse-Saxe (p. 23 et 24).

44 — LG Leipzig – 07 T 104/11.

45 — Voir CPT/Inf (2012) 6, point 31.

46 — LG Traunstein – 4 T 3104/12.

conséquent, retenus dans le centre de détention pour mineurs, ensemble avec les délinquants juvéniles [47]. Quant aux migrantes, elles sont retenues dans le quartier pénitentiaire réservé aux femmes. Cette situation se rencontre également dans les Länder de Bade-Wurtemberg, de Hesse [48] et de Saxe [49].

111. Au-delà de l'illégalité d'une telle situation, celle-ci est choquante. En effet, les femmes enceintes et les mineurs sont particulièrement vulnérables et nécessitent une attention particulière de la part des autorités en raison de leur état, de leur âge et de leur dépendance, sur laquelle ni le législateur de l'Union, à l'article 17, paragraphe 2, de la directive, ni la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence, ne sont prêts à transiger [50].

112. Troisièmement, en ce qui concerne l'aménagement des unités, si des ailes spéciales sont aménagées, il n'en reste pas moins que, le plus souvent, à l'occasion des repas, des promenades ou encore des soins à l'infirmerie, les migrants peuvent côtoyer les détenus de droit commun. Ainsi, d'après les observations fournies par l'établissement pénitentiaire de Munich dans le cadre de l'affaire C-514/13, les personnes en rétention administrative ne sont pas séparées des prisonniers de droit commun lors de la procédure d'accueil et des visites, dans les différentes salles d'attente (visite médicale, transfert) ou lorsqu'ils séjournent à l'infirmerie. M. Bouzalmate a ainsi séjourné douze jours à l'infirmerie commune de la prison à la suite de sa tentative de suicide.

113. Enfin, dans la plupart des Länder, la rétention des migrants en situation irrégulière semble se dérouler selon les conditions générales fixées par la loi relative à l'exécution des peines et aux mesures de réhabilitation et de prévention privatives de liberté, du 16 mars 1976, et, en particulier, selon les règles visées à ses articles 3 à 49, 51 à 121, 171, 173 à 175 (règles relatives aux vêtements, aux achats et au travail), 178, paragraphe 3 (règle particulière pour les mineurs), et 179 à 187 [51].

114. Cet état des lieux fait, il convient, à présent, de se pencher sur les différents cas d'espèce.

B – *Les affaires jointes C-473/13 et C-514/13*

115. Par leur question, les juridictions de renvoi demandent, en substance, à la Cour si l'article 16, paragraphe 1, de la directive doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre qui, compte tenu de sa structure fédérale, autorise les États fédérés à placer les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement dans un établissement pénitentiaire lorsqu'il n'existe pas de centres de rétention spécialisés sur le territoire de l'État fédéré compétent.

47 — «As a general rule, minors are not detained pending deportation. This is the case only in severely limited exceptional cases, and the principle of proportionality is strictly adhered to. As a rule, minors are placed in the custody of the youth welfare office» [CPT/Inf (2012) 7, p. 24].

48 — Voir réponse du Land de Hesse figurant à l'annexe 3 a de la décision de renvoi dans l'affaire C-514/13, qui précise que, «[e]n ce qui concerne les adultes de sexe féminin ainsi que les jeunes et les enfants des deux sexes, leur faible nombre ne permet pas de créer des centres de rétention adaptés. Lorsque de telles personnes doivent être placées en rétention administrative, celle-ci est assurée dans les établissements pénitentiaires de Francfort-sur-le-Main III (pour les femmes) et dans les centres de détention pour mineurs» (traduction libre).

49 — Voir réponse du Land de Saxe figurant à l'annexe 3 a de la décision de renvoi dans l'affaire C-514/13, laquelle renvoie à la réponse qu'il a fournie à la question 49 de la requête parlementaire du 5 septembre 2012 (Drucksache 17/10597), qui précise que, «[s]ur la rétention des adultes de sexe féminin, en raison du faible nombre de femmes placées en rétention (la plupart du temps une femme seulement), celle-ci s'effectue – dans un souci d'éviter un isolement total – au sein de la prison de Chemnitz, dans une unité réservée aux personnes placées en détention provisoire» (p. 114, traduction libre).

50 — Voir, également, ordonnance du Bundesgerichtshof du 7 mars 2012 (V ZB 41/12), dans laquelle la Cour suprême fait explicitement référence au placement séparé des mineurs en rétention des prisonniers du droit commun et souligne l'importance des conditions établies à l'article 17, paragraphes 3 à 5, de la directive.

51 — Voir réponses des différents Länder à la question 52 de la requête parlementaire du 5 septembre 2012, susmentionnée (p. 124 à 127).

116. Nous précisons, d'ores et déjà, que la question de savoir si la directive impose, et le cas échéant dans quels délais, la construction immédiate d'un nombre minimum de centres de rétention, ne se situe pas, à notre sens, dans le cadre des présentes questions. La problématique que soulèvent ces questions se concentre sur les cas individuels soumis à la Cour et revient, en fait, à savoir si un État membre peut, sans invoquer de situations extraordinaires, faire de l'exception visée à l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive la règle.

117. Nous rappelons, en effet, que Mme Bero a été retenue dans un établissement pénitentiaire au motif qu'il n'existait pas, dans le Land de Hesse, de centres de rétention spécialisés en mesure d'accueillir les femmes. Il ressort également des observations déposées par Mme Bero que celle-ci n'a pas été séparée des prisonniers de droit commun et des personnes placées en détention provisoire.

118. Quant à M. Bouzalmate, il a été retenu dans un quartier distinct de l'établissement pénitentiaire de la ville de Munich, le Land de Bavière ne disposant pas de centres de rétention spécialisés.

119. Dans leur décision de renvoi, le Bundesgerichtshof et le Landgericht München se demandent si un tel motif, fondé sur la structure fédérale de l'Allemagne, peut légitimement être invoqué au titre de l'article 16, paragraphe 1, de la directive.

