Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 2 février 2016 [1]

Affaire C-47/15

Sélina Affum, épouse Amissah,
contre
Préfet du Pas-de-Calais,
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

[demande de décision préjudicielle formée par la Cour de cassation (France)]

«Espace de liberté, de sécurité et de justice — Directive 2008/115/CE — Retour d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier — Entrée irrégulière — Situation de transit — Peine d'emprisonnement — Garde à vue»

I – Introduction

1. Dans le cadre du présent renvoi préjudiciel de la Cour de cassation, la Cour est une nouvelle fois invitée à se prononcer sur la compatibilité avec la directive 2008/115/CE [2] d'une disposition de droit national qui permet de prononcer une peine d'emprisonnement à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers, au seul motif de l'irrégularité de sa situation.

2. Par rapport aux affaires précédentes portant sur cette question [3], la présente affaire se distingue par deux particularités. Premièrement, elle concerne une ressortissante d'un pays tiers qui a pénétré sur le territoire de l'État membre concerné à seule fin de transit et a été interceptée lors de la sortie de cet État membre. La question se pose alors de savoir s'il s'agit d'un séjour au regard de la directive 2008/115. Deuxièmement, l'État membre en question ne compte pas prendre une décision de retour en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115, mais remettre la ressortissante concernée aux autorités d'un autre État membre, sur le fondement d'un arrangement conclu avant l'entrée en vigueur de la directive 2008/115.

3. La présente affaire donnera à la Cour l'occasion de rappeler que la directive 2008/115 s'applique à tout ressortissant d'un pays tiers, en situation irrégulière, quel que soit le motif de l'irrégularité de son séjour et le lieu de son arrestation, et que l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers n'est possible que dans des situations bien précises qui ne s'appliquent pas en l'espèce.

1 — Langue originale: le français.

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).

3 — Voir arrêts El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268); Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), et Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Voir également arrêt Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), qui avait, entre autres, pour objet une peine d'assignation à résidence.

II – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

1. La directive 2008/115

4. L'objet de la directive 2008/115 est décrit, à son article 1er, comme suit:

«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.»

5. L'article 2 de la directive 2008/115, intitulé «Champ d'application», dispose:

«1. La présente directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre.

2. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers:

a) faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre;

b) faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition.

[...]»

6. L'article 3 de cette directive, intitulé «Définitions», énonce:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

2) 'séjour irrégulier': la présence sur le territoire d'un État membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions énoncées à l'article 5 du code frontières Schengen, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet État membre;

3) 'retour': le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer – que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé – dans:

— son pays d'origine, ou

— un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission communautaires ou bilatéraux, ou

— un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné d'un pays tiers décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis;

4) ‘décision de retour’: une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d’un ressortissant d’un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour;

5) ‘éloignement’: l’exécution de l’obligation de retour, à savoir le transfert physique hors de l’État membre;

[...]»

7. L’article 4 de ladite directive, intitulé «Dispositions plus favorables», indique:

«1. La présente directive s’applique sans préjudice des dispositions plus favorables:

a) des accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre la Communauté – ou la Communauté et ses États membres – et un ou plusieurs pays tiers;

b) des accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre un ou plusieurs États membres et un ou plusieurs pays tiers.

[...]

4. En ce qui concerne les ressortissants de pays tiers exclus du champ d’application de la présente directive conformément à l’article 2, paragraphe 2, point a), les États membres:

a) veillent à ce que le traitement et le niveau de protection qui leur sont accordés ne soient pas moins favorables que ceux prévus à l’article 8, paragraphes 4 et 5 (limitations du recours aux mesures coercitives), à l’article 9, paragraphe 2, point a) (report de l’éloignement), à l’article 14, paragraphe 1, points b) et d) (soins médicaux d’urgence et prise en considération des besoins des personnes vulnérables), ainsi qu’aux articles 16 et 17 (conditions de rétention), et

b) respectent le principe de non-refoulement.»

8. Les articles 6 à 8 de la directive 2008/115 énoncent:

«*Article 6*

Décision de retour

1. Les États membres prennent une décision de retour à l’encontre de tout ressortissant d’un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5.

[...]

3. Les États membres peuvent s’abstenir de prendre une décision de retour à l’encontre d’un ressortissant d’un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire si le ressortissant concerné d’un pays tiers est repris par un autre État membre en vertu d’accords ou d’arrangements bilatéraux existant à la date d’entrée en vigueur de la présente directive. Dans ce cas, l’État membre qui a repris le ressortissant concerné d’un pays tiers applique le paragraphe 1.

[...]

Article 7

Départ volontaire

1. La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4. [...]

[...]

Article 8

Éloignement

1. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire conformément à l'article 7, paragraphe 4, ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'article 7.

[...]»

9. L'article 15 de la directive 2008/115, intitulé «Rétention», dispose:

«1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque:

a) il existe un risque de fuite, ou

b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

[...]»

2. La CAAS et le code frontières Schengen

10. La convention d'application de l'accord de Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (JO 2000, L 239, p. 19), signée à Schengen le 19 juin 1990 (ci-après la «CAAS»), fait partie de l'acquis de Schengen.

11. Au titre II de la CAAS, le chapitre 4, intitulé «Conditions de circulation des étrangers», établit à ses articles 19, paragraphes 1 et 2, 20, paragraphe 1, et 21, paragraphes 1 et 2, les conditions dans lesquelles les étrangers titulaires d'un visa uniforme ou d'un visa délivré par une des parties contractantes, les étrangers non soumis à l'obligation de visa ainsi que les étrangers titulaires d'un titre de séjour ou d'une autorisation provisoire de séjour, délivrés par l'une de ces parties, peuvent circuler librement sur le territoire des parties contractantes. Ces dispositions se réfèrent notamment à certaines des conditions d'entrée établies à l'article 5, paragraphe 1, de la CAAS.

