

**SPINOSI**

SCP d'Avocat au Conseil d'Etat  
et à la Cour de cassation  
2 rue de Villersexel  
75007 PARIS

**CONSEIL D'ÉTAT**

**SECTION DU CONTENTIEUX**

**MEMOIRE EN REPLIQUE**

- POUR :**
- 1. L' ADDE (Avocats pour la défense des droits des étrangers) ;**
  - 2. L'ANAFE (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers) ;**
  - 3. L'ARCAT (Association de recherche, de communication et d'action pour l'accès aux traitements) ;**
  - 4. La CIMADE (Comité inter-mouvements auprès des évacués) ;**
  - 5. La FASTI (Fédération des associations de solidarités avec tou-te-s les immigré-e-s) ;**
  - 6. Le GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s) ;**
  - 7. La Ligue des droits de l'Homme ;**
  - 8. Le paria ;**
  - 9. Le SAF (Syndicat des avocats de France) ;**
  - 10. SOS-Hépatites Fédération.**

*SCP SPINOSI*

**CONTRE :** Le ministre de l'intérieur

**Requête n° 450.285**

I. En réponse au mémoire en défense déposé par le ministre de l'intérieur, les associations et organisations exposantes ne peuvent que persister fermement dans les conclusions de leurs précédentes écritures.

Elles entendent également verser aux débats une série d'observations complémentaires en réplique.

### **Sur l'application du régime du refus d'entrée en cas de rétablissement des contrôles aux frontières internes**

II. **Premièrement**, le ministre de l'intérieur avance que les associations exposantes se méprendraient sur la portée de l'arrêt *Arib* du 14 mars 2019 de la CJUE et sur la décision du Conseil d'Etat *La Cimade et autres* du 27 novembre 2020.

En ce sens, il affirme que lorsque les personnes sont interceptées ou arrêtées lors du franchissement de la frontière, la directive retour ne s'appliquerait pas et qu'en tout état de cause, la Cour ne s'est pas prononcée dans cette hypothèse de sorte que les mesures de refus d'entrée peuvent être appliquées.

II-1 Il est vrai que la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur le régime applicable aux personnes qui se présentent à une frontière interne et qui ne remplissent pas les conditions prévues à l'article 6 du règlement Schengen.

Cependant, elle s'est livrée à une interprétation relativement précise des dispositions pertinentes pour esquisser la réponse qu'elle donnerait si elle était saisie de la question.

La Cour considère d'abord que :

*« 51. Or, ainsi qu'il ressort déjà des points 45 et 47 du présent arrêt, cette disposition porte, selon son propre libellé dépourvu de toute ambiguïté à cet égard, sur la situation d'un ressortissant de pays tiers se trouvant à une « frontière extérieure » d'un État membre ou à proximité immédiate d'une telle frontière extérieure. N'y figure ainsi aucune mention du fait que pourrait être assimilée à une telle*

*situation celle d'un ressortissant de pays tiers se trouvant à une frontière intérieure sur laquelle des contrôles ont été réintroduits, en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen, ou à proximité immédiate d'une telle frontière intérieure, alors même que, à la date de l'adoption de cette directive, les articles 23 et 28 du règlement n° 562/2006 prévoyait déjà, d'une part, que les États membres pouvaient réintroduire, à titre exceptionnel, un contrôle à leurs frontières intérieures en cas de menace grave pour leur ordre public ou leur sécurité intérieure et, d'autre part, que, dans un tel cas, les dispositions pertinentes de ce règlement relatives aux frontières extérieures trouvaient à s'appliquer mutatis mutandis ».*

Puis elle indique que :

*« 62 En effet, aux termes de l'article 2 du code frontières Schengen, les notions de « frontières intérieures » et de « frontières extérieures » sont exclusives l'une de l'autre. Or, l'article 32 de ce code se borne à prévoir que, lorsque des contrôles aux frontières intérieures sont réintroduits par un État membre, seules les dispositions dudit code relatives aux frontières extérieures qui sont pertinentes s'appliquent mutatis mutandis. En revanche, ledit article 32 ne prévoit pas, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé, en substance, au point 52 de ses conclusions, que, dans un tel cas, il soit fait application de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115. Le libellé même du code frontières Schengen s'oppose, dès lors, à ce que, aux fins de cette directive, une frontière intérieure sur laquelle des contrôles ont été réintroduits en vertu de l'article 25 de ce code soit assimilée à une frontière extérieure. »*

La distinction opérée par le ministre entre les personnes interceptées à la frontière et celles à proximité immédiate de la frontière n'est donc pas pertinente sur la nécessaire application de la directive retour en cas de rétablissement des contrôles.