120. D'un côté, ils soutiennent que les autorités nationales doivent assurer la rétention des ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement dans des centres spécialisés indépendamment de leur localisation sur le territoire national. Ils jugent qu'il n'y a donc pas lieu de tenir compte des compétences réservées à chacun des États fédérés pour la mise en œuvre des principes fixés à l'article 16, paragraphe 1, de la directive. Dans une telle hypothèse, le placement en rétention des intéressés serait alors contraire aux exigences de la directive.

121. D'un autre côté, les juridictions de renvoi relèvent que, aux termes de l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union doit respecter la structure fédérale des États membres.

122. Dans le cadre de ses observations, le gouvernement allemand rappelle que l'article 4, paragraphe 2, TUE oblige effectivement le législateur de l'Union à respecter l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Par conséquent, il estime que, aux termes de la répartition des compétences organisées par la loi fondamentale, les Länder devraient être libres de déterminer si, et dans quelle mesure, ils doivent créer et gérer des centres de rétention spécialisés, compte tenu de leur taille, de leur situation géographique et du nombre de personnes retenues aux fins de leur éloignement et devraient également être libres de décider, le cas échéant, d'établir une coopération administrative avec d'autres Länder. Par conséquent, le gouvernement allemand soutient qu'il serait porté atteinte à la souveraineté administrative d'un Land si ce dernier ne pouvait placer les migrants en attente d'éloignement dans un établissement pénitentiaire de son ressort au motif qu'il existe ailleurs sur le territoire national des centres de rétention spécialisés.

123. Compte tenu de ces éléments, le gouvernement allemand estime, par conséquent, que l'exception visée à l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive doit recouvrir la situation dans laquelle un État membre est confronté à l'absence de centres de rétention spécialisés sur le territoire de l'État fédéré compétent, mais se trouve, néanmoins, tenu de respecter la répartition des compétences établies par les règles institutionnelles de l'État.

124. Il est vrai que, conformément à l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive, un État membre peut ordonner le placement d'un migrant en situation irrégulière dans un établissement pénitentiaire lorsqu'il «ne peut» placer celui-ci dans un centre de rétention spécialisé. Néanmoins, cette disposition ne précise pas davantage les motifs pour lesquels un État membre se verrait dans une telle impossibilité.

125. Dans ces conditions, le législateur de l'Union laisse-t-il à la discrétion de chaque État membre le soin de définir les motifs pour lesquels un individu peut être placé non pas en centre de rétention spécialisé, mais dans un établissement pénitentiaire?

126. Les gouvernements allemand et néerlandais apportent une réponse positive à cette interrogation. Dans leur interprétation, ils évitent de relier l'article 16 de la directive à l'article 18 de celle-ci qui, pourtant, l'éclaire singulièrement au point que les deux articles nous paraissent devoir être lus en combinaison l'un avec l'autre, le second, au demeurant, exprimant clairement dans son texte qu'il constitue une exception au premier.

127. Ainsi, l'article 16, paragraphe 1, de la directive pose un principe, l'exécution de la rétention dans un centre spécialisé, et prévoit une exception, lorsque l'État membre ne peut le faire.

128. L'article 18 de la directive prévoit expressément la situation dans laquelle une telle dérogation est envisageable, à savoir lorsque l'État membre se trouve confronté à des «situations d'urgence», expression qui constitue le titre de cet article.

129. À ce stade, d'ailleurs, nous pouvons d'ores et déjà nous interroger sur les raisons ayant conduit le législateur de l'Union à prévoir expressément une dérogation fondée sur l'urgence de la situation si une telle dérogation était aussi naturelle et normale que le prétendent les gouvernements allemand et néerlandais. Ce qui serait permis pour des questions de facilité administrative devrait l'être à plus forte raison dans des situations d'urgence sans que la directive prenne le soin de le préciser.

130. C'est donc bien que, dans l'esprit de la directive, il est nécessaire d'encadrer strictement les motifs susceptibles d'être invoqués par les États membres pour ordonner le placement dans un établissement pénitentiaire non seulement parce qu'il s'agit de la mesure restrictive de liberté la plus grave que permet la directive, mais également parce qu'il s'agit d'une exception et qu'il est, dès lors, indispensable de rappeler les limites à la marge de manœuvre des États membres que la directive pose elle-même pour garantir son effet utile.

131. Des situations d'urgence telles que celles définies à l'article 18 de la directive constituent donc le seul motif expressément prévu par le législateur de l'Union pour déroger à l'obligation de placement dans un centre de rétention spécialisé. Conformément à cette disposition, l'État membre peut adopter des mesures d'urgence dérogeant aux principes énoncés aux articles 16, paragraphe 1, et 17, paragraphe 2, de la directive lorsque pèse une charge lourde et imprévue sur la capacité de ses centres de rétention ou sur son personnel administratif et judiciaire en raison d'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour. Ladite disposition permet de tenir compte de la charge beaucoup plus lourde que certains États membres doivent gérer compte tenu de leur position géographique. Des afflux massifs de migrants, tels que ceux que peuvent connaître les États membres bordant la Méditerranée, relèvent, à notre sens, de cette exception.

132. Est-ce le seul motif susceptible d'être invoqué?

133. Le texte de la directive ne semble pas permettre de répondre affirmativement à cette question. En revanche, à partir de ce texte, il est permis de déduire les caractéristiques que devraient présenter les éventuelles circonstances qu'un État membre pourrait invoquer à de telles fins.

134. En effet, le paragraphe 2 de l'article 18 de la directive qualifie expressément les dérogations prévues à son paragraphe 1 de «mesures exceptionnelles» et impose, dans cette hypothèse, de prévenir la Commission du début et de la fin des mesures en question.

135. Il nous semble clair que seules des circonstances exceptionnelles présentant des critères d'urgence ou de gravité analogues à ceux visés dans le cadre de l'article 18 de la directive peuvent justifier des mesures exceptionnelles appelant le contrôle de principe de la Commission.

