

Analyse du projet de loi relatif au droit des étrangers en France

Présenté au conseil des ministres du 23 juillet 2014

Présentation publique du 11 février 2015

par

ADDE – ANAFE – FASTI – GISTI – La Cimade
LDH – MOM – SAF – Syndicat de la magistrature

Sommaire

Avant-propos	5
I. La refonte du dispositif « intégration » : poursuite de « l'inversion de la logique d'intégration »	7
II. Le séjour des étrangers : la fin de la précarité ?	10
1. Les titulaires (« potentiels ») du titre pluriannuel	12
A. Les catégories de personnes concernées	12
B. Les catégories de personnes exclues	13
2. Quatre catégories de « vie privée et familiale »	13
A. Les conjoint-e-s de Français-es et parents d'enfants français	14
B. Les personnes ayant des liens personnels et familiaux en France	14
C. Les personnes étrangères malades	14
3. Une carte très surveillée	15
4. Le passage à la carte de résident : une fiction ?	16
5. Le changement de statut	17
III. L'immigration choisie	18
1. Les étudiants : un parcours pas si simplifié	20
2- L'exercice d'une activité professionnelle	21
A. Activité professionnelle salariée	21
B. Activité professionnelle non salariée	22
3. Le « passeport talent » : une seule mention pour une carte pluriannuelle	22
IV. Le contentieux administratif de l'éloignement	24
1. Nouvelles catégories d'obligation de quitter le territoire	27
A. Une obligation de quitter le territoire à l'adresse des demandeurs d'asile déboutés	27
B. Un contentieux spécifique (en termes de délai et d'audience) pour certaines catégories d'obligation de quitter le territoire	27
2. Sur la fixation et la prolongation du délai de départ volontaire, le refus de délai	29
A. Sur la fixation du délai de départ volontaire à l'épreuve du droit de l'Union	29
B. Sur le risque de fuite	30
C. Sur la volonté du législateur européen relative à la notion de « risque de fuite » issue de la directive « retour »	31
D. Les cas prétendument « objectifs » de risque de fuite établis par le législateur français	32
3. Sur l'interdiction de retour	34
A. Sur le manque de précision des circonstances humanitaires qui permettent d'éviter le prononcé d'une interdiction de retour	34
B. Sur le respect du recours effectif et le risque d'être frappé d'un refus de délai et donc d'une interdiction de retour	34
C. Sur le caractère de sanction de l'interdiction de retour	35
4. Quid des étrangers qui ne peuvent être éloignés ? Quid du changement de circonstances pendant la durée de l'interdiction de retour ?	36

V. L'éloignement des ressortissants communautaires : l'interdiction de circuler sur le territoire français	37
VI. L'assignation à résidence	40
1. Dispositions tendant à étendre le champ de l'assignation à résidence	41
A. Une priorité de façade donnée à l'AAR sur la rétention	41
B. Extension de l'AAR aux personnes en attente de « Dublinage »	42
C. Extension de l'AAR aux personnes non éloignables mais soumises à une interdiction de circuler sur le territoire français	42
D. Passage de la rétention à l'AAR et vice versa	42
2. Régime de l'assignation à résidence	43
A. Contraindre la personne à se rendre au consulat pour y retirer un document de circulation	43
B. Appréhension au domicile	44
VII. Les dispositions sur l'outre-mer : un infra-droit malgré les normes européennes et la jurisprudence	45
1. Mayotte : une ordonnance honteuse qui ne peut être ratifiée	46
2. Recours contre les mesures d'éloignement : face au droit européen, l'esquive française	46
3. Harmonisation des contrôles policiers : à la Martinique comme dans les autres DOM d'Amérique	48
4. Neutralisation ou destruction de moyens de transport de migrants	50
VIII. Les échanges d'informations	52
IX. Ce dont le projet de loi ne traite pas...	54
1. L'entrée sur le territoire : un dispositif passé sous silence	54
A. Les zones d'attente « sac à dos »	55
B. Les mineurs étrangers toujours enfermés aux frontières françaises	55
C. L'absence de recours suspensif et effectif garanti à l'ensemble des personnes maintenues	56
D. L'absence de permanence d'avocats gratuite en zone d'attente	56
E. Un contrôle du juge des libertés et de la détention (JLD) loin d'être systématique	57
F. La nécessité de demander explicitement à bénéficier du « jour franc »	57
G. Le projet de délocalisation des audiences toujours d'actualité	57
2. Les personnes étrangères malades en manque de protection	57
A. Les parents d'enfants malades	58
B. Les personnes victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle	58
C. Les personnes malades enfermées ou assignées à résidence	58
3. Articulation inchangée entre les interventions du juge administratif et du juge des libertés et de la détention	59
A. Le principe d'un double contrôle juridictionnel de la rétention et l'enjeu des délais de recours	60
B. Les exigences conventionnelles et constitutionnelles	61
C. Quelles modalités de recours ?	62

Liste des organisations ayant participé à l'analyse collective

ADDE – Avocats pour la défense des droits des étrangers

ANAFE – Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers

La Cimade

LDH – Ligue des droits de l'Homme

FASTI – Fédération des associations de solidarité avec tous-te-s les immigré-e-s

GISTI – Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s

MOM – Migrants outre-mer

SAF – Syndicat des avocats de France

Syndicat de la magistrature

Avant-propos

Annoncé dès le début du quinquennat, le projet de loi relatif au droit des étrangers en France, présenté au Conseil des ministres le 23 juillet 2014, a été inscrit tardivement à l'agenda parlementaire et devrait être discuté à l'Assemblée nationale courant 2015. Contrairement à la réforme de l'asile, adoptée par l'Assemblée nationale en décembre 2014, ce projet n'est pas dicté par l'obligation de transposer des directives européennes. S'il n'y avait aucune urgence à légiférer, une fois de plus, en matière de droit des étrangers, on aurait pu s'attendre à ce que ce projet de loi traduise au moins la volonté du gouvernement de prendre en compte les orientations suggérées par le rapport Fekl⁽¹⁾ de 2013 pour « sécuriser les parcours » des personnes étrangères en France. Ce n'est pas le cas. Des trois priorités mises en avant dans ce rapport - renforcer le droit à séjourner des personnes migrantes ayant vocation à vivre en France, améliorer les conditions d'accueil en préfecture, rétablir des modalités équitables de contrôle par le juge de la procédure de rétention administrative – le projet de réforme n'en retient aucune.

Si le rapport Fekl, en recommandant la mise en place d'un titre de séjour pluriannuel, restait bien en deçà des préconisations de nos organisations visant à rétablir la généralisation de la délivrance de la carte de résident de dix ans⁽²⁾ (seul dispositif susceptible de garantir aux personnes durablement établies en France le droit à y demeurer sans crainte de l'avenir), il indiquait cependant des pistes pour faire reculer la précarisation qui caractérise le statut des étrangères et des étrangers. Elles n'ont pas été suivies.

Les organisations signataires de cette analyse sont unanimes : ce projet de réforme du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) ne marque aucune volonté de rupture avec les réformes précédentes.

Selon le ministère de l'Intérieur, il s'agirait d'un texte « équilibré », visant à stabiliser le séjour des

étrangers en France en répondant à certains dysfonctionnements constatés, tout en prévoyant de nouveaux dispositifs pour lutter contre l'immigration dite irrégulière. Mais l'équilibre affiché n'est qu'une façade : l'immigration « autorisée » est maintenue dans une situation administrative précaire qui empêche celles et ceux qu'elle concerne de trouver leur place en France. En conservant l'inversion de la logique d'intégration amorcée depuis 2003 et en créant une nouvelle « usine à gaz » pour la délivrance de titres de séjour pluriannuels à géométrie variable, le projet de loi n'améliore ni la situation des personnes concernées, ni les conditions de leur accueil dans les préfectures. Pire, alors qu'il prétend « stabiliser » la situation des étrangères et des étrangers, il ne prévoit aucune passerelle entre le titre de séjour pluriannuel et le droit au séjour pérenne, et permet, au contraire, à tout moment, la remise en cause et le retrait de ce titre.

De nombreuses dispositions du projet de loi sont consacrées à l'éloignement. Si certaines constituent des réponses au droit de l'Union européenne et à la jurisprudence, la plupart sont au service de l'efficacité des mesures de départ forcé. En effet, la création de procédures accélérées visant à empêcher des catégories ciblées d'exercer efficacement leur droit au recours contre les obligations de quitter le territoire français (OQTF), l'instauration d'une interdiction de circulation sur le territoire français pour les ressortissants de l'Union européenne, la mise en place d'un nouveau dispositif d'assignation à résidence qui, sous couvert de faire diminuer le nombre de placements en rétention, vise surtout à améliorer la « productivité » des procédures d'éloignement, le régime spécial maintenu ou aggravé outre-mer, en dépit des normes européennes et de la jurisprudence, en sont autant d'exemples, tous traités dans cette analyse.

On notera enfin, parmi les innovations, que le projet de loi veut mettre en place un dispositif de contrôle jamais imaginé jusqu'alors, qui permettra aux préfectures de requérir auprès des administrations fiscales, des établissements scolaires, des organismes de sécurité sociale ou encore des fournisseurs d'énergie, de télécommunication et d'accès internet, des informations dans le cadre de l'instruction des demandes de titre de séjour, et de

(1) « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », rapport du député Matthias Fekl, en mission auprès du ministre de l'Intérieur, mars 2013. www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000283/0000.pdf

(2) Voir la campagne « Rendez-nous la carte de résident ! », www.cartederesident.org

consulter les données détenues par ces organismes. Ce dispositif interroge le respect de la vie privée et de la déontologie professionnelle des travailleurs sociaux.

En revanche, le projet de loi est muet sur une série de questions pourtant cruciales : pas une ligne sur les travailleurs sans papiers, ni sur le retour à une régularisation de plein droit pour les personnes ayant passé de nombreuses années (10 ans) en France, ni sur les parents d'enfants malades, les personnes victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle, ni sur les personnes malades, enfermées ou assignées à résidence. Rien non plus sur les taxes exorbitantes dont doivent s'affranchir les personnes étrangères au moment de la délivrance et du renouvellement de leur titre...

Dans le dernier chapitre de cette analyse, intitulé « Ce dont le projet de loi ne traite pas », nous

avons néanmoins choisi de relever les silences les plus graves en termes d'atteintes aux droits. Le projet de loi ne modifie rien au dispositif d'entrée sur le territoire et de maintien en zone d'attente, qui permet l'enfermement des mineurs et ne prévoit pas de recours suspensif contre les mesures de refoulement, laisse en l'état le mécanisme d'intervention du juge des libertés et de la détention pour les personnes placées en centre de rétention administrative (mis à mal par la dernière réforme en 2011 et dont le rapport Fekl estimait qu'il posait de nombreux problèmes de principe et devait être réformé), et ne prend pas suffisamment en considération la situation des personnes étrangères malades ou atteintes d'une maladie professionnelle. Ce projet s'inscrit dès lors dans la continuité d'une politique qui, depuis plus de trente ans, fait prévaloir la suspicion et la répression sur le respect et l'effectivité des droits.

I. La refonte du dispositif « intégration » : poursuite de « l'inversion de la logique d'intégration »

Ce qu'il faut retenir

Le projet de loi prévoit une refonte du dispositif relatif au « contrat d'accueil et d'intégration » (CAI) imposé aux étrangers et aux étrangères ayant vocation à s'établir durablement en France.

L'idée d'accompagner les nouveaux arrivants pour faciliter leur insertion en France n'est pas forcément mauvaise ; elle le devient quand elle prend la forme d'une « contractualisation » des rapports entre ces personnes et l'État. Ces dernières doivent respecter les obligations du contrat (assiduité aux formations mises en place, etc.), sous peine d'être maintenues dans une situation précaire au regard de leur droit au séjour. Dit autrement, elles sont tenues de montrer des gages d'intégration – prenant par ailleurs des formes et des modalités d'évaluation contestables – pour espérer transformer leur séjour précaire en droit au séjour stable par la délivrance d'une carte de résident. Ce dispositif, issu des lois du 26 novembre 2003 et du 24 juillet 2006⁽³⁾, provoque une « inversion de la logique d'intégration » : pour le législateur de 1984⁽⁴⁾, c'est d'abord la garantie de stabilité du séjour qui était de nature à faciliter l'insertion.

Pourtant critiquée par la gauche parlementaire lors des votes des projets de loi Sarkozy de 2003 et 2006, la mise en place du CAI – puis des dispositifs préparatoires au CAI dans le pays de départ avec la loi Hortefeux⁽⁵⁾ – n'est aucunement remise en cause dans le projet de loi. Bien au contraire, ce texte renforce l'articulation entre le suivi et le respect du contrat d'une part, et le droit de séjourner de façon stable d'autre part. L'accompagnement proposé devrait être facultatif, et ne saurait être lié à la délivrance d'une carte pérenne.

(3) Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité et Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

(4) Loi du 17 juillet 1984, créant un titre unique de séjour et de travail pour les étrangers – lire « 1984 : une réforme improbable » sur le site du Gisti.

(5) Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

Article 1^{er} (remplacement de l'article L. 311-9 du Ceseda)

L'article L. 311-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 311-9. - L'étranger admis pour la première fois au séjour en France ou qui entre régulièrement en France entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, et qui souhaite s'y maintenir durablement, prépare son intégration républicaine dans la société française.

« L'État met à disposition de l'étranger, dès le pays d'origine, une information sur la vie en France.

« L'étranger conclut avec l'État, sur le territoire national, un contrat personnalisé fixant le parcours d'accueil et d'intégration par lequel il s'engage à :

« a) Suivre la formation civique prescrite par l'État relative aux valeurs et institutions de la République, aux droits et devoirs liés à la vie en France et à la connaissance de la société française ;

« b) Suivre, lorsque le besoin en est établi, la formation linguistique prescrite par l'État visant à l'acquisition d'un niveau suffisant de connaissance du français ;

« c) Effectuer les démarches d'accès aux services publics de proximité, suivant l'orientation personnalisée définie par l'État.

« Est dispensé de la signature du contrat personnalisé fixant le parcours d'accueil et d'intégration l'étranger pouvant bénéficier de la carte de séjour mentionnée aux articles L. 313-6, L. 313-7, L. 313-7-1, au 2° de l'article L. 313-10, aux 8° et 11° de l'article L. 313-11, aux articles L. 313-20, L. 313-21 et L. 313-23.

« Est également dispensé de la signature de ce contrat l'étranger ayant effectué sa scolarité dans un établissement d'enseignement secondaire français à l'étranger pendant au moins trois ans ou qui a suivi des études supérieures en France d'une durée au moins égale à une année. Il en est de même de l'étranger âgé de seize à dix-huit ans révolus pouvant prétendre à un titre de séjour et relevant des dispositions prévues à l'article L. 314-12.

« L'étranger qui n'a pas conclu un contrat personnalisé portant parcours d'accueil et d'intégration lorsqu'il a été admis pour la première fois au séjour en France peut demander à signer ultérieurement un tel contrat.

« Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article. »

Article 2 (modifications de l'article L. 314-2 du Ceseda)

L'article L. 314-2 du même code est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, les mots : « dans des conditions définies par décret en Conseil d'État » sont remplacés par les mots : « qui ne doit pas être inférieure à un niveau défini par décret en Conseil d'État. » ;

2° Au deuxième alinéa, après les mots : « l'autorité administrative », les mots : « tient compte lorsqu'il a été souscrit du respect par l'étranger de l'engagement défini à l'article L. 311-9 et » sont supprimés.

Article 4 (modifications de l'article L. 211-2-1 du Ceseda)

[...] II. - L'article L. 211-2-1 du même code est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :

« Tout étranger souhaitant entrer en France en vue d'y séjourner pour une durée supérieure à trois mois doit solliciter auprès des autorités diplomatiques et consulaires françaises un visa de long séjour. La durée de validité de ce visa ne peut être supérieure à un an.

« Dans les conditions définies par décret en Conseil d'État, ce visa confère à son titulaire les droits attachés à une carte de séjour temporaire. » ;

2° Les deuxième et troisième alinéas sont supprimés ;

3° Au quatrième alinéa, les mots : « Outre le cas mentionné au deuxième alinéa, le visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois » sont remplacés par les mots : « Le visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois » ;

4° Le septième alinéa est supprimé.

Article 13 (abrogation des articles L. 311-9-1 et L. 411-8 du Ceseda)

I. - Le livre III du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est ainsi modifié :

1° Sont abrogés :

a) Les articles L. 311-2, L. 311-7, L. 311-8, L. 311-9-1 et L. 313-4 ;

b) La sous-section 5 de la section 2 du chapitre IV du titre Ier.

[...]

II. L'article L. 411-8 du même code est abrogé.

Le projet de loi envisage dans son article 1^{er} de revoir « la politique d'accueil des étrangers primo-arrivants ». En mars 2013, le ministre de l'Intérieur commande à l'Inspection générale de l'administration et à l'Inspection générale des affaires sociales un rapport d'évaluation sur le processus d'accueil et d'accompagnement tel qu'il existe depuis maintenant 10 ans. Remis en septembre 2014, ce rapport conclut à une trop grande standardisation des prestations proposées et relève que le dispositif n'est pas sanctionné dans la pratique, puisque les refus de renouvellement de titre ne sont pas justifiés par le non-respect des obligations du contrat d'accueil et d'intégration (CAI) mais par d'autres critères. Autrement dit, l'articulation voulue entre respect du CAI et maintien du droit au séjour ne fonctionne pas. Les prestations dites du pré-CAI – évaluation des connaissances de la langue française et des valeurs de la République dans le pays de départ débouchant, le cas échéant, sur une obligation de formation pour obtenir le visa d'entrée – sont insuffisantes, disparates et font doublon avec le CAI.

Reprenant les principales conclusions du rapport et suivant la feuille de route gouvernementale relative à la politique d'égalité républicaine et d'installation en France de février 2014, le gouvernement préconise une refonte du contenu du CAI et un lien plus étroit entre le parcours mis en place et la délivrance des titres de séjour. Les organisations – fort nombreuses – engagées dans la campagne « Rendez-nous la carte de résident »⁽⁶⁾ dénoncent cette articulation qui nuit à l'intégration plutôt qu'elle ne la sert.

Sur le premier point, il s'agit de conclure avec la personne admise en France pour la première fois un contrat dit « personnalisé fixant le parcours d'accueil et d'intégration ». Le contenu du contrat est proche de celui existant, même si l'exposé des motifs du projet de loi⁽⁷⁾ parle d'une approche

(6) www.cartederesident.org

(7) www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=expose&typeLoi=proj&legislature=14

plus concrète. L'étranger ou l'étrangère devra s'engager à « effectuer les démarches d'accès aux services publics de proximité, suivant l'orientation personnalisée définie par l'État ». C'est nouveau. Est-ce que cela donnera lieu à l'établissement d'une liste de démarches à effectuer? Y aura-t-il des contrôles? Ni l'étude d'impact⁽⁸⁾ ni l'exposé des motifs ne fournissent d'indications complémentaires. On peut s'attendre à ce que ces démarches dites individualisées constituent des formalités obligatoires au contenu creux, sans suivi réel mais aux conséquences importantes pour les étrangers qui n'auront pas joué le jeu.

Les articles 4 et 13 prévoient :

– l'abrogation de l'article L. 311-9-1 du Ceseda, c'est-à-dire la suppression des CAI « famille » (dans le cadre du regroupement familial, pour les deux conjoints lorsqu'un ou plusieurs enfants ont bénéficié de cette procédure) ;

– une modification de l'article L. 211-2-1 du Ceseda et l'abrogation de l'article L. 411-8 aboutissant à la suppression des « pré-CAI » prévus, avant le départ vers la France, pour les conjoints de Français ou pour les bénéficiaires du regroupement familial.

(8) www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&typeLoi=proj&legislature=14

Ces changements sont les bienvenus. Le pré-CAI est en effet un dispositif servant à gêner la délivrance de visa pour les personnes pourtant autorisées à entrer en France, sans parler des dysfonctionnements constatés dans les pays de départ en termes d'offres de formation et d'outils d'évaluation. Et les CAI « famille » constituent, à notre sens, des mesures discriminatoires et stigmatisantes pour les familles étrangères. Ils devraient donc disparaître.

Pour pouvoir bénéficier d'une carte pluriannuelle, il faudra justifier d'une assiduité aux formations prescrites par l'État (formation linguistique et formation aux droits civiques). On peut craindre que l'administration exerce un vrai contrôle sur cette assiduité – compte tenu de la volonté affichée. Dans bien des cas, les personnes ne peuvent pas en réalité suivre ces formations, non pas par « mauvaise volonté » mais du fait de leur emploi du temps (travail, charges familiales...). Pour se porter utilement candidate à la carte de résident, la personne devra avoir atteint un « niveau suffisant de français ». Cette exigence nous paraît de nature à confondre le droit à un séjour stable et l'accès à la nationalité française (pour lequel on peut admettre, même si cela est également discutable, que pouvoir s'exprimer en français soit une condition requise). C'est un obstacle de plus pour accéder à la carte de résident.

II. Le séjour des étrangers : la fin de la précarité ?

Ce qu'il faut retenir

Le projet de loi propose de « généraliser » la carte dite pluriannuelle. Le dispositif emporte deux critiques principales :

- plutôt que de créer un nouveau titre, il eut été plus pertinent de revenir à la délivrance « de plein droit » de la carte de résident pour les catégories de migrants et de migrantes ayant vocation à vivre en France (et ayant ainsi déjà acquis le droit de séjourner) ;
- la carte pluriannuelle, d'une durée modulable selon la catégorie juridique en cause (conjoint-e de Français-e, parents d'enfant français, étranger-ère malade, etc.), ne débouche pas sur la délivrance « de plein droit » d'une carte de résident.

Autrement dit, le titre pluriannuel ne règle pas le problème de la précarisation du séjour. À cet égard, le projet se montre beaucoup moins ambitieux que le rapport de Matthias Fekl⁽⁹⁾ (même si ce dernier ne promeut pas la carte de résident). Par ailleurs, sa délivrance donne lieu à un important dispositif de contrôle pouvant entraîner le retrait de la carte et donc le droit de séjourner en France.

(9) « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », Rapport au ministre de l'Intérieur, 14 mai 2013.

Article 3

Le chapitre III du titre Ier du livre III du même code est ainsi modifié :

- 1° L'intitulé du chapitre est ainsi rédigé : « La carte de séjour temporaire et la carte de séjour pluriannuelle » ;
- 2° Dans la section 2, les sous-sections 3 et 4 sont abrogées et les sous-sections 2 bis, 5, 6 et 7 deviennent respectivement les sous-sections 3, 4, 5 et 6.

Article 4 (remplacement de l'article L. 311-1 du Ceseda)

I. - L'article L. 311-1 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 311-1. - Sous réserve des engagements internationaux de la France ou des dispositions de l'article L. 121-1, tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois doit être titulaire de l'un des documents de séjour suivants :

- « 1° Un visa de long séjour, d'une durée maximale d'un an ;
- « 2° Un visa de long séjour, d'une durée maximale d'un an, conférant à son titulaire, en application de deuxième alinéa de l'article L. 211-2-1, les droits attachés à une carte de séjour temporaire ;
- « 3° Une carte de séjour temporaire, d'une durée maximale d'un an, dont les conditions de délivrance et de renouvellement sont prévues au chapitre III du présent titre ;

« 4° Une carte de séjour pluriannuelle, d'une durée maximale de quatre ans, dont les conditions de délivrance et de renouvellement sont prévues au chapitre III du présent titre ;

« 5° Une carte de résident, d'une durée de dix ans ou à durée indéterminée, dont les conditions de délivrance et de renouvellement sont prévues au chapitre IV du présent titre ;

« 6° Une carte de séjour portant la mention "retraité", d'une durée de dix ans, dont les conditions de délivrance et de renouvellement sont prévues au chapitre VII du présent titre.

« L'étranger qui séjourne sous couvert de l'un des documents mentionnés aux 2° et 3° du présent article peut solliciter la délivrance d'une carte de séjour pluriannuelle ou d'une carte de résident, dans les conditions prévues respectivement à l'article L. 313-17 et aux articles L. 314-8 à L. 314-12, sous réserve des exceptions prévues par les dispositions législatives du présent code. »

[...]

Article 6 (modification de l'article L. 313-1 du Ceseda)

Le second alinéa de l'article L. 313-1 est remplacé par les dispositions suivantes :

« La durée de validité de la carte de séjour pluriannuelle ne peut être supérieure à quatre ans.

« À l'expiration de la durée de validité de sa carte, l'étranger doit quitter la France à moins qu'il n'en

obtienne le renouvellement ou qu'il ne lui soit délivré un autre document de séjour. »

Article 7 (rétablissement de l'article L. 313-2 du Ceseda)

L'article L. 313-2 est ainsi rétabli :

« Art. L. 313-2. - Sous réserve des engagements internationaux de la France et des exceptions prévues par les dispositions législatives du présent code, la première délivrance de la carte de séjour temporaire et celle de la carte de séjour pluriannuelle mentionnée aux articles L. 313-20, L. 313-21 et L. 313-23 sont subordonnées à la production par l'étranger du visa de long séjour mentionné au 1° ou au 2° de l'article L. 311-1. »

Remarque : *cet article remplace l'article L. 311-7 du Ceseda, abrogé par l'article 13, I, 1° du projet de loi.*

Article 8 (création de l'article L. 313-5-2 du Ceseda)

Après l'article L. 313-5, il est inséré un article L. 313-5-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 313-5-1. - L'étranger titulaire d'une carte de séjour temporaire ou d'une carte de séjour pluriannuelle doit pouvoir justifier à tout moment qu'il continue de satisfaire aux conditions fixées pour la délivrance de cette carte. L'autorité administrative procède aux contrôles et convocations nécessaires pour s'assurer du maintien de son droit au séjour.

« Si l'étranger cesse de remplir l'une des conditions exigées pour la délivrance de la carte de séjour dont il est titulaire, fait obstacle aux contrôles ou ne défère pas aux convocations, la carte de séjour peut lui être retirée ou son renouvellement refusé.

« N'est pas regardé comme ayant cessé de remplir la condition d'activité prévue au 1° de l'article L. 313-10 et à l'article L. 313-20 l'étranger involontairement privé d'emploi au sens de ces articles. »

Article 10 (modifications de l'article L. 313-11 du Ceseda)

L'article L. 313-11 du même code est ainsi modifié :

1° Au 1°, après les mots : « carte de séjour temporaire » sont insérés les mots : « de la carte de séjour pluriannuelle » ;

2° Le 3° est supprimé ;

3° Le 11° est remplacé par les dispositions suivantes :

« 11° À l'étranger résidant habituellement en France si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié. La condition prévue à l'article L. 313-2 n'est pas exigée. La décision de délivrer la carte de séjour est prise par l'autorité administrative après avis d'un collège de médecins du service médical de l'Office français de l'immigration et de

l'intégration dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. L'Office accomplit cette mission dans le respect des orientations générales fixées par le ministre chargé de la santé. Chaque année, un rapport présente au Parlement l'activité réalisée au titre du présent article par le service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration ainsi que les données générales en matière de santé publique recueillies dans ce cadre. »

Article 11 (création des articles L. 313-17 à L. 313-19 du Ceseda)

Le chapitre III du titre Ier du livre III est complété par les dispositions suivantes :

« Section 3

La carte de séjour pluriannuelle

Sous-section 1

La carte de séjour pluriannuelle générale délivrée après un premier document de séjour

Art. L. 313-17. - I. - Au terme d'une première année de séjour régulier en France, accompli sous couvert de l'un des documents mentionnés aux 2° et 3° de l'article L. 311-1, l'étranger bénéficie, à sa demande, d'une carte de séjour pluriannuelle dès lors que :

« 1° Il justifie de son assiduité et du sérieux de sa participation aux formations prescrites par l'État dans le cadre du contrat personnalisé mentionné à l'article L. 311-9 et n'a pas manifesté de rejet des valeurs de la République ;

« 2° Il continue à remplir les conditions de délivrance de la carte de séjour temporaire dont il était précédemment titulaire.

« La carte de séjour pluriannuelle délivrée à l'étranger porte la même mention que la carte de séjour temporaire dont il était précédemment titulaire.

« Une carte de séjour pluriannuelle n'est pas délivrée à l'étranger titulaire de la carte de séjour temporaire mentionnée aux articles L. 313-6 et L. 313-7-1, au 2° de l'article L. 313-10 et à l'article L. 316-1.

« II. - L'étranger bénéficie, à sa demande, du renouvellement de la carte de séjour pluriannuelle s'il continue à remplir les conditions de délivrance prévues au 2° du I.

« Art. L. 313-18. - La carte de séjour pluriannuelle a une durée de validité de quatre ans, sauf lorsqu'elle est délivrée :

« 1° À l'étranger visé à l'article L. 313-7. Sa durée est égale à celle restant à courir du cycle d'études dans lequel est inscrit l'étudiant, sous réserve du caractère réel et sérieux des études ;

« 2° Aux étrangers visés aux 4°, 6° et 7° de l'article L. 313-11. Sa durée est de deux ans ;

« 3° À l'étranger visé au 11° de l'article L. 313-11. Sa durée est égale à celle des soins.