**II-2** Si l'article 32 prévoit que les dispositions pertinentes du II du « code frontières Schengen » s'appliquent, c'est principalement pour la possibilité de prévoir des contrôles permanents et d'exiger les justificatifs prévus à l'article 6 du même code.

Or, le CESEDA prévoit bien des dispositions spécifiques et dérogatoires pour réadmettre des personnes qui se présentent à une frontière interne et qui ne remplissent pas les conditions prévues par le code Schengen tout en étant conforme au droit de l'Union.

Ainsi, l'article L. 621-1 du code dispose que :

*« Par dérogation au refus d'entrée à la frontière prévu à l'article L. 332-1, à la décision portant obligation de quitter le territoire français prévue à l'article L. 611-1 et à la mise en œuvre des décisions prises par un autre État prévue à l'article L. 615-1, l'étranger peut être remis, en application des conventions internationales ou du droit de l'Union européenne, aux autorités compétentes d'un autre État, lorsqu'il se trouve dans l'un des cas prévus aux articles L. 621-2 à L. 621-7.*

*L'étranger est informé de cette remise par décision écrite et motivée prise par une autorité administrative définie par décret en Conseil d'État. Il est mis en mesure de présenter des observations et d'avertir ou de faire avertir son consulat, un conseil ou toute personne de son choix. »*

En outre, l'article L. 621-3 du code prévoit que :

*« L'étranger en provenance directe du territoire d'un État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 peut se voir appliquer les dispositions de l'article L. 621-2 lorsqu'il est entré ou a séjourné sur le territoire français sans se conformer aux stipulations des paragraphes 1 et 2 de l'article 19, du paragraphe 1 de l'article 20, et des paragraphes 1 et 2 de l'article 21, de cette convention, relatifs aux conditions de circulation des étrangers sur les territoires des parties contractantes, ou sans souscrire, au moment de l'entrée sur ce territoire, la déclaration obligatoire prévue par l'article 22 de la même convention, alors qu'il était astreint à cette formalité. »*

Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire C- 368/20 qui porte principalement sur la prolongation des contrôles et accessoirement sur une sanction appliquée à un ressortissant européen, démuné d'un document de voyage, lors de l'un de ces contrôles et non sur l'application à un ressortissant des pays tiers, ne modifient pas cette appréciation.

**II-3** Le ministre considère qu'une interprétation différente de la sienne reviendrait à « *vider de sa portée* » le rétablissement temporaire des contrôles aux frontières internes.

Depuis 2015, celui-ci a été mis en œuvre pour des motifs d'ordre public afin de prévenir principalement des crimes et délits à caractère terroriste et donc d'identifier et d'appréhender des personnes susceptibles de commettre ces actes.

C'est à cette aune que l'on peut évaluer la proportionnalité et la nécessité de la prolongation de ce rétablissement, comme l'indique d'ailleurs le gouvernement français dans l'instance C- 368/20.

En revanche, il n'a pas pour objet, ni pour effet de surseoir l'application de la réglementation spécifique prévu par le titre II du livre VI du CESEDA, qui peut donner lieu à des réadmissions simplifiées dans le cadre d'accords de coopération transfrontalière comme ceux de Chambéry, signés avec l'Italie.

Si, par extraordinaire, le Conseil d'Etat ne suivait pas ce raisonnement, il lui appartiendrait alors, conformément à l'article 267 du TFUE, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en interprétation.

Et ce, d'autant plus que le Conseil d'Etat « *une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne* » et qui donc, comme le prévoit explicitement les stipulations de l'article 267 du TFUE, est « tenue de saisir la Cour » d'un renvoi préjudiciel.

### **Sur les dispositions de l'article L. 423-5 du CESEDA**

**III. Deuxièmement**, le ministre de l'intérieur fait valoir que les dispositions anciennes de l'article L. 313-12 du CESEDA étaient ambiguës quant à la portée de la compétence liée du préfet pour le renouvellement de la carte de séjour des conjoints de français victimes de violence.

Toujours selon le ministre, la recodification aurait permis de sortir de cette ambiguïté par le biais de trois dispositions législatives.