136. Par conséquent, nous pensons que, à l'exception des situations d'urgence liées à un afflux de migrants, un État membre ne peut ordonner la rétention dans un établissement pénitentiaire d'un ressortissant de pays tiers en attente d'éloignement que s'il existe des motifs exceptionnels et légitimes, tels que ceux qui seraient tirés de l'état de nécessité, exprimant sans contestation possible que la mise en balance des intérêts impose cette solution. Lorsqu'un État membre se trouve confronté à des difficultés liées au placement en rétention d'un migrant en attente d'éloignement, il nous semble que celui-ci devrait caractériser, sur la base d'une appréciation de chaque cas individuel, les raisons pour lesquelles le placement dans un établissement pénitentiaire s'impose, étant entendu que ce placement devra garantir la séparation du migrant des prisonniers de droit commun. Il devrait, par ailleurs, motiver sa décision par rapport aux circonstances de l'espèce et respecter les obligations que l'article 18, paragraphe 2, de la directive lui impose. Il nous semble également, et ce bien que la Commission n'ait pas adhéré à cette idée lors de l'audience, que cette décision de placement devrait pouvoir faire l'objet d'un recours, au moins administratif, de la part du migrant.

137. C'est donc à la lumière de ces considérations inspirées par la simple lecture de la lettre du texte lui-même que nous examinerons tour à tour les raisons invoquées par les autorités nationales compétentes dans le cadre des affaires au principal et celles évoquées par les gouvernements des États membres dans le cadre de leurs observations.

1. Les motifs invoqués par le Regierungspräsidium Kassel (affaire C-473/13) et par le Kreisverwaltung Kleve (affaire C-514/13)

138. Dans les affaires jointes C-473/13 et C-514/13, les autorités nationales compétentes se fondent sur les compétences réservées à chacun des Länder et sur les termes mêmes de l'article 62a, paragraphe 1, de l'Aufenthaltsgesetz pour justifier les rétentions en cause. Cette disposition, nous l'avons vu, reconnaît à chacun des Länder le droit d'ordonner la rétention des migrants en situation irrégulière dans des établissements pénitentiaires, lorsque ces Länder ne disposent pas sur leur territoire de centres de rétention spécialisés.

139. Or, nous rappelons que, à l'heure actuelle, dix Länder n'en disposent pas. Il ressort ainsi des pièces produites par la juridiction de renvoi dans l'affaire C-514/13 que les personnes placées en rétention administrative dans le Land de Bavière sont automatiquement retenues, depuis le 1er janvier 2012, dans les établissements pénitentiaires d'Aschaffenburg, de Munich et de Nuremberg [52].

140. Or, retenir un migrant en situation irrégulière dans un établissement pénitentiaire au prétexte qu'il n'existe pas de centres de rétention spécialisés sur une partie du territoire de l'État membre n'est, à notre avis, pas un motif acceptable, car il ne rentre en aucun cas dans les critères définis précédemment. En effet, cette situation n'est nullement la résultante d'une situation telle que celle expressément décrite à l'article 18 de la directive ou présentant des critères d'urgence ou de gravité analogues à ceux visés à ladite disposition. En réalité, il se dégage le sentiment qu'il n'existe pas de centres de rétention spécialisés tout simplement parce qu'il n'en a pas été construit dans certains Länder et qu'il n'a pas été fait appel aux capacités des centres d'hébergement existants.

141. Par ailleurs, il ne nous semble pas que la structure fédérale de l'État membre soit un obstacle à l'application des principes de la directive.

142. À cet égard, il est important de rappeler deux principes essentiels de notre jurisprudence.

52 — Voir annexe 3 a de la décision de renvoi dans l'affaire C-514/13.

143. Premièrement, la Cour a itérativement jugé qu'un État membre ne peut exciper de dispositions ou de pratiques nationales découlant de son organisation fédérale pour éventuellement justifier le non-respect des obligations prescrites par une directive [53]. Ainsi, conformément à une jurisprudence constante, les institutions de l'Union n'ont pas à tenir compte ni même à se prononcer sur la répartition des compétences par les règles institutionnelles de chaque État membre et sur les obligations qui peuvent incomber respectivement aux autorités de l'État fédéral et à celles des États fédérés [54].

144. Par conséquent, à partir du moment où un État membre dispose d'un centre de rétention spécialisé sur son territoire, disposant d'une capacité d'accueil suffisante, il doit ordonner le placement de l'intéressé dans ce centre, peu important l'organisation fédérale de cet État et la localisation géographique de ce centre.

145. Deuxièmement, les États membres doivent aménager leur législation de manière à assurer le respect des droits fondamentaux des individus. En particulier, ces États ne peuvent appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile. En effet, aux termes de l'article 4, paragraphe 3, deuxième et dernier alinéas, TUE, les États membres «prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union» et, notamment, «s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union», y compris ceux poursuivis par les directives. Cette obligation s'impose à toutes les autorités des États membres [55], qu'il s'agisse des autorités de l'État fédéral ou de celles des États fédérés dans le cas où l'État membre pratiquerait une organisation fédérale.

146. En Allemagne, les compétences relatives à l'exécution du droit de l'Union sont réparties entre l'État fédéral et les États fédérés. Il faut, néanmoins, souligner que, conformément à l'article 35, paragraphe 1, de la loi fondamentale, toutes les autorités de l'État fédéral et des États fédérés se prêtent mutuellement entraide judiciaire et administrative, sans que cela porte atteinte à la souveraineté administrative des Länder invoquée par le gouvernement allemand dans le cadre de ses observations.

147. En application de cette disposition, l'article 5, paragraphe 1, point 2, de la loi allemande sur la procédure administrative non contentieuse (Verwaltungsverfahrensgesetz) permet aux autorités des États fédérés de présenter des demandes d'entraide administrative lorsque l'une est empêchée d'adopter des mesures administratives en raison, notamment, de l'absence des installations nécessaires ou du manque de personnel.

148. Le Land de Sarre a ainsi conclu un accord de coopération administrative lui permettant de placer les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement dans le centre spécialisé d'Ingelheim situé dans le Land de Rhénanie-Palatinat. Sur les 152 places dont dispose ce centre, 50 sont mises à la disposition du Land de Sarre [56]. Le Land de Hambourg a également conclu un accord de coopération afin d'assurer le placement en rétention des femmes et des mineurs dans les centres spécialisés situés sur le territoire

53 — Voir arrêt Commission/Allemagne (C-67/05, EU:C:2005:791, point 9 et jurisprudence citée).