12. Le règlement (CE) nº 562/2006 [4] a consolidé et développé l'acquis de Schengen.

13. Aux termes du considérant 27 du code frontières Schengen, celui-ci «constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auxquelles le Royaume-Uni [de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord] ne participe pas [...]. Par conséquent, le Royaume-Uni ne participe pas à son adoption et n'est pas lié par son application ni soumis à celui-ci».

14. Selon l'article 1er de ce code, celui-ci «prévoit l'absence de contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières intérieures entre les États membres de l'Union européenne» et «établit les règles applicables au contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne».

15. L'article 2, points 1 et 2, du même code contient les définitions suivantes:

«1) 'frontières intérieures':

a) les frontières terrestres communes, y compris fluviales et lacustres, des États membres;

b) les aéroports des États membres pour les vols intérieurs;

c) les ports maritimes, fluviaux et lacustres des États membres pour les liaisons régulières de transbordeurs;

2) 'frontières extérieures', les frontières terrestres des États membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes, ainsi que leurs aéroports, ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres, pour autant qu'ils ne soient pas des frontières intérieures».

16. Au titre II du code frontières Schengen, le chapitre I, intitulé «Franchissement des frontières extérieures et conditions d'entrée», dispose, à ses articles 4 et 5:

«*Article 4*

Franchissement des frontières extérieures

1. Les frontières extérieures ne peuvent être franchies qu'aux points de passage frontaliers et durant les heures d'ouverture fixées. Les heures d'ouverture sont indiquées clairement aux points de passage frontaliers qui ne sont pas ouverts 24 heures sur 24.

[...]

3. Sans préjudice des exceptions prévues au paragraphe 2 et de leurs obligations en matière de protection internationale, les États membres instaurent des sanctions, conformément à leur droit national, en cas de franchissement non autorisé des frontières extérieures en dehors des points de passage frontaliers ou des heures d'ouverture fixées. Ces sanctions sont effectives, proportionnées et dissuasives.

4 — Règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) (JO L 105, p. 1), tel que modifié par le règlement (UE) nº 265/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mars 2010 (JO L 85, p. 1, ci-après le «code frontières Schengen»).

Article 5

Conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers

1. Pour un séjour n'excédant pas trois mois sur une période de six mois, les conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers sont les suivantes:

a) être en possession d'un document ou de documents de voyage en cours de validité permettant le franchissement de la frontière;

b) être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis [...], sauf s'ils sont titulaires d'un titre de séjour en cours de validité;

c) justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquérir légalement ces moyens;

d) ne pas être signalé aux fins de non-admission dans le [système d'information Schengen (SIS)];

e) ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États membres [...]

[...]

4. Par dérogation au paragraphe 1,

a) les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas toutes les conditions visées au paragraphe 1, mais qui sont titulaires d'un titre de séjour, d'un visa de long séjour ou d'un visa de retour délivré par l'un des États membres ou, lorsque cela est requis, d'un titre de séjour ou d'un visa de long séjour et d'un visa de retour, sont autorisés à entrer aux fins de transit sur le territoire des autres États membres afin de pouvoir atteindre le territoire de l'État membre qui a délivré le titre de séjour, le visa de long séjour ou le visa de retour [...];

[...]

c) les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas une ou plusieurs conditions énoncées au paragraphe 1 peuvent être autorisés par un État membre à entrer sur son territoire pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales. [...]»

17. Le titre II, chapitre II, du code frontières Schengen, intitulé «Contrôle aux frontières extérieures et refus d'entrée», dispose à son article 7, relatif à la vérification aux frontières portant sur les personnes:

«*Article 7*

Vérifications aux frontières portant sur les personnes

1. Les mouvements transfrontaliers aux frontières extérieures font l'objet de vérifications de la part des garde-frontières. Les vérifications sont effectuées conformément au présent chapitre.

[...]

3. À l'entrée et à la sortie, les ressortissants des pays tiers sont soumis à une vérification approfondie.

a) La vérification approfondie à l'entrée comporte la vérification des conditions d'entrée fixées à l'article 5, paragraphe 1, ainsi que, le cas échéant, des documents autorisant le séjour et l'exercice d'une activité professionnelle. Cette vérification comprend un examen détaillé des éléments suivants:

[...]

b) La vérification approfondie à la sortie comporte:

i) la vérification que le ressortissant du pays tiers est en possession d'un document valable pour franchir la frontière;

ii) l'examen du document de voyage à la recherche d'indices de falsification ou de contrefaçon;

iii) si possible, la vérification que le ressortissant du pays tiers n'est pas considéré comme une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de l'un des États membres.

c) En plus des vérifications visées au point b), la vérification approfondie à la sortie peut également comporter:

i) la vérification que la personne est en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis [...], sauf si elle est titulaire d'un titre de séjour en cours de validité; [...]

ii) la vérification que la personne n'a pas dépassé la durée de séjour maximale autorisée sur le territoire des États membres;

iii) la consultation des signalements de personnes et d'objets intégrés dans le SIS et les fichiers de recherche nationaux.

[...]»

18. Selon l'article 20 de ce code, figurant au chapitre I, intitulé «Suppression du contrôle aux frontières intérieures», du titre III dudit code, les «frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité».

19. En vertu de l'article 39, paragraphe 1, du code frontières Schengen, faisant partie du titre IV, intitulé «Dispositions finales», les articles 2 à 8 de la CAAS ont été abrogés à partir du 13 octobre 2006. Les conditions d'entrée notamment, qui figuraient auparavant à l'article 5, paragraphe 1, de la CAAS, ont ainsi été remplacées par celles établies à l'article 5 de ce code.

B – *La réglementation française*

1. Le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

20. L'article L. 621-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, tel que modifié par la loi n° 2012-1560, du 31 décembre 2012, relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées (JORF du 1er janvier 2013, p. 48, ci-après le «Ceseda»), dispose:

«Est puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros l'étranger qui n'est pas ressortissant d'un État membre de l'Union européenne:

1° S'il a pénétré sur le territoire métropolitain sans remplir les conditions mentionnées aux points a, b ou c du paragraphe 1 de l'article 5 du [code frontières Schengen] et sans avoir été admis sur le territoire en application des points a et c du paragraphe 4 de l'article 5 de ce même [code]; il en est de même lorsque l'étranger fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en application d'une décision exécutoire prise par un autre État partie à la [CAAS];

2° Ou si, en provenance directe du territoire d'un État partie à [la CAAS], il est entré sur le territoire métropolitain sans se conformer aux stipulations de ses articles 19, paragraphe 1 ou 2, 20, paragraphe l, et 21, paragraphe 1 ou 2, à l'exception des conditions mentionnées au point e du paragraphe 1 de l'article 5 du [code frontières Schengen] et au point d lorsque le signalement aux fins de non-admission ne résulte pas d'une décision exécutoire prise par un autre État partie à la [CAAS];

[...]

Pour l'application du présent article, l'action publique ne peut être mise en mouvement que lorsque les faits ont été constatés dans les circonstances prévues à l'article 53 du code de procédure pénale.»

2. Le code de procédure pénale

21. Le code de procédure pénale, dans sa version en vigueur à la date des faits au principal, dispose, à son article 53:

«Est qualifié crime ou délit flagrant le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit.

À la suite de la constatation d'un crime ou d'un délit flagrant, l'enquête menée sous le contrôle du procureur de la République dans les conditions prévues par le présent chapitre peut se poursuivre sans discontinuer pendant une durée de huit jours.

[...]»

22. L'article 62-2 du code de procédure pénale énonce:

«La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs.

[...]»

III – Les faits au principal, la procédure devant la Cour et les questions préjudicielles

23. Le 22 mars 2013, M^me^ Affum, de nationalité ghanéenne, a fait l'objet d'un contrôle par des agents de la police française à Coquelles (France), point d'entrée du tunnel sous la Manche, alors qu'elle était à bord d'un autobus en provenance de Gand (Belgique) et à destination de Londres (Royaume-Uni).

24. Après avoir présenté un passeport belge comportant la photographie et le nom d'un tiers, et dépourvue de tout autre document d'identité ou de voyage à son nom, elle a été placée en garde à vue pour entrée irrégulière sur le territoire français, sur le fondement de l'article L. 621-2, 2°, du Ceseda.

25. Le lendemain, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer a décidé de classer sans suite la procédure pénale engagée contre M^me^ Affum. Par conséquent, la mesure de garde à vue à l'encontre de celle-ci a pris fin le même jour.

26. Cependant, en parallèle de la procédure pénale engagée contre M^me^ Affum, le préfet du Pas-de-Calais a été saisi de la situation administrative de M^me^ Affum en vue de décider de son éventuel éloignement du territoire français.

27. Par un arrêté du 23 mars 2013, il a décidé la remise de M^me^ Affum aux autorités belges, en vue de sa réadmission, sur le fondement de l'arrangement entre le gouvernement de la République française, d'une part, et les gouvernements du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg et du Royaume des Pays-Bas, d'autre part, concernant la prise en charge de personnes aux frontières communes entre la France et le territoire des États du Benelux, signé à Paris le 16 avril 1964.

28. Par ce même arrêté, le préfet du Pas-de-Calais a ordonné le placement de M^me^ Affum en rétention administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire pour une durée de cinq jours à compter de la fin de sa garde à vue, dans l'attente de son éloignement. En exécution de cet arrêté, M^me^ Affum a donc été placée en rétention administrative le 23 mars 2013 pour une durée de cinq jours en vue de sa remise aux autorités belges.

29. Le 27 mars 2013, le préfet du Pas-de-Calais a sollicité du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille la prolongation de cette rétention, dans l'attente de la réponse des autorités belges sur sa demande de réadmission.

30. En défense, M^me^ Affum a soutenu, en invoquant notamment l'arrêt Achughbabian [5], que la requête du préfet du Pas-de-Calais devait être rejetée dès lors que son placement en garde à vue avait été irrégulier, une telle irrégularité viciant, selon le droit national, l'ensemble de la procédure et étant sanctionnée par le refus du prolongement de la rétention et la remise en liberté de la personne concernée.

31. Par ordonnance du 28 mars 2013, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille a toutefois estimé que la mesure de garde à vue prise à l'encontre de M^me^ Affum était régulière et que son placement en rétention administrative était donc intervenu à l'issue d'une procédure régulière. Il a par conséquent fait droit à la requête du préfet du Pas-de-Calais et ordonné la prolongation du maintien de M^me^ Affum en rétention administrative pour une durée maximale de 20 jours à compter du même jour.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

32. Saisi en appel par M^me^ Affum, le premier président de la cour d'appel de Douai a, par une ordonnance du 29 mars 2013, confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille.

33. Saisie par M^me^ Affum d'un pourvoi en cassation contre cette dernière ordonnance, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 3, [point] 2, de la directive 2008/115 doit-il être interprété en ce sens qu'un ressortissant d'un État tiers est en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et relève, à ce titre, du champ d'application de cette directive, en vertu de son article 2, paragraphe 1, lorsque cet étranger se trouve dans une situation de simple transit, en tant que passager d'un autobus circulant sur le territoire de cet État membre, en provenance d'un autre État membre, faisant partie de l'espace Schengen, et à destination d'un État membre différent?

2) L'article 6, paragraphe 3, de cette directive doit-il être interprété en ce sens que cette dernière ne s'oppose pas à une réglementation nationale réprimant l'entrée irrégulière d'un ressortissant d'un État tiers d'une peine d'emprisonnement, lorsque l'étranger en cause est susceptible d'être repris par un autre État membre, en application d'un accord ou arrangement conclu avec ce dernier avant l'entrée en vigueur de la[dite] directive?

3) Selon la réponse qui sera donnée à la question précédente, cette directive doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale réprimant l'entrée irrégulière d'un ressortissant d'un État tiers d'une peine d'emprisonnement, selon les mêmes conditions que celles posées par la [Cour de justice] dans l'arrêt [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)], en matière de séjour irrégulier, lesquelles tiennent à l'absence de soumission préalable de l'intéressé aux mesures coercitives visées à l'article 8 de la[dite] directive et à la durée de sa rétention?»

34. M^me^ Affum a présenté des observations, tout comme les gouvernements français, tchèque, grec, hongrois et suisse ainsi que la Commission européenne. Lors de l'audience du 10 novembre 2015, M^me^ Affum a été entendue ainsi que les gouvernements français et grec et la Commission.

IV – Analyse

35. Par ses trois questions qui méritent d'être traitées ensemble, la juridiction de renvoi cherche, en substance, à savoir si la directive 2008/115 s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant l'entrée irrégulière d'une ressortissante d'un pays tiers d'une peine d'emprisonnement lorsque cette personne a été interceptée lors de sa sortie de l'espace Schengen[6] à une frontière extérieure de cet État membre, en situation de transit en provenance d'un autre État membre et qu'elle est susceptible d'être reprise par cet autre État membre en application d'un arrangement conclu avec ce dernier avant l'entrée en vigueur de la directive 2008/115.

36. Afin de répondre utilement aux questions posées, il convient, tout d'abord, d'exposer brièvement le système instauré par la directive 2008/115, d'une part, et par le code frontières Schengen, d'autre part, tout en analysant la ligne de démarcation entre ces deux instruments, puis d'effectuer un bref rappel de la jurisprudence de la Cour concernant la privation de liberté d'une personne dans des situations autres que celles prévues par la directive 2008/115 et, enfin, d'analyser la réglementation nationale en cause.

6 — Même si les termes «espace Schengen» ne sont pas employés par le code frontières Schengen, ils sont devenus courant pour définir les États membres qui font partie de ce code. Dans ce contexte, j'observe que la Cour elle-même utilise ces termes. Voir, à titre d'exemple, arrêts ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, divers points et dispositif); Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, point 67), ainsi que T. (C-373/13, EU:C:2015:413, point 52).

A – *La directive 2008/115 et son champ d'application*

37. La directive 2008/115 a pour objet, tel que l'énonce son article 1er, de fixer les normes et les procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux et au droit international. Il ressort de son considérant 4 que cette directive vise à fixer des règles claires, transparentes et équitables afin de définir une politique de retour efficace, constituant un élément indispensable d'une politique migratoire bien gérée. La directive 2008/115 a été adoptée sur le fondement de l'ancien article 63, premier alinéa, point 3, sous b), CE[7], selon la procédure de codécision en vertu de l'article 251 CE[8]. Il s'agit en effet du premier instrument juridique en matière d'immigration adopté suivant cette procédure[9].

38. Le champ d'application ratione personae de la directive 2008/115, tel que le définit son article 2, est très large. En vertu du paragraphe 1 de cette disposition, la directive 2008/115 s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre. Constitue un tel séjour irrégulier la présence sur le territoire d'un État membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas ou plus les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du code frontières Schengen, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet État membre[10].

39. En ce qu'il se réfère uniquement au séjour irrégulier, l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2008/115 n'opère pas de distinction entre l'entrée irrégulière et le séjour irrégulier.

40. En vertu de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2008/115, les États membres ont la faculté de ne pas appliquer cette directive dans certaines situations bien circonscrites. En effet, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de cette même directive, un État membre peut décider de ne pas appliquer la directive 2008/115 aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre.

41. Une interception doit avoir lieu, selon les termes de la disposition précitée, à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière extérieure, ce qui implique à mon sens un lien temporel et spatial étroit avec le franchissement de la frontière.

42. La directive 2008/115 ne contient pas elle-même de définition des termes «frontière intérieure» ou «frontière extérieure». Dans la mesure cependant où le code frontières Schengen y est mentionné à plusieurs reprises, il me semble clair que la définition donnée par ce code est applicable. Il ressort ainsi de l'article 2, points 1, sous a), et 2, du code frontières Schengen que constituent des «frontières intérieures» les frontières terrestres[11] communes des États membres et que constituent des «frontières

7 — Cet article est devenu l'article 79, paragraphe 2, sous c), TFUE, à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

8 — Cette procédure était devenue applicable à la suite de l'adoption de la décision 2004/927/CE du Conseil, du 22 décembre 2004, visant à rendre la procédure définie à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne applicable à certains domaines couverts par la troisième partie, titre IV, dudit traité (JO L 396, p. 45).