Seul l'article L. 423-6 du CESEDA portant sur la délivrance de la carte de résident serait explicite en la matière.

**III-1** Ce faisant, le ministre reconnaît que l'ordonnance a modifié le droit pour, en réalité, rendre moins intelligible les dispositions législatives.

En supprimant la mention à l'article L. 423-5, l'ordonnance laisse penser que les conditions de renouvellement sont uniquement fixées par l'article L. 423-3 du code qui exige la continuité de la vie commune.

Les dispositions de l'article L. 423-5 peuvent alors être interprétées comme ne prévoyant que la délivrance ou le non retrait de la première carte de séjour en cas de violences conduisant à la rupture de la vie commune.

**III-2** Les organisations exposantes tiennent à souligner qu'il eut été plus simple de répéter les dispositions existantes, comme cela a été fait pour les conjoints de ressortissants étrangers arrivés par le biais du regroupement familial.

#### **Sur le droit au maintien sur le territoire pendant l'instruction d'une demande de réexamen réitérée**

**IV. Troisièmement**, le ministre de l'intérieur fait valoir que les dispositions combinées des articles L. 521-7, L. 542-2 et L. 542-6 du CESEDA qui ne sont que la reprise des dispositions de l'article L. 741-1 et L. 743-2 du même code sont compatibles avec le droit de l'Union.

Il n'en est rien.

**IV-1** D'emblée, les associations requérantes tiennent à rappeler qu'elles ont entendu contester la possibilité pour le préfet chargé de l'enregistrement, de ne pas délivrer une attestation de demande d'asile lors

d'une demande de réexamen réitérée, privant ainsi le demandeur d'asile du droit au maintien pendant l'examen de sa demande à l'OFPRA.

**IV-2** Or, les dispositions de articles 9 et 41 de la directive 2013/32 qui prévoient une possibilité de ne pas autoriser le maintien dans cette hypothèse conditionne son application à l'appréciation par l'autorité de détermination de l'absence de risques en cas de retour.

Dans les pays où l'autorité de détermination est celle qui délivre le document prévu par l'article 6 de la directive 2013/33/UE, cela est possible.

Par contraste, dans un cadre légal où la délivrance du document précède la saisine de l'autorité de détermination qui n'est pas la même que celle qui enregistre la demande, comme c'est le cas en France, cet examen ne peut avoir lieu.

En somme, il est nécessaire, pour que le droit au maintien soit refusé par le préfet, que l'OFPRA estimât au préalable que la personne ne risque rien en cas de retour dans son pays d'origine pour que le préfet pût ne pas délivrer cette attestation.

Dans ces conditions, les dispositions combinées de l'article L. 521-7 et L. 542-2 du CESEDA méconnaissent les exigences du droit de l'Union.

### **Sur les dispositions de l'article L. 543-6 du CESEDA**

**V. Quatrièmement**, le ministre de l'intérieur avance que les dispositions contestées sont conformes au droit de l'Union en ce que l'article L. 543-6 du CESEDA prévoit que le juge administratif peut être saisi à l'occasion du recours contre l'obligation de quitter le territoire d'une demande de suspension jusqu'à la décision de la CNDA.

Mais une telle assertion est inexacte.

**V-1** En effet, depuis la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, le juge n'exerce ce contrôle que dans les cas prévus à l'article L. 542-2 1° b) c) et d) du CESEDA.

En revanche, lorsque l'OFPRA prend une décision d'irrecevabilité sur le fondement de l'article L. 531-32, 1° et 2°, le préfet peut mettre fin au droit au maintien du demandeur d'asile qui peut alors faire l'objet d'une décision sur le fondement de l'article L. 621-1 du code sans que le recours contre cette mesure soit suspensif et que le juge puisse en suspendre les effets pendant l'examen d'un éventuel recours devant la Cour nationale du droit d'asile.

**V-2** Il est d'ailleurs fréquent que les préfets, saisi pourtant d'une demande d'asile, prennent *contra legem* cette décision sans laisser la possibilité de saisir l'OFPRA ou sans attendre que l'instruction soit menée à son terme. (à titre d'illustration, v. CAA de PARIS, 5ème chambre, 07 nov. 2019, 18PA03832 ; CAA de VERSAILLES, 1ère chambre, 06 oct. 2020, 19VE03091).