54 — Voir, notamment, arrêt Allemagne/Commission (C-8/88, EU:C:1990:241, point 13).

55 — Voir arrêt Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, point 85 et jurisprudence citée). Voir à cet égard, également, ordonnance Région wallonne/Commission (C-95/97, EU:C:1997:184, point 7).

56 — Voir annexe 3 b de la décision de renvoi dans l'affaire C-514/13.

du Land de Brandebourg [57]. Tel semble être également le cas des Länder de Saxe et de Schleswig-Holstein qui, sur la base de l'accord de coopération conclu avec le Land de Brandebourg, placent les migrants dans les centres de rétention spécialisés de Berlin-Köpenick et d'Eisenhüttenstadt [58].

149. Dans le cadre de l'affaire C-514/13, la juridiction de renvoi a, d'ailleurs, expressément envisagé de recourir à l'entraide administrative. En effet, il ressort des pièces de procédure des 10, 12 et 13 septembre 2013 qu'elle a expressément demandé aux autorités du Land de Rhénanie-Palatinat de bien vouloir placer l'intéressé dans le centre de rétention spécialisé d'Ingelheim. Il faut relever que cette demande a été acceptée avant d'être rejetée à la suite de la tentative de suicide de l'intéressé.

150. Il nous semble, par conséquent, que la structure fédérale de l'Allemagne ne s'oppose pas au placement des migrants en situation irrégulière dans des centres de rétention spécialisés, même dans le cas où le Land compétent ne disposerait pas de tels centres sur son territoire.

151. En effet, dans une telle hypothèse, il nous semble que les accords de coopération entre les différents États fédérés, reposant certes sur une base volontaire, permettent de garantir le respect de l'article 16, paragraphe 1, de la directive tout en respectant la structure fédérale de l'Allemagne.

2. Les motifs invoqués par les gouvernements des États membres dans le cadre de leurs observations

a) L'intérêt et le bien-être du migrant

152. Selon les gouvernements allemand et néerlandais, il existerait des circonstances dans lesquelles l'intérêt et le bien-être du migrant commanderaient son placement dans un établissement pénitentiaire, justifiant ainsi une dérogation aux principes énoncés à l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive. Ce placement constituerait une «mesure plus favorable» au sens de l'article 4, paragraphe 3, de la directive permettant aux autorités nationales compétentes de fournir une «solution personnalisée» dans l'intérêt du migrant au sens du considérant 6 de la directive [59].

153. Le gouvernement allemand précise, en effet, que, en raison de la durée moyenne de détention des prisonniers de droit commun, clairement plus longue que celle des migrants, les établissements pénitentiaires offrent une gamme d'activités, de loisirs et de soins plus étendue et plus courante que celle proposée dans les centres de rétention spécialisés ainsi qu'un meilleur encadrement en termes de sécurité. Les mineurs placés en centres de délinquance juvénile pourraient ainsi bénéficier des soins et des enseignements spécifiques prodigués dans ces centres de détention pour mineurs et participer, s'ils le désirent, à des activités avec des personnes du même âge. Quant aux personnes souffrant d'une affection particulière, elles pourraient bénéficier de soins médicaux qui ne sont pas nécessairement proposés dans les centres de rétention spécialisés. Enfin, les personnes présentant un risque pour la sécurité des autres pourraient être mieux encadrées grâce à la structure de l'établissement pénitentiaire et surveillées par un personnel qualifié.

154. En outre, selon le gouvernement allemand, le placement du migrant dans un établissement pénitentiaire de la localité permettrait d'éviter les inconvénients liés à l'éloignement géographique des centres de rétention. Tout d'abord, ce placement permettrait d'assurer l'efficacité de la procédure d'éloignement. Ensuite, il permettrait d'éviter au migrant un parcours sur de longues distances et

57 — Voir réponse du Land de Hambourg figurant à l'annexe 3 a de la décision de renvoi dans l'affaire C-514/13.

58 — Voir p. 3 des observations de Mme Bero dans leur version en langue française.

59 — Points 29 et suiv. des observations du gouvernement néerlandais.

faciliterait non seulement le maintien des contacts avec la famille et les amis, mais également les démarches juridiques. Enfin, dans l'hypothèse où un membre de la famille serait emprisonné dans l'établissement pénitentiaire, le placement du migrant dans ce même établissement permettrait de regrouper les mêmes membres de la famille.

155. Nous relevons que certains de ces arguments ont été évoqués par le gouvernement allemand dans la réponse qu'il a fournie au CPT à la suite du rapport établi le 22 février 2012 [60].

156. À l'exception, sans doute, des personnes présentant un risque pour la sécurité des autres et pour lesquelles la référence à la théorie de l'état de nécessité nous semblerait opportune, nous sommes plus que dubitatif à l'égard de ces développements.

157. Si l'article 5 de la directive exige effectivement des États membres qu'ils tiennent compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale et de l'état de santé de l'intéressé lorsqu'ils mettent en œuvre la directive, il est évident que ce n'est pas dans le sens suggéré par les gouvernements allemand et néerlandais dans leurs observations.

158. Il est, certes, des situations dans lesquelles il est préférable de se trouver dans un établissement pénitentiaire plutôt que dans un centre de rétention. Ce sont précisément celles décrites par le législateur de l'Union à l'article 18 de la directive ou d'autres qui leur seraient analogues dans leur gravité ou leur urgence. En dehors de ces cas, il nous semble difficile de soutenir que la rétention dans un établissement pénitentiaire peut constituer une «mesure plus favorable» ou représenter une «solution personnalisée» pour celui qui est en attente d'éloignement, que celui-ci soit un mineur ou une personne malade. Le faire serait encore une fois omettre la fonction de l'emprisonnement qui est conçu comme l'instrument d'une sanction destinée à assurer la rétribution de l'infraction commise.

159. À cet égard, il est évident que les États membres ne peuvent se fonder sur les termes de l'article 4, paragraphe 3, de la directive pour ordonner un tel placement en rétention.

160. En effet, si cette disposition confère aux États membres la faculté d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier que celles de la directive, pour autant que ces dispositions soient compatibles avec celle-ci, la Cour a rappelé, dans l'arrêt El Dridi [61], que la directive ne permet pas auxdits États d'appliquer des normes plus sévères dans le domaine qu'elle régit [62].

161. Or, il est évident que le placement en rétention dans un établissement pénitentiaire non seulement constitue une mesure plus sévère que celles visées dans le cadre de l'éloignement forcé, mais également viole les principes fixés par la directive si ce placement ne s'accompagne pas des garanties requises par l'article 16, paragraphe 1, de celle-ci.

162. Reprenons les arguments avancés par les gouvernements allemand et néerlandais dans le cadre de leurs observations.

60 — Voir CPT/Inf (2012) 7. Selon le gouvernement allemand, la rétention dans un établissement pénitentiaire permettrait, dans certaines hypothèses, de disposer d'infrastructures et de personnel communs et de retenir les individus concernés dans un lieu relativement proche de leur «résidence» (p. 24). Voir, également, réponse du Land de Hesse figurant à l'annexe 3 a de la décision de renvoi dans l'affaire C-514/13, qui précise que «[d]es centres de rétention spécialisés ne sont pas prévus dans le Land de Hesse et ne sont pas non plus nécessaires» (traduction libre).

61 — EU:C:2011:268.

62 — Point 33.

163. Premièrement, les mineurs placés en centre de délinquance juvénile pourraient bénéficier de soins et d'enseignements spécifiques et participer à des activités avec des personnes du même âge. De quels soins parle-t-on? Si les jeunes placés en centre de délinquance juvénile, donc délinquants, ont, certes, besoin de soins qui relèvent de l'encadrement psychologique, nous ne voyons pas pourquoi de jeunes migrants devraient, par définition, en nécessiter, eux qui ne sont pas délinquants.

164. Nous voyons là une assimilation du migrant à un délinquant, entraînant par le fait même de son placement en quartier des mineurs une séparation de l'enfant avec ses parents, ce que la directive veut justement éviter. Nous ne retrouvons pas l'écho des articles 1 et 24 de la Charte, et notamment du paragraphe 3 de cette dernière disposition qui prévoit que «[t]out enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents».

165. Par ailleurs, si la directive prévoit que les mineurs doivent pouvoir bénéficier d'activités adaptées à leur âge, notamment sportives et récréatives, nous doutons fort que le législateur de l'Union ait pu envisager de les faire participer à des activités communes avec de jeunes délinquants, et ce en raison des risques de criminalisation qu'une telle situation est susceptible d'engendrer.

166. Deuxièmement, les migrants souffrant d'une affection particulière pourraient bénéficier, dans les établissements pénitentiaires, de soins médicaux appropriés qui ne sont pas forcément disponibles dans les centres de rétention. Il est clair que l'on ne saurait exiger de chaque centre de rétention qu'il puisse offrir un plateau médical complet. Cependant et conformément à l'article 16, paragraphe 3, de la directive, nous rappelons qu'ils doivent assurer les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies. Si un état de santé exige un traitement lourd, nous doutons fort que les prisons puissent servir de lieu d'hospitalisation. Très certainement d'ailleurs, à partir d'un certain degré de gravité, les détenus eux-mêmes doivent recevoir des soins prodigués à l'extérieur de l'établissement.

167. Troisièmement, la rétention dans un établissement pénitentiaire de la localité ou du Land compétent permettrait au migrant de maintenir des contacts avec sa famille et ses amis. Or, une telle coupure existe nécessairement dans la mesure où le migrant est en voie d'éloignement, la présence éventuelle de parents sur place ne lui permettant pas de bénéficier de dispositions qui l'autoriseraient à rester sur le territoire de l'Union.

168. Quatrièmement, le fait de déplacer le migrant jusqu'à un centre spécialisé éloigné entamerait l'efficacité de la procédure d'éloignement. Cet argument n'est, à notre sens, pas admissible dans la mesure où le propre même du centre de rétention spécialisé est de faciliter l'ensemble des démarches permettant d'assurer un retour rapide et efficace de l'individu jusqu'à son pays d'origine dans le respect des droits qui lui sont reconnus.

169. Cinquièmement, un migrant pourrait être placé dans le même établissement pénitentiaire que celui où sont retenus les autres membres de sa famille. Nous ne voyons pas pourquoi un tel placement ne serait pas possible dans un centre de rétention spécialisé où le regroupement familial est la règle conformément à l'article 17, paragraphe 2, de la directive. Cette exigence d'un regroupement familial nous semble, au contraire, marquer la différence essentielle du régime de la rétention par rapport à celui de la détention et, par conséquent, prohiber le recours à ce dernier. À cet égard, les contraintes liées au régime de l'emprisonnement cellulaire avec des repas et des tâches minutés, des heures de «promenade» extrêmement réduites et parfois le port d'un uniforme nous paraissent parfaitement illustrées par les observations de l'établissement pénitentiaire de Munich.

b) Les coûts relatifs à l'établissement de centres de rétention spécialisés et les charges liées aux transferts vers des centres de rétention éloignés

170. Le gouvernement allemand relève qu'il serait excessivement coûteux d'établir dans chaque Land des centres de rétention spécialisés pour l'ensemble des personnes concernées, à savoir les hommes, les femmes et les mineurs, compte tenu, notamment, du nombre relativement faible de ces personnes, et en particulier des femmes et des enfants [63]. Il estime également que l'État membre doit disposer d'une certaine flexibilité quant à l'organisation de ces centres dans la mesure où le nombre de personnes devant faire l'objet d'un placement en rétention n'est pas stable et où la durée de leur rétention ne dépasse pas quelques semaines à quelques mois.

171. Les gouvernements néerlandais, suédois et suisse évoquent, en outre, la charge lourde et disproportionnée que pourrait représenter un transfert sur de longues distances du migrant et des autorités responsables vers un centre de rétention éloigné géographiquement, ce qui entraînerait des retards et constituerait une entrave disproportionnée à l'exécution de la procédure de retour. À cet égard, le gouvernement néerlandais évoque spécifiquement la situation dans laquelle un État membre est susceptible de se trouver lorsqu'un centre de rétention spécialisé ne dispose d'aucune place disponible ou est fermé temporairement.

172. Nous comprenons qu'un État membre puisse être confronté à un problème de surpopulation de ses centres de rétention à une époque où la rétention administrative s'est fortement répandue et qu'il soit également contraint de fermer certains d'entre eux en raison, par exemple, de travaux de transformation et de rénovation. Pour autant, il ne faut pas perdre de vue que le placement en rétention des migrants en situation irrégulière dans des prisons risque de la même façon d'entraîner une surpopulation de ces établissements, qui, elle-même, génère des coûts importants. Or, à notre connaissance, nombreux sont les États membres qui se plaignent d'une situation endémique de surpopulation dans les établissements pénitentiaires.

173. Nous comprenons également que le transfert vers un centre de rétention spécialisé peut entraîner des coûts et nécessiter une organisation, alors même que l'exécution de la procédure d'éloignement doit intervenir sous peu. Or, aucun État membre n'a pu imaginer ou même prétendre, dans le cadre de l'adoption de la directive, que les obligations et les principes qu'elle édicte devaient se faire sans frais. À cet égard, il faut également considérer que l'affectation de migrants dans des établissements pénitentiaires est, elle-même, très coûteuse en termes de place et d'agencement des locaux. Elle nécessite une restructuration complète de certains quartiers de ces établissements de façon à ce que le régime de la rétention soit compatible avec les prescriptions de la directive. En conséquence, les économies alléguées par les États membres sous semblent bien illusoires. Enfin, nous serions intéressé de connaître le coût respectif, pour un nombre de places identiques, d'un établissement pénitentiaire et d'un centre de rétention.

174. Au vu de l'ensemble de ces éléments, nous considérons, par conséquent, que, à l'exception des situations d'urgence visées expressément à l'article 18 de la directive, seules des circonstances exceptionnelles présentant des critères d'urgence ou de gravité analogues à ceux visés dans le cadre de ladite disposition ou relevant de l'état de nécessité peuvent justifier qu'un État membre se trouve contraint de déroger au principe établi à l'article 16, paragraphe 1, première phrase, de la directive et d'ordonner le placement en rétention d'un ressortissant de pays tiers en attente d'éloignement dans un établissement pénitentiaire.

63 — Dans sa réponse au rapport établi par le CPT, le gouvernement allemand évoquait également les arguments économiques liés à l'établissement de centres spécialisés et estimait que, compte tenu du nombre relativement faible de personnes actuellement en rétention, le système actuel peut être jugé approprié [CPT/Inf (2012) 7, p. 24]. Voir, également, réponse du Land de Hesse figurant à l'annexe 3 a de la décision de renvoi dans l'affaire C-514/13, qui précise que «[d]es centres de rétention spécialisés ne sont pas prévus dans le Land de Hesse et ne sont pas non plus nécessaires» (traduction libre).

175. À notre sens, aucun des motifs évoqués dans le cadre des affaires au principal ne revêt ces caractères.

176. Au vu de l'ensemble de ces considérations, nous estimons, par conséquent, que l'article 16, paragraphe 1, de la directive doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre qui, compte tenu de sa structure fédérale, autorise les États fédérés à retenir les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement dans un établissement pénitentiaire lorsqu'il n'existe pas sur le territoire de l'État fédéré compétent de centres de rétention spécialisés.

C – *L'affaire C-474/13*

177. Dans l'affaire C-474/13, le Bundesgerichtshof demande, en substance, à la Cour si, aux termes de l'article 16, paragraphe 1, de la directive, un État membre peut se dispenser de séparer un ressortissant de pays tiers retenu dans un établissement pénitentiaire aux fins de son éloignement des prisonniers de droit commun au motif que le migrant a consenti à ce regroupement[64].

178. En d'autres termes, un migrant placé en rétention aux fins de son éloignement peut-il consentir à être traité de la même façon qu'un délinquant ou un criminel?

179. Dans sa décision de renvoi, le Bundesgerichtshof estime que l'intéressé devrait pouvoir consentir à être retenu avec les prisonniers de droit commun en raison des «opportunités d'être en contact avec des compatriotes ou des personnes du même âge». Il soutient, par ailleurs, que l'obligation de séparation vise uniquement à améliorer la situation de l'intéressé et que la renonciation à une telle obligation n'affecte pas le contenu essentiel de la dignité humaine, l'exécution d'une peine n'étant pas, en tant que telle, attentatoire à la dignité de l'homme.

180. La juridiction de renvoi relève, néanmoins, que, au titre de l'article 16, paragraphe 1, de la directive, le législateur de l'Union n'a prévu aucune exception à l'obligation de séparation. En outre, il se demande s'il n'existe pas un risque de contournement de cette obligation dans la mesure où «les autorités concernées font régulièrement signer aux personnes concernées des déclarations de consentement prérédigées ou les poussent à donner leur consentement».

181. Dans leurs observations, le Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik ainsi que les gouvernements allemand et néerlandais estiment qu'une telle pratique est compatible avec l'article 16, paragraphe 1, de la directive.

182. Ils se fondent, en substance, sur l'intérêt et le bien-être du migrant, lesquels commanderaient, dans certaines circonstances, de déroger à l'obligation de séparation prescrite par cette disposition. Le regroupement avec des prisonniers de droit commun permettrait, en effet, d'améliorer sa situation et, par conséquent, de satisfaire à l'objectif visé à ladite disposition.

183. Selon le gouvernement allemand, ce regroupement permettrait, notamment, à l'intéressé «de nouer des contacts sociaux avec des compatriotes pendant la rétention», ce que partage, par ailleurs, le gouvernement néerlandais, et faciliterait les visites des parents et des proches. Ledit regroupement permettrait donc d'éviter l'isolement social auquel l'intéressé serait confronté dans un centre de rétention en raison de son éloignement géographique et du faible nombre de personnes ayant la

64 — Ce placement en rétention a également été décidé par les autorités du Land de Bavière sur le fondement de l'article 62a, paragraphe 1, de l'Aufenthaltsgesetz. Aucun élément du dossier n'indique la raison pour laquelle Mme Pham n'a pu être placée dans un centre de rétention spécialisé. Néanmoins et compte tenu des éléments dont nous avons pu disposer dans le cadre des affaires jointes C-473/13 et C-514/13, il nous semble que ledit placement dans un établissement pénitentiaire est justifié par l'absence de centres de rétention spécialisés dans le Land de Bavière. Dans la mesure où cette justification ne peut, à notre sens, être admise au regard des exigences fixées à l'article 16, paragraphe 1, de la directive, une telle rétention serait, par conséquent, illégale. Néanmoins, dans l'hypothèse où cette rétention serait justifiée par un motif légitime, la question de sa légalité se pose dans la mesure où l'intéressée a été regroupée avec les prisonniers de droit commun à la suite de son consentement.

même nationalité et parlant la même langue dans les centres. Selon le gouvernement allemand, une telle situation serait plus difficile à vivre que les inconvénients liés à un regroupement avec des personnes condamnées. En outre, le gouvernement allemand soutient que le respect de la dignité humaine ne s'oppose pas à ce qu'un migrant en attente d'éloignement soit retenu avec des prisonniers de droit commun, dans les mêmes conditions que ces derniers. Au contraire, le respect de ce principe commanderait de respecter le souhait émis par l'intéressé d'être placé avec des prisonniers de même nationalité.

184. En conclusion, tous soutiennent qu'une telle pratique est susceptible de constituer une mesure plus favorable pour l'intéressé qu'une obligation stricte de séparation. Selon le gouvernement néerlandais, cette pratique serait, par conséquent, conforme à l'article 4, paragraphe 3, de la directive et permettrait, au sens du considérant 6 de la directive, de «façonner des solutions sur mesure dans l'intérêt de l'étranger».

185. Nous rejetons fermement cette interprétation et nous pensons qu'il faut, évidemment, répondre par la négative à la question posée par le Bundesgerichtshof.

186. Par sa question, la juridiction de renvoi vise la situation dans laquelle l'intéressée a «consenti» à être regroupée avec les prisonniers de droit commun en rédigeant une déclaration écrite de consentement. Or, le verbe «consentir» («einwilligen» en langue allemande) implique une demande préalable. Dans le contexte de l'affaire C-474/13, cela suppose que les autorités nationales compétentes aient préalablement «demandé» à l'intéressée, sous une forme ou une autre, de renoncer à cette garantie.

187. Il ressort des observations déposées par Mme Pham que celle-ci a signé la déclaration écrite prérédigée suivante:

«Pham Thi Ly, en rétention

Je déclare consentir à être placée avec des prisonniers.

Nuremberg, le 30 mars 2012

Signature»

188. Au vu des éléments dont nous disposons, nous avons le sentiment que la démarche des autorités nationales n'a pas été motivée par l'intérêt de Mme Pham et encore moins par l'éventuel souhait que celle-ci aurait émis quant à ses conditions de rétention. Aucun élément du dossier, et encore moins la déclaration signée par Mme Pham, ne permet d'affirmer que celle-ci a expressément demandé à être retenue avec des compatriotes. Bien au contraire. Il ressort des éléments dont nous disposons qu'elle ne maîtrisait pas la langue allemande et que, au 31 mars 2012, seules 3 vietnamiennes étaient incarcérées dans l'un des 37 établissements pénitentiaires du Land de Bavière. Nous pensons, en réalité, que la démarche des autorités s'est imposée en raison de l'absence de structures capables d'accueillir Mme Pham, ces dernières n'ayant, d'ailleurs, proposé aucune alternative quant à son placement en rétention.

189. Or, il nous paraît difficile d'admettre que, au-delà de la détresse dans laquelle le migrant se trouve compte tenu de son éloignement forcé et de la faiblesse de sa position, un État membre puisse, d'une manière ou d'une autre, lui demander de renoncer à une garantie que le droit de l'Union lui reconnaît expressément au motif que cet État ne dispose pas des infrastructures nécessaires pour le retenir dans un centre spécialisé ou, le cas échéant, le séparer des prisonniers de droit commun.

190. Une fois encore, admettre que les États membres puissent se dispenser de séparer un migrant des prisonniers de droit commun au motif que le premier y a consenti permettrait aux autorités nationales de contourner l'obligation visée à l'article 16, paragraphe 1, de la directive et, finalement, d'excuser un manquement grave de ces États aux obligations qui leur incombent au titre de la directive et de leurs engagements internationaux.

191. Dans le cadre de l'affaire C-474/13, il nous semble donc évident qu'un tel consentement ne pouvait constituer un motif valable permettant à l'État membre de déroger à l'obligation de séparation visée à l'article 16, paragraphe 1, de la directive.

192. Les termes de l'article 16, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive sont parfaitement clairs et fondent, nous le rappelons, une obligation inconditionnelle et précise. Le législateur de l'Union n'introduit aucune exception à l'obligation de séparation, de sorte qu'un État membre ne peut, sur le fondement de la directive, déroger à ce principe, même, à notre sens, dans les situations d'urgence visées à l'article 18 de celle-ci.

193. Ensuite, les objectifs de la directive, sur lesquels nous ne reviendrons pas, s'opposent manifestement à une telle pratique.

194. Lorsqu'un État membre se dispense de séparer les migrants en attente d'éloignement des prisonniers de droit commun, il adopte un comportement non seulement contraire à la finalité de la directive, à savoir celle de les rapatrier d'une façon humaine et digne, dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux [65], mais également disproportionné par rapport à la finalité de la rétention.

195. En effet, cet État tend à assimiler la rétention du ressortissant de pays tiers en attente d'éloignement à une mesure d'exécution de peine, de sorte que le migrant en situation irrégulière est traité de la même façon qu'un criminel, puisqu'il est retenu dans un lieu, dans des conditions et sous un régime identiques à ceux réservés aux prisonniers de droit commun.

196. Nous pouvons, certes, partager l'avis du Bundesgerichtshof lorsqu'il pose comme principe que l'exécution d'une peine n'est pas, en soi, attentatoire à la dignité humaine. L'exécution par le condamné de la peine légalement encourue et légalement prononcée est même pour lui, en payant sa dette envers la société, un moyen de retrouver sa dignité de citoyen. Mais la même opinion peut-elle être formulée sans réserve à l'égard de Mme Pham, laquelle est placée dans la situation d'une personne qui exécute une peine alors même qu'elle est innocente de toute infraction de droit commun? Il nous semble que, ici, le parallèle n'est pas possible.

197. Par ailleurs, il nous semble plus qu'hasardeux, au regard des droits fondamentaux, de soutenir que la rétention au sein d'un établissement pénitentiaire permet d'«améliorer la situation» du migrant et ainsi de renverser les principes établis à l'article 16, paragraphe 1, de la directive en se fondant sur la préservation des intérêts du migrant en situation irrégulière et celle de sa dignité. Au demeurant, ainsi que nous l'avons indiqué aux points 159 à 161 des présentes conclusions, l'article 4, paragraphe 3, de la directive ne permet pas de justifier une telle pratique, puisqu'il s'agit, en soi, d'une mesure beaucoup plus sévère que celle prévue par le législateur de l'Union.

198. Par conséquent, nous n'adhérons nullement à l'idée exposée par la juridiction de renvoi dans sa décision de renvoi, selon laquelle l'intéressé peut renoncer à cette garantie lorsqu'il existe, par exemple, «des opportunités d'être en contact avec des compatriotes ou des personnes du même âge», idée que partage également le gouvernement néerlandais. Un établissement pénitentiaire n'est pas un club de vacances ni même un club de rencontres. Par ailleurs, lorsque nous examinons les statistiques établies par le Land de Bavière concernant la nationalité des personnes incarcérées au 31 mars 2012,

65 — Voir considérants 13, 16, 17 et 24 de la directive.

date à laquelle Mme Pham a été placée en rétention, sur l'ensemble du territoire[66] (soit 37 établissements pénitentiaires dont principalement 9 accueillant des femmes)[67], nous constatons que seules 3 détenues étaient de nationalité vietnamienne, 7 étaient d'origine africaine – ce qui englobe 57 pays et autant de langues et de dialectes – et aucune n'était d'origine chinoise, irakienne, libanaise ou encore albanaise. Les opportunités nous semblent, en tout état de cause, assez rares.

199. Enfin, nous doutons de la valeur du consentement de Mme Pham compte tenu du contexte dans lequel celui-ci a été donné.

200. Tout d'abord, il ressort des observations déposées par Mme Pham que celle-ci ne disposait pas des connaissances linguistiques suffisantes en langue allemande pour comprendre la déclaration qu'elle a signée et tout laisse à penser que cette déclaration n'a pas été traduite.

201. Par ailleurs, la renonciation en question intervient dans une situation de profond déséquilibre entre les autorités chargées de mettre en œuvre la rétention et le migrant en situation irrégulière. Il ne faut pas perdre de vue qu'une personne placée en rétention à des fins d'éloignement se trouve dans une position de faiblesse à l'égard des autorités et nous ne pouvons pas exclure que celle-ci donne son consentement en subissant une pression, aussi minime soit-elle. Comme le relève la juridiction de renvoi dans sa décision de renvoi, «les autorités concernées font régulièrement signer aux personnes concernées des déclarations de consentement prérédigées ou les poussent à donner leur consentement».

202. Enfin, il faut tenir compte du dénuement psychologique dans lequel le migrant est susceptible de se trouver lors de son placement en rétention et des difficultés qu'il est à même de rencontrer, en raison de sa langue par exemple, pour connaître les droits qui lui sont reconnus. À cet égard, nombreux sont ceux qui n'ont pas les moyens de disposer à ce stade d'une assistance judiciaire et qui n'auront pas pleinement conscience de leurs droits au moment même où ils seront invités à y renoncer. Beaucoup ne discerneront pas la portée et les conséquences d'une déclaration en ce sens. C'est pourquoi nous ne pouvons pas courir le risque de reconnaître une valeur légale à un consentement donné dans ce type de circonstances.

203. De surcroît, la situation proposée à Mme Pham constituant, pour les motifs exposés, une aggravation de son sort, il semble que, pour assurer le respect de ses droits, elle aurait dû être assistée par un conseil. Or, il ressort des observations déposées lors de l'audience que celle-ci a été assistée d'un avocat à un stade ultérieur de la procédure.

204. Par conséquent et au vu de l'ensemble de ces considérations, nous estimons que l'article 16, paragraphe 1, de la directive doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre se dispense de séparer un ressortissant de pays tiers retenu aux fins de son éloignement dans un établissement pénitentiaire des prisonniers de droit commun au motif que celui-ci a consenti à ce regroupement.

66 — Bayerisches Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung – Strafvollzugsstatistik in Bayern 2012, Stichtagerhebung zum 31. März (Kennziffer B VI 6 j 2012, p. 10).

67 — Voir adresse Internet http://www.justizvollzug-bayern.de/JV/Anstalten/Zustaendigkeiten.

VI – **Conclusion**

205. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof et le Landgericht München de la manière suivante:

1) Dans les affaires jointes C-473/13 et C-514/13:

L'article 16, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre qui, compte tenu de sa structure fédérale, autorise les États fédérés à retenir les ressortissants de pays tiers en attente d'éloignement dans un établissement pénitentiaire lorsqu'il n'existe pas sur le territoire de l'État fédéré compétent de centres de rétention spécialisés.

2) Dans l'affaire C-474/13:

L'article 16, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre se dispense de séparer un ressortissant de pays tiers retenu aux fins de son éloignement dans un établissement pénitentiaire des prisonniers de droit commun au motif que celui-ci a consenti à ce regroupement.