« Art. L. 313-19. - L'étranger qui sollicite la délivrance ou le renouvellement d'une carte de séjour pluriannuelle

nuelle en faisant valoir un autre motif que celui sur lequel est fondée la carte de séjour dont il était titulaire bénéficie d'une carte de séjour temporaire d'une durée d'un an lorsque les conditions de délivrance de cette carte sont remplies.

« À l'expiration de la durée de validité de cette carte de séjour temporaire et s'il continue à en remplir les conditions de délivrance, il bénéficie à sa demande d'une carte de séjour pluriannuelle portant la même mention. [...]»

L'exposé des motifs du projet de loi présente comme une avancée un mécanisme de progressivité des titres de séjour qui serait de nature à mettre un terme à la précarisation du droit au séjour. Le point d'orgue de ce mécanisme serait la création du titre pluriannuel (en fait sa généralisation, ce titre étant déjà prévu dans le cadre du statut « étudiant »). En réalité, cette progressivité est très relative puisqu'il n'existe pas de passage automatique entre la carte pluriannuelle et la carte de résident. Aujourd'hui, les catégories de personnes pouvant accéder de plein droit à cette carte sont devenues résiduelles. Le dispositif prévu par le projet de loi ne paraît pas susceptible d'entraîner une augmentation sensible du nombre de délivrance de cartes de résident. Pourtant, comme le montre la campagne « Rendez-nous la carte de résident »⁽¹⁰⁾, seule la possession de cette carte est en mesure d'apporter à son titulaire la sécurité du séjour propice à une intégration réussie. Ce n'est pas le cas du titre dit pluriannuel, dont le renouvellement n'est pas garanti. Le ministère s'appuie sur les chiffres du rapport de Matthias Fekl⁽¹¹⁾, qui estime à cinq millions le nombre de passages inutiles en préfecture chaque année, pour expliquer l'intérêt de la généralisation d'un titre pluriannuel. Mais même cet objectif de rationalisation et de gestion du travail en préfecture ne sera pas forcément atteint, compte tenu des caractéristiques de la carte en question (durée modulable et carte « sous contrôle »).

Le titre pluriannuel – qui constituait l'une des promesses du candidat Hollande – sera délivré après un an de séjour (soit sous couvert d'un visa valant titre de séjour, soit sous couvert d'une carte temporaire): l'étranger, selon le texte, « se voit délivrer une carte de séjour pluriannuelle ». Il y a là une forme d'automatisme MAIS sous réserve d'avoir respecté la condition relative au contrat d'intégration – parcours personnalisé⁽¹²⁾.

(10) www.cartederesident.org

(11) « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », op. cit.

(12) Voir I. La refonte du dispositif « intégration » : poursuite de « l'inversion de la logique d'intégration ».

Tel qu'il est conçu, le dispositif ne peut répondre à l'objectif affiché de « sécuriser les parcours migratoires » et de favoriser l'intégration.

L'étude d'impact⁽¹³⁾ montre toute la complexité du dispositif, résumée par un tableau (p. 30). Il s'agit là d'une véritable « usine à gaz » qui ne facilitera pas le travail des préfectures... en contradiction même avec un des objectifs du projet de loi, à savoir rationaliser les démarches administratives et diminuer le nombre de passages en préfecture.

Plusieurs situations se présentent :

– un « passeport talent » (voir la partie III, 3) est un titre pluriannuel d'une durée de quatre ans au plus qui peut être délivré dès l'entrée en France ;

– au terme d'une année de séjour régulier sous couvert d'une carte de séjour temporaire (CST) ou d'un visa de long séjour donnant un droit au séjour équivalent – une carte de séjour pluriannuelle peut être délivrée sous réserve des conditions prévues par le nouvel article L. 313-7-1 du Cesda. Cela s'applique notamment aux CST mention « vie privée et familiale » (section 1, ci-dessous) ou « salarié » (voir la partie III-2) ;

– ce dispositif ne s'applique pas aux CST mention « visiteur », « stagiaire », et aux titulaires de la CST « vie privée et familiale » délivrée aux victimes de traite et d'exploitation ayant porté plainte (voir section 2. B ci-dessous) ainsi que « travailleur temporaire » (voir partie III, 2).

La carte pluriannuelle a une durée de validité de quatre ans, en principe. Mais cette durée est réduite pour quatre catégories de CST « vie privée et familiale » (section 2, ci-dessous) et pour les étudiants (voir la partie III, 1).

1. Les titulaires (« potentiels ») du titre pluriannuel

A. Les catégories de personnes concernées

Celles et ceux qui peuvent accéder au titre pluriannuel au terme d'une année de séjour régulier sont essentiellement aux titulaires d'une CST mention « vie privée et familiale » (ou d'un visa de long séjour équivalent). On doit donc se référer aux catégories énumérées sous l'article L. 313-11 du Cesda.

(13) www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&typeLoi=proj&legislature=14

Les conditions de la délivrance de cette CST n'ont pas changé. S'agissant des étrangères et des étrangers comptant dix ans de séjour habituel, il n'est pas prévu de revenir à la délivrance automatique d'un titre de séjour. Le projet de loi s'en tient au dispositif actuel de l'admission exceptionnelle – c'est-à-dire la régularisation sur base discrétionnaire. Le projet ne propose aucun élargissement des catégories déjà mises en place par le Ceseda.

Le cas des étudiants, des titres de séjour issus de l'activité professionnelle et du passeport talent seront abordés dans la partie III.

B. Les catégories de personnes exclues

(Ceseda, art. 317, I, 2° - créé par l'article 11, I du projet de loi)

Les titulaires de certaines catégories de cartes de séjour temporaire sont exclus du bénéfice de la carte pluriannuelle: de prime abord, on peut comprendre que les « stagiaires », les « travailleurs temporaires », les visiteurs soient écartés du dispositif. Mais c'est oublier que certaines personnes, pourtant titulaires d'un de ces statuts auraient, en réalité, « vocation » à rester en France. Cette remarque met en évidence la porosité des catégories et le décalage fréquent entre la mention sur la carte (et donc le statut) et les caractéristiques de la présence en France.

On peut plus clairement regretter que ne soient pas concernées les victimes de la traite⁽¹⁴⁾ ainsi que les parents d'enfant malade (qui ne peuvent, au mieux, bénéficier que d'une autorisation provisoire de séjour⁽¹⁵⁾). Pour ces deux catégories de personnes, il est regrettable que le projet de loi néglige de prendre en compte leur vulnérabilité, qui justifierait la délivrance d'un titre de longue durée.

Selon l'étude d'impact du projet de loi, les personnes victimes de la traite des êtres humains, engagées dans une procédure spécifique, devraient, in fine, obtenir la délivrance d'une carte de résident.

La carte de résident prévue à l'article L. 316-1 alinéa 2 du Cseseda dispose en effet qu'« en cas de condamnation définitive de la personne mise en cause, une carte de résident est délivrée de plein droit à l'étranger ayant déposé plainte ou témoigné ». Comme le prévoit la directive du 29 avril 2004 relative aux victimes de la traite des êtres

humains⁽¹⁶⁾, cette disposition vise la détection et le démantèlement des filières criminelles tout en protégeant les droits des victimes. Force est de constater qu'en pratique cet objectif est inopérant.

En effet, selon le rapport statistique du ministère de l'Intérieur publié le 13 juillet 2013, seules 36 cartes de séjour temporaire ont été délivrées en 2012 à des personnes victimes de la traite qui déposent plainte ou témoignent dans une procédure pénale⁽¹⁷⁾ et selon le rapport du Comité interministériel du contrôle de l'immigration (CICI)⁽¹⁸⁾ de 2012, une seule personne a bénéficié d'une carte de résident en 2011. Ce chiffre est d'autant plus faible que la très grande majorité des personnes victimes de traite sont de nationalité étrangère, parmi lesquelles une majorité de personnes dépourvues de titre de séjour. L'argument de la passerelle facilitée de la carte de séjour temporaire d'un an à la délivrance d'une carte de résident suite à une condamnation pénale n'est pas donc pas convaincant.

Les raisons qui expliquent la très faible mise en œuvre de ce dispositif tiennent notamment à la difficulté pour les victimes à apparaître dans une procédure pénale et au pouvoir discrétionnaire du préfet.

L'assurance d'obtenir un titre de séjour pluriannuel leur permettrait une sortie relative de la précarité administrative qui renforce leur lien de dépendance vis-à-vis de leur proxénète ou exploitant, pérenniserait la démarche entreprise pour sortir du réseau ou de la situation d'exploitation et faciliterait grandement leur mise à l'abri ou la recherche d'un emploi pour subvenir à leurs besoins...

Or, exclure les personnes victimes de la traite des êtres humains du bénéfice de la carte pluriannuelle, c'est ne pas prendre en compte leur situation de très grande vulnérabilité et le besoin, par le biais d'un séjour stable, de se reconstruire.

2. Quatre catégories de « vie privée et familiale »

La durée de validité de la carte pluriannuelle est réduite à deux ans dans les trois cas suivants: pour les titulaires d'une carte de séjour temporaire

(14) Notons que depuis 2014, ces victimes ont accès de plein droit à une carte de résident lorsque les poursuites pour traite ou proxénétisme ont abouti à une condamnation.

(15) Voir IX. Ce dont le projet de loi ne traite pas... / 2. Les personnes étrangères malades en manque de protection

(16) Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes.

(17) Rapport statistique du ministère de l'Intérieur du 13 juillet 2013 : <http://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Documentation/Tableaux-statistiques/L-admission-au-sejour-les-titres-de-sejour>

(18) Rapport établi en application de l'article L. 111-10 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

« vie privée et familiale » en tant que conjoint-e-s de Français-es ou parents d'enfants français, ou parce qu'un refus porterait atteinte à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH) - respect de la vie privée et/ou familiale - (Ceseda, art. L. 313-18, créé par l'article 11 du projet de loi).

En outre, lorsqu'elle est délivrée à un étranger malade, la carte pluriannuelle est limitée à la durée des soins.

Remarque : *il existe aussi des durées de validité différentes pour les cartes pluriannuelles obtenues sous couvert de l'exercice d'une activité professionnelle (voir la partie III).*

A. Les conjoint-e-s de Français-es et parents d'enfants français

(Ceseda, art. L. 313-11, 4° et 6°).

La durée de validité de quatre ans est écartée pour les catégories emblématiques, en particulier les conjoint-e-s de Français-es et les parents d'enfants français, catégories présentes à l'origine de la création de la carte de résident en 1984⁽¹⁹⁾, puis toujours regardées avec suspicion par le législateur.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi, on ne trouve pas d'explication à ce traitement défavorable. Au ministère de l'Intérieur, on explique que l'on ne veut pas ralentir pour elles la délivrance d'une carte de résident, ce qui laisse abusivement penser que ladite délivrance serait automatique pour les conjoint-e-s et parents de Français, ce qui est loin d'être le cas.

En réalité, la dérogation pour les conjoint-e-s et les parents de Français s'inscrit dans la continuité du traitement défavorable réservé à ces catégories. Sous couvert de lutter contre les fraudes, le législateur n'a eu de cesse au cours des années d'ajouter des conditions rendant toujours plus difficile l'accès à un titre de séjour – et obligeant souvent à recourir au juge –, en multipliant les hypothèses de retrait de titre (voir le travail de recensement des situations accompli par Les Amoureux au ban public), sans oublier la création des délits de mariage de complaisance et de paternité de complaisance. Cette suspicion généralisée sur les conjoint-e-s et les parents de Français-e, se traduisant par de véritables obstacles à franchir, porte atteinte à leur droit de mener une vie familiale normale et à leur vie privée, alors même qu'il est toujours possible de retirer un titre obtenu par fraude. Rien ne démontre, dans les éléments chiffrés des ministères de la Justice ou de l'Intérieur, une augmentation des mariages

et paternités de complaisance. Par ailleurs, en pratique, certaines préfectures paraissent ignorer la jurisprudence pourtant constante de la Cour de cassation en vertu de laquelle la reconnaissance de paternité est indépendante des considérations purement biologiques⁽²⁰⁾.

B. Les personnes ayant des liens personnels et familiaux en France

(Ceseda, art. L. 313-11, 7°)

Concernant les personnes qui ont pu établir leurs liens personnels et familiaux en France, cette limitation de la durée de la carte à deux ans constitue une nouvelle attaque du droit au respect de leur vie privée et familiale, uniquement justifiée par la lutte contre les fraudes dans l'étude d'impact. Cela s'ajoute à la marge d'appréciation laissée au préfet des conditions énoncées à l'article L. 313-11, 7e du Ceseda qui le vide déjà de son caractère de plein droit.

C. Les personnes étrangères malades⁽²¹⁾

(Ceseda, art. L. 313-11, 11° – modifié par l'article 10, 3° du projet de loi)

Une autre catégorie, celle des étrangers-ères malades, est sur la sellette depuis quelques années. La carte pluriannuelle est, dans ce cas, limitée à la durée des soins.

Le projet de loi modifie aussi les conditions de la délivrance de la carte.

Point à saluer, le projet de loi revient sur la réforme qui avait, en 2011, remplacé la notion « *d'accès effectif au traitement approprié* » par celle d'« *absence de traitement approprié* », en réintroduisant la notion d'effectivité dans l'appréciation à mener lors de l'évaluation médicale. Mais cette nouvelle définition ne saurait être respectée qu'à condition que l'évaluation médicale soit menée dans une logique de prévention de la santé et non de contrôle de l'immigration. Or, le projet prévoit que la délivrance du titre de séjour pour les personnes ne pouvant pas accéder effectivement à un traitement approprié à leur pathologie dans leur pays d'origine fasse suite à la décision d'un collège constitué de médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), « *habités à la problématique*

(20) Voir par exemple Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 2010, pourvoi n° 08-70171.

(21) Sur ce sujet, cf. Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE), « Les personnes étrangères malades et leurs proches ont le droit de vivre dignement en France », janvier 2015.

(19) Loi du 17 juillet 1984, créant un titre unique de séjour et de travail pour les étrangers.

des étrangers puisqu'ils font passer 200 000 visites médicales par an ».

Sur le transfert de la mission d'évaluation médicale à l'Office français de l'immigration et de l'intégration

Pour répondre au problème, souligné par un rapport IGA/IGAS de mars 2013⁽²²⁾, de la disparité régionale des avis rendus par les médecins des agences régionales de santé (MARS), l'instruction interministérielle du 10 mars 2014⁽²³⁾ encourageait une approche collégiale. Quelques semaines plus tard, et sans que le bilan de ces préconisations n'ait été fait, le projet de loi retient une tout autre piste, tout en restant silencieux sur les modalités pratiques de l'organisation de cette procédure et sur les garanties d'indépendance de ses acteurs.

Le cadre juridique du dispositif d'évaluation médicale relatif au droit au séjour pour soins et à la protection contre l'éloignement répond à un objectif de protection de la santé, sans aucune restriction. Transférer la responsabilité de ce dispositif d'évaluation médicale aux médecins de l'OFII, établissement public sous tutelle exclusive du ministère de l'Intérieur ayant pour objet la gestion des flux migratoires et le contrôle des étrangers-ères, serait l'éloigner de son objectif. Dans le strict intérêt de la santé, prévention et protection doivent relever des responsabilités du ministère de la Santé. Le choix de l'administration de tutelle et le cadre posé par cette dernière déterminent notamment la place laissée aux soins et à la prévention, et au respect de la confidentialité.

Ce transfert contreviendrait en outre aux principes propres à la déontologie médicale. Les médecins des agences régionales de santé contribuent à la santé publique et poursuivent un objectif de promotion de la santé (missions de prévention et continuité des soins). Ils sont les garants, en particulier du respect des droits de la personne malade, au premier rang desquels figure le droit au respect du secret médical. Ces missions et objectifs sont incompatibles avec ceux de l'OFII, dont les médecins détiennent, en guise de ce que le gouvernement appelle une « expertise affirmée en matière de santé

des étrangers », des compétences exclusives de médecine de contrôle⁽²⁴⁾.

Enfin, malgré les alertes associatives, cette réforme conforterait les dérives constatées depuis la réforme de juin 2011⁽²⁵⁾ qui font prévaloir le contrôle de l'immigration sur la protection de la santé et entraînent des violations des droits des personnes étrangères malades. En effet, l'ingérence du ministère de l'Intérieur dans le dispositif des avis médicaux se situe déjà à différents niveaux : atteinte au secret médical au guichet des préfectures, contre-expertise médicale effectuée par le préfet faisant fi de l'avis rendu par le MARS. S'il revient aux préfets d'apprécier les conditions administratives (résidence habituelle, menace à l'ordre public) conduisant à déterminer le type de protection accordée (carte de séjour temporaire ou autorisation provisoire de séjour), il ne relève pas de leurs compétences d'intervenir pour l'appréciation des conditions médicales (article R. 313-22 du Ceseda) déterminant la nécessité ou non d'une protection ; cette intervention est également contraire au respect du secret médical (articles L. 1110-4 et R. 4127-4 du code de la santé publique).

Sur l'alignement de la durée de la carte pluriannuelle sur la durée des soins

Rien ne justifie que les personnes étrangères relevant du droit au séjour pour soins ne puissent bénéficier des mêmes améliorations et qu'elles soient cantonnées à un dispositif spécifique, synonyme de discriminations et de complexité. La très grande majorité des personnes titulaires d'un titre de séjour pour soins ne sont pas venues en France pour se soigner mais découvrent leur maladie alors qu'elles résident déjà en France ; elles n'ont a priori pas vocation à retourner dans leur pays une fois guéries.

De plus, les personnes titulaires d'un titre de séjour pour soins sont, par définition, gravement malades et souffrent de maladies chroniques parfois incurables ; la durée prévisible des soins est aléatoire, elle est parfois difficilement évaluable par les médecins. Estimée à un moment donné, elle ne présage en rien ce que sera la durée réelle des soins.

(22) Admission au séjour des étrangers malades, Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (Igas) et de l'Inspection générale de l'administration (Iga). Consultable sur : www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Actualites/Communiqués/Admission-au-sejour-des-etrangers-malades-Presentation-du-rapport-de-l-IGAS-et-de-l-IGA

(23) Instruction interministérielle du 10 mars 2014 sur les conditions d'examen des demandes de titre de séjour pour raisons de santé, NOR: AFS/P/14/05025/J.

(24) Alors même que l'intérêt, le contenu et les limites de la « visite médicale obligatoire » effectuée par l'OFII pour les étrangers primo-accédant à un titre de séjour (dont les modalités sont fixées par l'arrêté du 11 janvier 2006) sont remis en question (le Haut Conseil de la santé publique rendra son avis sur ce point le 1^{er} février 2015 aux ministères de la Santé et de l'Intérieur).

(25) Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

3. Une carte très surveillée

(Ceseda, art. L. 313-5-1 créé par l'article 8 du projet de loi)

La préfecture pourra contrôler le droit au séjour (convocations, etc.) et retirer le titre pluriannuel à tout moment. On veut nous faire croire que ces contrôles n'ont rien à voir avec la nécessité de justifier tous les ans que les conditions à remplir pour la délivrance initiale du titre sont toujours réunies, comme c'est le cas dans les pratiques actuelles. Le texte opérerait, selon le ministère de l'Intérieur, « un renversement de la charge de la preuve » ; ce sera à la préfecture de prouver que les personnes concernées n'ont pas – ou n'ont plus – de droit au séjour. Ce sera à l'administration d'établir la fraude (passage « d'une fonction guichet » à une fonction « back-office »). Il s'agit, pour les auteurs du projet, de combiner accueil digne et lutte efficace contre les fraudes. Ces explications ne convainquent pas.

L'exigence de devoir « à tout moment » justifier qu'on remplit toujours les conditions de la délivrance du titre de séjour va à l'encontre de l'objectif affiché de sécurisation et de stabilité, et discrédite sérieusement le discours sur les avantages de la carte pluriannuelle.

La disposition en cause soulève plusieurs questions, notamment :

– sur quelle base « l'autorité administrative [procédera-t-elle] aux contrôles » ? Certaines populations seront-elles ciblées parce que susceptibles de commettre des fraudes ou présumées « suspectes » ? Les contrôles seront-ils au contraire aléatoires ?

– de quel titre les étrangères et les étrangers faisant l'objet d'un contrôle disposeront-ils ? Est-ce qu'on leur laissera leur titre pluriannuel ? Ou au contraire, est-ce qu'on leur remettra un simple récépissé ? On peut même imaginer une situation plus brutale encore avec retrait du titre sans remise d'un autre titre.

Il est important de faire le lien entre cette possibilité pour le préfet d'imposer à tout moment cette exigence de justification avec les possibilités d'échanges d'informations entre administrations, voire avec diverses entreprises publiques et privées, mises en place par le projet de loi - nouvel article L. 611-12⁽²⁶⁾. L'instauration d'une telle surveillance inquiète lorsque l'on connaît la dureté des pratiques administratives s'agissant du droit des étrangères. Il est à prévoir en outre qu'elle donnera lieu à des disparités locales, interrogeant le principe d'égalité de traitement de ces personnes selon leur lieu de résidence.

(26) Voir VIII. Les échanges d'information.

4. Le passage à la carte de résident : une fiction ?

Dans le dossier de presse du ministre de l'Intérieur distribué au moment de la sortie du projet de loi⁽²⁷⁾, on peut lire : « Tous les étrangers présents régulièrement depuis un an pourront avoir accès à une carte pluriannuelle. À l'issue de cette carte, l'étranger aura accès à une carte de résident ». Selon l'étude d'impact (p. 28), « la durée globale de séjour régulier acquis sous couvert d'un titre d'un an et d'un autre de quatre ans conduit l'étranger qui en bénéficie à demander, à l'issue de cette période, directement la délivrance de la carte de résident de dix ans ». Ces formulations peuvent laisser penser que le nouveau parcours d'intégration ouvrirait un passage facilité sinon automatique à la carte de résident. Pour qu'il en soit ainsi, il aurait fallu obliger juridiquement les préfectures à délivrer la carte de résident. Il n'en est rien, puisque les conditions de délivrance de celle-ci ne sont pas modifiées par le projet de loi. La communication du gouvernement repose par conséquent sur une fiction volontairement entretenue. En réalité, il n'y aura pas de carte de résident délivrée à l'issue des quatre années de séjour régulier. Rien n'empêchera du reste la préfecture de revenir à la carte d'un an, puisque l'hypothèse du renouvellement du titre pluriannuel n'est pas envisagée.

Tel qu'il a été présenté, le dossier de presse⁽²⁸⁾ ignore par ailleurs la réalité des pratiques qui excluent souvent de fait certaines catégories de personnes étrangères de l'accès à la carte de résident. Ainsi, si la législation ne fait aucune distinction entre les personnes étrangères malades et les autres demandeurs d'une carte de résident, certaines préfectures vont jusqu'à refuser catégoriquement toutes les demandes formulées par les titulaires d'une carte de séjour obtenue en tant qu'étrangers malades quand bien même la situation du demandeur répond en tout point aux critères prévus par la loi. Ces préfectures considèrent que le droit au séjour pour soins serait « par nature » temporaire et que les intéressé-e-s n'auraient « par nature » pas vocation à résider durablement en France. Ces pratiques persistent en dépit de rappels à l'ordre répétés, y compris de la part de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) puis du Défenseur des droits.

Concernant les victimes de la traite, l'étude d'impact affirme : « Les victimes de la traite restent sous couvert d'une carte annuelle [et donc exclues

(27) www.immigration.interieur.gouv.fr/Asile/Les-projets-de-loi-relatifs-au-droit-des-etrangers

(28) www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&typeLoi=proj&legislature=14

de la carte pluriannuelle] *puisque elles sont engagées dans une procédure spécifique qui mène, in fine, à la carte de résident* ». Or la condition pour accéder à la carte de résident, dans le cas de victimes de la traite, est la condamnation définitive de la personne mise en cause (article L. 316-1 modifié du Ceseda). Les victimes n'obtiennent que très exceptionnellement une carte de résident, comme le montrent les études portant sur ce sujet⁽²⁹⁾.

5. Le changement de statut

À la différence de ce qui était prévu dans le rapport Fekl, le projet ne garantit pas le droit au changement de statut. Au contraire, la carte pluriannuelle portera une mention susceptible d'enfermer son titulaire dans un statut. Pour changer de statut,

(29) Il faudra voir comment est appliquée la nouvelle disposition législative de 2014 prévoyant la délivrance de plein droit d'une carte de résident en cas de condamnation définitive.

il faudra demander une carte d'un an (si on remplit les conditions de délivrance de ce titre) et ce n'est qu'à l'expiration de cette carte qu'il sera possible de prétendre à un titre pluriannuel. Autrement dit, pour ce qui est par exemple du passage du statut « étudiant » ou « entrepreneur/profession libérale » (mention adoptée dans le nouvel article L. 313-10, 3°, voir la partie III, 2) vers « salarié », l'administration pourra toujours faire jouer la règle de l'opposabilité de la situation de l'emploi, qui empêche le changement de statut.

Mais ce n'est plus un vrai problème, selon le ministère de l'Intérieur, puisque le changement de statut est facilité pour les étudiants titulaires d'un master... qui sont déjà les plus nombreux à obtenir le changement de statut. Cette « facilitation » annoncée risque de ne pas être suivie d'effet réel en pratique⁽³⁰⁾.

(30) Voir III. L'immigration choisie / 1. Les étudiants: un parcours pas si simplifié.

III. L'immigration choisie

Ce qu'il faut retenir

Après la carte « compétences et talents », le projet de loi propose le « passeport talent » : il s'agit une fois de plus de partir d'un constat – la France n'attire plus –, pour proposer un nouveau dispositif censé attirer les meilleur-e-s. Le texte innove peu et se situe dans la continuité de ce qui est en place depuis une quinzaine d'années⁽³¹⁾. Ces titres de séjour seront délivrés au compte-gouttes et relèvent d'une approche de l'immigration (« l'utilitarisme migratoire ») qui a été vivement discutée à l'occasion de la loi Sarkozy II de juillet 2006⁽³²⁾. S'agissant des étudiants, le projet n'est guère plus novateur. Le titre pluriannuel n'empêchera pas l'organisation de contrôles réguliers (pour vérifier assiduité et réussite aux examens durant l'année scolaire).

(31) Notamment depuis la loi Chevènement (Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile).

(32) Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative l'immigration et à l'intégration.

Article 5 (remplacement de l'article L. 311-11 du Ceseda)

L'article L. 311-11 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 311-11. - Une autorisation provisoire de séjour d'une durée de validité de douze mois non renouvelable est délivrée à l'étranger ayant obtenu, dans un établissement d'enseignement supérieur habilité au plan national, un diplôme au moins équivalent au master et qui :

« 1° Soit entend compléter sa formation par une première expérience professionnelle, sans limitation à un seul emploi ou à un seul employeur. Pendant la durée de cette autorisation, son titulaire est autorisé à chercher et à exercer un emploi en relation avec sa formation et assorti d'une rémunération supérieure à un seuil déterminé par décret.

« À l'issue de cette période de douze mois, l'intéressé pourvu d'un emploi ou d'une promesse d'embauche satisfaisant aux conditions énoncées ci-dessus, est autorisé à séjourner en France sous couvert de la carte de séjour pluriannuelle mentionnée aux 1°, 2°, 4° ou 8° de l'article L. 313-20 ou de la carte de séjour temporaire mentionnée aux 1° et 2° de l'article L. 313-10, sans que lui soit opposée la situation de l'emploi ;

« 2° Soit justifie d'un projet de création d'entreprise dans un domaine correspondant à sa formation ;

« À l'issue de cette période de douze mois, l'intéressé justifiant de la création et du caractère viable d'une entreprise répondant à la condition énoncée ci-dessus, est autorisé à séjourner en France sous couvert de la carte de séjour pluriannuelle mentionnée au 5°

de l'article L. 313-20 ou de la carte de séjour temporaire mentionnée au 3° de l'article L. 313-10. »

Article 9 (remplacement de l'article L. 313-10 du Ceseda)

L'article L. 313-10 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 313-10. - Une carte de séjour temporaire, d'une durée maximale d'un an, autorisant l'exercice d'une activité professionnelle, est délivrée à l'étranger :

« 1° Pour l'exercice d'une activité salariée, sous couvert d'un contrat de travail à durée indéterminée, dans les conditions prévues par l'article L. 5221-2 du code du travail. Elle porte la mention « salarié ».

« La carte de séjour est prolongée d'un an si l'étranger se trouve involontairement privé d'emploi. Lors du renouvellement suivant, s'il est toujours privé d'emploi, il est statué sur son droit au séjour pour une durée équivalente à celle des droits restant à courir au titre du revenu de remplacement mentionné à l'article L. 5422-1 du code du travail ;

« 2° Pour l'exercice d'une activité salariée, sous couvert d'un contrat de travail à durée déterminée ou dans les cas prévus aux articles L. 1262-1 et L. 1262-2 du code du travail, dans les conditions prévues par l'article L. 5221-2 du même code. Cette carte est délivrée et renouvelée pour une durée identique à celle du contrat de travail ou du détachement, dans la limite d'un an. Elle porte la mention "travailleur temporaire".