Il en est de même pour les décisions de clôture prises sur le fondement de l'article L. 531-37 du CESEDA qui ne peuvent faire l'objet que d'un recours de droit commun devant le tribunal administratif de Melun, après que le demandeur a formulé une demande de réouverture et s'est vu refuser celle-ci.

En ne prévoyant pas le caractère suspensif d'un recours pour l'ensemble des situations où le droit au maintien n'est pas garanti, les dispositions méconnaissent donc le droit de l'Union.

### **Sur les dispositions relatives au refus et au retrait des conditions matérielles d'accueil**

**VI. Cinquièmement**, le ministre de l'intérieur tente de faire valoir que les moyens relatifs à la non-conformité des nouvelles dispositions manqueraient en fait.

En particulier, le ministre évoque les décisions *Cimade et autres* du 31 juillet 2019 et du 27 novembre 2020 pour soutenir la légalité des nouvelles dispositions, aux motifs qu'un examen particulier de chaque demande tenant compte de la vulnérabilité est prévu et que, dans certains cas de retrait, la possibilité de demander le rétablissement de ce bénéfice a été restaurée.



Or, une telle argumentation ne saurait emporter la conviction.

En ce qui concerne les dispositions de l'article L. 551-15 du code

**VI-1** D'abord, les dispositions législatives que le décret met en œuvre prévoit de décisions de refus immédiat, sans possibilité de présenter des observations préalables, qui sont prises une fois l'évaluation sommaire de la vulnérabilité a été effectuée par les auditeurs de l'OFII et dans les deux derniers cas, sans qu'une offre des conditions matérielles ait été formulée.

En pratique, l'OFII met à disposition des modèles de décisions qui sont automatiquement remplis par le biais du traitement DNA-NG et sans que les intéressés puissent bénéficier ne serait-ce qu'un instant du bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

Or, une telle situation méconnaît l'interprétation des dispositions de l'article 20 § 6 de la directive 2013/33/UE retenue par la CJUE dans sa décision *Haqbin* du 12 novembre 2020.

**VI-1.1** En particulier, aucune des situations prévues par l'article L. 551-15 ne correspond à la possibilité de refuser totalement le bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

Les cas de refus d'orientation régionale et d'hébergement ou de demande de réexamen prévus au 1<sup>o</sup> à 3<sup>o</sup> de l'article correspondent à la situation décrite par l'article 20§1 de la directive, laquelle ne prévoit la limitation de ce bénéfice et, exceptionnellement dans les cas dûment justifiés, de retrait.

Dans le cas où la demande est formulée au-delà du délai mentionné au 3<sup>o</sup> de l'article L. 531-27, l'article 20§2 de la directive ne prévoit donc qu'une limitation.

**VI-1.2** En outre, ces dispositions ne prévoient pas que le demandeur puisse solliciter le rétablissement total ou partiel du bénéfice des

conditions matérielles d'accueil, contrairement à ce qu'a clairement indiqué le Conseil d'Etat dans les décisions précitées.

L'article 7§4 de la directive ne permet pas à lui seul de justifier le refus du bénéfice comme l'a jugé le Conseil d'Etat dans sa décision du 27 novembre 2020, laquelle revenait sur l'interprétation retenue dans sa décision n° 300.636 du 16 juin 2008 concernant les dispositions similaires de la directive 2003/9.

En somme, pour maintenir des possibilités pour l'OFII de refuser totalement, et dès l'enregistrement de la demande, le bénéfice des conditions matérielles d'accueil, les dispositions litigieuses ont procédé à une nouvelle transposition non conforme du droit de l'Union.

Concernant les retraits du bénéfice des conditions matérielles d'accueil prévus aux 5° et 6° de l'article L.551-16 du code

**VI-2** Ensuite, le ministre de l'intérieur affirme qu'il pouvait ajouter des cas aux situations limitativement énumérées par la directive et qu'elle ne prévoit pas dans ces cas, la possibilité de rétablissement.

Mais là aussi, sans convaincre.