9 — Voir Baldaccini, A., «The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive», *European Journal of Migration and Law,* 2001, p. 1 à 17, et en particulier p. 1.

10 — Voir article 3, point 2, de la directive 2008/115.

11 — Y compris fluviales et lacustres.

extérieures» les frontières terrestres [12] et les frontières maritimes [13] des États membres, pour autant qu'elles ne soient pas des frontières intérieures. Bien évidemment, les termes «États membres» n'incluent que les États membres de l'Union qui participent à l'acquis de Schengen ainsi que les États tiers y participant [14].

43. La directive 2008/115 ne s'applique qu'aux États faisant partie de l'espace Schengen. Selon l'article 21 de la directive 2008/115, celle-ci remplace les dispositions des articles 23 et 24 de la CAAS. En ce qui concerne plus précisément le Royaume-Uni, le considérant 26 de la directive 2008/115 précise que celui-ci «ne participe pas à l'adoption de la présente directive et n'est donc lié par aucune partie de celle-ci ni soumis à son application».

B – *Le code frontières Schengen*

44. Le code frontières Schengen établit un régime de franchissement des frontières par les personnes.

45. Les conditions de franchissement de frontières extérieures et les contrôles visant à vérifier leur respect sont définis au titre II du code frontières Schengen [15]. Ces contrôles comprennent, d'une part, les vérifications aux points de passage frontaliers désignés par les États membres et, d'autre part, la surveillance entre ces points de passage.

46. En revanche, la directive 2008/115 s'applique dès lors qu'une personne est entrée illégalement dans l'espace Schengen et que cette personne n'a pas le droit d'y séjourner.

47. Le code frontières Schengen fait maintenant [16] expressément le lien entre ledit code et la directive 2008/115. En effet, selon l'article 12, paragraphe 1, deuxième phrase, de ce code, une personne qui a franchi illégalement une frontière et qui n'a pas le droit de séjourner sur le territoire de l'État membre concerné est appréhendée et fait l'objet de procédures respectant la directive 2008/115.

C – *La privation de liberté au regard de la directive 2008/115*

48. En vertu du chapitre IV de la directive 2008/115, intitulé «Rétention à des fins d'éloignement», il ne peut être recouru à la rétention qu'à titre d'ultima ratio, uniquement dans la mesure où cela est strictement nécessaire et dans l'attente d'un éloignement [17]. La raison d'être qui sous-tend ces dispositions relatives à la rétention est que seules les procédures de retour et d'éloignement justifient une privation de liberté et que si ces procédures ne sont pas menées avec la diligence requise, la rétention cesse d'être justifiée au regard de ces dispositions [18]. La rétention à des fins d'éloignement n'a

12 — Y compris fluviales et lacustres.

13 — Ainsi que leurs aéroports, ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres.

14 — Voir considérants 21 à 28 du code frontières Schengen.

15 — Articles 4 à 19 bis du code frontières Schengen. Ce titre est subdivisé en cinq chapitres, à savoir franchissement des frontières extérieures et conditions d'entrée (chapitre I), contrôle aux frontières extérieures et refus d'entrée (chapitre II), effectifs et moyens affectés au contrôle aux frontières et coopération entre les États membres (chapitre III), modalités des vérifications aux frontières (chapitre IV) et mesures spécifiques en cas de manquements graves liés au contrôle aux frontières extérieures (chapitre IV bis).

16 — Il convient de signaler que, quelques mois après les faits du litige au principal, l'article 12, paragraphe 1, du code frontières Schengen a été modifié pour justement clarifier le lien avec la directive 2008/115. Voir article 1er, point 11, du règlement (UE) nº 610/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, modifiant le règlement nº 562/2006, la convention d'application de l'accord de Schengen, les règlements (CE) nº 1683/95 et (CE) nº 539/2001 du Conseil et les règlements (CE) nº 767/2008 et (CE) nº 810/2009 du Parlement européen et du Conseil (JO L 182, p. 1).

17 — Articles 15 à 18 de la directive 2008/115.

18 — Voir, pour plus de détails, points 46 à 55 de ma prise de position dans l'affaire Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

ni un caractère punitif ni un caractère pénal et ne constitue pas une peine de prison [19]. De plus, l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2008/115 requiert une interprétation étroite, car la rétention forcée, en tant que privation de liberté, constitue une exception au droit fondamental de la liberté individuelle [20].

49. Pour ce qui est de la rétention ou de l'emprisonnement en-dehors des situations visées par la directive 2008/115, celle-ci ne contient aucune disposition relative à la possibilité pour les États membres de recourir à la rétention ou à l'emprisonnement en tant que sanction pénale en relation avec un séjour irrégulier. La raison en est selon moi évidente, il n'y a pas de place pour une telle sanction si l'objectif de la directive 2008/115 est de prévoir le retour rapide des ressortissants d'États tiers en séjour irrégulier. Toute mesure de rétention ou peine d'emprisonnement qui n'est pas infligée dans le cadre d'une procédure de retour retardera en définitive cette procédure.

50. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt El Dridi [21], il a été demandé à la Cour d'apprécier si la directive 2008/115 s'opposait à une réglementation d'un État membre, telle que la réglementation italienne en cause dans la procédure au principal, qui prévoyait l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un État tiers en séjour irrégulier au seul motif que celui-ci avait demeuré, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État membre dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié. La Cour a déclaré que la directive 2008/115, notamment ses articles 15 et 16, s'opposaient en effet à une telle réglementation [22].

51. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Achughbabian [23], la Cour a été de nouveau invitée à déterminer si la directive 2008/115 s'opposait à une réglementation nationale, telle la réglementation française en cause dans la procédure au principal [24], qui prévoyait l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un État tiers au seul motif de l'irrégularité de son entrée ou de son séjour sur le territoire français. La Cour a de nouveau déclaré que la directive 2008/115 s'opposait à une telle réglementation «pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un État tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention» [25]. Dans l'affaire au principal, la situation de M. Achughbabian relevait de ce cas de figure.

52. Selon le raisonnement suivi par la Cour dans ces deux affaires, l'emprisonnement risquait de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive 2008/115 et était susceptible de faire échec à l'application des mesures visées à l'article 8, paragraphe 1, de cette même directive et de retarder l'exécution de la décision de retour [26].

19 — Voir point 47 de ma prise de position dans l'affaire Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Voir, également, point 35 de la prise de position de l'avocat général Mazák dans l'affaire El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205); point 54 de la prise de position de l'avocat général Wathelet dans l'affaire G. et R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553), ainsi que point 91 des conclusions de l'avocat général Bot dans les affaires Bero et Bouzalmate (C-473/13 et C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — Voir point 47 de ma prise de position dans l'affaire Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). En ce qui concerne l'article 5, paragraphe 1, sous f), 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»), la Cour européenne des droits de l'homme se prononce dans le même sens (voir, notamment, Cour EDH Quinn c. France, 22 mars 1995, série A, n° 311, § 42, et Cour EDH Kaya c. Roumanie n° 33970/05, § 16, 12 octobre 2006).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Arrêt El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, point 62 et dispositif).

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — L'ancien article 621-1 du Ceseda.

25 — Arrêt Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, point 50 et premier tiret du dispositif).

26 — Voir arrêts El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, point 59) et Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, point 45). Pour une analyse des conséquences de ces deux affaires pour le législateur national en matière pénale, voir Mitsilegas, V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, p. 57 à 76.

53. Néanmoins, dans l'arrêt Achughbabian [27], la Cour a ajouté que la directive 2008/115 ne s'opposait pas à une réglementation d'un État membre prévoyant des sanctions pénales pour séjour irrégulier «pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par [la] directive [2008/115] a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour» [28].

54. Par la suite, dans l'arrêt Sagor [29], la Cour a affirmé qu'une peine d'assignation à résidence, prononcée et exécutée au cours de la procédure de retour, était «susceptible de retarder et, ainsi, d'entraver les mesures, telles que la reconduite à la frontière et le retour forcé par voie aérienne, qui contribuent, elles, à la réalisation de l'éloignement». En revanche, en ce qui concerne des poursuites pénales conduisant à une amende, la Cour a déclaré qu'une telle amende n'était pas susceptible d'entraver la procédure de retour établie par la directive 2008/115 [30]. Elle a ajouté que «l'infliction d'une peine pécuniaire n'empêche en aucune manière qu'une décision de retour soit prise et mise en œuvre dans le plein respect des conditions énoncées aux articles 6 à 8 de la directive 2008/115 et ne porte pas non plus atteinte aux normes communes en matière de privation de liberté énoncées aux articles 15 et 16 de cette directive» [31].

55. Dernièrement, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Celaj [32], dans laquelle la République italienne voulait appliquer des sanctions pénales à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier auquel les normes et les procédures communes établies par la directive 2008/115 avaient été appliquées pour mettre fin à son premier séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et qui était entré de nouveau sur le territoire dudit État membre en violation d'une interdiction d'entrée, la Cour a estimé «que les circonstances de l'affaire au principal se distingu[ai]ent nettement de celles en cause dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts El Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] [...] et Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]» [33] et que la directive 2008/115 «ne s'oppose[ait] pas, en principe, à une réglementation d'un État membre qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en situation de séjour irrégulier qui, après être retourné dans son pays d'origine dans le cadre d'une procédure de retour antérieure, entre de nouveau irrégulièrement sur le territoire dudit État en violation d'une interdiction d'entrée» [34].

56. Pour résumer, la jurisprudence de la Cour a admis deux situations dans lesquelles la directive 2008/115 ne s'oppose pas à l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers au motif de l'irrégularité de son séjour, à savoir lorsque la procédure de retour établie par la directive 2008/115 a été appliquée et que le ressortissant séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour (situation «Achughbabian») et lorsque la procédure de retour a été appliquée et que la personne concernée entre de nouveau sur le territoire de cet État membre en violation d'une interdiction d'entrée (situation «Celaj»).

57. Le cas de M[me] Affum ne relève d'aucune de ces deux situations, car aucune procédure de retour ne lui a été appliquée (situation «Achughbabian») et aucune nouvelle entrée sur le territoire français n'a eu lieu (situation «Celaj»).

58. Néanmoins, les autorités françaises considèrent qu'il est possible de lui infliger une peine d'emprisonnement en raison de l'entrée irrégulière en France.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Points 48 et 50 ainsi que deuxième tiret du dispositif. Selon moi, bien que ce passage fasse également partie du dispositif de l'arrêt, il présente clairement le caractère d'un obiter dictum, étant donné qu'il n'a aucun lien avec les faits de l'affaire en cause et vise une situation hypothétique.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, point 45.

30 — Point 36.

31 — Point 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

33 — Arrêt Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, point 28).

34 — Point 33 et dispositif.

D – *L'entrée irrégulière au regard de la directive 2008/115*

1. La réglementation française

59. À la suite de l'arrêt Achughbabian de la Cour [35] et de l'arrêt Mallah c. France de la Cour européenne des droits de l'homme [36], le gouvernement français a, par la loi nº 2012-1560 [37], aménagé son régime d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Il a, entre autres, modifié sa législation afin d'abroger le délit de séjour illégal et d'instaurer la procédure de retenue des étrangers pour vérification de leur droit de séjour. Toutefois, les autorités françaises ont maintenu le délit d'entrée irrégulière en cas de franchissement irrégulier des frontières extérieures (article L. 621-2, 1°, du Ceseda) et en cas de circulation d'un ressortissant d'un pays tiers en violation des conditions de circulation des étrangers fixées dans la CAAS (article L. 621-2, 2°, du Ceseda).

60. Dans l'exposé des motifs du projet de loi, les autorités françaises estiment que «les règles relatives au franchissement des frontières extérieures et à la circulation des ressortissants de pays tiers entre les États membres ne sont pas dans le champ d'application de la directive [2008/115]» [38].

61. En effet, selon les autorités françaises, lesdites règles «résultent pour ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures du [...] code frontières Schengen [...] lequel prévoit l'obligation pour les États membres d'instaurer des sanctions dissuasives en cas de manquement constaté à la frontière, c'est-à-dire en cas de refus d'entrée sur le territoire, ou lors d'une arrestation ou d'une interception à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière. S'agissant des manquements aux règles prévues par la [CAAS], relatives à la circulation entre les États membres, la directive [2008/115] prévoit explicitement la possibilité pour les États membres de ne pas recourir à une mesure d'éloignement mais de mettre en œuvre les mécanismes de réadmission entre États membres, auxquels la directive [2008/115] n'est pas applicable comme l'a rappelé le juge des référés du Conseil d'État (CE, 27 juin 2011, ministère de l'intérieur c/Lassoued, nº 350207)» [39].

62. Les autorités françaises en concluent que «[c]es hypothèses sont en effet hors du champ de l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne sur laquelle s'est fondée la Cour de cassation et la suppression du régime de sanction s'opposerait aux règles européennes» [40].

2. La situation de M^me^ Affum

63. Les autorités françaises invoquent, afin de justifier leur réglementation, plusieurs dispositions de la directive 2008/115 et du code frontières Schengen, dispositions que j'analyserai ci-après avant d'inviter la Cour à confirmer l'applicabilité de la directive 2008/115. En effet, à mon sens, aucune des exceptions ou des limitations prévues par ces deux instruments n'est pertinente en l'espèce.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Voir Cour EDH, Mallah c. France, nº 29681/08, 10 novembre 2011. Dans cette affaire, un ressortissant marocain, condamné pour avoir hébergé son gendre, compatriote en situation irrégulière, avait fait valoir que sa condamnation constituait, eu égard aux circonstances de l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CEDH. C'est seulement parce que l'intéressé avait été dispensé de peine que la Cour de Strasbourg a considéré que les stipulations de l'article 8 de la CEDH n'avaient pas été méconnues. Par conséquent, le législateur français a étendu le champ des immunités pénales prévues à l'article L. 622-4 pour le délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Voir point 2.2 de l'étude d'impact du 21 septembre 2012 du projet de loi relatif à l'aménagement des dispositions législatives relatives à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, disponible à l'adresse Internet http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Loi disponible à l'adresse Internet http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

38 — Projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, enregistré à la présidence du Sénat le 28 septembre 2012, disponible à l'adresse Internet http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (p. 6).

39 — Ibidem (p. 6).

40 — Ibidem (p. 6).

a) Sur l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115

64. La République française invoque l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115 et suggère qu'un cas tel que celui de l'affaire au principal reste en dehors du champ d'application de cette directive.

65. En premier lieu, il convient de rappeler que l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115 ne s'applique qu'aux frontières extérieures, que la frontière entre la Belgique et la France constitue une frontière intérieure et que M[me] Affum a été interceptée lors de sa sortie de France à la frontière extérieure entre la France et le Royaume-Uni.

66. Dans ce contexte, la République française estime que l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115 s'applique au franchissement irrégulier d'une frontière extérieure d'un État membre, tant au moment de l'entrée qu'au moment de la sortie de l'espace Schengen.

67. Dans la mesure où le point de vue de la République française semble donc impliquer que la situation d'une personne entrée de manière irrégulière sur le territoire d'un État membre par une frontière intérieure, mais uniquement interceptée lors de sa sortie à la frontière extérieure de l'État membre est couverte par l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115, je ne saurais y souscrire.

68. Il résulte, à mon sens, clairement du libellé de cette disposition que seule l'entrée irrégulière est visée, car sinon la dernière partie de la phrase («et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre») serait dépourvue de sens [41].

69. En l'espèce, la République française ne saurait donc se prévaloir de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115.

b) Sur l'article 3, point 2, de la directive 2008/115: le simple transit en tant que «séjour»

70. La juridiction de renvoi semble nourrir des doutes sur la question de savoir si la présence sur le territoire d'un État membre faisant partie de l'espace Schengen d'un ressortissant d'un pays tiers en situation de simple transit vers un autre État membre ne faisant pas partie de l'espace Schengen relève du champ d'application de la directive 2008/115.

71. De tels doutes ne sont pas fondés.

72. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2008/115, cette directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre. Est définie comme «séjour irrégulier», par l'article 3, point 2, de ladite directive, la «présence sur le territoire d'un État membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du code frontières Schengen, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet État membre».

73. Il ressort de ces dispositions qu'un ressortissant d'un pays tiers qui se trouve à bord d'un autobus sans remplir les conditions d'entrée est bien présent sur le territoire de l'État membre en question et se trouve en séjour irrégulier. Qu'il se trouve en transit ou non n'est pas déterminant aux fins de la constatation de l'irrégularité du séjour.

41 — En outre, si l'on suivait le raisonnement de la République française jusqu'au bout de sa logique, la situation d'une personne, entrée de manière irrégulière sur le territoire d'un État membre par une frontière intérieure et interceptée par les autorités de cet État membre non pas à une frontière extérieure, mais ailleurs sur son territoire entrerait dans le champ d'application de la directive 2008/115, car elle n'aurait pas franchi de frontière extérieure. Il ne me paraît pas cohérent de traiter de manière différente une personne dans la situation de M[me] Affum.

c) Sur l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115

74. En vertu de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115, les États membres peuvent s'abstenir de prendre une décision de retour si la personne concernée est reprise par un autre État membre en vertu «d'accords ou d'arrangements bilatéraux» existant à la date d'entrée en vigueur de cette directive.

75. Il convient de relever, ce qui ressort d'emblée du libellé de cette disposition, que celle-ci énonce uniquement la faculté de l'État membre de s'abstenir de prendre une décision de retour, mais ne définit nullement, contrairement à l'article 2 de la directive 2008/115, le champ d'application de celle-ci. L'article 6, paragraphe 3, de cette directive ne saurait, comme le semble suggérer le gouvernement français, avoir pour effet de rendre l'ensemble des dispositions de la directive 2008/115 inapplicable à l'affaire au principal. Au contraire, un État membre qui se prévaut de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115 reste lié par les autres dispositions de cette directive et est tenu d'assurer le plein effet utile de la directive. La jurisprudence de la Cour relative aux dispositions de cette directive, et en particulier à la privation de liberté des personnes, demeure applicable.

76. L'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115 dispense donc uniquement l'État membre concerné de l'obligation de prendre une décision de retour au sens de l'article 6, paragraphe 1, de cette directive. Or, la décision de remise en vertu de l'arrangement constitue une des mesures prévues par ladite directive ainsi qu'une étape préparatoire à un retour du territoire des États membres de la directive 2008/115.

77. S'agissant de l'interprétation du terme «bilatéraux», je propose à la Cour d'opter pour une interprétation de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115 qui inclut un arrangement tel que celui en l'espèce [42]. Bien que conclu par quatre États membres, cet arrangement traite le territoire du Benelux comme un territoire unique. Il est donc assimilable à un accord bilatéral.

78. Une telle interprétation serait en outre, à mon sens, conforme au principe figurant à l'article 350 TFUE, selon lequel les dispositions des traités ne font pas obstacle à l'existence et à l'accomplissement des unions régionales entre le Royaume de Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg, ainsi qu'entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas dans la mesure où les objectifs de ces unions régionales ne sont pas atteints en application des traités.

79. Si, par le biais de cette disposition, le traité FUE tient déjà compte de la situation spécifique du Benelux, la Cour devrait en faire de même dans son interprétation de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115.

d) Sur l'article 4, paragraphe 3, du code frontières Schengen

80. La République française se prévaut également de l'article 4, paragraphe 3, du code frontières Schengen, en vertu duquel les États membres instaurent des sanctions en cas de franchissement non autorisé des frontières extérieures en dehors des points de passage frontaliers ou des heures d'ouvertures fixées.

81. Cette disposition n'est pas applicable en l'espèce, car M[me] Affum n'a nullement tenté de franchir de frontière en dehors des points de passage frontaliers ou des heures d'ouverture fixées.

42 — Arrangement entre les gouvernements du Royaume des Pays-Bas, du Royaume de Belgique et du Grand-Duché de Luxembourg, d'une part, et le gouvernement de la République française, d'autre part, concernant la prise en charge de personnes aux frontières communes entre le territoire des États du Benelux et la France. Le texte de cet arrangement est disponible à l'adresse Internet http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

82. Je ne vois pas de raison, comme le suggère la République française, de ne pas interpréter cette disposition de manière littérale et d'inclure également les points de passage frontaliers étant donné que l'article 4 du code frontières Schengen établit justement un traitement différent entre le franchissement de frontière aux points de passage frontaliers et durant les heures d'ouverture fixées (paragraphe 1) et le franchissement de frontière en dehors de ces points et horaires (paragraphe 2). En d'autres termes, je ne vois pas de raison d'ordre téléologique qui pourrait aller à l'encontre d'une interprétation littérale et systémique de l'article 4 du code frontières Schengen.

83. Dans ce contexte, je tiens à rappeler qu'une personne ayant franchi illégalement une frontière et n'ayant pas le droit de séjourner sur le territoire de l'État membre concerné est donc soumise à la directive 2008/115 [43].

84. La directive 2008/115 est donc applicable à la situation de M[me] Affum. Comme je l'ai déjà relevé au point 57 des présentes conclusions, son cas ne relève d'aucune des situations dans lesquelles la Cour a constaté que la directive 2008/115 ne s'opposait pas à l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers. Par conséquent, une personne qui se trouve dans la situation de M[me] Affum ne saurait être emprisonnée au seul motif de l'irrégularité de son séjour sur le territoire français.

V – Conclusion

85. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par la Cour de cassation de la manière suivante:

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, en particulier ses articles 6, paragraphe 3, 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à la réglementation d'un État membre qui réprime l'entrée irrégulière d'un ressortissant d'un pays tiers d'une peine d'emprisonnement lorsque cette personne a été interceptée lors de sa sortie de l'espace Schengen à une frontière extérieure de cet État membre, en situation de transit en provenance d'un autre État membre, et qu'elle est susceptible d'être reprise par cet autre État membre en application d'un arrangement conclu avec ce dernier avant l'entrée en vigueur de la directive 2008/115.

43 — Voir, également, point 46 des présentes conclusions.