« L'étranger se voit délivrer l'une des cartes prévues aux 1° ou 2° du présent article sans que lui soit opposable la situation de l'emploi sur le fondement de l'article L. 5221-2 du code du travail lorsque sa demande concerne un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement et figurant sur une liste établie par l'autorité administrative, après consultation des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives.

« La carte de séjour prévue aux 1° ou 2° du présent article est délivrée, sans que lui soit opposable la situation de l'emploi, à l'étudiant étranger qui, ayant obtenu un diplôme au moins équivalent au grade de master dans un établissement d'enseignement supérieur habilité au plan national, souhaite exercer un emploi salarié et présente un contrat de travail, à durée indéterminée ou à durée déterminée, en relation avec sa formation et assorti d'une rémunération supérieure à un seuil déterminé par décret en Conseil d'État;

« 3° Pour l'exercice d'une activité non salariée, économiquement viable et dont il tire des moyens d'existence suffisants, dans le respect de la législation en vigueur. Elle porte la mention "entrepreneur/profession libérale". »

Article 11 (création des articles L. 313-20 à L. 313-24 du Ceseda)

Le chapitre III du titre Ier du livre III est complété par les dispositions suivantes : [...]

Sous-section 2

La carte de séjour pluriannuelle portant la mention "passeport talent"

« Art. L. 313-20. - La carte de séjour pluriannuelle portant la mention "passeport talent", d'une durée maximale de quatre ans, est délivrée, dès sa première admission au séjour :

« 1° À l'étranger qui exerce une activité professionnelle salariée et qui a obtenu, dans un établissement d'enseignement supérieur habilité au plan national, un diplôme au moins équivalent au grade de master ou qui est recruté dans une entreprise définie à l'article 44 sexies O A du code général des impôts ;

« 2° À l'étranger qui occupe un emploi hautement qualifié, pour une durée égale ou supérieure à un an, et justifie d'un diplôme sanctionnant au moins trois années d'études supérieures ou d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans d'un niveau comparable ; cette carte, d'une durée égale à celle figurant sur le contrat de travail porte la mention "carte bleue européenne".

« L'étranger qui justifie avoir séjourné au moins dix-huit mois dans un autre État membre de l'Union européenne sous couvert d'une "carte bleue européenne" obtient la même carte de séjour, sous réserve qu'il en fasse la demande dans le mois qui suit son entrée en France, sans que soit exigé le respect de la condition prévue à l'article L. 313-2 ;

« 3° À l'étranger qui vient en France pour effectuer une mission dans le cadre d'un détachement

conformément au 2° de l'article L. 1262-1 du code du travail ou dans le cadre d'un contrat de travail avec une entreprise établie en France, et qui justifie d'une ancienneté professionnelle dans le groupe ou dans l'entreprise concerné d'au moins trois mois. La carte de séjour est délivrée pour une durée de trois ans ;

« 4° À l'étranger, titulaire d'un diplôme équivalent au grade de master, qui mène des travaux de recherche ou dispense un enseignement de niveau universitaire, dans le cadre d'une convention d'accueil signée avec un organisme public ou privé ayant une mission de recherche ou d'enseignement supérieur préalablement agréé. Cette carte porte la mention "chercheur" ;

« 5° À l'étranger qui justifie d'un diplôme équivalent au grade de master ou d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans d'un niveau comparable et qui crée une entreprise en France ;

« 6° À l'étranger qui procède à un investissement économique direct en France ;

« 7° À l'étranger qui occupe la fonction de représentant légal dans un établissement ou une société établie en France, dès lors que cet étranger est salarié ou mandataire social hors de France dans un établissement ou une société du même groupe ;

« 8° À l'étranger qui exerce la profession d'artiste-interprète tel que défini par l'article L. 212-1 du code de la propriété intellectuelle ou qui est auteur d'œuvre littéraire ou artistique mentionné à l'article L. 112-2 du même code. Lorsqu'il exerce une activité salariée, la durée minimale, exigée pour la délivrance du titre, des contrats d'engagements conclus avec une entreprise ou un établissement dont l'activité principale comporte la création ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit est fixée par voie réglementaire ;

« 9° À l'étranger dont la renommée internationale est établie, qui vient exercer en France une activité dans un domaine scientifique, littéraire, artistique, intellectuel, éducatif ou sportif.

« L'activité professionnelle salariée ayant justifié la délivrance de la carte prévue aux 1°, 2°, 3°, 8° et 9° n'est pas subordonnée à la délivrance de l'autorisation de travail prévue à l'article L. 5221-2 du code du travail.

« Cette carte de séjour, délivrée à l'étranger qui exerce une activité salariée, est prolongée d'un an s'il se trouve involontairement privé d'emploi. Lors du renouvellement suivant, la durée de son titre de séjour est équivalente aux droits qu'il a acquis au revenu de remplacement mentionné à l'article L. 5422-1 du code du travail.

« Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article. Il précise notamment les conditions de délivrance de la carte pour les catégories visées aux 5°, 6°, 8° et 9° et détermine les seuils de rémunération dont les étrangers visés aux 1°, 2°, 3°, 7° et 8° doivent justifier.

« Art. L. 313-21. - La carte de séjour pluriannuelle portant la mention "passeport talent (famille)" est délivrée de plein droit, s'il est âgé d'au moins dix-huit ans, au conjoint de l'étranger visé à l'article L. 313-

20 ainsi qu'à ses enfants entrés mineurs en France, dans l'année qui suit leur dix-huitième anniversaire ou lorsqu'ils entrent dans les prévisions de l'article L. 311 3, sous réserve du respect de la condition prévue à l'article L. 313-2. La durée de cette carte est égale à la période de validité restant à courir de la carte de séjour de leur conjoint ou parent.

« Lorsque la famille était déjà constituée dans le premier État membre de séjour et sans que soit exigé le respect de la condition prévue à l'article L. 313-2, le conjoint et les enfants de l'étranger titulaire de la carte de séjour délivrée en application du 2° de l'article L. 313-20 bénéficient de plein droit, de la carte de séjour pluriannuelle portant la mention "passeport talents (famille)", à condition qu'ils en fassent la demande dans le mois qui suit leur entrée en France. La durée de cette carte est égale à la période de validité restant à courir de la carte de séjour de leur parent ou conjoint. Elle est renouvelée de plein droit pour une durée de quatre ans lorsque son titulaire réside en France depuis au moins cinq ans.

« La carte de séjour pluriannuelle portant la mention "passeport talents (famille)" donne droit à l'exercice d'une activité professionnelle.

« Art. L. 313-22. – L'étranger titulaire d'un document de séjour délivré sur un autre fondement que celui de la carte de séjour pluriannuelle mentionnée aux articles L. 313-20 et L. 313-21 bénéficie de la délivrance de cette carte lorsqu'il en fait la demande et en remplit les conditions.

Sous-section 3

La carte de séjour pluriannuelle portant la mention "travailleur saisonnier"

« Art. L. 313-23. – Une carte de séjour d'une durée de trois ans, renouvelable, autorisant l'exercice d'une activité professionnelle, est délivrée à l'étranger pour l'exercice d'un emploi à caractère saisonnier tel que défini au 3° de l'article L. 1242-2 du code du travail, dans les conditions prévues par l'article L. 5221-2 du même code, lorsque l'étranger s'engage à maintenir sa résidence habituelle hors de France. La carte porte la mention "travailleur saisonnier".

« Elle donne à son titulaire le droit de séjourner et de travailler en France pendant la ou les périodes qu'elle fixe et qui ne peuvent dépasser une durée cumulée de six mois par an.

« Art. L. 313-24. – Les modalités d'application du présent chapitre sont fixées par décret en Conseil d'État. »

1. Les étudiants : un parcours pas si simplifié

(Ceseda, art. L. 311-11 modifié par l'article 5 du projet de loi)

Le projet entend faciliter le passage de la carte « étudiant » à la carte « salarié » dès lors que son/sa titulaire a obtenu un diplôme équivalent au master (sous réserve d'exercer un emploi en rapport avec son diplôme et de justifier d'un niveau de rémunération à fixer par décret). C'est dans la continuité de ce qui existe déjà. Après un an, ces mêmes étudiant-e-s peuvent prétendre au titre « passeport talent » (voir infra).

Les étudiant-e-s étrangers-ères, catégorie supposée favorisée par la présidence Hollande, ont fait l'objet d'une attention soutenue de la part du Parlement. Ont été notamment organisés des débats sans vote sur « l'immigration étudiante et professionnelle » au Sénat en avril 2013 (voir le compte rendu analytique) et à l'Assemblée nationale en juin 2013. Ces débats, comme les rapports préparatoires – le rapport Fekl⁽³³⁾, le document « Les données de l'immigration professionnelle » et un rapport plus confidentiel de la « mission d'inspection interministérielle chargée de réfléchir à l'amélioration des conditions d'accueil des "talents étrangers" » – ouvraient de très nombreuses pistes de réforme de l'accueil des talents étrangers.

Le projet de loi, indique l'étude d'impact, est supposé prendre acte de ces travaux. Au vu de la faible portée des réformes proposées, il semble qu'un phénomène biologique inédit se soit produit : une montagne a accouché d'une souris.

S'agissant du séjour des étudiant-e-s étrangers-ères, il n'est prévu qu'une seule réforme, bien mince : celle de l'institution du titre de séjour pluriannuel. L'article 11 du projet de loi crée en effet un article L. 313-18 au sein du Ceseda, prévoyant la délivrance de titres de séjour pluriannuels à différentes catégories d'étrangers-ères, dont l'ensemble des étudiant-e-s. Il s'agit sans aucun doute d'une avancée, dans la mesure où l'article L. 313-4 du Ceseda ne prévoyait cette faculté que pour les étudiant-e-s étrangers-ères inscrit-e-s dans un cursus équivalent au master. Mais, outre que cette délivrance n'est possible que pour les étrangers-ères ayant déjà séjourné pendant un an en France (nouvel article L. 313-17 du Ceseda), la durée de validité du titre sera « égale au cycle d'études dans lequel est inscrit l'étudiant ». De ce fait, et à l'exception éventuelle des doctorant-e-s, un titre pluriannuel délivré à un-e étudiant-e étranger-ère ne pourra jamais dépasser une durée de deux ans.

En effet, les étudiant-e-s de nationalité étrangère engagé-e-s dans un cursus de type licence (3 ans d'études), s'ils ou elles doivent justifier d'un an de

(33) « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », rapport du député Matthias Fekl, en mission auprès du ministre de l'Intérieur, mars 2013.

séjour en France, n'auront à l'issue de cette période plus que deux ans d'études à compléter pour terminer le cycle engagé. Ils ou elles ne pourront donc bénéficier que d'un titre de séjour de deux ans, à condition que soient prouvés « *le réel et le sérieux* » des études (article L. 313-18, 1° du Ceseda), ce qui exclut de facto les étudiant-e-s étrangers-ères s'étant réorienté-e-s ou ayant échoué à l'issue de leur première année d'étude. Quant aux étudiant-e-s étrangers-ères entrant en France pour y suivre un cursus de type master, ils/elles ne bénéficieront jamais de titre de séjour pluriannuel : à l'issue de leur première année d'étude en master, il ne leur restera plus qu'un an d'étude à poursuivre en France.

De plus, l'article 8 du projet de loi ouvre à l'administration une faculté de procéder, à tout moment, aux « *contrôles et convocations nécessaires* » pour s'assurer que l'étranger-ère remplit toujours les conditions d'obtention du titre de séjour pluriannuel (voir ci-dessus en II,3). Or, la condition de « *réel et sérieux des études* » qui implique, s'agissant des étudiant-e-s, une progression régulière et annuelle dans leurs études, pose problème. Il y a fort à parier que les préfectures continueront à convoquer les étudiant-e-s annuellement pour vérifier leur assiduité et la progression dans leurs études, et que seul-e-s les étudiant-e-s étrangers-ères dont l'université a signé une convention avec la préfecture (transmission des relevés de notes) pourront bénéficier de ce type de titre de séjour. Ceci d'autant plus qu'un rapport n° 14-020/14-004/02 de l'IGA s'est récemment prononcé en faveur d'une généralisation de ces guichets dans les universités. Or, le suivi régulier des dossiers entre services, ainsi que les échanges permanents d'informations, que suppose cette collaboration, ne peuvent que sensibiliser les personnels universitaires aux préoccupations et priorités préfectorales. À terme, on peut craindre qu'ils soient détournés de la stricte finalité universitaire de leur mission.

Les apports du projet de loi sont finalement bien minimes en matière de séjour.

Il en est de même en matière d'accès au travail. L'article 5 du projet se contente en effet de reprendre les principales avancées issues de la loi du 22 juillet 2013 sur l'enseignement supérieur et la recherche⁽³⁴⁾. Seul progrès : la création d'un alinéa 2° à l'article L. 311-11 du Ceseda, prévoyant de manière inédite la possibilité d'obtenir une autorisation provisoire de séjour d'un an pour créer une entreprise et demander par la suite un changement de statut vers les titres « *commerçant* » ou « *profession libérale* ». Mais le gouvernement

ne fait ici qu'opérer une transposition anticipée d'une proposition de directive européenne encore en discussion⁽³⁵⁾. L'article 24 de cette proposition de directive ouvrirait aux étudiant-e-s étrangers-ères le droit « *de rester dans l'État membre pendant les douze mois suivant la fin de leurs études ou leurs recherches pour chercher du travail ou créer une entreprise* ».

Surtout, la réforme reste marquée par une orientation d'« *immigration choisie* » décomplexée, en n'ouvrant ces nouvelles possibilités de « *changer de statut* » qu'aux étudiant-e-s de niveau master. On est bien en retrait de la proposition de loi « *Gillot* », qui prévoyait d'étendre le dispositif de l'article L. 311-11 du Ceseda aux étudiants titulaires d'une licence (proposition de loi « *Gillot* » relative à l'attractivité universitaire de la France, article 1^{er}).

2- L'exercice d'une activité professionnelle

(Ceseda, art. L. 313-10 refondu par l'article 9 du projet de loi)

L'ancien article L. 313-10 du Ceseda comportait sept catégories. Sa nouvelle rédaction prévue par le projet de loi n'en comporte que trois.

A. Activité professionnelle salariée

Les deux premières catégories sont :

1° La CST mention « *salarié* » est délivrée au titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée (CDI) visé par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) selon les règles prévues par le code du travail (CT, art. L. 5221-2) pour la délivrance d'une autorisation de travail. Sa durée est d'un an.

Au moment du renouvellement, si la personne est involontairement privée d'emploi, sa carte de séjour est prolongée d'un an ; au-delà, si ses droits à indemnité courent encore, elle sera prorogée jusqu'à leur extinction (disposition conforme au code du travail, art. R. 5221-33).

2° La CST mention « *travailleur temporaire* » au titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée (CDD) ou détaché temporairement en France par un employeur sous réserve d'une autorisation

(34) Voir l'analyse de cette loi : www.gisti.org/spip.php?rubrique793

(35) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, d'échange d'élèves, de formation rémunérée et non rémunérée, de volontariat et de travail au pair (Refonte), présentée par la Commission européenne le 25 mars 2013 [COM(2013) 151 final].

de travail obtenue dans les mêmes conditions qu'en 1°. Cette carte est délivrée et renouvelée pour une durée identique à celle du contrat de travail ou du détachement.

Ces deux catégories existent déjà dans le Ceseda et dans le code du travail. Mais le projet de loi restreint considérablement l'accès à une CST mention « salarié » puisqu'il le limite aux titulaires d'un CDI, alors qu'il s'applique actuellement aussi aux titulaires d'un CDD d'un an ou plus.

C'est donc une régression qui précarise considérablement le titulaire d'un CDD égal ou supérieur à un an.

En outre, la carte pluriannuelle peut être attribuée au moment du renouvellement d'une CST mention « salarié », mais le titulaire d'une CST « travailleur temporaire » en sera toujours privé (Ceseda, art. 18, créé par l'article 11 du projet de loi).

Enfin, le dispositif actuel relatif à la CST mention « travailleur saisonnier » ne change que de nom en devenant une carte pluriannuelle de même mention (Ceseda art. L. 313-23 créé par le projet de loi).

B. Activité professionnelle non salariée

La catégorie 3° du nouvel article L. 313-10 opère la fusion de plusieurs titres de séjour pour les activités non salariées (commerçant, profession libérale, indépendant) sous un seul et même titre de séjour nommé « entrepreneur/profession libérale ».

Ce nouveau dispositif peut simplifier la procédure de demande de titre de séjour, puisqu'il mettrait fin à la multiplicité des statuts pour les non-salarié-e-s. Encore faudra-t-il être attentif aux conditions concrètes de délivrance de ce titre. On ne se fait pas d'illusions à ce sujet au regard des statistiques de délivrance des titres de séjour pour les non-salarié-e-s...

3. Le « passeport talent » : une seule mention pour une carte pluriannuelle

(Ceseda, art. L. 313-20 créé par l'article 11 du projet de loi)

L'idée est de proposer un seul titre qui serait une fusion de la carte bleue européenne et de la carte « compétences et talents ». En conséquence, le texte prévoit d'abroger les dispositions sur les cartes « scientifique », « profession artistique », « compétences et talents », « salarié en mission », etc.

Le nouvel article L. 313-20 du Ceseda liste donc les catégories pouvant prétendre à la carte pluriannuelle

mention « passeport talent » (d'une durée maximale de 4 ans). Il n'y aurait dans ce cas pas de passage par la carte d'un an (procédure différente pour celles et ceux qui ont moins de talent). Dans la liste, on retrouve l'étudiant-e avec un master, celui/elle qui mène des travaux ou dispense des enseignements dans une université ou un laboratoire sous couvert d'une convention d'accueil, celui/elle qui procède à un investissement économique direct avec la France... Il ne s'agit en fait que de reprendre les catégories existantes et de les regrouper sous l'appellation « passeport talent ». La disposition précitée – l'article L. 313-9 du Ceseda – comprend une catégorie « balai » (à l'image du 7° de l'article L. 313-11) : la carte « passeport talent » est délivrée à l'étranger-ère « dont la renommée internationale est établie, qui vient exercer en France une activité dans un domaine scientifique, littéraire, artistique, intellectuel, éducatif ou sportif » (L. 313-20, 9°).

Il ne sera plus nécessaire que l'employeur sollicite au bénéfice de l'étranger-ère une autorisation de travail auprès de la Direccte comme c'était le cas notamment pour le titre de séjour « salarié en mission » ou « carte bleue européenne ». Si l'étranger-ère se trouve hors de France, il/elle devra présenter sa demande de visa de long séjour au consulat compétent pour obtenir ensuite une carte de séjour « passeport talent » pluriannuelle ; s'il ou elle réside sur le territoire français, la demande sera effectuée auprès de la préfecture de son lieu de résidence.

Cela implique que les compétences habituellement détenues par la Direccte (SMOE) en matière d'appréciation des conditions d'emploi, de l'aptitude à exercer le poste proposé seront dévolues au consulat ou à la préfecture... Dans la majorité des cas, cela ne devrait pas poser de difficultés dans la mesure où le critère le plus difficile à apprécier, l'opposabilité de la situation de l'emploi, n'est pas applicable à ces catégories. Toutefois, dans les cas « limites », on peut craindre que l'appréciation d'un consulat ou d'une préfecture portée sur le dossier soit plus restrictive (logique du contrôle des flux migratoires et de répression de la fraude) que lorsque c'était la Direccte qui instruisait la demande d'autorisation de travail.

Plusieurs catégories prévues par le projet de loi sont mal définies et relèvent plutôt d'une politique d'affichage « immigration choisie » : voir en particulier les points 5°, 6° et 7° de l'article L. 313-20 qui visent les créateurs d'entreprise, les investisseurs et les mandataires sociaux qui bénéficiaient auparavant du titre de séjour mention « commerçant ». Quelle sera la procédure pour obtenir le titre ? Le trésorier-payeur général sera-t-il toujours saisi pour donner son avis sur la viabilité du projet ?

On note qu'il est prévu le renouvellement pour une durée d'un an du titre de séjour « passeport talents » délivré pour l'exercice d'une activité professionnelle salariée en cas de privation involontaire d'emploi, puis dans la limite des droits acquis au chômage. Le dispositif actuellement en vigueur pour les titulaires d'une CST mention « salarié » (code du travail, art. R. 5221-33) est ainsi étendu à la catégorie « passeport talent ».

Cela constitue notamment une avancée pour les salarié-e-s en mission : auparavant aucun dispositif ne leur permettait de rester sur le territoire français en cas de perte involontaire d'emploi. Cela n'est pas négligeable car ils/elles se trouvaient en position d'infériorité vis-à-vis de leur employeur. À titre d'exemple, on a pu voir une salariée privée de son emploi du fait de sa grossesse, qui a perdu dans la foulée son droit au séjour.

IV. Le contentieux administratif de l'éloignement

Ce qu'il faut retenir

Le projet de loi crée une nouvelle obligation de quitter le territoire, spécifique aux demandeurs d'asile déboutés.

Il met également en place une procédure spécifique (délais de recours, délais pour statuer) pour quatre catégories d'obligation de quitter le territoire (OQTF) : les personnes s'étant vu refuser l'asile ou la protection subsidiaire par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) et la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), et celles n'ayant pas sollicité la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour n'ont plus que sept jours pour contester la mesure d'éloignement qui les frappe et leur recours sera examiné dans un délai d'un mois, par une formation à juge unique, sans conclusions d'un rapporteur public. Ce nouveau délai dérogatoire au droit commun a pour seul but d'accélérer le traitement des mesures d'éloignement au mépris du droit à un recours effectif. Ces mesures, qui risquent de concerner beaucoup d'étrangers, complexifient encore le contentieux de l'éloignement et font de l'accès au droit, de l'accès au juge, une chimère pour les étrangers.

Est aussi instaurée une interdiction de retour automatique pour toute personne faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire sans délai de départ volontaire ou n'ayant pas respecté le délai préalablement octroyé. Si la directive « retour » impose l'automatisme de l'interdiction de retour dans ces hypothèses, elle formule par ailleurs une liste d'éléments dont l'administration doit tenir compte pour priver l'étranger d'un délai de départ « volontaire ». Le projet de loi n'en fait aucune mention. À cet égard, la notion de « risque de fuite », qui peut justifier l'absence de délai accordé pour partir, ne correspond pas aux critères définis par la directive « retour ».

Enfin, aucune exception n'est prévue lorsque la personne ne respecte pas le délai de départ volontaire, ce qui revient à sanctionner tout étranger sous le coup d'une obligation de quitter le territoire avec délai de départ qui souhaiterait contester cette décision devant le tribunal administratif.

Ceseda, art. L. 511-1 (modifié par l'article 14, I du projet de loi)

I. – L'autorité administrative peut obliger à quitter le territoire français un étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse et qui n'est pas membre de la famille d'un tel ressortissant au sens des 4° et 5° de l'article L. 121-1, lorsqu'il se trouve dans l'un des cas suivants :

1° Si l'étranger ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ;

2° Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée sur le territoire sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré ;

3° Si la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé à l'étranger ou si le titre de séjour qui lui avait été délivré lui a été retiré ;

4° Si l'étranger n'a pas demandé le renouvellement de son titre de séjour temporaire et s'est maintenu sur le territoire français à l'expiration de ce titre ;

5° Si le récépissé de la demande de carte de séjour ou l'autorisation provisoire de séjour qui avait été délivré à l'étranger lui a été retiré ou si le renouvellement de ces documents lui a été refusé.

6° Si la reconnaissance de la qualité de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire a été définitivement refusé à l'étranger, à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité

7° Si le comportement de l'étranger, qui ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois constitue une menace pour l'ordre public. La menace pour l'ordre public peut s'apprécier au regard de la commission de faits passibles de poursuites pénales sur le fondement des articles du code pénal cités au premier aliéna de l'article L. 313-5

du présent code, ainsi que des 1°, 4°, 6° et 8° de l'article L. 311-4, de l'article 322-4-1 et des articles 222-14, 224-4-2 à 227-7 du code pénal

8° si l'étranger, qui ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois, a méconnu l'article L. 5221-5 du code du travail.

La décision énonçant l'obligation de quitter le territoire français est motivée. Elle n'a pas à faire l'objet d'une motivation distincte de celle de la décision relative au séjour dans les cas prévus aux 3° et 5° du présent I, sans préjudice, le cas échéant, de l'indication des motifs pour lesquels il est fait application des II et III.

L'obligation de quitter le territoire français fixe le pays à destination duquel l'étranger est renvoyé en cas d'exécution d'office.

II. – Pour satisfaire à l'obligation qui lui a été faite de quitter le territoire français, l'étranger dispose d'un délai de trente jours à compter de sa notification et **pour rejoindre le pays dont il possède la nationalité ou tout autre pays non membre de l'Union européenne où il est légalement admissible**. Il peut solliciter, à cet effet, un dispositif d'aide au retour dans son pays d'origine. À Mayotte, l'étranger ne peut bénéficier d'une aide au retour mais, dans des circonstances exceptionnelles et sous réserve de l'existence d'un projet économique viable, d'une aide à la réinsertion économique, ou, s'il est accompagné d'un ou plusieurs enfants mineurs, de mesures d'accompagnement, dans des conditions définies par arrêté du ministre de l'intérieur et du ministre chargé des outre-mer. Eu égard à la situation personnelle de l'étranger, l'autorité administrative peut accorder, à titre exceptionnel, un délai de départ volontaire supérieur à trente jours.

Le délai de départ volontaire accordé à l'étranger peut faire l'objet d'une prolongation par l'autorité administrative pour une durée appropriée, s'il apparaît nécessaire de tenir compte de circonstances propres à chaque cas. L'étranger est informé par écrit de cette prolongation.

Toutefois, l'autorité administrative peut, par une décision motivée, décider que l'étranger est obligé de quitter sans délai le territoire français :

- 1° Si le comportement de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public ;
- 2° Si l'étranger s'est vu refuser la délivrance ou le renouvellement de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour au motif que sa demande était ou manifestement infondée ou frauduleuse ;
- 3° S'il existe un risque que l'étranger se soustraie à cette obligation. Ce risque est **peut être** regardé comme établi, sauf circonstance particulière, dans les cas suivants :

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

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

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

d) Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;

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

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

L'autorité administrative peut faire application du **troisième** alinéa du présent II lorsque le motif apparaît au cours du délai accordé en application du premier alinéa.

III. – L'autorité administrative **peut assortir**, par une décision motivée, l'obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de retour sur le territoire français **d'une durée maximale de trois ans à compter de sa notification, lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger ou lorsque l'étranger n'a pas satisfait à cette obligation dans le délai de départ imparti**.

Lorsqu'elle ne se trouve pas en présence des cas prévus au premier alinéa, l'autorité administrative peut, par décision motivée, assortir l'obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de retour sur le territoire français d'une durée maximale deux ans.

L'étranger à l'encontre duquel a été prise une interdiction de retour est informé qu'il fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen, conformément à l'article 96 de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990. Les modalités de suppression du signalement de l'étranger en cas d'annulation ou d'abrogation de l'interdiction de retour sont fixées par voie réglementaire.

Lorsque l'étranger ne faisant pas l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire, l'autorité administrative peut prononcer une interdiction de retour pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification.

Lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer

l'interdiction de retour pour une durée maximale de trois ans à compter de sa notification.

Lorsqu'un délai de départ volontaire a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour, prenant effet à l'expiration du délai, pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification.

Lorsque l'étranger faisant l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire ou alors qu'il était obligé de quitter sans délai le territoire français ou, ayant déferé à l'obligation de quitter le territoire français, y est revenu alors que l'interdiction de retour poursuit ses effets, l'autorité administrative peut prolonger cette mesure pour une durée maximale de deux ans.

~~L'interdiction de retour et sa durée sont décidées~~
Le prononcé et la durée de l'interdiction de retour mentionnée au troisième alinéa du présent III ainsi que la durée de l'interdiction de retour mentionnée au premier alinéa du III sont décidées par l'autorité administrative en tenant compte de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet ou non d'une mesure d'éloignement et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français.

L'autorité administrative peut à tout moment abroger l'interdiction de retour. Lorsque l'étranger sollicite l'abrogation de l'interdiction de retour, sa demande n'est recevable que s'il justifie résider hors de France. Cette condition ne s'applique pas :

1° Pendant le temps où l'étranger purge en France une peine d'emprisonnement ferme ;

2° Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence prise en application des articles L. 561-1 ou L. 561-2.

Lorsqu'un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français avec délai de départ volontaire, assortie d'une interdiction de retour justifiée, selon des modalités déterminées par voie réglementaire, avoir satisfait à cette obligation dans le délai imparti, au plus tard deux mois suivant l'expiration de ce délai de départ volontaire, l'interdiction de retour est abrogée. Toutefois, par décision motivée, l'autorité administrative peut refuser cette abrogation au regard de circonstances particulières tenant à la situation et au comportement de l'intéressé.

Ceseda, article L. 512-1 modifié par l'article 14, II du projet de loi

I. L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français **sur le fondement du 3°, 5°, 7° ou 8° du I de l'article L. 511-1** et qui dispose du délai de départ volontaire mentionné au premier alinéa du II de l'article L. 511-1 peut, dans le délai de trente jours suivant sa notification, demander au tribunal administratif l'annulation de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision relative au séjour, de la décision mentionnant le pays de destination et de

la décision d'interdiction de retour sur le territoire français **ou d'interdiction de circulation sur le territoire français** qui l'accompagnent le cas échéant. L'étranger qui fait l'objet de l'interdiction de retour prévue au troisième alinéa du III du même article L. 511-1 peut, dans le délai de trente jours suivant sa notification, demander l'annulation de cette décision. **Il en est de même de l'étranger qui, ayant bénéficié d'un délai de départ volontaire en application de l'article L. 511-3-1, fait l'objet de l'interdiction de circulation sur le territoire français prévu à l'article L. 511-3-2.**

L'étranger peut demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle au plus tard lors de l'introduction de sa requête en annulation. Le tribunal administratif statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine.

Toutefois, si l'étranger est placé en rétention en application de l'article L. 551-1 ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans le délai prévus au III du présent article.

I bis. – L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire sur le fondement du 1°, 2°, 4° ou 6° du I de l'article L. 511-1 et qui dispose du délai de départ volontaire mentionné au premier alinéa du II du même article peut, dans le délai de sept jours suivant sa notification, demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant.

Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin parmi les membres de sa juridiction ou les magistrats honoraires inscrits sur la liste mentionnée à l'article L. 222-2-1 du Code de justice administrative statue au plus tard un mois à compter de sa saisine.

L'étranger peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat délégué à cette fin le concours d'un interprète et la communication du dossier contenant les pièces sur la base desquelles la décision a été prise.

L'audience est publique. Elle se déroule sans conclusions du rapporteur public, en présence de l'intéressé, sauf si celui-ci, dûment convoqué, ne se présente pas. L'étranger est assisté de son conseil s'il en a un. Il peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin qu'il lui en soit désigné un d'office.

Toutefois, si l'étranger est placé en rétention en application de l'article L. 551-1 ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans le délai prévus au III du présent article.

1. Nouvelles catégories d'obligation de quitter le territoire

A. Une obligation de quitter le territoire à l'adresse des demandeurs d'asile déboutés

(Ceseda, art. L. 511-1, I, 6° créé par l'article 14, I du projet de loi).

Le texte prévoit que l'autorité administrative pourra prononcer une OQTF contre un étranger à qui « *la reconnaissance de la qualité de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire a été définitivement refusé* ».

Ce nouveau dispositif, qui tend à faire l'amalgame entre demandeurs d'asile et étrangers en séjour irrégulier, met à mal l'obligation de procéder à un examen particulier de la situation de chaque étranger avant d'édicter une mesure d'éloignement à son encontre (cf. avis du CE, 5 juin 2012, n° 356505).

En l'état actuel du droit, les juridictions administratives s'assurent que le préfet, lorsqu'il prend une décision de refus de séjour à l'encontre d'un débouté d'asile, a bien procédé à un examen particulier de sa situation, sans se référer à la décision relative à l'asile, puisque d'autres éléments de sa situation personnelle peuvent lui ouvrir droit au séjour (vie privée et familiale, état de santé, etc.). Le nouveau dispositif va imposer aux demandeurs d'asile de déposer une demande de titre de séjour pendant l'instruction de leur demande d'asile, s'ils veulent pouvoir faire valoir ces éléments autres. Pour autant, il leur sera difficile de faire valoir les évolutions possibles de leur situation intervenant durant l'examen de la demande d'asile. On songe aux difficultés d'accès aux guichets des préfectures et aux nombreux refus de recevoir des pièces complémentaires qui seront opposés aux étrangers. Il est aujourd'hui concrètement très difficile, voire impossible, pour une personne ayant sollicité son admission au séjour au titre de l'asile et dans l'attente de décision de l'Ofpra ou de la CNDA, de faire enregistrer une demande de séjour sur un autre fondement. Comment les demandeurs d'asile pourront-ils exposer leur situation en temps voulu ?

Enfin, la protection contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants prévue par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme fait obstacle à ce qu'une personne qui encourt de tels risques dans son pays d'origine y soit éloignée et cela indépendamment de sa qualité (ou pas) de réfugié. La Convention européenne oblige l'autorité administrative à procéder à un examen autonome et réel des risques de mauvais traitements

encourus en cas de retour. Or, la nouvelle OQTF prononcée par le préfet ne tiendra pas compte des éventuelles violations de l'article 3 de la CEDH.

B. Un contentieux spécifique (en termes de délai et d'audience) pour certaines catégories d'obligation de quitter le territoire

(Ceseda, art. L. 512-1, Ibis créé par l'article 14, I du projet de loi).

L'article 14 prévoit quatre situations dans lesquelles les personnes ayant fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire ne bénéficieront que d'un délai de 7 jours pour saisir le tribunal :

- les personnes ne pouvant justifier être entrées régulièrement en France et dépourvues de titre de séjour ;
- les personnes s'étant maintenues au-delà de la validité de leur visa et dépourvues de titre de séjour ;
- les personnes n'ayant pas sollicité le renouvellement de leur titre de séjour ;
- les personnes auxquelles la reconnaissance du statut de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire a été refusé.

Ces personnes n'auront que sept jours pour saisir le tribunal et leur recours sera jugé en un mois, par un juge unique, sans conclusions du rapporteur public. Le projet de texte vient ajouter un nouveau régime dérogatoire qui concernera un très grand nombre d'étrangers et les privera du droit à un recours effectif. Il convient sur ce point de rappeler que le délai de 30 jours est déjà dérogatoire au droit commun.

En somme, seules les personnes qui se seront vu refuser la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour continueront à bénéficier d'un délai de recours de 30 jours et d'une audience en formation collégiale avec, parfois, les conclusions du rapporteur public. Il existera dès lors trois délais différents s'agissant du contentieux des obligations de quitter de territoire : 30 jours, 7 jours et 48 heures (dans l'hypothèse d'une OQTF sans délai de départ volontaire). Trois délais différents qui ne peuvent que créer la confusion.

S'agissant du nouveau délai de sept jours, il concernera en pratique un très grand nombre de personnes. Ce bref délai n'est à l'évidence pas compatible avec le droit à un recours effectif expressément prévu à l'article 13 de la CEDH. En effet, comment imaginer que les personnes comprendront qu'elles bénéficient d'un délai de départ volontaire de trente jours mais qu'elles ne peuvent, le cas échéant, contester cette décision que dans un délai

de sept jours ? Comment imaginer qu'en sept jours, elles pourront prendre attache avec une association ou un avocat pour engager ces procédures ?

S'agissant de l'OQTF spécifique aux demandeurs d'asile déboutés, l'étude d'impact justifie ce délai dérogatoire en indiquant que « *l'application de ces délais contentieux de droit commun, soit trente jours de délai de recours contentieux et le délai de jugement de trois mois par le tribunal administratif favorise le dépôt de recours [sic] n'a pas de justification objective au regard de l'objet du litige dès lors que l'objet de la demande d'admission en France au titre de l'asile a été définitivement examiné par les instances compétentes* ». Elle précise que la même logique prévaut, les concernant, pour les OQTF prises pour entrée irrégulière en France ou maintien en situation irrégulière.

La logique qui sous-tend le projet est d'accélérer le traitement de la situation des déboutés de l'asile, afin d'éviter qu'ils ne restent en France. Mais pourquoi assimiler les demandeurs d'asile déboutés aux étrangers entrés irrégulièrement ou qui « *vivent dans la clandestinité* » ? Ni le rapport Fekl, ni l'étude d'impact n'apportent de réponses à cette question. Au contraire, l'étude d'impact rappelle que « *le rejet d'une demande d'asile ne se confond pas avec un refus de séjour* » pour en tirer paradoxalement comme conséquence que « *cette clarification se poursuit par une adaptation* » des délais de recours.

Un lapsus rédactionnel de l'étude d'impact éclaire l'intention des rédacteurs du projet. En oubliant d'effacer quatre mots (« *favorise le dépôt de recours* ») dans le paragraphe justifiant le délai dérogatoire pour les déboutés (cité ci-dessus), le ministre de l'Intérieur révèle sa pensée : le délai de 30 jours « *favorise le dépôt de recours* ». Diminuer le délai de recours a donc pour but réel de limiter les recours. La justification selon laquelle le délai de trente jours « *n'aurait pas de justification objective au regard de l'objet du litige* » pour les déboutés de l'asile (alors même que l'autorité administrative ignore quelle est leur situation personnelle réelle puisqu'elle ne leur permet pas d'effectuer des demandes de titre de séjour pendant l'examen d'une demande d'asile et qu'elle ne dispose dans son dossier qu'une fiche de renseignements sur l'état civil) n'est nullement étayée. Ce d'autant que l'étude d'impact met en évidence « *un taux de satisfaction relativement élevé des étrangers devant le tribunal administratif, puisque ce taux est passé de 25,4 % en 2011 à près de 31,2 % en 2012* » (p. 84).

Il est étonnant d'utiliser ce chiffre pour justifier un délai de recours raccourci. En effet, l'annulation de décisions administratives d'éloignement implique bien souvent que les personnes pouvaient

prétendre à la délivrance d'un titre de séjour, ou que leur situation n'a pas été effectivement examinée par les services préfectoraux.

La même critique peut être faite à l'assimilation arbitraire à laquelle procèdent le projet de loi et l'étude d'impact vis-à-vis des personnes qui n'ont pas demandé un titre de séjour et qui font l'objet d'une OQTF : alors, précisément, que l'administration ne connaît rien de leur situation et que ces personnes n'ont pas préparé de dossier de demande d'admission au séjour, on estime que des délais réduits pour former un recours et pour l'examiner seraient justifiés. Le « lapsus » de l'étude d'impact est décidément révélateur : il s'agit que ces personnes fassent l'objet d'un éloignement rapide, sans aucun contrôle juridictionnel.

Le but accidentellement affiché est donc d'empêcher les quatre catégories de personnes visées par ces OQTF expéditives d'exercer un recours effectif.

Le fait d'estimer que le recours d'un demandeur d'asile rejeté serait illégitime revient à nier toute la jurisprudence relative aux prescriptions de l'article 3 de la CEDH relative aux décisions fixant le pays de renvoi. Or le Conseil d'État a, à de nombreuses reprises, rappelé que les juridictions administratives n'étaient pas en situation de compétence liée (pour exemple notamment CE, 23 novembre 2005, n° 274314).

S'agissant des personnes n'ayant pas sollicité de titre de séjour, le ministère semble estimer que le recours avec un délai de trente jours ne serait pas légitime car, si elles avaient droit au séjour, elles l'auraient sollicité. Un tel raisonnement est pour le moins étonnant et revient à considérer que les personnes étrangères connaissent parfaitement la législation et savent toujours quand elles peuvent ou non bénéficier d'un titre de séjour de plein droit ou d'une possibilité de régularisation. Au surplus, il faut rappeler que de très nombreuses personnes rencontrent quotidiennement des difficultés pour faire enregistrer une demande de titre de séjour auprès des préfectures en raison des conditions matérielles d'accès (nombre limité de dossiers instruits par jour), des refus verbaux d'enregistrement, des pièces parfois abusivement sollicitées (par exemple, passeport en cours de validité systématiquement exigé quel que soit le titre de séjour sollicité, 6 mois de domiciliation avérée en ce qui concerne la préfecture de police, taxe d'habitation de l'hébergeant, etc.).

Dès lors, il est à craindre que des personnes pouvant prétendre à un titre de séjour de plein droit ou ayant des motifs sérieux d'annulation de la mesure d'éloignement prise à leur rencontre ne pourront avoir effectivement accès au juge, le délai

de sept jours étant insuffisant pour exercer leur droit au recours.

De plus, ces quatre OQTF seront jugées dans le délai d'un mois, par le tribunal administratif en formation à juge unique et sans conclusions du rapporteur public. Outre le fait que cela aura pour effet d'engorger encore davantage les juridictions administratives, on ne voit pas ce qui justifie une telle précipitation et la privation pour ces personnes d'un jugement en formation collégiale.

2. Sur la fixation et la prolongation du délai de départ volontaire, le refus de délai

(Ceseda, art. L. 511-1, II modifié par l'article 14, I du projet de loi)

Dans l'exposé des motifs du projet de loi, le ministre de l'Intérieur indique que pour garantir la « *sécurité des procédures* » il faut avoir une loi précise, exempte d'ambiguïté, sur les conditions d'application de l'OQTF et de l'interdiction de retour. Dans ce sens, le ministre insiste sur deux points :

- il doit exister des possibilités de prolongation du délai de départ initialement imparti,
- il ne faut pas d'automatisme dans l'appréciation du risque de soustraction à la mesure d'éloignement, lequel détermine le refus de délai de départ volontaire.

A. Sur la fixation du délai de départ volontaire à l'épreuve du droit de l'Union

L'étude d'impact indique (page 75 3.4.1.2 a) que la Commission européenne a critiqué la rigidité du texte français par rapport à la directive « retour ». Il devrait donc être possible désormais non seulement de fixer un délai de départ adapté, mais également d'en obtenir la prolongation afin de permettre une exécution volontaire.

Afin de déterminer si la législation proposée est compatible avec la directive, il convient de retenir que le Conseil d'État a jugé dans son avis n° 345978 (5^e paragraphe) du 21 mars 2011 que les articles 7 et 8 sont d'application directe et que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans son arrêt C-61/11 El Dridi a jugé que les articles 15 et 16 étaient directement applicables également (paragraphe 47).

En ce qui concerne le délai de départ volontaire, l'article 7 prévoit :

« 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. [...] Le délai prévu au premier alinéa n'exclut pas la possibilité, pour les ressortissants concernés de pays tiers, de partir plus tôt.

2. Si nécessaire, les États membres prolongent le délai de départ volontaire d'une durée appropriée, en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux. »

L'article 7.2 est d'application directe puisqu'il impose une obligation de prolongation du délai de départ en cas de nécessité, obligation qui n'est pas susceptible d'aménagements par l'État membre. Il cite un ensemble de circonstances qui justifient l'allongement du délai (outre l'intérêt supérieur de l'enfant, la vie privée et familiale et l'état de santé de l'étranger qui doivent obligatoirement être examinés pour toute décision résultant de l'application de la directive « retour ») : la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et autres liens familiaux et sociaux.

La nouvelle rédaction sur le délai de départ volontaire proposée par le gouvernement ne transpose pas correctement les dispositions de l'article 7.2 de la directive qui impose clairement qu'il faut tenir en considération les circonstances propres à chaque cas, circonstances éclairées à la lecture de l'article 14 de la directive « retour » sur les garanties dans l'attente du retour qui dispose :

« 1. Sauf dans la situation visée aux articles 16 et 17 [rétention], les États membres veillent à ce que les principes ci-après soient pris en compte dans la mesure du possible en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers au cours du délai de départ volontaire accordé conformément à l'article 7 et au cours des périodes pendant lesquelles l'éloignement a été reporté conformément à l'article 9 :

- a) l'unité familiale avec les membres de la famille présents sur le territoire est maintenue ;
- b) les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies sont assurés ;
- c) les mineurs ont accès au système éducatif de base en fonction de la durée de leur séjour ;
- d) les besoins particuliers des personnes vulnérables sont pris en compte.

2. Les États membres confirment par écrit aux personnes visées au paragraphe 1, conformément à la législation nationale, que le délai de départ volontaire a été prolongé conformément à l'article 7, paragraphe 2, ou que la décision de retour ne sera temporairement pas exécutée.

Il conviendrait que le législateur inclue une liste non exhaustive des points que l'administration doit prendre en considération lors de la fixation du délai de départ volontaire afin d'éviter d'infliger injustement des interdictions de retour à des personnes

que la directive entend protéger. Rappelons que la directive définit comme « personnes vulnérables » (art. 3.9) : « *les mineurs, les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs et les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle.* »

Or, l'article 14 de la directive indique que pendant le délai de départ volontaire les besoins particuliers des personnes vulnérables doivent être pris en compte. Aucune référence aux personnes vulnérables, ni aux situations particulières mentionnées par l'article 14 ne figure dans le projet de loi. Il ne contient non plus aucune référence à l'article 5 de la directive relatif au non-refoulement, à l'intérêt supérieur de l'enfant, à la vie familiale et à l'état de santé, qui impose que :

« Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte :

- a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,
- b) de la vie familiale,
- c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers, et respectent le principe de non-refoulement. »

Ainsi, puisque la directive et l'interprétation qu'en fait la Cour de justice de l'Union européenne insistent sur la priorité d'assortir toute décision d'éloignement d'un délai de départ volontaire et de ne le refuser que lorsque cela est absolument nécessaire, le préfet doit impérativement tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie privée et familiale et de l'état de santé lorsqu'il fixe le délai de départ volontaire d'une personne frappée d'une mesure d'éloignement. En somme, la directive impose que le délai de départ volontaire soit examiné en fonction de la situation personnelle de l'étranger et pour ce faire, le préfet doit tenir compte de :

- la durée du séjour ;
- la scolarisation des enfants ;
- la vie privée (ou liens sociaux cf. article 7.2 directive retour) ;
- l'intérêt supérieur de l'enfant ;
- la vie familiale ;
- l'état de santé (article 5 de la directive « retour ») ;
- la vulnérabilité de l'étranger (par respect de l'article 14 de la directive « retour » qui exige que l'on respecte les besoins particuliers d'une personne vulnérable pendant le délai de départ volontaire).

Pour garantir le respect de cette obligation, et dans le respect des principes généraux du droit de

l'Union européenne, le préfet devrait interroger l'étranger qu'il envisage d'éloigner sur les points ci-dessus listés. Il conviendrait également que la loi précise que les étrangers doivent être informés de la possibilité de solliciter l'extension du délai de départ volontaire qui leur a été accordé et quelles sont les conditions pour l'examen par l'autorité préfectorale de cette demande. Enfin, il serait également nécessaire de prévoir qu'il ne peut être prononcé d'interdiction de retour pour les étrangers qui ont légitimement droit à bénéficier d'un délai de départ volontaire adapté à leur situation personnelle et qui dépassent la limite légale des 30 jours. Ceci suppose que les étrangers frappés d'une mesure d'éloignement soient informés loyalement de la possibilité de faire une demande d'extension du délai de départ volontaire.

B. Sur le risque de fuite

D'après l'étude d'impact, la Commission européenne estime que la définition du risque de fuite par la loi française n'est pas conforme avec la directive « retour » car « *la loi restreint l'appréciation au cas par cas sur des critères qui, s'ils ne sont pas impératifs, sont exhaustifs* » ce qui ne permettrait pas à l'autorité d'exercer son pouvoir d'appréciation comme le texte européen le voudrait (page 75 3.4.1.2 b). Il convient donc d'être particulièrement vigilant à la nouvelle « définition » des critères, et à la façon dont l'autorité administrative doit les appliquer. En effet, du risque de fuite et du refus de délai de départ volontaire, découle l'automatisme de l'interdiction de retour.

Afin de déterminer si la législation qui est proposée par le ministre de l'Intérieur est compatible avec la directive, il convient de rappeler que les considérants de celle-ci sont un guide d'interprétation sur le texte de la directive.

Ainsi, le 6^e considérant impose que :

« Les États membres devraient veiller à ce que, en mettant fin au séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers, ils respectent une procédure équitable et transparente. Conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier. »

Le 10^e considérant affirme que :

« Lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure de retour s'en trouve compromis, il convient de privilégier le retour volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder un délai de départ volontaire. Une prolongation de ce délai de départ volontaire devrait être prévue si cela est considéré comme nécessaire en raison des circonstances

propres à chaque cas. Afin d'encourager le retour volontaire, les États membres devraient prévoir une assistance et un soutien renforcés en vue du retour et exploiter au mieux les possibilités de financement correspondantes offertes dans le cadre du Fonds européen pour le retour. »

Enfin, l'article 1^{er} de la directive « retour » dispose :

« 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. »

Il est nécessaire également de rappeler que l'arrêt *El Dridi* (CJUE, 28 avril 2011) décline les principes de gradation, proportionnalité, objectivité et respect des droits fondamentaux que la CJUE impose aux États dans le choix des mesures de coercition visant à garantir l'exécution d'une mesure d'éloignement. Or, dans cet arrêt, le risque de fuite objectif et imminent est le seul qui permet à l'État d'envisager le refus de délai de départ volontaire avec placement en rétention administrative comme ultime mesure coercitive. Il résulte de cette décision que le délai de départ volontaire est le principe et le refus de délai l'exception.

Au regard de cette jurisprudence, la définition adoptée par le législateur français en 2011 du « risque de fuite », parce qu'elle est beaucoup trop imprécise, subjective et large pour obéir aux principes de proportionnalité et gradation des mesures coercitives du droit européen de l'éloignement, est contraire à l'article 1^{er} de la directive « retour » et son interprétation par la CJUE. En effet, la loi française, qui n'est nullement modifiée à cet égard par le projet de loi, permet à l'autorité administrative de considérer que le seul séjour irrégulier du requérant constitue un risque de fuite, ce qui ne peut être admis comme étant un critère objectif au regard du 6^e considérant de la directive « retour ».

Par le caractère très large des prétendus « critères objectifs » retenus, le projet de loi continue de permettre la systématisation de la notion de « risque de fuite ». Il n'insiste pas sur la nécessité d'apprécier au cas par cas le risque de fuite, alors que c'est prévu par la directive. Et ce, même si la modification proposée indique à l'autorité administrative qu'elle n'est pas obligée de prononcer un refus de délai dans les hypothèses visées par ces « critères objectifs », car aucun critère visant à contrebalancer cette liste n'est évoqué, ce qui a pour conséquence que l'autorité administrative s'appuiera sur la loi sans se poser d'autres questions compte tenu du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose en la matière.

Qui plus est, allant à l'encontre des principes européens, un renversement de la charge de la preuve est instauré, et c'est l'étranger qui doit démontrer dans un cadre excessivement restreint (« *sauf circonstance particulière* ») que le risque de fuite n'existe pas, ce qui revient à exiger de lui une preuve impossible puisqu'il s'agit de démontrer un fait négatif.

La définition retenue par le législateur de 2011, et validée par le projet de loi, n'est donc ni proportionnée ni respectueuse des droits fondamentaux de la personne frappée à la fois d'une mesure d'éloignement et souvent d'une privation de liberté. Elle ne correspond pas à l'esprit du législateur européen.

C. Sur la volonté du législateur européen relative à la notion de « risque de fuite » issue de la directive « retour »

La lecture du livre *The Negotiations on the Return Directive* de Fabian Lutz (Wolf Legal Publishers, 2010), fonctionnaire européen ayant participé aux négociations houleuses de la directive « retour », permet de déterminer l'esprit dans lequel elle a été adoptée. Le compromis entre les institutions européennes, qui n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur la définition du risque de fuite, a conduit à l'abandon d'une liste de critères qui avaient d'abord été proposés par la Commission et approuvés par le Conseil, mais fermement contestés par le Parlement, auquel finalement la Commission s'est ralliée.

Les critères qui ont ainsi été abandonnés sont les suivants :

- si la personne est entrée illégalement dans le territoire d'un État membre et n'a pas obtenu l'autorisation d'y séjourner ;

- si la personne a été interceptée à la frontière ou aux abords de la frontière externe de l'Union européenne en essayant d'entrer illégalement dans le territoire d'un État membre ;

- si pendant la période de départ volontaire, la personne a changé d'adresse sans en informer l'autorité administrative ;

- si la personne n'a pas respecté les mesures visant à éviter le risque de fuite ;

- si la personne s'est soustraite à l'exécution d'une mesure d'éloignement par le passé ou y a fait obstruction.

Fabian Lutz indique (cf. page 39) :

« *Les conséquences des présomptions très larges de cette proposition (particulièrement les deux premiers critères) auraient conduit à ce que tout étranger*

en situation irrégulière aurait pu être quasi automatiquement arrêté et privé de la possibilité d'obtenir un délai de départ volontaire. Ce qui s'opposait à l'approche du Parlement qui avait expressément proposé dans un amendement du Comité parlementaire des libertés, de la justice et des affaires intérieures que "le risque de fuite ne pourra pas être automatiquement déduit du simple fait qu'un ressortissant d'un État tiers séjourne irrégulièrement sur le territoire d'un État membre" ».

Il est très clair que les « critères objectifs » de la loi de transposition française de 2011 sont en contradiction avec la directive 2008/115. Le législateur français a tout simplement repris, dans l'article L. 511-1-II-3° du Ceseda, la liste des présomptions de risque de fuite que le Parlement européen avait rejetée :

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

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

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

– si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;

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

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

Cette liste de présomptions va directement à l'encontre de l'esprit dans lequel le législateur européen a souhaité que les « critères objectifs » du risque de fuite soient établis.

Pour autant, peut-on conclure que le projet de loi proposé par le ministre de l'Intérieur en 2014 corrige les errements du législateur de 2011 ? Il est permis d'en douter puisque le seul changement introduit consiste à indiquer au préfet qu'au lieu de

considérer ce risque comme établi, il **peut considérer** ce risque comme établi...

Ceseda, art. L. 514-1, II, 3° : « S'il existe un risque que l'étranger se soustraie à cette obligation. Ce risque **peut être** regardé comme établi, sauf circonstance particulière, dans les cas suivants [...] »

Il convient de s'interroger sur la portée de cette nouvelle rédaction et sur ce que le législateur entend par « *circonstance particulière* » qui est un motif pour éviter d'infliger à un étranger, à la fois un refus de délai et par conséquent une interdiction de retour. L'idéal serait que le législateur prévoie également des présomptions de « *circonstance particulière* » pour guider l'analyse de l'autorité administrative, voire même qu'il encadre les présomptions fixées compte tenu du très grand risque d'arbitraire dans la matière (cf. critique de chacun des critères retenus par la loi française). Rappelons à ce sujet qu'en ce qui concerne l'interdiction de retour, le 14^e considérant de la directive indique :

« [...] *La durée de l'interdiction d'entrée devrait être fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas et ne devrait normalement pas dépasser cinq ans. Dans ce contexte, il convient de tenir particulièrement compte du fait que le ressortissant concerné d'un pays tiers a déjà fait l'objet de plus d'une décision de retour ou d'éloignement ou qu'il a déjà pénétré sur le territoire d'un État membre alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée.* »

Par ailleurs, certaines catégories de personnes (victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes) sont protégées, sous certaines conditions, par la directive (article 11§3, al.2) contre l'interdiction de retour. Le projet de loi ne reprend pas cette disposition et la France continue ainsi à faillir à son devoir de transposition, alors que le but affiché de la réforme est de réparer les erreurs commises par le législateur de 2011.

D. Les cas prétendument « objectifs » de risque de fuite établis par le législateur français

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

Aucun délai entre l'entrée sur le territoire et la découverte de la situation irrégulière de l'étranger n'est prévu. Ceci est disproportionné puisque des étrangers, par le seul fait d'une entrée irrégulière, peuvent être privés de délai de départ volontaire. Tout comme des étrangers qui ne feraient que transiter en vue de quitter le territoire Schengen.

On sait par ailleurs que les pratiques de certaines préfectures rendent parfois impossible le simple dépôt d'une demande de titre de séjour.

Enfin, il est abusif d'assimiler le « défaut de demande de titre » à un « risque de fuite », si les textes ne laissent aucun laps de temps à l'étranger pour préparer sa demande. Ainsi, beaucoup de demandeurs potentiels d'asile se trouvent dans la situation du Ceseda, art. L. 514-1, II, 1°. Le risque de refoulement de personnes pouvant prétendre à une protection internationale est donc très important.

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

Encore une fois, aucun délai entre l'expiration de la validité du visa et la découverte de l'irrégularité de la situation n'est prévu par le texte, ce qui le rend disproportionné. Ainsi lorsque l'étranger arrivé à l'expiration de son visa ne voudra pas demander de titre de séjour parce qu'il aura l'intention de rentrer dans son pays, mais que, pour des raisons diverses (problèmes de santé, de famille), il n'aura pas pu quitter le territoire en temps voulu, il se trouvera exposé à un refus de délai de départ volontaire. Par ailleurs, assimiler l'absence de démarches en vue de régularisation à un risque de fuite est une interprétation exorbitante.

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

La disproportion ici résulte du fait qu'on ne peut pas raisonnablement estimer qu'un étranger présente un risque de fuite lorsqu'il a omis de renouveler son titre de séjour, son récépissé ou son autorisation provisoire de séjour car il est dans l'intérêt de l'étranger de le renouveler. L'absence de renouvellement est le signe d'un incident de parcours qu'il serait disproportionné de sanctionner par la suppression du délai de départ volontaire et donc par une interdiction de retourner sur le territoire de l'Union européenne.

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

L'imprécision de la notion de « soustraction » rend cette définition disproportionnée. Aucun comportement volontaire d'obstruction n'est ici envisagé concrètement (par exemple: refus d'embarquer, refus de coopérer avec les autorités consulaires du pays d'origine pour l'établissement d'un laissez-passer, etc.). Par ailleurs, la directive

« retour » interdit dans son considérant 14 que l'existence d'une unique mesure d'éloignement antérieure soit assimilée à un risque de fuite.

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

Il faut ici attirer l'attention sur le fait que cette situation peut s'appliquer à beaucoup de demandeurs d'asile qui ont dû quitter clandestinement leur pays. Le risque de refoulement qu'implique le refus de délai dans ce cas précis doit donc être relevé et la décision contestée.

« f) Si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 5134, L. 5524, L. 5611 et L. 5612. »

Ce dernier cas de « risque de fuite » est particulièrement disproportionné et ajoute une situation non prévue par la directive « retour » en laissant une latitude totale à l'arbitraire de l'administration pour édicter une mesure lourde de conséquences et particulièrement dure avec l'étranger. Il n'est en effet pas rare qu'un étranger n'ait pas de document de voyage ou d'identité en cours de validité tout simplement parce qu'il n'a pas pu en obtenir le renouvellement en France (de nombreux consulats n'acceptent ce renouvellement qu'à condition que la personne soit en situation régulière).

Enfin, il sera rappelé que le Conseil d'État, en matière de fuite dans le cadre de l'application du règlement Dublin II, a jugé que :

« La notion de fuite au sens du texte précité doit s'entendre comme visant notamment le cas où un ressortissant étranger non admis au séjour se serait soustrait de façon intentionnelle et systématique au contrôle de l'autorité administrative dans le but de faire obstacle à l'exécution d'une mesure d'éloignement le concernant; que si le fait pour l'intéressé de ne pas déférer à l'invitation de l'autorité publique de se présenter à la police de l'air et des frontières pour organiser les conditions de son départ consécutivement à un refus d'admission constitue un indice d'un tel comportement, il ne saurait suffire à lui seul à établir que son auteur ait pris la fuite au sens des dispositions précitées du règlement communautaire » (CE, juge des référés, 18 octobre 2006 n° 298101).

3. Sur l'interdiction de retour

(Ceseda, art. L. 511-1, III modifié par l'article 14, I du projet de loi)

Puisque la directive impose l'automatisme en cas de refus de délai de départ volontaire ou en cas de non-respect de ce délai, sauf circonstances humanitaires, l'obligation de motiver l'interdiction sur la base des quatre critères cumulatifs que le législateur avait imposés en 2011 devrait logiquement être reportée sur le refus de délai et sur la fixation du délai de départ volontaire. D'ailleurs, l'étude d'impact elle-même l'indique : « *Simplement, dans les cas de refus du délai de départ volontaire, cet examen est déplacé, en amont, à l'occasion du refus de délai de départ volontaire et dans tous les cas, il s'impose sur la durée de la mesure d'interdiction* » (p. 77 3.4.2.2).

A. Sur le manque de précision des circonstances humanitaires qui permettent d'éviter le prononcé d'une interdiction de retour

En ce qui concerne l'interdiction de retour, le ministre insiste sur l'impératif de sécurité juridique par rapport à la directive retour, qui impose l'interdiction de retour lorsque l'OQTF est prononcée sans délai ou lorsque le délai imparti n'a pas été respecté, sauf circonstances humanitaires particulières.

Cependant, aucune définition de « *circonstances humanitaires particulières* » n'a été prévue, ni aucune liste de motifs qui peuvent conduire l'autorité administrative à conclure à ce type de circonstances. Le projet de loi manque ainsi de la précision et du manque d'ambiguïté présentés comme premiers objectifs de ce projet par le ministre.

B. Sur le respect du recours effectif et le risque d'être frappé d'un refus de délai et donc d'une interdiction de retour

En qualité de défenseurs des étrangers qui ont été soumis à cette interdiction ou à des refus de délais de départ volontaire, nous nous interrogeons sur la notion du « non-respect » du délai de départ volontaire lorsqu'un recours juridictionnel est exercé. Car, sans l'interruption de ce délai pendant l'instruction d'un recours, il est porté atteinte à l'effectivité du recours : l'étranger qui ose saisir un tribunal serait automatiquement sanctionné par une décision particulièrement lourde qui l'empêcherait non seulement de revenir en France, mais sur tout le territoire de l'Union européenne.

La crainte de cette mesure, qui a toutes les caractéristiques d'une sanction, peut conduire des étrangers à éviter de contester la légalité des mesures administratives qui les frappent vidant ainsi de son sens le recours à un juge. Cela porte indiscutable-

ment atteinte à l'effectivité du recours qui est offert à l'étranger frappé d'une mesure d'éloignement et viole ainsi :

– l'article 13.1 de la directive « retour » qui dispose :

« 1. Le ressortissant concerné d'un pays tiers dispose d'une voie de recours effective pour attaquer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, devant une autorité judiciaire ou administrative compétente ou une instance compétente composée de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance. »

– et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose :

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

Dans l'arrêt *Sharif* et autres contre l'Italie et la Grèce du 21 octobre 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé comment devait être appréhendée l'effectivité d'un recours :

« 167. L'effectivité du recours voulu par l'article 13 s'entend d'un niveau suffisant d'accessibilité et de réalité de celui-ci : "pour être effectif, le recours exigé par l'article 13 doit être disponible en droit comme en pratique, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État défendeur" (*I.M. c/France*, précité, § 130, et les références qui y figurent). Au sujet des recours ouverts aux demandeurs d'asile en Grèce, la Cour a également réaffirmé que l'accessibilité "en pratique" d'un recours est déterminante pour évaluer son effectivité (*M.S.S. c/Belgique et Grèce*, précité, § 318). »

Il semble évident que si un étranger est menacé d'une interdiction de revenir sur le territoire européen par le simple fait de rester sur le territoire français dans l'attente de l'exercice d'un recours, cela constitue une entrave injustifiée à l'exercice de ce recours et viole ainsi l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

C. Sur le caractère de sanction de l'interdiction de retour

L'article 11. 1 de la directive « retour » dispose :

1. Les décisions de retour sont assorties d'une interdiction d'entrée :

- a) si aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire, ou
- b) si l'obligation de retour n'a pas été respectée.

Dans les autres cas, les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée.

L'étude d'impact explique pourquoi le législateur de 2011 n'avait pas respecté l'automatisme dans les deux premiers cas :

« Considérant, en 2011, l'existence d'un débat non encore clairement tranché sur la nature de l'interdiction de retour – mesure de police ou sanction ? – et le risque constitutionnel en résultant, la loi a ouvert sans distinction le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative sur le prononcé de l'interdiction de retour sans distinction des motifs de la mesure à ce stade. Depuis l'adoption de la loi par le Parlement, cette question a été éclaircie : l'interdiction de retour n'est pas une sanction. On rappellera que le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision du 9 juin 2011 "que l'interdiction de retour dont l'obligation de quitter le territoire peut être assortie constitue une mesure de police et non une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de cette disposition est inopérant" (cons. 52) ; "que la mesure ainsi instituée n'est pas manifestement incompatible avec l'article 11 de la directive 2008/115/CE qu'elle a pour objet de transposer" (cons. 55).

Le Conseil d'État a posé comme critère de la sanction la peine infligée pour manquement à une obligation définie par la loi ou le règlement (voir le rapport annuel du Conseil d'État publié en 1995 *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, mais aussi l'arrêt CE, 18 mai 1998, *Société Info Première* et CE, 27 septembre 2006, *Association Fréquence Mistral*).

Selon la directive « retour », l'interdiction de retour est la conséquence automatique du non-respect du délai de départ volontaire accordé, ou du refus de délai de départ volontaire. Dans le premier cas, il s'agit sans aucun doute d'une sanction puisqu'il s'agit de sanctionner par le bannissement non seulement de la France, mais de l'ensemble du territoire européen, l'étranger qui n'a pas respecté l'obligation de quitter le territoire dans le délai qui lui était imparti. Il s'agit bien d'une mesure qui vise à réprimer un comportement qui est considéré comme contraire aux obligations imposées à un étranger à l'occasion de son éloignement du territoire. Dans le deuxième cas, compte tenu des « critères » que la loi a fixés pour refuser un délai de départ volontaire, il peut être affirmé que, majoritairement, il s'agit de sanctionner un étranger qui a violé la loi par le passé.

Comme l'indique Serge Slama dans son analyse de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi Besson de 2011 :

« Il ne fait guère de doute que l'interdiction de retour – ou "interdiction d'entrée" dans le jargon de l'article 11 de la directive "retour" – constitue, dans la seconde branche de l'alternative envisagée à l'article 11, une sanction puisqu'elle vise à réprimer automatiquement (et non de manière discrétionnaire) le non-respect de l'obligation de retour (article 11 b.). La qualification pour la première branche est plus complexe puisqu'elle prévoit aussi l'automatisme de l'interdiction de retour dans les cas où il n'est pas accordé de délai de départ volontaire. Or, dans ce cas, le législateur européen a mêlé des considérations préventives (risque de fuite, danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale) et des considérations réprimant un comportement (demande de séjour manifestement non fondée ou frauduleuse). La durée peut, selon les circonstances "propres à chaque cas", aller jusqu'à cinq ans et même davantage lorsque l'étranger constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale (11-2). Par ailleurs, dans les autres cas de figure, la directive "retour" laisse aux États membres la possibilité d'assortir, ou non, leurs décisions de retour d'une interdiction d'entrée. »

On le voit bien : l'enjeu de la qualification d'une mesure administrative de « sanction » ou de « mesure de police administrative » est l'application in fine de garanties procédurales qui sont écartées lorsque l'on estime que la mesure analysée est une simple mesure de police administrative. Et pour la Cour européenne, jusqu'à aujourd'hui, les mesures prises dans le cadre du séjour ou de l'éloignement d'un étranger, relèvent des mesures de police administrative et ne sont donc pas soumises à l'application de l'article 6§1 de la Convention. Mais cette jurisprudence est de moins en moins solide dès lors que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit expressément dans son article 47 que toutes les garanties procédurales doivent être accordées aux administrés lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, et donc la directive « retour » et que le droit de l'Union ne fait pas de distinction entre contestations civiles et administratives.

En conclusion, sanction ou pas, l'interdiction de retour ne peut être prononcée sans que soit respecté le principe général du droit de l'Union européenne du droit d'être entendu avant qu'une telle mesure, particulièrement grave, soit prise. Et dans le cadre de sa contestation devant une juridiction, la totalité des droits à une procédure équitable doivent être respectés par application de l'article 47 de la Charte.

4. Quid des étrangers qui ne peuvent être éloignés ? Quid du changement de circonstances pendant la durée de l'interdiction de retour ?

Un autre aspect que le projet de loi n'envisage pas est la situation des étrangers qui ne peuvent être éloignés. Par définition, aucune mesure d'interdiction de retour ne devrait leur être infligée. Au contraire, ainsi que la directive « retour » l'indique dans son considérant 12 :

« (12) Il convient de régler la situation des ressortissants de pays tiers qui sont en séjour irrégulier, mais qui ne peuvent pas encore faire l'objet d'un éloignement. Leurs besoins de base devraient être définis conformément à la législation nationale. Afin d'être en mesure de prouver leur situation spécifique en cas de vérifications ou de contrôles administratifs, ces personnes devraient se voir délivrer une confirmation écrite de leur situation. Les États membres devraient avoir une grande latitude pour déterminer la forme et le modèle de la confirmation écrite et devraient également être en mesure de l'inclure dans les décisions liées au retour adoptées au titre de la présente directive. »

Le projet de loi ne prend aucunement en compte cette catégorie d'étrangers pour les protéger contre l'interdiction de retour. Certes, ils peuvent en demander l'abrogation, mais c'est à la condition de se trouver placés en assignation à résidence.

Le projet de loi n'envisage pas non plus que la situation personnelle d'une personne frappée d'une interdiction de retour puisse évoluer pendant la durée de cette interdiction. Or, il est constant puisque le gouvernement l'admet lui-même, que seul un infime pourcentage des décisions d'éloignement sont exécutées. Ainsi, en 2013, le pourcentage de non-exécution des OQTF était de 82,9 %. S'il est vrai que les préfets ont été prudents dans l'in-

fliction d'une interdiction de retour (1,91 % des OQTF en 2013 ont été assorties d'une interdiction de retour), il n'en demeure pas moins qu'il y a eu plus de 11 000 mesures d'interdiction de retour prononcées en France depuis 2011 (cf. page 76 de l'étude d'impact) et que la majorité d'entre elles n'ont pas été exécutées (environ 80 %, selon l'étude d'impact, p. 63). Concrètement, si l'on transpose ces chiffres, il y aurait un peu moins de 9 000 étrangers qui ont été frappés d'une interdiction de retour et qui se trouvent toujours en France.

Or, l'interdiction de retour a un effet pervers pour ces étrangers : elle leur interdit toute demande de régularisation tant que l'interdiction de retour est exécutoire. En effet, l'abrogation de l'interdiction de retour n'est possible que si l'étranger se trouve en prison ou en assignation à résidence. L'assignation à résidence, si elle ne prive pas totalement l'étranger de liberté, a vocation à restreindre sévèrement son droit d'aller et de venir. Ce qui est incompatible avec, par exemple, l'exercice d'un emploi qui permet pourtant une bonne intégration dans la société française et, par voie de conséquence, la régularisation administrative d'un étranger. L'assignation à résidence est également incompatible avec la nécessité de recevoir des soins médicaux lourds, ou avec la nécessité de pouvoir se déplacer en fonction des exigences de la vie familiale (accompagnement des enfants à l'école, chez le médecin, etc.).

Il convient dès lors de prévoir la possibilité d'obtenir l'abrogation de la mesure d'interdiction de retour quand l'étranger fait valoir son droit à l'obtention d'un titre de séjour lorsque les circonstances de sa situation personnelle ont évolué ou n'ont pas été prises en compte par l'administration préfectorale. À défaut, l'interdiction de retour d'une mesure d'éloignement non exécutée ne fera qu'aggraver la précarisation et la vulnérabilité d'une population qui l'est déjà beaucoup trop.

V. L'éloignement des ressortissants communautaires : l'interdiction de circuler sur le territoire français

Ce qu'il faut retenir

Le projet de loi propose d'insérer dans le Ceseda une nouvelle disposition, l'article L. 511-3-1, qui prévoit la possibilité d'assortir l'obligation de quitter le territoire français frappant un-e ressortissant-e communautaire « *d'une interdiction de circulation sur le territoire français d'une durée maximale de trois ans* ». Elle serait prononcée soit quand la personne a abusé de son droit de circuler, soit quand elle constitue une menace « *réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société française* ». Cette mesure n'aurait pas été pensée « *pour les Roms* », selon le ministère de l'Intérieur. Si la France devait adopter une telle mesure d'interdiction de circuler, elle serait à « l'avant-garde » de l'Union européenne, aucun autre État membre ne l'ayant pour l'heure prévue. Il s'agirait ainsi de l'atteinte maximale portée à l'exercice d'un droit qualifié tant par la Cour de justice de l'Union européenne que par le Parlement européen de « liberté fondamentale », ne pouvant être limitée que de manière restrictive.

Article 15

I. Le 3° de l'article L. 511-3-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est ainsi rédigé :

« 3° Ou que son comportement personnel constitue, du point de vue de l'ordre public ou de la sécurité publique, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ».

II. Après l'article L. 511-3-1 du Ceseda, il est inséré un article L. 511-3-2 ainsi rédigé :

« Art. L. 511-3-2. - L'autorité administrative peut, par décision motivée, assortir l'obligation de quitter le territoire prononcée en application des 2° et 3° de l'article L. 511-3-1 d'une interdiction de circulation sur le territoire français d'une durée maximale de trois ans.

« L'autorité administrative peut à tout moment abroger l'interdiction de circulation sur le territoire français. Lorsque l'étranger sollicite l'abrogation de l'interdiction de circulation sur le territoire français, sa demande n'est recevable que s'il justifie résider hors de France depuis un an au moins.

Cette condition ne s'applique pas :

1° Pendant le temps où l'étranger purge en France une peine d'emprisonnement ferme ;

2° Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence prise en application des articles L. 561-1 ou L. 561-2.

Les cinquième et huitième alinéas de l'article L. 511-3-1 sont applicables ».

III. Le livre V du même code est ainsi modifié :

1° L'intitulé du titre Ier est ainsi rédigé : « L'obligation de quitter le territoire français, l'interdiction de retour sur le territoire français et l'interdiction de circulation sur le territoire français » ;

2° L'intitulé du chapitre Ier est ainsi rédigé : « Cas dans lesquels un étranger peut faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, d'une interdiction de retour sur le territoire français et d'une interdiction de circulation sur le territoire français ».

3° L'article L. 512-1 est ainsi modifié :

a) A la première phrase du premier alinéa du II et aux deuxième et troisième phrases du premier alinéa du III, après les mots : « d'interdiction de retour sur le territoire français » sont insérés les mots : « ou d'interdiction de circulation sur le territoire français » ;

b) Le premier alinéa du I est complété par la phrase suivante : « Il en est de même de l'étranger qui, ayant bénéficié d'un délai de départ volontaire en applica-

tion de l'article L. 511-3-1, fait l'objet de l'interdiction de circulation sur le territoire français prévue à l'article L. 511-3-2 »

4° L'intitulé du chapitre II est ainsi rédigé: « Exécutions des obligations de quitter le territoire français, des interdictions de retour sur le territoire français et des interdictions de circulation sur le territoire français »;

5° Au II de l'article L. 513-1, après les mots: « d'une interdiction de retour », sont insérés les mots: « ou d'une interdiction de circulation »;

6° À l'article L. 552-4, après les mots: « d'une interdiction de retour sur le territoire français en vigueur », sont insérés les mots: « ou d'une interdiction de circulation sur le territoire français en vigueur »;

IV. Au quatrième alinéa de l'article 3 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, relative à l'aide juridique, après la référence: « L. 511-3-1 », il est inséré la référence « L. 511-3-2 ».

L'interdiction de circulation sur le territoire français à l'égard des citoyens et citoyennes de l'UE et les membres de leur famille.

Le 23 avril 2013, les ministres allemand, anglais, autrichien et néerlandais en charge des affaires intérieures ont envoyé une lettre à la présidence irlandaise de l'Union européenne dans laquelle ils expliquent que certain-e-s ressortissant-e-s d'autres États membres abusent de leur droit à la libre circulation pour bénéficier des avantages sociaux et proposent de modifier le droit existant afin de prévoir des sanctions plus fortes comme l'interdiction de retour après une décision d'éloignement.

La France, qui n'était pas partie à cette initiative, se trouve pourtant à l'avant-garde puisque, par ce projet de loi, elle instaure une « interdiction de circulation » sur le territoire français d'une durée maximale de trois ans pour les personnes qui en seront éloignées pour « abus de droit » ou pour des motifs d'ordre public. Cette interdiction de circulation pourrait néanmoins être abrogée par l'autorité administrative l'ayant prononcée, à condition que l'intéressé-e démontre être hors du territoire français depuis au moins un an.

Le gouvernement français se place ainsi dans la continuité des politiques restrictives appliquées aux droits des citoyens de l'Union. Après la loi du 16 juin 2011⁽³⁶⁾ et l'introduction, dans le droit interne, de la notion de « l'abus de droit », des citoyen-ne-s de l'Union pourront, si le projet de loi est adopté, être éloigné-e-s et interdit-e-s de circulation sur le territoire français s'ils ou elles ont été considéré-e-s comme ayant abusé de leur

droit de circulation ou comme une menace pour l'ordre public, menace qui doit être « réelle, actuelle et suffisamment grave, portant atteinte à un intérêt fondamental de la société ». Il s'agirait ainsi de l'atteinte maximale portée à l'exercice d'un droit qualifié tant par la Cour de justice de l'Union européenne que par le Parlement européen de « liberté fondamentale », ne pouvant être limitée que de manière restrictive.

Certes, le droit de l'Union n'empêche pas les États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher l'usage abusif de cette liberté. La marge de manœuvre dont ils disposent est néanmoins limitée. La mise en œuvre de telles mesures nationales ne doit pas porter atteinte « au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres » comme le rappelle la Cour de justice de l'Union européenne. De plus, les éventuelles restrictions doivent rester, pour être conformes au droit de l'Union, appropriées et proportionnelles. Comme l'affirme à juste titre l'avocat général L. A. Geelhoed, « l'établissement d'un travailleur dans un autre État membre en vue de bénéficier d'un régime juridique plus favorable ne constitue pas, de par sa nature, un exercice abusif du droit communautaire »⁽³⁷⁾.

Même en cas de menace pour l'ordre public, cette notion ne devrait s'appliquer que de manière stricte, étant donné qu'elle doit être « actuelle, sérieuse et suffisamment grave, portant atteinte à un intérêt fondamental de la société » française. Or l'interprétation qui en est faite actuellement par l'autorité administrative est loin de répondre à ces critères. Cela est d'autant plus inquiétant lorsque le juge confirme cette interprétation. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'une personne, interpellée pour « escroquerie à la charité publique », et qui ne disposait d'aucun moyen d'existence autre que la mendicité, mère de quatre enfants dont un seul à sa charge « constituait une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité publique, qui constitue un intérêt fondamental de la société française » (CE, 1^{er} octobre 2014, n° 365054).

Par conséquent, si les fondements mêmes des décisions d'éloignement à l'encontre de citoyen-ne-s de l'Union s'avèrent contraires au droit de l'Union, la mesure d'interdiction de circulation prévue par l'article 15 du projet de loi l'est tout autant.

On peut en outre s'inquiéter des dérives possibles que pourrait entraîner cette disposition. En effet, la loi n° 2014-1353 renforçant les dispositions

(36) Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

(37) Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed, présentées le 27 février 2003, Aff. C-109/01, Secretary of State for the Home Department c/ Hacene Akrich; V. aussi CJCE, 23 septembre 2003, aff. C-109/01, Pt. 181 des conclusions.

relatives à la lutte contre le terrorisme, promulguée le 13 novembre 2014⁽³⁸⁾, prévoit la possibilité de prononcer une interdiction administrative de territoire à l'encontre d'un-e citoyen-ne de l'Union, « dès lors qu'il ne réside pas habituellement en France et ne se trouve pas sur le territoire national, de faire l'objet d'une interdiction administrative du territoire lorsque sa présence en France constituerait, en raison

(38) www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFT-EXT000029754374&dateTexte=&categorieLien=id

de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ». Au regard des pratiques actuelles de l'administration, les personnes interpellées pour des motifs tels que le vol, la mendicité agressive ou « l'escroquerie à la charité publique », et qui sont aujourd'hui éloignées, pourront demain être en outre interdites de retour en France, sans qu'à aucun moment ne leur soit imputable une quelconque activité « *terroriste* ».

VI. L'assignation à résidence

Ce qu'il faut retenir

L'objectif affiché par le gouvernement consisterait à mettre notre législation en conformité avec la directive « retour »⁽³⁹⁾, qui prévoit que la rétention ne devrait être utilisée qu'en dernier recours, en faisant de l'assignation à résidence (AAR) le principe et de la rétention l'exception. Cette présentation vertueuse pourrait faire croire qu'il s'agit d'augmenter le nombre d'AAR pour faire diminuer d'autant le nombre de rétentions, et de privilégier ainsi une voie moins coercitive. L'examen attentif des dispositions du projet de loi et de l'étude d'impact⁽⁴⁰⁾ montre que la démarche est tout autre⁽⁴¹⁾.

Tout démontre en réalité que l'objectif est bien celui d'une amélioration de la « productivité » des procédures d'éloignement et ce, quelles que soient les mesures de contrainte – rétention ou AAR – mises en œuvre pour y parvenir. Pour éloigner « plus et mieux », c'est-à-dire en diminuant « *les charges vaines résultant du pourcentage des procédures engagées et non exécutées* » selon les termes de l'étude d'impact, le projet de loi agit dans deux directions.

Il s'agit tout d'abord d'offrir aux préfetures le maximum de souplesse dans l'utilisation des différentes mesures de contrainte qui sont à leur disposition, en facilitant le choix de l'une ou de l'autre en fonction de la situation et des contraintes de chaque préfeture, mais également en élargissant le champ de l'AAR et en facilitant le passage de l'AAR à la rétention et vice versa.

Il s'agit ensuite de préciser et renforcer le régime de l'AAR, non pas pour accroître les garanties accordées aux personnes qui en font l'objet, mais pour l'enrichir de dispositions qui permettent à l'administration d'user d'un niveau de contrainte similaire à celui qu'offre la rétention. L'étude d'impact consacre en effet de longs développements à la description d'une administration désarmée face à l'inertie et au manque de coopération des personnes assignées à résidence : le développement de cette mesure n'est en conséquence envisagé que si elle est assortie des moyens nécessaires pour contrôler à tout moment – voire contraindre – la personne assignée. Une seconde série de dispositions tend ainsi à renforcer le contrôle des personnes faisant l'objet d'une AAR de telle sorte que la mobilisation de cette mesure aboutisse à un taux de reconduite équivalent à celui que permet la rétention. Les policiers auront le pouvoir d'organiser des rendez-vous dans les consulats pour obtenir les documents nécessaires aux expulsions, et d'y escorter de force les personnes qui ne souhaiteraient pas s'y rendre. Le non-respect des conditions de l'assignation sera passible de trois ans d'emprisonnement. Pour sauver les apparences, la mesure la plus coercitive – l'interpellation de la personne assignée à son domicile – devra être autorisée par le juge des libertés et de la détention (JLD), mais dans des conditions qui feront de lui un simple alibi et qui ne permettront aucune contestation.

Les différentes mesures de contraintes pourront s'enchaîner durant des mois, voire des années, en entretenant la plus grande des précarités, sans aucun droit au travail et avec le stress incessant du risque d'être expulsé. Une personne pourra ainsi être assignée d'abord 90 jours, puis placée en rétention 45 jours, puis assignée durant un an voire davantage, pour retourner ensuite en rétention. Aucune limite n'est fixée à l'enchaînement de ces mesures.

(39) 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.

(40) www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&typeLoi=proj&legislature=14

(41) L'objectif global ainsi décrit et mis en perspective est crûment confirmé par la lecture de l'étude d'impact (p. 60 à 66) et notamment des développements consacrés aux impacts juridiques et contentieux (p. 84 et 85) et, surtout, à l'impact budgétaire de la réforme (p. 86). Cet objectif « productiviste » – qui n'a rien à voir avec les considérations humanitaires avancées pour présenter le développement de l'AAR – se déduit également de l'examen de chacune des dispositions du projet de loi relatives à cette mesure de contrainte plutôt complémentaire qu'alternative à la rétention.

1. Dispositions tendant à étendre le champ de l'assignation à résidence

Allant dans le sens de la directive « retour », la législation de plusieurs États membres de l'UE a été amendée afin que des alternatives soient possibles et préférées à l'enfermement, surtout dans les situations où ce dernier ne serait pas acceptable (notamment pour les catégories dites « *vulnérables* »). C'est le cas notamment en Autriche, Allemagne, Danemark, Chypre, Estonie, Hongrie, Irlande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Slovénie.

En France, si l'assignation à résidence est déjà utilisée comme procédé de contrainte dans le processus d'éloignement à l'œuvre contre les migrant-e-s, elle reste relativement marginale, l'enfermement en rétention demeurant largement systématique. Cependant, son usage s'est développé, notamment en 2014, en complément de la rétention, en particulier pour des familles mises sous contrôle et sous pression policière renforcée.

A. Une priorité de façade donnée à l'AAR sur la rétention

Ceseda article L. 561-2 créé par l'article 22 du projet de loi

I. – L'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable, lorsque cet étranger :

- 1° Doit être remis aux autorités compétentes d'un État membre de l'Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ;
 - 2° Fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ;
 - 3° Doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction judiciaire du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal ;
 - 4° Fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission ou d'une décision d'éloignement exécutoire mentionnée à l'article L. 531-3 du présent code ;
 - 5° Fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français prise moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai pour quitter le territoire est expiré ou n'a pas été accordé ;
 - 6° Doit être reconduit d'office à la frontière en exécution d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'une interdiction de circulation sur le territoire français ;
 - 7° Ayant fait l'objet d'une décision d'assignation à résidence au titre des 1° à 6° ou de placement en rétention administrative en application de l'article L. 551-1, n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il fait l'objet ou, y ayant déféré, est revenu en France).
- [...]

Cette énumération des cas dans lesquels l'assignation à résidence sera applicable correspond aux anciens cas dans lesquels la personne pouvait être placée en rétention par application de l'ancien article L. 551-1 du Ceseda. L'assignation à résidence qui s'y substitue est d'une durée maximale de 45 jours renouvelable une fois.

Parallèlement l'article 19 du projet de loi réécrit l'article pour préciser les cas dans lesquels la rétention restera possible.

Ceseda, art. L. 551-1 réécrit par l'article 19 du projet de loi

Dans les cas prévus aux 1° à 7° de l'article L. 561-2, l'étranger qui ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque mentionné au 3° du II de l'article L. 511-1, peut être placé en rétention par l'autorité administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire pour une durée de cinq jours.

La décision de placement en rétention ne peut être prise avant l'expiration d'un délai de sept jours suivant le terme d'un précédent placement prononcé en vue de l'exécution de la même mesure d'éloignement.

Par l'effet de cette disposition, le préfet peut opter pour la rétention, par préférence à l'AAR, lorsqu'il considère qu'il y a un risque que la personne concernée se soustraie à l'obligation de quitter le territoire, étant précisé que ce risque est considéré comme établi (voir 3° du II de l'article L. 511-1) dans toute une série de cas⁽⁴²⁾.

Le problème est que cette série d'hypothèses dans lesquelles la rétention reste possible est tellement vaste qu'il y aura toujours matière à application de l'une ou l'autre d'entre elles, si bien que l'administration aura, de fait, toujours le choix entre rétention et AAR.

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

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

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

d) Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;

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

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

La priorité donnée à l'AAR n'est donc que de façade: les deux régimes s'appliquent indifféremment, confirmant ainsi que l'objectif est seulement d'offrir le maximum de souplesse aux préfetures en leur permettant de jouer de leur complémentarité pour augmenter les « chances » de parvenir à un éloignement effectif...

B. Extension de l'AAR aux personnes en attente de « Dublinage »

Le projet de loi ne manifeste aucune volonté de rompre avec la politique d'enfermement. Il a surtout pour objectif de contrôler, grâce à l'assignation à résidence, des personnes qui n'étaient pas soumises à ces contraintes jusqu'à maintenant: personnes ayant demandé l'asile « dublinées » (projet de loi asile⁽⁴³⁾), sortantes de rétention, citoyennes européennes qui seront frappées par la nouvelle interdiction de circuler en France. Bien que le texte ne vise pas explicitement les déboutés du droit d'asile, ils sont une cible prioritaire de la politique d'expulsion et sont exposés à toutes les mesures de contrainte dont disposera l'administration.

Aux termes de l'**article 13 du projet de loi relatif à l'asile**, créant l'article L. 742-2 du *Ceseda*, les personnes qui sont susceptibles de relever du règlement Dublin⁽⁴⁴⁾ (c'est-à-dire les personnes dont l'administration considère que l'examen de leur demande d'asile relève de la compétence d'un autre État) pourront être assignées à résidence pendant la procédure de détermination de l'État responsable de l'examen de cette demande d'asile.

Cette mesure peut être prononcée pour une durée de deux mois « *renouvelable une fois ou plus dans la même limite de durée* », c'est-à-dire pour une durée illimitée...

Les personnes concernées seront évidemment soumises à l'obligation de répondre aux convocations de l'administration ou aux demandes d'information et de remettre leur passeport.

(43) www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/reforme_asile.asp

(44) Règlement (UE) N° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte). Consultable sur: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0031:0059:FR:PDF>

C. Extension de l'AAR aux personnes non éloignables mais soumises à une interdiction de circuler sur le territoire français

Article 21 du projet de loi complétant l'article L. 561-1

Lorsque l'étranger justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays, l'autorité administrative peut, jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement sur le territoire français en l'assignant à résidence dans les cas suivants :

[...]

4° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction de retour ou d'une interdiction de circulation sur le territoire français ;

[...]

La décision d'assignation à résidence est motivée. Elle peut être prise pour une durée maximale de six mois renouvelable une fois dans la même limite de durée, par une décision également motivée. Par exception, dans le cas prévu au 4° du présent article, elle peut être renouvelée tant que l'interdiction de retour ou l'interdiction de circulation sur le territoire français demeure exécutoire.

L'assignation à résidence, dans les différents cas où l'éloignement doit être reporté en raison de l'impossibilité de quitter le territoire français (l'article L. 561-1 énumère en effet des cas particuliers d'AAR distincts des cas généraux de l'article L. 561-2), est donc étendue au cas où la personne fait l'objet d'une interdiction de circulation sur le territoire français et, dans ce cas, sans limitation de durée (de même d'ailleurs qu'en cas d'interdiction de retour).

D. Passage de la rétention à l'AAR et vice versa

Article 20 complétant l'article L. 554-3

« S'il est mis fin au maintien de l'étranger en rétention pour une raison autre que l'annulation par le juge administratif de la mesure d'éloignement, le juge des libertés et de la détention rappelle à l'étranger son obligation de quitter le territoire.

Si l'étranger est libéré à l'échéance de la période de rétention, faute pour la mesure d'éloignement d'avoir pu être exécutée, le chef du centre de rétention fait de même. La méconnaissance des dispositions du présent article est sans conséquence sur la régularité et le bien-fondé de procédures ultérieures d'éloignement et de rétention.

Dans tous les cas, les dispositions de l'article L. 561-2 peuvent être appliquées. »

Les personnes libérées d'un centre de rétention administrative n'étaient jusqu'à présent généralement pas soumises aux contraintes d'une assigna-

tion. Avec le projet de loi, l'assignation à résidence peut être prononcée chaque fois qu'il est mis fin à une rétention (sauf lorsqu'elle est annulée par le juge administratif) : soit parce que la durée maximale de 45 jours est expirée, soit parce que le JLD a refusé de prolonger la rétention au-delà de 5 jours ou de 25 jours. Le projet de loi valide ainsi expressément une pratique qui était jusqu'à maintenant sujette à interrogations. C'est pourquoi l'exposé des motifs du projet de loi précise que « *l'article 20 lève ainsi toute ambiguïté sur la possibilité d'enchaînement de la rétention et de la mesure d'assignation à résidence alternative, non privative de liberté* ».

Quant à l'étude d'impact, elle précise page 65 qu'il s'agit de « *garantir un enchaînement cohérent des mesures de surveillance* ». On ne peut pas mieux dire que la surveillance qui s'exerce sur la personne assignée à résidence doit rester constante, que ce soit en rétention ou hors rétention... Elle ajoute d'ailleurs que « *la complémentarité de ces deux mesures est ainsi renforcée* » ce qui confirme encore que l'assignation à résidence et la rétention convergent pour satisfaire un seul et même objectif : garantir l'efficacité des mesures d'éloignement.

Pour faciliter, inversement, le passage de l'AAR à la rétention, l'article 22 du projet de loi modifiant l'article L. 561-2 du Ceseda introduit d'ailleurs une disposition symétrique.

Article 22 modifiant l'article L 561-2

[...]

« Lorsqu'il apparaît qu'un étranger assigné à résidence en application du présent article ne présente plus de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque mentionné au 3° du II de l'article L. 5111, notamment parce qu'il n'a pas respecté les prescriptions liées à l'assignation à résidence ou qu'à l'occasion de la mise en œuvre de la mesure d'éloignement il a pris la fuite ou opposé un refus, les dispositions de l'article L. 5111 sont applicables. ».

Le texte prévoit donc le passage par la « case rétention » pour la personne assignée à résidence dont le préfet décide qu'elle risque de se soustraire à l'obligation de quitter le territoire. Il faut rappeler que ce risque est considéré comme établi dans toute une série de cas tellement vaste que la rétention devient finalement applicable à la quasi-totalité des personnes en situation irrégulière. Elle le sera donc, notamment, à toute personne assignée à résidence qui ne respecte pas scrupuleusement ses obligations, quelles qu'en soient les raisons.

Le projet de loi organise ainsi une perméabilité totale entre les deux régimes, dans un sens comme dans l'autre, avec lesquels l'administration pourra jongler en permanence au gré des circonstances et des moyens dont elle dispose.

2. Régime de l'assignation à résidence

A. Contraindre la personne à se rendre au consulat pour y retirer un document de circulation

Articles 21 et 22 complétant les articles L 561-1 et L. 561-2

Article L 561-1: « L'étranger astreint à résider dans les lieux qui lui sont fixés par l'autorité administrative doit se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie. Il doit également se présenter, lorsque l'autorité administrative le lui demande, aux autorités consulaires en vue de la délivrance d'un document de voyage. L'autorité administrative peut prescrire à l'étranger la remise de son passeport ou de tout document justificatif de son identité dans les conditions prévues à l'article L. 6112. »

Article L 561-2: « Les trois derniers alinéas de l'article L. 561-1 sont applicables, sous réserve de la durée maximale de l'assignation, qui ne peut excéder une durée de quarante-cinq jours, renouvelable une fois. »

L'obligation faite à la personne assignée à résidence de se présenter, lorsque l'administration le lui demande, à l'autorité consulaire qui lui délivrera le document de voyage nécessaire à son éloignement, est donc applicable à tous les cas d'assignation à résidence prévus tant à l'article L. 561-1 qu'à l'article L. 561-2 du Ceseda. Cette obligation nouvelle tend à renforcer l'efficacité de la procédure d'éloignement : l'étude d'impact insiste lourdement sur les obstacles à l'action administrative que constituent la simple inertie des personnes assignées à résidence et le manque de moyens juridiquement contraignants dont dispose l'administration pour la vaincre.

Il va de soi qu'avec cet ajout, l'administration se donne par avance la possibilité de placer en rétention la personne qui ne se présenterait pas à sa demande dans tel ou tel consulat pour y retirer un document de circulation ; c'est donc une manifestation supplémentaire de la volonté d'assurer une complémentarité et une continuité entre les diverses mesures de contrainte.

Mais s'y ajoute une nouvelle mesure de contrainte :

Article 18 créant un article L. 513-5 nouveau

« Si l'étranger assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 n'a pas déféré, sans motif légitime, à une demande de présentation aux autorités consulaires du pays dont il est raisonnable de penser qu'il a la nationalité, en vue de la délivrance d'un document de voyage, l'autorité administrative peut le faire conduire par les services de police ou les unités

de gendarmerie en vue de cette démarche dans les conditions et pour le temps strictement nécessaire à celle-ci. »

On remarquera que cette disposition tend clairement à surmonter ou contourner l'obstacle à la mise en œuvre des procédures d'éloignement relevé dans l'étude d'impact : à défaut de cette disposition législative l'y autorisant, l'administration ne pourrait toujours pas donner instruction de retenir un étranger assigné à résidence.

B. Appréhension au domicile

Article 22 modifiant l'article L. 561-2

« II. – En cas d'impossibilité d'exécution d'office de la mesure d'éloignement résultant de l'obstruction volontaire de l'étranger assigné à résidence en application du I du présent article, l'autorité administrative peut demander au juge des libertés et de la détention de l'autoriser à requérir les services de police ou les unités de gendarmerie pour qu'ils pénètrent au domicile de l'étranger afin de s'assurer de sa présence et de le reconduire à la frontière ou, si le départ n'est pas possible immédiatement, lui notifient une décision de placement en rétention.

Le juge des libertés et de la détention saisi par requête statue dans les vingt-quatre heures. À peine de nullité, sa décision est motivée. Le juge s'assure du caractère exécutoire de la décision d'éloignement que la mesure vise à exécuter et de l'obstruction volontaire de l'étranger à l'exécution de la mesure d'éloignement, dûment constatée par l'autorité administrative résultant notamment de ce que l'étranger n'a pas répondu à sa demande de présentation pour les nécessités de l'exécution de la mesure d'éloignement. La décision mentionne l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées.

L'ordonnance ayant autorisé la visite est exécutoire pendant quatre-vingt-seize heures au seul vu de la minute. Elle est notifiée sur place à l'étranger dans une langue qu'il comprend, ou à défaut à l'occupant des lieux qui en reçoit copie intégrale contre récépissé. L'acte de notification comporte mention des voies de recours.

Les opérations sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales. Ces opérations ne peuvent être commencées

avant 6 heures ni après 21 heures. Elles ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que l'exécution de la mesure d'éloignement visée dans la décision du juge des libertés et de la détention.

Il est dressé un procès-verbal mentionnant notamment les dates et heures de début et de fin des opérations, et les conditions de leur déroulement. Ce procès-verbal est présenté à la signature de la personne intéressée : si elle refuse de signer, mention est faite de ce refus et de ses motifs déclarés. Le procès-verbal est transmis au juge des libertés et de la détention, copie en ayant été remise à la personne intéressée.

Les ordonnances mentionnées au présent article par lesquelles le juge des libertés et de la détention statue sur la demande de l'autorité administrative sont susceptibles d'appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué qui est saisi sans forme et doit statuer dans les quarante-huit heures de sa saisine. L'appel n'est pas suspensif. »

Comme le relève l'étude d'impact, c'est la première fois qu'est ouverte, dans le droit de l'éloignement, la possibilité de recourir à la contrainte hors du cadre de la rétention.

C'est évidemment la manifestation la plus flagrante d'une conception de l'AAR dans laquelle l'administration se dote de moyens visant à garantir une efficacité équivalente à celle de la rétention et ne renonce à aucun des moyens de contrainte dont elle estime avoir besoin pour y parvenir.

L'autorisation sera donnée par le JLD dans le cadre d'une procédure non contradictoire (ordonnance sur requête), c'est-à-dire sur les seules affirmations de l'administration. Il est notamment permis de se demander comment le JLD pourra s'assurer « *de l'obstruction volontaire de l'étranger à l'exécution de la mesure d'éloignement, dûment constatée par l'autorité administrative, résultant notamment de ce que l'étranger n'a pas répondu à sa demande de présentation pour les nécessités de l'exécution de la mesure d'éloignement* » : l'étranger ne sera évidemment pas en mesure d'expliquer les raisons tout à fait légitimes qui ont pu l'empêcher de se présenter... Une fois de plus le JLD apparaît donc comme une caution ou un alibi destiné à entourer la procédure de garanties formelles mais de facto ineffectives.

VII. Les dispositions sur l'outre-mer : un infra-droit malgré les normes européennes et la jurisprudence

Ce qu'il faut retenir

Toutes les lois relatives au droit des étrangers en France ont successivement fait perdurer ou étendu le champ d'un régime d'exception en outre-mer, qui prévoit une protection juridique au rabais comparée à celle applicable en métropole⁽⁴⁵⁾.

Ainsi, alors que le *Ceseda* s'applique dans les départements d'outre-mer (DOM), des dérogations sont prévues dans ces territoires afin de limiter les possibilités d'accès au juge des étrangers et des étrangères sous le coup d'une mesure d'éloignement, de doter les forces de l'ordre de moyens spéciaux pour les interpellier et dissuader celles et ceux qui les aident.

Ces dérogations existantes expliquent, à Mayotte, en Guyane et en Guadeloupe, des scores exceptionnels en nombre de « retours contraints » hors de l'Union européenne⁽⁴⁶⁾.

Le projet de loi reprend, voire étend le champ de ces exceptions d'une part et introduit quelques garanties très largement insuffisantes d'autre part :

- L'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du *Ceseda* prévoit des exceptions majeures susceptibles de porter atteinte à de nombreux droits fondamentaux. Elle ne doit donc pas être ratifiée sans un examen approfondi par les parlementaires.

- Dans cinq territoires ultramarins, l'éloignement peut être mis en œuvre avant tout accès au juge⁽⁴⁷⁾. Déjà condamnée une fois par la Cour européenne des droits de l'Homme⁽⁴⁸⁾, la France risque de l'être à nouveau. Pour parer ce risque, le projet de loi prévoit qu'un référé-liberté pourrait suspendre l'exécution de l'éloignement jusqu'à ce que le juge ait rendu sa décision. Mais, dans ce cas, rien ne garantirait l'accès à un recours effectif pour celles et ceux qui, notamment à Mayotte, sont éloignés si vite qu'il est presque impossible de déposer un référé à temps ; ou qui, en Guyane, déposent un référé-suspension et sont éloignés avant la décision du juge. Par ailleurs, ce recours n'est approprié qu'aux seules situations de violations des droits les plus extrêmes tels que les risques pour la vie en cas d'éloignement. Une avancée en trompe-l'œil qui ne tromperait sans doute pas la Cour européenne.

- La police est déjà dotée de pouvoirs dérogatoires dans la majeure partie de ces cinq territoires puisqu'elle peut procéder à un contrôle d'identité sans réquisition du procureur de la République mais aussi effectuer une visite sommaire de véhicules collectifs pour vérifier la situation administrative des passagers avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instruction du procureur.

Au lieu de supprimer ces procédures dérogatoires, une extension à la Martinique est prévue, dans une zone qui couvre la très grande majorité de cette île et alors même que ce département français est peu concerné par l'immigration.

(45) Voir : Gisti, La Cimade, Mom, *Régimes d'exception pour les personnes étrangères en outre-mer*, coll. Cahiers juridiques du Gisti, 2012 (http://www.gisti.org/publication_pres.php?id_article=2744).

(46) Ainsi, en 2013 : Métropole = 4 676 ; Guadeloupe Saint-Martin = 529 ; Guyane = 6 824 ; Mayotte = 11 821 ; Martinique = 344 ; Réunion = 74. Statistiques du ministère de l'Intérieur, chiffres métropolitains excluant les retours aidés et les départs forcés vers l'UE. Document DLPJA/SDCJC/n° 17/GL/n° 2014-663 du 16 juillet 2014 pour l'outre-mer.

(47) En violation flagrante du droit à un recours effectif garanti par la convention européenne des droits de l'Homme.

(48) Cour EDH, 13 décembre 2012, n° 22689/07, *De Souza Ribeiro c/France*.

– Le procureur de la République peut ordonner la destruction de bateaux sur les fleuves guyanais ou l'immobilisation de véhicules terrestres ou d'aéronefs en Guadeloupe et en Guyane, lorsque ces moyens de transport ont contribué à l'entrée ou au séjour irrégulier de migrants. L'actuel dispositif encourt une censure par le Conseil constitutionnel à défaut de voies de recours accessibles au pilote ou au propriétaire du véhicule. Pour y remédier, le projet de loi prévoit que ces personnes disposent de 48 heures pour contester la destruction, le recours étant alors suspensif. On voit mal comment ce dispositif serait effectif, notamment à Mayotte où de nombreux « kwassas » interceptés en mer sont systématiquement détruits.

1. Mayotte : une ordonnance honteuse qui ne peut être ratifiée

Article 34

L'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie législative) est ratifiée.

Mayotte est un département français depuis avril 2011 et une région de l'Union européenne dite « ultrapériphérique » depuis janvier 2014. Les législations nationale et européenne doivent donc y être appliquées. Dès lors l'entrée et le séjour des étrangers à Mayotte devaient être régis par le Ceseda et non plus par une législation spécifique. Une ordonnance du 7 mai 2014 a procédé à cette extension⁽⁴⁹⁾.

Une fois de plus, le gouvernement a procédé par une ordonnance donc sans le moindre débat parlementaire. Certes une ratification par le Parlement est requise dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de cette ordonnance. Mais, comme il est d'usage, cette question est posée au Parlement à l'issue de l'examen d'un long débat relatif à une autre loi, comme s'il s'agissait d'une simple formalité. Or, cette ordonnance introduit à Mayotte de nombreuses et graves dérogations au droit commun et son éventuelle ratification mériterait un débat parlementaire approfondi.

Si certaines de ces dérogations sont déjà applicables dans d'autres départements d'outre-mer, à l'instar du caractère non suspensif des recours contre une mesure d'éloignement, d'autres sont réservées aux personnes étrangères à Mayotte.

Ainsi :

– un titre de séjour délivré en métropole permet de circuler librement sur l'ensemble du territoire français. Délivré à Mayotte, il ne permet de circuler... qu'à Mayotte. Les personnes étrangères en situation régulière sont donc de fait assignées à résidence dans une île française marquée par une grande précarité sociale et économique. Cette dis-

position extraordinaire qui aurait été motivée par la volonté de limiter les départs vers La Réunion ou en métropole ne saurait constituer une solution républicaine ;

– un-e jeune résidant dans les autres départements depuis ses treize ans se voit délivrer de plein droit à ses 16 ou 18 ans une carte de séjour mention « vie privée et familiale », s'il ou elle a résidé avec l'un de ses parents. À Mayotte, ce parent doit avoir été en situation régulière durant cette période, ce qui exclut 90 % de ces jeunes ;

– le droit à une vie stable pour une personne membre de la famille d'un-e ressortissant-e français-e sera conditionné par ses revenus puisque la possession pendant trois ans d'une carte de séjour « vie privée et familiale » ne donne accès à une carte de résident que si des conditions de ressources et de stabilité du séjour, qui ne sont pas exigées ailleurs, sont remplies.

– une personne à qui l'entrée dans les autres départements est refusée peut bénéficier au moins d'un jour pour faire valoir ses droits avant son éloignement forcé ; ce n'est pas le cas à Mayotte. Cela constitue une régression par rapport à la situation antérieure puisque, selon l'article 4 de l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte, « *En aucun cas, le refus d'entrée ne peut donner lieu à une mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc* ».

Huit associations et un syndicat ont déposé une requête en annulation de ces dispositions⁽⁵⁰⁾. Mais si cette ordonnance est ratifiée, elle ne sera plus susceptible d'être annulée et ce recours tombera de lui-même sans avoir été examiné.

2. Recours contre les mesures d'éloignement : face au droit européen, l'esquive française

Actuel dispositif dérogatoire prévu par le Ceseda complété par l'article 16

(49) Ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

(50) Dossier : www.gisti.org/spip.php?article4660

Article L. 514-1 (ajout de la partie III°)

Pour la mise en œuvre du présent titre, sont applicables en Guyane, à Mayotte et à Saint-Martin, les dispositions suivantes :

1° Si l'autorité consulaire le demande, l'obligation de quitter sans délai le territoire français ne peut être mise à exécution avant l'expiration du délai d'un jour franc à compter de la notification de l'arrêté ;

2° Sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent, l'étranger qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et qui défère cet acte au tribunal administratif peut assortir son recours d'une demande de suspension de son exécution. En conséquence, les dispositions des articles L. 512-1, L. 512-3 et L. 512-4 ne sont pas applicables dans ces collectivités.

3° L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office, si l'étranger a saisi le tribunal administratif d'une demande sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, avant que le juge des référés n'ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience publique en application du deuxième alinéa de l'article L. 522-1 du même code, ni avant, si les parties ont été informées d'une telle audience, que le juge n'ait statué sur la demande.

Situation actuelle : ni recours suspensif, ni recours effectif

En métropole, le contentieux administratif relatif à l'annulation d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) sans délai relève d'une législation particulière selon laquelle la mesure d'éloignement ne peut en aucun cas être exécutée :

– avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures ;

– avant la décision du tribunal administratif dès lors que celui-ci a été saisi (articles L. 512-1 à L. 512-4 du *Ceseda*), le recours est alors dit « *suspensif* ».

Par dérogation, ce dispositif ne s'applique ni en Guyane, ni à Mayotte et à Saint-Martin, ni, pour une période de cinq ans régulièrement renouvelée, en Guadeloupe et à Saint-Barthélemy.

Le droit à un recours effectif, pourtant garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), est ainsi balayé au profit de l'exécution des mesures d'éloignement alors même que peuvent être en jeu des atteintes à des droits fondamentaux protégés par la même convention, tel que le droit à une vie familiale normale. Déjà condamnée par l'arrêt *De Souza Ribeiro*⁽⁵¹⁾

(51) Par l'arrêt *De Souza Ribeiro c/France* (note 48), la France a été condamnée pour avoir éloigné un Brésilien de Guyane sans attendre la décision du juge des référés qui avait été saisi. Voir *Des droits d'exception en outre-mer devant la Cour européenne des droits de l'Homme* : www.gisti.org/spip.php?rubrique805

de la Cour européenne, la France risque de l'être à nouveau. Le gouvernement sait pourtant que la Cour « ne saurait se satisfaire d'un dispositif qui permet dans la pratique l'exécution d'une mesure d'éloignement sans que l'étranger ait pu disposer de manière effective du moyen de faire valoir un grief défendable » (étude d'impact du projet de loi⁽⁵²⁾).

L'objectif et le contenu de la réforme

Une application des règles du contentieux administratif des OQTF prévues par le droit commun a pourtant été a priori exclue par le gouvernement au motif que « *l'extension d'un recours suspensif de plein droit impliquerait inéluctablement des phénomènes d'engorgement et de paralysie des juridictions et des capacités d'action de l'autorité administrative* » contraires à « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'une bonne administration de la justice* » (étude d'impact du projet de loi). La Cour européenne a pourtant déjà balayé cet argument : « *En ce qui concerne le risque d'engorgement des juridictions pouvant entraîner des conséquences contraires à la bonne administration de la justice en Guyane, la Cour rappelle que [...] l'article 13 astreint les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition* » (arrêt *De Souza Ribeiro c/France*, n° 98).

En clair, si après une décision d'OQTF « sans délai » une personne a pu, avant d'être éloignée, introduire devant le tribunal administratif un « référé-liberté » (article L. 521-2 du Code de justice administrative), l'administration doit suspendre l'exécution de cet éloignement jusqu'à ce que le juge des référés :

– prenne une ordonnance motivée de « rejet au tri » c'est-à-dire qu'il la rejette au seul vu des écrits car il estime que la requête « est irrecevable ou qu'elle est mal fondée » (CJA, article L. 522-1) ;

– ou, dans le cas contraire, se prononce sur la requête après une audience du tribunal à laquelle le ou la requérant-e et la préfecture sont convoqué-e-s et qui doit se tenir dans un délai de 48 heures.

La proposition du gouvernement prive toujours la majorité des personnes étrangères d'un examen effectif, sérieux et suffisamment approfondi de la légalité des mesures d'éloignement

Le référé-liberté est une procédure justifiée par l'urgence par laquelle il est demandé au juge de constater que la mesure porte « *une atteinte grave et manifestement illégale* » à la « *sauvegarde*

(52) www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocuement=JORFDOLE000029287359&type=general&typeLoi=proj&legislature=14

d'une liberté fondamentale ». Il ne permet pas au juge de s'exprimer sur la légalité de la mesure. Il se borne à demander au juge d'ordonner les mesures les plus urgentes afin d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux invoqués. En conséquence, la mesure d'éloignement continue d'être valide.

Le seul recours en urgence accessible pour la majorité des personnes étrangères en rétention reste donc le référé-suspension, qui consiste à demander au juge d'examiner la légalité d'une mesure d'éloignement dans les meilleurs délais. Or ce recours n'est jamais examiné à temps, ce qui le rend inopérant et inaccessible⁽⁵³⁾ en pratique.

Les éloignements sont exécutés de manière si expéditive (en 1,1 jour en moyenne pour les centres de rétention administrative d'outre-mer contre 11 jours en métropole) que les rares personnes qui ont réussi à déposer à temps un recours sont bien souvent éloignées avant que le juge ait pu l'examiner⁽⁵⁴⁾. Et quand bien même la mesure serait reconvenue illégale, le juge n'a pas le pouvoir de demander le retour de la personne éloignée dans le cadre de ce recours. Dans ces conditions, les préfetures d'outre-mer sont libres de procéder aux reconduites à la frontière sans crainte d'une censure des juges.

En Guyane, des personnes justifiant pourtant d'attaches familiales très fortes en France et ayant demandé que le juge vérifie la légalité de la mesure d'éloignement dont elles faisaient l'objet, ont été renvoyées en moins de vingt-quatre heures sans permettre au juge d'intervenir. Ces situations, qui illustrent les possibilités d'éloignements arbitraires, doivent être prochainement examinées par la Cour EDH.

À Mayotte : des reconduites massives et expéditives qui annihilent toute possibilité de recours, suspensif ou non

En 2013 et 2014, deux jeunes enfants puis un jeune adolescent confié à l'aide sociale à l'enfance ont été éloignés de force en toute illégalité. Dans les deux cas, un référé-liberté n'a pu être introduit qu'après les quelques heures séparant la décision de son exécution⁽⁵⁵⁾, ce qui a privé ces enfants en grand danger d'un examen de leur situation par un juge.

(53) Voir plusieurs exemples récents en Guadeloupe et en Guyane : www.gisti.org/spip.php?article3277

(54) 85 recours ont été déposés en Guyane en 2013 pour 6 824 éloignements et 32 sur le 1^{er} trimestre 2014 pour 1 140 placements au centre de rétention (seul chiffre disponible pour cette période).

(55) Requête concernant deux enfants de 3 et 5 ans arrivés en barque et refoulés quelques heures sans parent ni tuteur, alors même que leur père les attendait : www.gisti.org/spip.php?article3414. Requête concernant l'adolescent : www.gisti.org/spip.php?article3404.

Avec à peine 74 référés-liberté⁽⁵⁶⁾ pour près de 12 000 reconduites au cours de l'année 2013, l'accès au juge restera sans aucun doute marginal.

En refusant de se doter de dispositions permettant un accès effectif au juge avant le renvoi, comme le préconisent plusieurs institutions et juridictions de défense des droits de l'Homme, la France s'expose à de nouvelles condamnations juridictionnelles. De fait, ces deux situations ont été portées devant la Cour EDH.

Dans ce contexte d'exécution massive et hâtive des éloignements forcés, il est le plus souvent impossible de déposer quelque recours que ce soit, suspensif ou non. À cet égard, la disposition du projet de loi créant un référé-liberté suspensif n'affiche qu'une apparence de progrès, qui s'avère en pratique totalement inutile et impropre à garantir une intervention réelle du juge telle qu'indiqué par la Cour dans l'arrêt *De Souza Ribeiro* (§ 93 et 96).

3. Harmonisation des contrôles policiers : à la Martinique comme dans les autres DOM d'Amérique

Textes actuellement en vigueur modifiés par l'article 24 (extension à la Martinique)

Code de procédure pénale, article 78-2

Dans une zone comprise entre les frontières terrestres ou le littoral du département de la Guyane et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, et sur une ligne tracée à cinq kilomètres de part et d'autre, ainsi que sur la route nationale 2 sur le territoire de la commune de Régina, l'identité de toute personne peut être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa [par les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire], en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi.

L'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa du présent article [par les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire], en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi :

1° En Guadeloupe, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que dans une zone d'un kilomètre de part et d'autre, d'une part, de la route nationale 1 sur le territoire des communes de Basse-Terre, Gourbeyre et Trois-Rivières et, d'autre part, de la route nationale 4 sur le

(56) Selon le ministère de l'Intérieur.

territoire des communes du Gosier et de Sainte-Anne et Saint-François ;

2° À Mayotte, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà ;

3° À Saint-Martin, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà ;

4° À Saint-Barthélemy, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà.

5° **En Martinique, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que dans une zone d'un kilomètre de part et d'autre, de la route nationale 1 qui traverse les communes de Sainte-Marie, La Trinité, Le Robert et Le Lamentin, de la route nationale 2 qui traverse les communes de Saint-Pierre, Le Carbet, Le Morne Rouge, l'Ajoupa Bouillon et Basse Pointe, de la route nationale 3 qui traverse les communes de Le Morne Rouge, l'Ajoupa Bouillon, Basse Pointe, Fonds Saint Denis et Fort de France, de la route nationale 5 qui traverse les communes de Le Lamentin, Ducos, Rivière Salée, Sainte Luce, Rivière Pilote et Le Marin, de la route nationale 6 qui traverse les communes de Ducos, Le Lamentin, Le Robert, Le François et Le Vauclin, Rivière Salée, Sainte-Luce, Rivière Pilote et Le Marin et de la route départementale 1 qui traverse les communes de Le Robert, Le François et Le Vauclin.**

Ceseda

Article L. 611-8

Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, les officiers de police judiciaire, assistés des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints [...], peuvent procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République, à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique, à l'exclusion des voitures particulières, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des pièces ou documents [relatifs à la situation administrative des étrangers] ou de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France.

Article L. 611-9

[...] Dans l'attente des instructions du procureur de la République, le véhicule peut être immobilisé pour une durée qui ne peut excéder quatre heures.

La visite, dont la durée est limitée au temps strictement nécessaire, se déroule en présence du conducteur et donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal mentionnant les dates et heures du début et de la fin des opérations. Un exemplaire de ce procès-verbal est remis au conducteur et un autre transmis sans délai au procureur de la République.

Article L. 611-11

Les articles L. 611-8 et L. 611-9 sont applicables en Guadeloupe dans une zone comprise entre le littoral

et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que sur les routes nationales 1 et 4. Il en est de même à Mayotte, à Saint-Barthélemy et Saint-Martin dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, et en Martinique dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que sur les routes nationales 1, 2, 3, 5 et 6 et sur la route départementale 1.

Pouvoirs spéciaux actuels de la police en outre-mer

La police dispose de deux pouvoirs dérogatoires puisqu'elle peut :

- procéder à un contrôle d'identité sans réquisition du procureur de la République ;

- effectuer une visite sommaire de véhicules collectifs (taxis ou bus) pour vérifier la situation administrative des passagers avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instruction du procureur.

Les forces de l'ordre jouissent ainsi de pouvoirs extraordinaires sur la majeure partie du territoire des cinq territoires ultramarins concernés. En pratique, elles ne s'embarrassent donc pas de précautions pour pénétrer dans les lieux privés afin de procéder à des arrestations (maisons, magasins) ou pour contrôler les passagers de véhicules particuliers sans l'autorisation du conducteur, ce qu'interdit pourtant la loi.

Or ce renforcement des pouvoirs de police n'a été compensé par aucune garantie procédurale. Au contraire, le caractère expéditif des éloignements implique une absence quasi systématique de contrôle par le juge judiciaire des conditions d'interpellation. Et, les rares fois où ce contrôle peut avoir lieu, dans la majorité des cas, la privation de liberté est annulée, démontrant ainsi que les violations des droits sont bien monnaie courante⁽⁵⁷⁾.

Extension à la Martinique

Le projet de loi prévoit une extension de ces dispositifs à la Martinique, dans une zone délimitée dont un simple coup d'œil à une carte fait apparaître qu'elle n'épargne guère d'espaces dans cette île.

Pour justifier cette mesure, le gouvernement avance dans son exposé des motifs une nécessaire harmonisation du dispositif de contrôle dans les départements français d'Amérique « *unis dans une réalité commune impliquant [...] des risques [...] de nature similaire s'agissant de la maîtrise des flux*

(57) En 2013, près de 80 % des décisions du juge judiciaire ont conduit à une libération en Guyane. En Guadeloupe, ce chiffre s'élève à 59 %. À Mayotte, les éloignements sont organisés si rapidement que le juge judiciaire n'a jamais été mis en mesure d'intervenir.

migratoire et de la criminalité afférente ». Pourtant, la Martinique est peu exposée à l'immigration ; les mouvements migratoires y sont stagnants depuis 2010 et en baisse depuis 2005 (-17%)⁽⁵⁸⁾. Les étrangers et les étrangères en situation régulière y représentent seulement 1,4 % de la population locale.

L'étude d'impact reflète pour sa part une revendication policière : « *disposer également de cet outil de contrôle adapté aux caractéristiques géographiques et aux modalités principales d'entrée irrégulière de ressortissants étrangers sur le territoire des collectivités ultramarines des Antilles, à savoir la voie maritime* ».

Ces justifications viennent se heurter frontalement à l'arrêt *De Souza Ribeiro c/France* de 2012 de la Cour européenne de droits de l'Homme : « *Quant à la situation géographique de la Guyane, et à la forte pression migratoire subie par ce département-région d'outre-mer, le Gouvernement soutient que ces éléments justifieraient le régime d'exception prévu par la législation ainsi que son fonctionnement. Au vu du cas d'espèce, la Cour ne saurait souscrire à cette analyse.* »

4. Neutralisation ou destruction de moyens de transport de migrants

Texte actuellement en vigueur

Ceseda, art. L. 622-10

I. - En Guyane, le procureur de la République peut ordonner la destruction des embarcations fluviales non immatriculées qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2 [aide à l'entrée ou au séjour irrégulier d'un étranger], constatées par procès-verbal, lorsqu'il n'existe pas de mesures techniques raisonnablement envisageables pour empêcher définitivement le renouvellement de ces infractions.

II. - En Guadeloupe et en Guyane, le procureur de la République peut ordonner l'immobilisation des véhicules terrestres et des aéronefs qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2, constatées par procès-verbal, par la neutralisation de tout moyen indispensable à leur fonctionnement, lorsqu'il n'existe pas de mesures techniques raisonnablement envisageables pour empêcher définitivement le renouvellement de ces infractions.

Réécriture de cet article par l'article 26 du projet de loi
Ceseda, art. L. 622-10

En Guyane, en Guadeloupe, en Martinique, à Mayotte, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, le procureur

de la République peut, au cours de l'enquête, ou si aucune juridiction n'a été saisie, ou lorsque la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur le sort des scellés, ordonner la destruction ou l'immobilisation, par la neutralisation de tout moyen indispensable à leur fonctionnement, des embarcations, des véhicules terrestres et des aéronefs qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2, constatées par procès-verbal.

Les décisions du procureur de la République prises en application du présent article sont motivées.

Elles sont notifiées par tout moyen aux personnes ayant des droits sur le bien, si celles-ci sont connues, et aux personnes mises en cause.

Les décisions d'immobilisation peuvent être contestées selon les règles prévues à l'article 41-4 du code de procédure pénale.

Les décisions de destruction peuvent être contestées par les personnes mentionnées au troisième alinéa, dans un délai de quarante-huit heures à compter de la notification de la décision, par voie de requête, devant le président de la chambre de l'instruction qui se prononce dans un délai de quinze jours. Le recours contre la décision de destruction du procureur de la République est suspensif. La personne mise en cause et les personnes ayant des droits sur le bien peuvent adresser toutes observations écrites ou être entendues par le président de la chambre de l'instruction. Lorsque la personne mise en cause n'a pas fait connaître son opposition et qu'au terme d'un délai de quinze jours à compter de la date de la décision de destruction, le propriétaire ou l'ayant droit supposé n'a pu être identifié ou averti et ne s'est pas manifesté, la procédure est réputée contradictoire et la décision du procureur de la République peut être exécutée.

Une extension territoriale et une « simplification » par le cumul des dispositifs antérieurs

La réforme de 2006 avait prévu que le procureur de la République pouvait ordonner la destruction de bateaux sur les fleuves guyanais et au large de Mayotte, ou l'immobilisation de véhicules terrestres ou d'aéronefs en Guadeloupe et en Guyane lorsque ces moyens de transport ont contribué à l'entrée ou au séjour irrégulier de migrant-e-s.

Comme pour les contrôles policiers, le projet de loi « harmonise » les dispositifs précédents en les étendant à la Martinique, à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy et en cumulant partout les divers procédés expérimentés depuis 2006.

Un recours suspensif avant la destruction d'un véhicule

Selon le code de procédure pénale (article 41), la procureur de la République « *procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la*

(58) Les étrangers en France en 2012, Dixième rapport établi en application de l'article L. 111-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, p. 210.

poursuite des infractions à la loi pénale ». Lorsque des objets ont été saisis dans ce cadre, ils peuvent être restitués à la fin de la procédure, « *lorsque la propriété n'en est pas sérieusement contestée. Si la restitution n'a pas été demandée ou décidée dans un délai de six mois à compter de la décision de classement ou de la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence, les objets non restitués deviennent propriété de l'État, sous réserve des droits des tiers. Il en est de même lorsque le propriétaire ou la personne à laquelle la restitution a été accordée ne réclame pas l'objet dans un délai de deux mois à compter d'une mise en demeure adressée à son domicile [...]* » (article 41-4).

Ce dispositif s'applique aux véhicules immobilisés mentionnés ci-dessus.

En revanche, en ce qui concerne la destruction, l'actuel dispositif encourt une censure par le Conseil constitutionnel à défaut de voies de recours. Une décision récente du Conseil constitutionnel (CC, 11 avril 2014, n° 2014-390) a en effet censuré cette disposition au motif, notamment, « *qu'en permettant la destruction de biens saisis, sur décision du procureur de la République, sans que leur propriétaire ou les tiers ayant des droits sur ces biens et les personnes mises en cause dans la procédure aient été préalablement avisés et qu'ils ont été mis à même de contester cette décision devant une juridiction afin de demander, le cas échéant, la restitution des biens saisis* », cette disposition n'est assortie d'aucune garantie légale et méconnaît « *les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789*⁽⁵⁹⁾ ». La prise en compte de cette décision s'imposait.

Selon le projet de loi, la décision du procureur doit être motivée et notifiée aux personnes mises en cause (pilote) et au propriétaire supposé du véhicule. Ces personnes disposent alors de 48 heures pour contester cette décision et le recours est alors suspensif (la destruction ne peut pas être effectuée

(59) Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

avant la décision du juge). Mais si le pilote n'exerce pas de recours et si, au bout de quinze jours, aucun propriétaire ne s'est manifesté, la destruction peut être effectuée.

Quel effet peut-on escompter de cette nouvelle voie de recours ? C'est à Mayotte que le dispositif actuel est systématiquement appliqué aux embarcations baptisées « kwassas » interceptées en mer et faisant la traversée depuis l'île voisine d'Anjouan : 476 kwassas interceptés en 2013 et le préfet de Mayotte affirmait qu'en « *septembre-octobre* », les services de l'État avaient « *asséché le nombre de kwassas disponibles* » aux Comores.

Les pêcheurs qui pilotaient le bateau sont systématiquement poursuivis en tant que « passeurs » pour aide à l'entrée et au séjour des étrangers et constituent la grande majorité des personnes incarcérées (de six mois à plusieurs années en cas de récidive) dans la prison de Majicavo ou, parfois à la Réunion. Mais beaucoup de procès se font par contumace car le « passeur » convoqué par le tribunal est plus pressé de repartir et que de comparaître. Sans doute la convocation du tribunal notifiera-t-elle aussi une décision de destruction du kwassa avec les voies de recours. Quel « passeur » s'y risquera-t-il ?

Quant à une requête effectuée par un propriétaire comorien d'un ou de plusieurs « kwassas » elle ne serait sans doute pas impossible. Mais la France exerce là d'autres formes de pression (petites aides économiques, facilitation de visas pour une caste privilégiée) grâce auxquelles une coopération entre l'Union des Comores et la France contre la circulation des Comoriens dans l'archipel est déjà bien engagée et des policiers comoriens ont déjà été formés par leurs homologues français au contrôle du départ des « kwassas ». Alors quel fabriquant comorien de kwassa se lancerait-il dans un contentieux auprès d'un procureur de la République français ?

Là encore, la France ne fait que tenter par plusieurs moyens de contourner l'application d'un droit fondamental.

VIII. Les échanges d'informations

Ce qu'il faut retenir

Les préfectures pourront requérir des administrations fiscales, des établissements scolaires, des organismes de sécurité sociale ou encore des fournisseurs d'énergie, de télécommunication et d'accès internet des informations dans le cadre de l'instruction des demandes de titre de séjour. Elles pourront aussi consulter les données détenues par ces mêmes organismes. Le projet de loi met en place un dispositif de contrôle jamais imaginé jusqu'alors en dehors du droit des étrangers, interrogeant le respect de la vie privée et de la déontologie professionnelle des travailleurs sociaux. Si elle devait être adoptée, cette mesure ne manquerait pas d'entraîner, en plus d'un alourdissement des procédures (et son lot de tracasseries administratives), des retraits de titre ou des refus de délivrance, sans oublier le risque que les personnes se détournent de certains services.

Article 25

Le titre 1er du livre VI du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est complété par un article L. 611-12 ainsi rédigé :

« Art. L. 611-12. - Sans que s'y oppose le secret professionnel autre que le secret médical, les autorités et personnes privées visées aux alinéas suivants transmettent à l'autorité administrative compétente, agissant dans l'exercice des missions prévues au présent code et sur sa demande, les documents et informations strictement nécessaires au contrôle de la sincérité et de l'exactitude des déclarations souscrites ou de l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution d'un droit au séjour ou de sa vérification.

« Ce droit de communication s'exerce, à titre gratuit, quel que soit le support utilisé pour la conservation des documents, auprès :

- « – des administrations fiscales ;
- « – des administrations chargées du travail et de l'emploi ;
- « – des autorités dépositaires des actes d'état civil ;
- « – des organismes de sécurité sociale et de l'institution visée à l'article L. 5312-1 du code du travail ;
- « – des collectivités territoriales ;
- « – des chambres consulaires ;
- « – des établissements scolaires et d'enseignement supérieur ;
- « – des fournisseurs d'énergie, de télécommunication et d'accès internet ;
- « – des établissements de soin publics et privés ;
- « – des établissements bancaires et des organismes financiers ;

« – des entreprises de transport des personnes ;

« – des greffes des tribunaux de commerce.

« L'autorité administrative définie au premier alinéa peut, aux mêmes fins, consulter les données pertinentes détenues par ces autorités et personnes privées. »

L'article 25 prévoit pour les personnes étrangères l'échange généralisé d'informations détenues par des administrations ou entreprises publiques et privées sur la base d'une liste limitative (mais longue...). Il préfigure, comme souvent, ce qui attend à plus ou moins long terme l'ensemble des citoyens et des citoyennes. Pour l'heure, la mesure serait expérimentée sur des personnes souvent fragilisées par l'instabilité de leur situation administrative. Par voie de conséquence, elle les stigmatise et répand un soupçon de fraude peu supportable.

Ce qui choque en premier lieu, c'est la portée des informations que l'administration en charge de l'entrée et du séjour (autorités consulaires et préfectures) pourra requérir. L'article 25 parle des documents et informations « *strictement nécessaires au contrôle de la sincérité et de l'exactitude des déclarations souscrites ou de l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution d'un droit au séjour ou de sa vérification* ». Contrairement à ce qui est prétendu, la formule peut donner lieu à des investigations poussées dont le bornage est bien difficile à tracer, a fortiori dans un contexte de suspicion à l'égard de certaines catégories (parents d'enfants français, conjoint-e-s de Français-es en particulier).

Seul le secret médical mériterait d'être protégé et s'avère donc opposable.

L'atteinte au secret professionnel des travailleurs sociaux, des établissements de soins, des enseignants, des personnels des Impôts, ou encore des agents de Pôle Emploi... est manifeste et doit mobiliser les professionnel-le-s de ces secteurs et leurs organisations syndicales. La mesure constitue une entrave au libre exercice de leurs professions et missions. Elle constitue aussi une atteinte à la vie privée des personnes, à la lumière des informations pouvant être recueillies.

Le risque est que des personnes étrangères sans titre de séjour se détournent de lieux où peuvent leur être délivrés de l'aide ou des soins, de crainte que les informations qu'elles y fournissent soient communiquées à une préfecture et permettent leur interpellation. On ne peut s'empêcher ici de faire le lien avec la recherche d'efficacité affichée dans le projet de loi relatif à la réforme du droit d'asile⁽⁶⁰⁾ pour interpellier et éloigner les demandeurs d'asile qui auront été déboutés.

Quelle est la finalité de la nouvelle disposition ?

Elle a pour objectif affiché de détecter des documents qui seraient contrefaits sans faire appel aux procédures légales, à savoir des enquêtes sous le contrôle du Parquet. Cela concerne autant des actes d'état civil que des documents relevant de la sphère privée.

La mesure permettra aux préfectures de détecter des contradictions dans les dossiers remis par

les étrangères et les étrangers qui doivent en permanence prouver leur présence en France par de multiples éléments, par exemple lors des demandes de régularisations administratives (preuves de cinq ou dix ans de présence exigées par de nombreux documents). Elle permettra également de rechercher ces personnes à travers des abonnements qui ne sont pas liés à la régularité du séjour (transport, électricité, internet, etc.) afin de faciliter leur interpellation. Ces échanges d'informations doivent être articulés avec les nouvelles modalités de surveillance entourant la délivrance des titres pluriannuels. Les préfectures ne feront certes plus de contrôle tous les ans, à l'occasion du renouvellement de la carte d'un an, mais régulièrement, sur la base des informations qu'elles iront chercher ou que les administrations et/ou établissements leur donneront de façon spontanée.

L'article 25 se révèle, pour toutes ces raisons, redoutable. Les associations, auteurs de cette analyse collective, en demandent donc le retrait. Si toutefois la disposition devait être maintenue, il faut insister sur le fait que cette « pêche » à l'information s'organise en dehors de toute procédure contradictoire, et sans que les intéressé-e-s en soient informé-e-s (à chaque étape) et aient la possibilité d'accéder à ces échanges. On ne sait d'ailleurs pas ce qui va la déclencher (sans doute sur la base de simples présomptions). Enfin, rien n'est dit sur les cas où les organismes privés refusent de répondre aux demandes d'informations qui leur sont faites – le texte dit que l'administration peut elle-même consulter les données de l'ensemble des organismes visés par l'article 25 mais on voit mal comment elle pourrait y accéder d'autorité. Ce blocage va-t-il empêcher la délivrance du titre, empêcher le renouvellement du droit au séjour ?

(60) www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?sessionid=30D92C2EEE9A921F58D0BC62AA279D0C.tp_djo06v_1?idDocument=JORFDOLE000029287346&type=general&typeLoi=proj&legislature=14

IX. Ce dont le projet de loi ne traite pas...

Pas une seule ligne dans le projet de loi sur les travailleurs sans papiers, malgré les importantes mobilisations de ces dernières années, qui semblent ne pas mériter mieux que des critères complexes listés dans une circulaire et appliqués à la totale discrétion du préfet. Le nombre de titres de séjour mention « salarié » ou « travailleur temporaire » ne cesse de baisser, d'un peu moins de 10 000 en 2010 à moins de 5 000 en 2012. L'essentiel étant, selon le gouvernement, constitué par les changements de statut des étudiants, et les procédures d'introduction étant devenues « résiduelles », on en conclut qu'aucune place n'est laissée aux nombreux travailleurs sans qui nombre de domaines d'activité seraient aujourd'hui en panne. Il est impératif que le Parlement débattenne des mesures nécessaires à prendre pour que tous ceux et celles qui sont présent-e-s sur le territoire puissent vivre dans des conditions dignes.

Pas une ligne non plus sur le retour à une régularisation de plein droit pour les personnes ayant passé de nombreuses années (10 ans) en France, y ayant construit leur vie privée, travaillé et consommé. Le gouvernement semble se satisfaire de l'arbitraire des préfetures qui contestent la validité de telle pièce, l'insuffisance des preuves sur

telle période, ou tout simplement qui refusent d'enregistrer le dossier de personnes dont la situation ne semble clairement pas être une priorité pour le gouvernement.

Rien non plus sur les taxes exorbitantes dont doivent s'affranchir les personnes étrangères au moment de la délivrance et du renouvellement de leur titre : jusqu'à 600 euros, dont 50 euros à acquitter au moment du dépôt du dossier à la préfecture et non remboursés même si la demande est refusée. Alors que solliciter un titre de séjour est une obligation légale et non une simple possibilité pour les personnes étrangères en France, le montant des taxes constitue un obstacle important à l'accès à un titre de séjour qui doit être levé dans un souci de cohérence et d'équité.

Parmi les silences les plus préoccupants du projet de loi, on retiendra les thèmes de l'entrée sur le territoire et le maintien en zone d'attente, de la situation des parents d'enfants malades, des personnes victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle et des personnes malades enfermées ou assignées à résidence, et enfin de l'intervention du juge des libertés et de la détention pour les personnes placées en centre de rétention administrative (mise à mal par la dernière réforme en 2011).

1. L'entrée sur le territoire : un dispositif passé sous silence

Ce qu'il faut retenir

Malgré des violations tant du droit international que national, régulièrement constatées et dénoncées à la frontière par les associations et les instances de protection des droits de l'homme, le projet de loi ne prévoit aucune modification du texte en vigueur relatif à l'entrée sur le territoire et au maintien en zone d'attente des ressortissants de pays non membres de l'UE⁽⁶¹⁾. Or cette nouvelle réforme aurait dû être l'occasion de revenir sur ce qui a été instauré, mais également négligé par les réformes législatives précédentes⁽⁶²⁾. C'est donc toute une partie du Ceseda qui est laissée en l'état⁽⁶³⁾ et, notamment :

- Le maintien de mineur-e-s en zone d'attente continue d'être en contradiction avec les principes de droit international, de la jurisprudence européenne, du droit interne et des recommandations des instances de protection des droits de l'homme.

(61) En mai 2014, le ministère de l'Intérieur recensait 67 zones d'attente en métropole et outre-mer dans les aéroports, les ports et les gares desservant les destinations internationales.

(62) Voir Anafé, Guide théorique et pratique - La procédure en zone d'attente, janvier 2013.

(63) Livre II, « L'entrée en France », composé de deux titres, « Conditions d'admission » et « Maintien en zone d'attente ».

- Le droit de toute personne maintenue à un recours suspensif et effectif est également absent du dispositif ce qui ne permet pas de contester utilement les décisions de refus d'entrée et de placement en zone d'attente.
- Le gouvernement ne souhaite toujours pas mettre en place une permanence d'avocats accessible gratuitement à toutes les personnes maintenues dès leur placement en zone d'attente.
- Le contrôle du juge des libertés et de la détention (JLD) intervient pour la première fois au bout du quatrième jour alors que ce délai apparaît comme disproportionné au vu de la durée moyenne de maintien, si bien que la présentation devant le JLD ne peut être garantie. Le projet de loi ne revient pas non plus sur les atteintes aux pouvoirs du juge judiciaire qu'avait introduits la loi de 2011⁽⁶⁴⁾.
- Depuis la loi de 2003⁽⁶⁵⁾, « l'étranger est invité à indiquer sur la notification s'il souhaite bénéficier du jour franc » qui permet de ne pas être réacheminé immédiatement (Ceseda, art. L. 213-2). La logique est donc inversée puisque l'étranger ou l'étrangère ne bénéficie plus automatiquement du « jour franc » mais doit en faire la demande explicite. Cela fragilise considérablement ce qui constituait l'une des garanties essentielles de l'exercice effectif des droits et le projet de loi aurait dû rétablir le principe qui prévalait avant 2003.
- Le projet de délocalisation des audiences en zone d'attente de l'aéroport de Roissy n'a pas été abandonné et l'ouverture de l'annexe du TGI de Bobigny au sein de ce lieu privatif de liberté est toujours annoncée.

(64) Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

(65) Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

A. Les zones d'attente « sac à dos »

L'article L. 221-2, §2 du Ceseda prévoit que « lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver à la frontière en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche ».

Depuis son entrée en vigueur en 2011, aucune zone d'attente de ce type n'a été recensée, ce qui remet en cause le caractère nécessaire et utile d'une telle mesure législative⁽⁶⁶⁾.

La possible création de zones d'attente provisoires, au gré des circonstances, accroît les risques d'insécurité juridique et d'atteintes à l'exercice des droits de personnes le plus souvent ignorantes de la législation et démunies. En effet, ces zones d'attente mobiles et temporaires sont par définition moins visibles et rendent plus difficile l'accès des personnes maintenues aux associations et autres intervenants. Par ailleurs, cette disposition constitue un régime d'exception pour des étrangers-ères effectivement sur le territoire, pour lequel-le-s la procédure régissant la zone d'attente s'applique au-delà du contrôle frontière⁽⁶⁷⁾.

(66) Voir Analyse collective du projet de loi « Besson » du 30 mars 2010, « relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », juin 2010. www.anafe.org/IMG/pdf/analyse_collective_pjl_-_2010-06.pdf

(67) Voir Analyse collective du projet de loi « Besson » du 30 mars 2010, « relatif à l'immigration, à l'intégration et à

B. Les mineurs étrangers toujours enfermés aux frontières françaises

À la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) en 2012⁽⁶⁸⁾, le candidat François Hollande s'était engagé, lors de la campagne présidentielle, à mettre un terme à la rétention des enfants et de leur famille. Les conclusions de la Cour EDH étant transposables en zone d'attente, l'Anafé l'avait interrogée sur le maintien des mineurs isolés, ce à quoi avait été répondu qu'ils pourraient « bénéficier d'un régime dérogatoire, adapté à leurs besoins particuliers, afin que soient assurés leur sécurité, leur assistance juridique, leur accompagnement social, psychologique et médical⁽⁶⁹⁾ ». En octobre 2012, la France assurait au Comité des droits de l'enfant des Nations unies que « la question des mineurs étrangers et plus particulièrement des mineurs non accompagnés sera abordée avec responsabilité et en gardant à l'esprit que la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer ». Pourtant, si une circulaire de juillet 2012⁽⁷⁰⁾ fait primer l'assignation

la nationalité », juin 2010, p. 5. www.anafe.org/IMG/pdf/analyse_collective_pjl_-_2010-06.pdf

(68) Cour EDH, *Popov c/France*, Requêtes n° 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012.

(69) Courrier du 24 avril 2012 à l'Anafé.

(70) Notamment le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, le Conseil de l'Europe. Au niveau national, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme et le Défenseur des droits.

à résidence des familles sur le placement en rétention, aucune disposition équivalente n'existe pour la zone d'attente, pas plus qu'il n'en est prévu dans le projet de loi réformant le Ceseda.

Le maintien de mineurs isolés en zone d'attente continue d'être en contradiction avec les principes de droit international, de la jurisprudence européenne, du droit interne et des recommandations des instances de protection des droits de l'homme⁽⁷¹⁾. L'« intérêt supérieur de l'enfant », garanti par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (article 3), n'est aucunement pris en compte dans un lieu d'enfermement où le mineur isolé étranger est privé de liberté jusqu'à 20 (voire 26) jours et peut être réacheminé à tout moment (à l'exception des demandeurs d'asile).

En l'état actuel du droit, les quelques garanties accordées aux mineurs placés en zone d'attente (administrateur ad hoc, bénéfice du jour franc) paraissent largement insuffisantes. Concernant le renvoi, le projet de loi ne remédie pas à une incohérence du législateur qui n'a prévu aucune mesure de protection pour un mineur en zone d'attente, alors qu'un mineur isolé sur le territoire ne peut faire l'objet d'aucune mesure d'éloignement. En zone d'attente, il n'existe pas de voie de recours permettant de suspendre le renvoi afin de permettre un examen sérieux de la situation du mineur par les services sociaux.

Enfin, si l'administration assure vérifier les « *garanties de prise en charge* » à l'arrivée du mineur isolé avant de procéder à son refoulement, les modalités de cette vérification et l'étendue de ces garanties ne sont pas définies légalement, ni soumises au contrôle juridictionnel.

Le projet de réforme de l'asile⁽⁷²⁾ annonce que les mineurs isolés demandeurs d'asile ne seront plus, sauf exceptions, maintenus en zone d'attente. Il est particulièrement dommageable que le projet de réforme du Ceseda n'élargisse pas cette disposition à l'ensemble des mineurs. Il devrait être immédiatement et définitivement mis fin à l'enfermement de tous les mineurs étrangers aux frontières.

C. L'absence de recours suspensif et effectif garanti à l'ensemble des personnes maintenues

À la suite de la condamnation de la France par la Cour EDH en 2007⁽⁷³⁾, un recours suspensif de plein droit a été instauré pour les seuls demandeurs d'asile à la frontière. Cependant, rien n'est prévu pour les autres étrangers-ères maintenu-e-s en zone d'attente, qu'ils ou elles soient ou non admis-es, en transit interrompu, mineurs isolés, etc. Or, le projet de loi ne permet pas en l'état de garantir le droit au recours effectif protégé par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Selon la jurisprudence de la Cour, pour être effectif, le recours doit être suspensif. En l'état actuel, les recours de droit commun ne sont pas suspensifs de la mesure de renvoi et sont donc dépourvus d'effet utile en zone d'attente. La procédure d'urgence en référé n'est pas non plus satisfaisante puisque le dépôt d'une requête n'a pas d'effet suspensif, si bien que la personne requérante peut être réacheminée avant même la date de l'audience.

Toutes les décisions de refus d'entrée sur le territoire et de placement en zone d'attente devraient être assorties d'un recours suspensif garantissant le contrôle systématique du juge administratif.

D. L'absence de permanence d'avocats gratuite en zone d'attente

Aucune assistance juridique gratuite et systématique n'est prévue en zone d'attente, ce qui entraîne de graves entraves aux droits de la défense et au droit à un recours effectif. Si les personnes maintenues peuvent être représentées par un avocat de permanence durant les audiences, cette assistance est de fait limitée. Il leur est d'une part impossible de préparer correctement cette audience sans conseil avisé et, d'autre part, particulièrement difficile, voire impossible, de former seules et en amont des requêtes motivées en droit et en fait. L'accès au juge est d'autant plus entravé dans un contexte d'urgence où les procédures sont accélérées et complexes. Le gouvernement français a assuré à de multiples reprises que l'assistance juridique était garantie en zone d'attente par la présence de l'Anafé, qui, outre qu'elle est irrégulière, n'a ni la vocation ni les moyens de fournir une assistance permanente à l'ensemble des personnes maintenues.

Une permanence gratuite d'avocats doit être instaurée en zone d'attente afin de garantir aux personnes maintenues une assistance juridique effective à tout moment de la procédure.

(71) Voir Communiqué Anafé, « Demandeurs d'asile à la frontière: les oubliés de la réforme », 23 juillet 2014.

(72) Voir Communiqué Anafé, « Demandeurs d'asile à la frontière: les oubliés de la réforme », 23 juillet 2014.

(73) Cour EDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c/France*, req n° 25389/05.

E. Un contrôle du juge des libertés et de la détention (JLD) loin d'être systématique

Le contrôle du JLD intervient tardivement en zone d'attente, au terme du quatrième jour de maintien à compter de la décision de placement et une seconde fois au douzième jour. Cela signifie que, durant les premières 96 heures, les étrangers sont privés de liberté sans qu'aucune autorité extérieure à l'administration n'examine leur situation. Ce délai est disproportionné, notamment au vu de la durée moyenne de maintien, très variable selon les zones d'attente. Si la durée moyenne de maintien est passée de 3,5 jours en 2011 à 4 jours en 2013 à Roissy, elle n'était que de 43 heures à Orly en 2012 (et de 32 heures en 2013)⁽⁷⁴⁾. Le passage devant le JLD n'est donc pas garanti. Aucun juge, faute d'être saisi, ne pourra alors se prononcer sur les éventuelles atteintes aux libertés individuelles ou irrégularités de procédure pour ces personnes.

Le projet de loi ne revient pas non plus sur les atteintes aux pouvoirs du juge judiciaire introduites par la loi de 2011⁽⁷⁵⁾.

Pour garantir le respect des libertés individuelles des étrangers-ères, le contrôle du juge judiciaire sur le placement en zone d'attente doit intervenir au plus tôt et avant toute exécution de la mesure de refoulement.

F. La nécessité de demander explicitement à bénéficier du « jour franc »

Depuis la loi de 2003, « *l'étranger est invité à indiquer sur la notification s'il souhaite bénéficier du jour franc* » (Ceseda, art. L. 213-2). La logique a donc été inversée, puisque l'étranger-ère ne bénéficie plus

(74) Selon le ministère de l'Intérieur.

(75) Voir Analyse collective du projet de loi « Besson » du 30 mars 2010, « relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », juin 2010, p. 9 : « Les articles 8 à 12 : le recul du contrôle du juge des libertés et de la détention » et « La neutralisation du pouvoir de contrôle du juge judiciaire » : www.anafe.org/IMG/pdf/analyse_collective_pjl_-_2010-06.pdf

automatiquement du « jour franc » (qui permet de ne pas être réacheminé pendant un délai de 24 heures) mais doit désormais en faire la demande explicite, s'il ou elle en a compris le sens et les enjeux. Cela fragilise considérablement ce qui constituait l'une des garanties essentielles de l'exercice effectif des droits, en permettant par exemple une prise de contact avec le consulat, un avocat ou la famille. Les réacheminements « immédiats » en sont donc facilités, au détriment de la garantie des droits.

Le projet de loi aurait dû rétablir le principe d'automatisme du droit au jour franc, qui prévalait avant 2003.

G. Le projet de délocalisation des audiences toujours d'actualité

Depuis 2003, la loi permet la « délocalisation » des audiences pour les personnes étrangères enfermées dans les centres de rétention administrative (CRA) ou les zones d'attente (ZA)⁽⁷⁶⁾. Malgré la mobilisation des organisations de défense des droits de l'homme, de syndicats et d'élus, relayée par une forte couverture médiatique, des annexes de tribunaux ont déjà été ouvertes à proximité de plusieurs centres de rétention. Le projet se concrétise pour la zone d'attente de Roissy (ZAPI 3). La tenue d'audiences délocalisées est pourtant facteur de risque de violation de principes fondamentaux, tels que les principes d'équité, de publicité des débats, d'indépendance, d'impartialité, ainsi que des droits de la défense, et participe à l'isolement de l'étranger.

Pour garantir le droit à un procès équitable, toutes les audiences doivent être tenues publiquement, au sein d'un tribunal et dans une salle facilement accessible. Il doit donc être mis fin à l'implantation dans les lieux d'enfermement de salles d'audience « délocalisées » destinées aux seuls étrangers et étrangères⁽⁷⁷⁾.

(76) Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité – Actuel article L. 222-4 du Ceseda.

(77) Voir la rubrique « Délocalisation des audiences » sur le site web de l'Anafé : www.anafe.org

2. Les personnes étrangères malades en manque de protection

Ce qu'il faut retenir

Les personnes étrangères malades⁽⁷⁸⁾ constituent une population vulnérable, au statut particulièrement précaire du fait de pratiques restrictives et de législations insuffisamment protectrices. Notamment :

(78) Sur ce sujet, cf. Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE), Les personnes étrangères malades et leurs proches ont le droit de vivre dignement en France, janvier 2015.

- En contradiction avec l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, les enfants étrangers malades et leurs parents souffrent de l'extrême précarité du titre de séjour remis à un seul des deux parents, sous forme d'autorisation provisoire de séjour sans autorisation de travail.
- Les travailleurs victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle sont condamnés à vivre en séjour irrégulier pendant les longs mois de la procédure de reconnaissance de leur taux d'incapacité.
- Aucune disposition législative ni réglementaire n'organise le dispositif de protection contre l'éloignement des personnes malades enfermées ou assignées à résidence, ce qui engendre des violations importantes des droits de ces personnes.

A. Les parents d'enfants malades

Comme pour toute autre personne étrangère malade, la procédure d'admission au séjour des parents étrangers d'un enfant malade implique une évaluation médicale, réalisée par le médecin de l'agence régionale de santé (MARS), de la profonde nécessité de maintenir l'enfant en France pour lui procurer des soins.

Avant la loi du 24 juillet 2006⁽⁷⁹⁾, les deux parents d'un enfant malade pouvaient invoquer les dispositions de l'article L. 313-11, 7° du Ceseda pour disposer de plein droit d'une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale », valable un an et revêtue d'une autorisation de travail. Depuis 2006, l'article L. 311-12 du même code prévoit une autorisation provisoire de séjour délivrée à la discrétion du préfet, à seulement l'un des parents, pour une durée maximale de six mois et sans autorisation de travail. Ceci a pour effet de précariser le droit au séjour des parents et donc la situation de leur enfant, en contradiction totale avec l'intérêt supérieur de leurs enfants. À titre de comparaison, l'accompagnant d'une personne étrangère malade adulte pourra lui invoquer les dispositions de l'article L. 313-11, 7° et bénéficier d'un titre moins précaire.

Force est de constater que le projet de loi ne propose aucune solution à la forte précarité administrative de personnes déjà vulnérables.

B. Les personnes victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle

Le Ceseda (article L. 313-11, 9°) ne prévoit la régularisation de l'étrangère victime d'un accident de travail qu'au stade de la détermination du taux d'incapacité : « *Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale" est*

délivrée de plein droit [...] : 9° A l'étranger titulaire d'une rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 %, sans que la condition prévue à l'article L. 311-7 soit exigée. »

Cette disposition prive de nombreuses personnes étrangères, et notamment les personnes titulaires d'une carte de séjour temporaire en qualité de salarié, de la possibilité d'obtenir ou de conserver un titre de séjour entre la déclaration d'accident du travail ou de maladie professionnelle et la consolidation de son état de santé et de son taux d'incapacité permanente par la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) – Caisse générale de sécurité sociale (CGSS).

Cette situation complique la prise en charge médicale, seuls les soins directement liés à l'accident ou à la maladie étant pris en charge par la sécurité sociale, mais l'ouverture concomitante de droits à l'aide médicale d'État (AME) s'avère impossible auprès de nombreuses caisses.

Le projet de loi ne propose aucune avancée pour ces cas, peu nombreux, de personnes vulnérables.

C. Les personnes malades enfermées ou assignées à résidence

La principale norme en vigueur concernant les personnes étrangères malades incarcérées ou placées en rétention est la circulaire interministérielle du 17 décembre 1999 portant sur l'organisation des soins en rétention. Cette circulaire est devenue obsolète sur plusieurs points et comporte des imprécisions et des vides importants quant à la procédure (à titre illustratif et non exhaustif) : rien n'est prévu pour garantir la suspension de l'éloignement pendant la saisine du MARS ; rien n'est prévu pour informer l'intéressé et les services médicaux des centres de rétention administrative (CRA) du sens de la décision prise par le préfet suite à l'avis du MARS, aucune voie de recours ne pouvant dès lors être exercée ; rien n'est prévu pour

(79) Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 « relative l'immigration et à l'intégration ».

la spécificité des locaux de rétention où aucune présence médicale n'est requise; rien n'est prévu pour protéger les personnes dont l'état de santé est incompatible avec l'enfermement en rétention; enfin, rien n'est prévu pour assurer la protection des personnes malades assignées à résidence, alors que l'assignation à résidence se multiplie.

En prison, le guide méthodologique « Prise en charge sanitaire des personnes placées sous main de justice » du 30 octobre 2012⁽⁸⁰⁾ est insuffisant et peu appliqué. Il n'a pas de statut normatif contraignant.

(80) www.sante.gouv.fr/prise-en-charge-sanitaire-des-personnes-placees-sous-main-de-justice.html

Ce cadre juridique déficient engendre l'enfermement en rétention de nombreuses personnes gravement malades ne pouvant être soignées dans le pays de renvoi. Nombre d'entre elles sont expulsées après leur passage en rétention, mais aussi directement à leur sortie de prison. Plusieurs expulsions ont ainsi été évitées in extremis après l'intervention en urgence et incessante des associations auprès des ministères. Ces solutions parcellaires et au cas par cas ne sauraient tenir lieu et place d'une législation et de procédures protectrices.

3. Articulation inchangée entre les interventions du juge administratif et du juge des libertés et de la détention

Ce qu'il faut retenir

La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a porté de 48 heures à cinq jours le délai imparti au préfet pour saisir le juge des libertés et de la détention (JLD) qui autorisera le maintien de l'étranger-ère dans le centre de rétention administrative dans lequel il ou elle a été placé-e dans l'attente de son éloignement.

En ouverture de la troisième partie du rapport Fekl⁽⁸¹⁾, qui se donnait pour objectif de « réaffirmer les exigences de l'État de droit » dans la mise en œuvre des procédures d'éloignement, on peut lire que « la réforme de 2011 pose de nombreux problèmes de principe qui interdisent le maintien en l'état du droit positif ».

L'auteur du rapport constatait que, du fait du report à cinq jours du délai pour saisir le JLD, « la part des ressortissants étrangers éloignés sans que leur situation ait été examinée par un juge, de quelque ordre que ce soit, apparaît ainsi bien trop élevée ». Il en concluait que « la remise en place d'un contrôle par le juge des conditions de privation de liberté des ressortissants étrangers en situation irrégulière est nécessaire tant pour des raisons de principe qu'afin de supprimer le risque existant aujourd'hui de condamnation de la France par les juridictions européennes. »

Il formulait donc ainsi sa proposition n° 18: « Remettre en place un contrôle juridictionnel effectif des conditions de privation de la liberté individuelle dans un délai très bref après le début de la rétention. »

Pourtant, aucune disposition de cette nature n'apparaît dans le projet de loi. Au contraire, il a été expurgé d'une disposition qui figurait dans l'avant-projet (article 16, III, 3 °C, modifiant l'article L. 512-1 du Cesda) et qui attribuait exclusivement compétence au juge administratif – lequel peut être saisi dans les 48 heures suivant le placement en rétention – pour apprécier la régularité de l'interpellation, de la retenue ou de la garde à vue de l'étranger-ère « lorsque ces mesures ont immédiatement précédé la décision de placement en rétention ».

Ainsi, la décision de réunir la quasi-totalité du contentieux de la rétention dans les mains d'un juge qui peut être saisi dans les 48 heures a fait long feu. Sans doute la constitutionnalité de cette disposition – très différente de celles que préconisait le rapport Fekl – n'allait-elle pas de soi et sa pertinence pouvait-elle paraître discutable. Toujours est-il qu'en supprimant purement et simplement cette nouvelle disposition dans le projet de loi adopté en conseil des ministres – et en laissant inchangé le délai de cinq jours imparti à l'administration pour saisir le JLD – le gouvernement a renoncé à accélérer le contrôle juridictionnel des rétentions. Il fait donc le choix de voir perdurer la multiplication des reconduites à la frontière hors la vue du juge institué gardien de la liberté et, ce faisant, il passe par pertes et profits les « exigences de l'État de droit ».

(81) « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », rapport du député Matthias Fekl, en mission auprès du ministre de l'Intérieur, mars 2013.

Ceseda, art. L. 552-1

Quand un délai de cinq jours s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention. Le juge statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine par ordonnance au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention de l'étranger, sauf exception prévue par voie réglementaire, après audition du représentant de l'administration, si celui-ci, dûment convoqué, est présent, et de l'intéressé ou de son conseil, s'il en a un. L'étranger peut demander au juge des libertés et de la détention qu'il lui soit désigné un conseil d'office. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il statue dans cette salle.

A. Le principe d'un double contrôle juridictionnel de la rétention et l'enjeu des délais de recours

Parmi les décisions relatives à l'éloignement des étrangers-ères dépourvu-e-s de titre de séjour figure leur placement dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire – autrement dit des centres de rétention administrative (CRA) et les locaux de rétention administrative (LRA) – auquel l'autorité préfectorale peut recourir par application de l'article L. 551-1 du Ceseda.

Au vu de ses effets privatifs de liberté, le placement en rétention ouvre droit à un recours spécifique dont le juge judiciaire a le monopole par application de l'article 66 de la Constitution. Comme d'autres décisions de cette nature⁽⁸²⁾ – privatives de liberté mais administratives par leur objet –, le placement en rétention se trouve ainsi soumis à un double contrôle juridictionnel, consacré de longue date : compétence du juge administratif pour le contrôle de légalité externe et interne de la décision de placement, et compétence du juge judiciaire, imposée par l'article 66 de la Constitution, au titre des atteintes à la liberté individuelle qui peuvent en résulter.

S'agissant plus particulièrement du contentieux relevant du juge judiciaire, il est dévolu au juge des libertés et de la détention (JLD) par l'article L. 552-1 du Ceseda. Il porte tout d'abord sur les mesures privatives de liberté qui précèdent immédiatement le placement en rétention : contrôle d'identité, interpellation et « retenue », cette dernière s'étant substituée à la garde à vue en conséquence de la dépenalisation du séjour irrégulier

opérée par la loi du 31 décembre 2012⁽⁸³⁾. Le contrôle porte également et naturellement sur la notification des droits au moment du placement en rétention et, surtout, sur leur exercice effectif tout au long de sa durée. Il est moins souvent relevé que les dispositions de l'article L. 554-1 du Ceseda⁽⁸⁴⁾ justifient que le contrôle s'opère en outre sur la nécessité même de la rétention, une rétention non nécessaire constituant évidemment une privation de liberté illégale. La Cour de cassation admet au demeurant qu'il incombe au JLD d'exercer un contrôle effectif de cette condition de nécessité⁽⁸⁵⁾.

En dépit des atteintes à la liberté individuelle susceptibles de résulter du placement en rétention, l'étranger-ère est privé-e du droit de saisir le juge pendant la première phase de la rétention, selon une jurisprudence aussi critiquable qu'inébranlable⁽⁸⁶⁾ aux termes de laquelle « un étranger n'est recevable à demander au juge judiciaire qu'il soit mis fin à sa rétention qu'après que la prolongation de celle-ci a été ordonnée ». Ce carcan jurisprudentiel fait du délai dans lequel l'administration est tenue de saisir le juge judiciaire de la demande de prolongation de la rétention une question cruciale quant au respect des droits et libertés des étrangers-ères.

L'une des dispositions centrales de la loi du 16 juin 2011 a précisément consisté à repousser le délai de saisine du JLD par l'administration de 48 heures à cinq jours à compter de la décision de placement en rétention, donnant ainsi mécaniquement la priorité au contrôle opéré par le juge administratif, qui peut être saisi dans les 48 heures d'une demande d'annulation de cette décision. Il n'avait alors échappé à personne que ces dispositions organisaient à dessein l'évitement du juge judiciaire par défiance à son égard. La seule considération qui commandait cette mise à l'écart du gardien des libertés individuelles tenait à la volonté d'atteindre des objectifs quantitatifs en forte augmentation en matière d'éloignement des étrangers-ères en situation irrégulière⁽⁸⁷⁾.

Ainsi, le rallongement du délai d'intervention du JLD apparaissait-il clairement comme le moyen le plus sûr d'éviter des remises en liberté en écartant purement et simplement – et le plus longtemps pos-

(82) Maintien en zone d'attente, hospitalisation sous contrainte, etc.

(83) 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.

(84) Un étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ.

(85) Notamment : Cass, 2^e civ., 7 juin 2001, n° 00-50.033, *Procureur général près la CA de Versailles c/ Chettoub*.

(86) Cass civ. 1^{re}, 30 septembre 2009 ; 08-15790.

(87) Voir, notamment, l'étude d'impact du projet de loi.

sible – le censeur naturel de l'administration qu'est, en matière de liberté individuelle, le juge judiciaire.

De fait, l'allongement du délai a abouti à augmenter mécaniquement – et dans des proportions dramatiques ainsi que le soulignent les associations intervenant en rétention – le nombre de cas dans lesquels la mesure d'éloignement est mise à exécution avant même que le juge ait été mis en mesure d'apprécier si l'interpellation, la garde à vue (ou la retenue), puis la rétention ont été exclusives de toute atteinte injustifiée à sa liberté individuelle. Le contrôle du respect des droits s'est en effet littéralement effondré en métropole: 12 % des expulsé-e-s étaient embarqué-e-s avant le contrôle du JLD en 2011 (22 %, début 2011, d'après le rapport du député Matthias Fekl⁽⁸⁸⁾). Ils sont 62 % en 2012 quand le contrôle du JLD passe au 5^e jour⁽⁸⁹⁾. Cette dégradation majeure a rapproché la réalité des départements métropolitains de ceux d'outre-mer. Dans ces derniers, la loi de juin 2011 n'a fait qu'aggraver une situation déjà catastrophique. En 2012, 96 % des expulsés ultramarins l'ont été avant le délai de 5 jours.

Cette constatation justifierait largement, à elle seule, que le dispositif institué par la loi du 16 juin 2011 soit abrogé ou profondément modifié: il n'est pas admissible, dans un État qui se veut « de droit », que restent sans contrôle juridictionnel effectif des atteintes à la liberté individuelle aux conséquences d'une gravité exceptionnelle, telles que celles qui sont ici en jeu. Il faut en effet avoir à l'esprit que la rétention n'est pas seulement une mesure privative de liberté. Elle est également la première étape des mesures d'éloignement qui marquent, pour les étrangers-ères qui les subissent, un arrachement brutal à des liens professionnels, familiaux, sociaux, affectifs et le retour non préparé vers un pays où, souvent, ils et elles ne trouvent aucun accueil. Autant dire que l'enjeu personnel et humain que concentrent les conditions d'un tel basculement justifie largement l'ouverture d'un recours qui leur permette de faire valoir en temps utile les éventuelles violations de leurs droits.

La nécessité d'assurer un recours effectif contre de telles violations découle au surplus d'exigences tant conventionnelles que constitutionnelles, en dépit de la validation – éminemment critiquable de la loi du 16 juin 2011 par le Conseil constitutionnel⁽⁹⁰⁾.

(88) « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France » p. 44.

(89) Rapport 2012 sur les centres et locaux de rétention administrative p. 16, et rapport de Matthias Fekl p. 42 et 44.

(90) Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011.

B. Les exigences conventionnelles et constitutionnelles

Si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales exige un recours « à bref délai », la directive 2008/115/CE (dite « retour ») est encore plus précise et exigeante puisque son article 15 prévoit que ce recours « doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention ». Cette disposition fait d'ailleurs écho à la décision de principe du Conseil constitutionnel, aux termes de laquelle il avait affirmé que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible »⁽⁹¹⁾.

En imposant « un contrôle juridictionnel accélééré de la légalité de la rétention », la directive ne distingue pas – et pour cause s'agissant d'un texte destiné à être transposé dans les législations d'États aux régimes juridiques hétérogènes – entre les contrôles susceptibles d'être exercés, en France, par le juge administratif d'une part et par le juge judiciaire d'autre part.

Il doit en conséquence être considéré comme acquis que, par application de la directive, tant le contrôle du juge administratif que celui du juge judiciaire doivent intervenir « le plus rapidement possible », chacun d'eux étant tout aussi nécessaire dès lors qu'il porte sur la « légalité de la rétention » au sens large. Or le délai de cinq jours institué par la loi du 16 juin 2011 ne peut, de toute évidence, être regardé comme le plus court possible. Rien ne justifie, en effet, qu'il soit devenu impossible, en 2011, de respecter le délai de 48 heures appliqué depuis le 25 avril 1997, date d'entrée en vigueur de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 qui avait porté ce délai de 24 à 48 heures. De toute évidence, l'administration avait pu, depuis cette date, s'accommoder de ce délai dans des conditions qui n'avaient révélé aucune difficulté significative.

Au demeurant, le Conseil constitutionnel semblait conscient du reniement de sa propre jurisprudence lorsqu'il a validé la disposition instaurant ce délai de cinq jours. Il a en effet cherché à justifier sa décision en rappelant que le Parlement peut toujours modifier les lois précédentes, sous la seule réserve, au demeurant évidente et incontournable, « que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles »... Or, le contrôle qu'impose cette précision, aurait dû, précisément, conduire le Conseil à rechercher – et à découvrir – qu'en reportant l'intervention du JLD à cinq jours, la nouvelle loi privait l'étranger-ère de la garantie constitutionnelle que ce même Conseil

(91) N° 79-109 DC du 9 janvier 1980, cons. 4.

avait précédemment rappelée en imposant que le juge intervienne « dans le plus court délai possible ».

La décision de pure opportunité par laquelle le Conseil a validé la loi du 16 juin 2011 ne peut donc avoir valeur de référence et le retour au critère du « plus court délai possible » exige à l'évidence une modification du Ceseda au demeurant imposée par la directive « retour ».

C. Quelles modalités de recours ?

Quant aux conditions et modalités des recours à organiser en matière de contrôle de la rétention, le rapport Fekl envisageait trois scénarios :

- celui d'une extension des pouvoirs du juge administratif, qui se verrait confier la responsabilité de contrôler la régularité des conditions d'interpellation des ressortissant-e-s étrangers-ères placée-s en rétention ;

- celui d'une intervention du JLD a priori, dès le début du placement en rétention, voire pour autoriser celui-ci ;

- enfin, celui d'un retour à la situation qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 2011, à savoir une saisine du JLD après 48 heures de rétention.

Le premier scénario a inspiré la disposition figurant dans l'avant-projet de loi (article 16 III 3 °C, modifiant l'article L. 512-1 du Ceseda) qui attribuait exclusivement compétence au juge administratif pour apprécier la régularité de l'interpellation, de la retenue ou de la garde à vue de l'étranger « lorsque ces mesures ont immédiatement précédé la décision de placement en rétention ». Si ce projet a finalement été abandonné, il ne pouvait qu'inspirer de fortes réserves dans la mesure où il ne semble pas concevable que le juge administratif puisse contrôler la régularité d'une interpellation ou d'une garde à vue, lesquelles relèvent de la police judiciaire. Au surplus, la disposition envisagée n'attribuait pas au juge administratif le contrôle de l'exercice effectif des droits pendant le cours de la rétention, contrôle relevant de la compétence du juge judiciaire en l'état actuel des textes. Dans ces conditions, ce contrôle restait différé jusqu'au cinquième jour de rétention, de sorte que l'exigence par la directive d'un contrôle intervenant « le plus rapidement possible » restait partiellement insatisfaite, au moins sur ce point.

Il est d'ailleurs permis de se demander si la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ne milite pas en faveur d'un contrôle juridictionnel de la rétention concentré entre les mains du juge judiciaire plutôt que du juge administratif. Par un arrêt du 5 juin 2014, *Mabdi*, affaire C-146/14 PPU, elle a en effet jugé que « le contrôle judiciaire d'une rétention prolongée doit permettre à l'autorité judiciaire compétente de substituer

sa propre décision à celle de l'autorité ayant ordonné la rétention initiale d'un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière ». Or le juge judiciaire est bien, en France, le juge chargé d'autoriser la prolongation de la rétention décidée par l'administration, de sorte qu'il exerce bien le « contrôle judiciaire d'une rétention prolongée ». Il pourrait donc être soutenu que, dans ce cadre, il doit pouvoir « substituer sa propre décision à celle de l'autorité ayant ordonné la rétention initiale », c'est-à-dire apprécier la légalité de la décision de rétention qui est pourtant, en principe, sous le contrôle du juge administratif. Certes, notre système dualiste paraît bien s'opposer à une telle extension de compétence du juge judiciaire, mais il est au moins permis d'en déduire qu'une prorogation de compétence en faveur du juge administratif n'est pas vraiment conforme à l'esprit du droit européen.

Le deuxième scénario envisagé par le rapport Fekl consistait à faire intervenir le JLD dès le début de la période de rétention. Deux sous-hypothèses étaient distinguées :

- « – l'une selon laquelle le caractère administratif de la décision de placement en rétention ne serait pas remis en cause, le JLD étant invité à contrôler ex post la régularité de la mesure prise par le préfet, tant au regard de la procédure suivie que de la nécessité de la privation de liberté ;

- l'autre, plus créative, qui reposerait sur un transfert au JLD de la décision de placement en rétention en elle-même, sur demande du représentant de l'État ; cette décision perdrait alors son caractère administratif. »

Après avoir souligné que « le dispositif mis en place, quelle que soit la sous-hypothèse retenue, offrirait des avantages significatifs », l'auteur constatait que son seul inconvénient était qu'il « impliquerait vraisemblablement d'octroyer des moyens supplémentaires à la justice judiciaire », soulignant qu'« une organisation appropriée devrait en outre être prévue pour faire face aux besoins supplémentaires qui résulteraient du nouveau dispositif en matière d'escorte des étrangers retenus ». Il va sans dire que ces objections ne sont pas recevables si l'on veut bien considérer que sont en balance la liberté de personnes retenues par l'administration et le respect par la France de ses engagements internationaux.

Quant au « retour à la situation qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 2011, à savoir une saisine du JLD après 48 heures de rétention » – le troisième scénario retenu par Matthias Fekl – il ne pourrait avoir valeur que de strict minimum.

Quelle que soit la solution retenue, il est impératif qu'aucune mesure d'éloignement ne puisse être exécutée avant que le JLD ait pu examiner la situation de la personne étrangère placée en rétention.

ADDE | Avocats pour la défense des droits des étrangers
www.adde-fr.org

ANAFÉ | Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers
www.anafe.org

FASTI | Fédération des associations de solidarité avec tous-te-s les immigré-e-s
www.fasti.org

GISTI | Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s
www.gisti.org

La Cimade | Service œcuménique d'entraide
www.lacimade.org

LDH | Ligue des droits de l'Homme
www.ldh-france.org

MOM | Migrants outre-mer
www.migrantsoutremer.org

SAF | Syndicat des avocats de France
www.lesaf.org

Syndicat de la magistrature
www.syndicat-magistrature.org