**VI-2.1** Il convient de rappeler que la directive 2013/33/UE prévoit à son article 20§3 que :

*« Les États membres peuvent limiter ou retirer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil lorsqu'un demandeur a dissimulé ses ressources financières et a donc indûment bénéficié de conditions matérielles d'accueil ».*

Le Conseil d'Etat a considéré que cette dissimulation et ce bénéfice indu portaient sur les cas de fraude tendant à obtenir l'octroi des conditions matérielles d'accueil au moyen de la dissimulation des ressources financières (CE, 7 avril 2011, n° 335.924 et 17 avril 2019, n°428.749)

**VI-2.2** Or, des indications mensongères sur la composition familiale ou la présentation de plusieurs de demandes sous des identités différentes ne constitue une fraude que si elles conduisent au versement indu du bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

*Le juge des référés du Conseil d'Etat a ainsi estimé que :*

*« 5. Considérant que l'article L. 744-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers, en mentionnant, parmi les cas ouvrant à l'administration la possibilité de retirer les conditions matérielles d'accueil, celui dans lequel " le demandeur d'asile a dissimulé ses ressources financières ou a fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale ", permet de procéder à un tel retrait lorsque le demandeur a volontairement communiqué des éléments inexacts relatifs à sa situation financière ou familiale afin d'obtenir des conditions matérielles d'accueil, et notamment un montant de l'allocation pour demandeur d'asile, différentes de celles auxquelles il aurait pu normalement prétendre, et en a ainsi indûment bénéficié ; que, dans l'hypothèse où un demandeur d'asile bénéficiant déjà de conditions matérielles d'accueil et ayant présenté une seconde demande d'asile sous une identité différente aurait ainsi obtenu, en sus des aides qui lui avaient été accordées après l'enregistrement de sa première demande, une allocation ou un hébergement auxquels il n'avait pas droit, il appartiendrait à l'OFII, dès le moment où il en serait avisé, non seulement d'y mettre un terme, mais de procéder, le cas échéant à la récupération des sommes indûment versées ; qu'en revanche, la seule circonstance qu'un étranger ait présenté une seconde demande d'asile sous une autre identité, alors même qu'elle serait constitutive d'une fraude, n'établit pas, par elle-même, le caractère injustifié du bénéfice des conditions matérielles d'accueil antérieurement accordé à l'intéressé, au vu de l'examen de sa situation financière et familiale, lors de l'enregistrement de sa demande d'asile initiale ; quelle ne permet donc pas à l'autorité compétente de procéder à leur retrait ; qu'il ne saurait en aller différemment que s'il apparaît que l'étranger concerné avait, à l'occasion de cette demande initiale, volontairement communiqué des éléments inexacts relatifs à sa situation financière ou familiale »*  
(CE, Ord. Ref., 9 novembre 2017, n° 415.132)

**VI-2.3** Les nouvelles dispositions ne prévoient pas cette intentionnalité.

Mais elles permettent de retirer totalement le bénéfice des conditions matérielles d'accueil si l'OFII considère que plusieurs demandes d'asile sont présentées sous des identités différentes ou donne des indications mensongères sur sa situation familiale.

Les dispositions critiquées qui mettent en œuvre des dispositions législatives encore une fois non-conformes au droit de l'Union seront donc annulées.

### **Sur les conditions d'accès au marché du travail**

**VII. Cinquièmement**, le ministre de l'intérieur considère que les dispositions du CESEDA qui prévoient que les demandeurs peuvent demander à être autorisés à travailler si l'OFPRA n'a pas statué dans le délai de six mois à compter de l'introduction de la demande seraient plus favorables que la directive.

Mais il s'en remet à la sagesse du Conseil d'Etat pour ce qui concerne les conséquences de l'arrêt de la CJUE du 14 janvier 2021.

A cet égard, comme les exposants l'ont déjà souligné dans leurs premières écritures, les conditions d'accès au marché du travail ne sont pas conformes au droit de l'Union.

Et ce, non seulement compte tenu de la computation du délai à compter de l'enregistrement des demandes.

Mais également en ce que les dispositions de l'article L. 554-3 du CESEDA prévoient que : « *Le demandeur d'asile est soumis aux règles de droit commun applicables aux travailleurs étrangers pour la délivrance d'une autorisation de travail.* ».

Or, de telles règles ne permettent pas un accès effectif au marché du travail, même à l'issue de la période de neuf mois prévu par la directive.

Contrairement à la directive 2003/9 du 27 janvier 2003, la directive 2013/33 ne prévoit pas une période d'interdiction d'accès du marché, mais incite, au contraire, les États membres à ouvrir ce droit pour que les demandeurs d'asile soient auto-suffisants.

**PAR CES MOTIFS**, les exposants persistent dans les conclusions de leurs précédentes écritures.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI

SCP d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation