

SPINOSI
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
16 Boulevard Raspail
75007 PARIS

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE COMPLEMENTAIRE

- 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° 450.288

FAITS

I. L'article 52 de la loi n°2018-778 du 10 septembre 2018 « *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie* » autorise le Gouvernement, par voie d'ordonnance, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, et dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la promulgation de cette loi :

« 1° A procéder à une nouvelle rédaction de la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile afin d'en aménager le plan, d'en clarifier la rédaction et d'y inclure les dispositions d'autres codes ou non codifiées relevant du domaine de la loi et intéressant directement l'entrée et le séjour des étrangers en France.

La nouvelle codification à laquelle il est procédé en application du présent 1° est effectuée à droit constant et sous réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, harmoniser l'état du droit, remédier aux erreurs et insuffisances de codification et abroger les dispositions, codifiées ou non, obsolètes ou devenues sans objet ;

2° A prendre toute mesure relevant du domaine de la loi permettant de créer un titre de séjour unique en lieu et place des cartes de séjour portant la mention « salarié » et « travailleur temporaire » mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 313-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et d'en tirer les conséquences ;

3° A prendre toute mesure relevant du domaine de la loi permettant de simplifier le régime des autorisations de travail pour le recrutement de certaines catégories de salariés par des entreprises bénéficiant d'une reconnaissance particulière par l'Etat ;

Les projets de loi de ratification de ces ordonnances sont déposés devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de ces ordonnances ».

II. Par une ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA »), le Gouvernement a recodifié la partie législative de ce code.

L'ordonnance en cause opère ainsi plusieurs évolutions majeures, et notamment en ce qu'elle a consacré la notion de « *descendant direct à charge* » pour déterminer le droit au séjour et à la circulation d'une personne accompagnant ou rejoignant un citoyen de l'Union européenne.

En effet, l'article L. 233-1 du CESEDA, dans sa version issue de l'ordonnance, prévoit que :

« Les citoyens de l'Union européenne ont le droit de séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois s'ils satisfont à l'une des conditions suivantes :

1° Ils exercent une activité professionnelle en France ;

2° Ils disposent pour eux et pour leurs membres de famille de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale, ainsi que d'une assurance maladie ;

3° Ils sont inscrits dans un établissement fonctionnant conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur pour y suivre à titre principal des études ou, dans ce cadre, une formation professionnelle, et garantissent disposer d'une assurance maladie ainsi que de ressources suffisantes pour eux et pour leurs conjoints ou descendants directs à charge qui les accompagnent ou les rejoignent, afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale ;

4° Ils sont membres de famille accompagnant ou rejoignant un citoyen de l'Union européenne qui satisfait aux conditions énoncées aux 1^o ou 2^o ;

5° Ils sont le conjoint ou le descendant direct à charge accompagnant ou rejoignant un citoyen de l'Union européenne qui satisfait aux conditions énoncées au 3^o ».

Par ailleurs, l'ordonnance n° 2020-1733 a réaffirmé l'application du régime du refus d'entrée en cas de rétablissement des contrôles aux frontières internes, en ce qu'elle a modifié les dispositions de l'article L. 332-3 du CESEDA tel qu'il suit :

« La procédure prévue à l'article L. 332-2 est applicable à la décision de refus d'entrée prise à l'encontre de l'étranger en application de l'article 6 du règlement 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016. Elle est également applicable lors de vérifications effectuées à une frontière intérieure en cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans les conditions prévues au chapitre II du titre III du même règlement ».

En outre, le pouvoir réglementaire a gravement porté atteinte au droit au maintien des demandeurs d'asile sur le territoire français en édictant les nouveaux articles L. 521-7, L.542-2 et L. 542-6 du CESEDA.

De plus, l'ordonnance précitée a significativement élargi les possibilités de refus ou de retrait conditions matérielles d'accueil.

Ainsi, aux termes de l'article L. 551-16 remanié du CESEDA :

« Il peut être mis fin, partiellement ou totalement, aux conditions matérielles d'accueil dont bénéficie le demandeur dans les cas suivants :

1° Il quitte la région d'orientation déterminée en application de l'article L. 551-3 ;

2° Il quitte le lieu d'hébergement dans lequel il a été admis en application de l'article L. 552-9 ;

3° Il ne respecte pas les exigences des autorités chargées de l'asile, notamment en se rendant aux entretiens, en se présentant aux autorités et en fournissant les informations utiles afin de faciliter l'instruction des demandes ;

4° Il a dissimulé ses ressources financières ;

5° Il a fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale ;

6° Il a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes ».

Enfin, les dispositions de l'ordonnance n° 2020-1733 ont opéré un durcissement des conditions d'accès au marché du travail pour les

demandeurs d'asile en édictant les nouvelles dispositions des articles L.554-1 et L.554-3 du CESEDA.

III. En outre, par un décret n° 2020-1734 du 16 décembre 2020, le Gouvernement a recodifié la partie réglementaire du CESEDA.

Le pouvoir règlementaire a ainsi restreint le droit des associations d'accéder aux zones d'attentes, en prévoyant, à l'article R. 343-18 nouveau du CESEDA que :

« L'accès des associations à la zone d'attente ne doit pas entraver le fonctionnement de cette dernière et les activités qu'y exercent les services de l'Etat, les entreprises de transport et les exploitants d'infrastructures.

Il s'exerce dans le respect des opinions politiques, philosophiques ou religieuses des étrangers maintenus ».

Le Gouvernement a par la même significativement élargi les possibilités pour l'autorité compétente de recourir à la procédure accélérée pour traiter les demandes d'asiles.

En l'occurrence, la nouvelle section 2 du titre III du livre V de la partie réglementaire du CESEDA régit désormais la procédure accélérée de traitement des demandes d'asile.

En outre, le décret attaqué a également modifié les dispositions applicables à la fixation du pays de renvoi en édictant les dispositions de l'article R. 721-2 remanié du CESEDA.

Enfin, le pouvoir règlementaire a modifié le régime de rétention administrative en ouvrant davantage la possibilité d'y avoir recours et porté atteinte au droit de déposer une demande d'asile en rétention.

En ce sens, le Gouvernement a édicté les dispositions nouvelles de l'article R.751-7 du CESEDA prévoient désormais que :

« L'autorité compétente pour ordonner le placement en rétention administrative d'un étranger en application de l'article L. 751-9 est le préfet de département et, à Paris, le préfet de police ».

Ces dispositions du décret sont prises en application des dispositions législatives de l'article L. 754-2 du CESEDA qui disposent :

« Lorsqu'un étranger placé ou maintenu en rétention présente une demande d'asile, l'autorité administrative peut procéder, pendant la rétention, à la détermination de l'État responsable de l'examen de cette demande conformément à l'article L. 571-1 et, le cas échéant, à l'exécution d'office du transfert dans les conditions prévues à l'article L. 751-13 ».

C'est le décret attaqué.

DISCUSSION

Sur la recevabilité

IV. A titre liminaire, il importe de souligner que les associations requérantes sont bien recevables à solliciter l'annulation du décret n° 2020-1734 du 16 décembre 2020.

Il en est tout particulièrement ainsi s'agissant de leur intérêt à agir.

IV-1 En droit, et de façon générale, il convient de rappeler que « *pour justifier d'un intérêt donnant qualité pour intenter un recours pour excès de pouvoir, le justiciable doit établir que l'acte attaqué l'affecte dans des conditions suffisamment spéciales, certaines et directes* » (conclusions du Commissaire du Gouvernement Jacques Théry sur CE, 28 mai 1971, *Damasio*, n° 78.951).

Dès lors, « *celui qui forme un recours pour excès de pouvoir peut fort bien, aujourd'hui, ne pas être directement et personnellement visé par l'acte qu'il attaque, mais il ne suffit pas qu'il montre que cet acte a pour lui des suites fâcheuses, il faut encore que ces conséquences placent le requérant dans une catégorie nettement définie d'intéressés. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que l'intérêt invoqué soit propre et spécial au requérant, mais il doit s'inscrire dans un cercle où la jurisprudence a admis des collectivités toujours plus vastes d'intéressés, sans l'agrandir toutefois jusqu'aux dimensions de la collectivité nationale* » (conclusions du Président Bernard Chenot sur CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, n° 1743).

Plus précisément, et de manière générale, le Conseil d'Etat admet l'intérêt à agir des associations de défense du droit des étrangers contre les actes réglementaires modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (cf. not. CE, 27 novembre 2020, n° 428.178).

IV-2 Or, en l'occurrence, il est manifeste que les associations exposantes – eu égard à leur objet statutaire – ont indiscutablement intérêt à agir contre le décret contesté.

IV-2.1 A ce titre, l'article 2 des statuts de l'association **ADDE** (Avocats pour la défense des droits des étrangers) prévoit que « cette association a pour but de regrouper les Avocats pour la défense et le respect des droits des étrangers, consacrés, notamment, par les déclarations des droits de l'homme de 1789 et 1793 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle informe les avocats, les étrangers, notamment par l'organisation de réunions, séminaires, colloques, échanges d'informations. Elle soutient l'action des étrangers en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits. Elle combat toutes les formes de racisme et de discrimination, et assiste ceux qui en sont victimes. Elle entretient des relations avec les administrations et les organismes en relation avec les étrangers » (**Prod. 2 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.2 L'ANAFE (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers) se donne pour but, selon l'article 3 de ses statuts, d'« agir en faveur des droits des personnes qui se trouvent ou se sont trouvées en difficulté aux frontières » (**Prod. 3 de la requête introductive d'instance**).

Par une délibération du 23 février 2021, le bureau de ladite association a autorisé son président à contester le décret en litige (**Prod. 4 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.3 L'ARCAT (Association de recherche, de communication et d'action pour l'accès aux traitements) a quant à elle pour but « d'œuvrer en faveur de la démocratie sanitaire » en « favorisant la sensibilisation, l'information et la formation (...) des publics cibles (malades, personnes vulnérables, populations migrantes, etc.) », conformément à l'article 2 de ses statuts (**Prod. 6 de la requête introductive d'instance**).

En outre, une lettre d'intention rédigée par le directoire de l'ARCAT témoigne de la volonté de contester le décret attaqué (**Prod. 8 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.4 La CIMADE, service œcuménique d'entraide a pour but, selon l'article premier de ses statuts, de « [...] manifester une

solidarité active avec les personnes opprimées et exploitées. Elle défend la dignité et les droits des personnes réfugiées et migrantes, quelles que soient leurs origines, leurs opinions politiques ou leurs convictions [...] La Cimade inscrit son engagement dans la perspective d'un monde plus humain et plus juste et adapte constamment ses actions nationales et internationales aux enjeux de l'époque. La Cimade met en oeuvre tous les moyens propres à atteindre ses buts [...] et au besoin par voie judiciaire [...] » (Prod. 10 de la requête introductive d'instance).

En outre, une décision du 26 février 2021 du bureau de la CIMADE autorise son président à contester le décret en cause (**Prod. 9 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.5 La FASTI (La Fédération des associations de solidarités avec tou-te-s les immigré-e-s), selon l'article 2 de ses statuts, a pour objet de regrouper les Associations de Solidarité avec Tou-te-s les, Immigré-e-s sur l'ensemble du territoire, en vue notamment « *d'apporter aux associations affiliées toute l'aide, nécessaire à l'accomplissement de leur tâche, et en particulier, d'assurer au niveau national leur représentation auprès des pouvoirs publics* » (**Prod. 12 de la requête introductive d'instance**).

De plus, une délibération du 18 février 2021 du bureau fédéral de la FASTI autorise sa présidente à contester le décret en litige (**Prod. 11 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.6 Le GISTI (Le Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s) a pour objet, selon l'article premier de ses statuts « *de soutenir, par tous moyens, l'action [des immigrés] en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, sur la base du principe, d'égalité ; de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, et assister celles et ceux qui en sont victimes ; de promouvoir la liberté de circulation* » (**Prod. 14 de la requête introductive d'instance**).

Par une délibération du 17 février 2021 du bureau du GISTI a autorisé sa présidente à contester le décret susvisé (**Prod. 13 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.7 Il résulte de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, des statuts de la **Ligue des droits de l'Homme**, que l'association est « *destinée à défendre les principes énoncés dans les Déclarations des droits de l'Homme de 1789 et de 1793, la Déclaration universelle de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et ses protocoles additionnels (...)* ».

L'article 3 desdits statuts, pris en ses alinéas 1^{er}, 2^e et 3^e, précise que :

« La Ligue des droits de l'Homme intervient chaque fois que lui est signalée une atteinte aux principes énoncés aux articles précédents, au détriment des individus, des collectivités et des peuples.

Ses moyens d'action sont : l'appel à la conscience publique, les interventions auprès des pouvoirs publics, auprès de toute juridiction notamment la constitution de partie civile lorsque des personnes sont victimes d'atteintes aux principes ci-dessus visés et d'actes arbitraires ou de violences de la part des agents de l'État.

Lorsque des actes administratifs nationaux ou locaux portent atteinte aux principes visés ci-dessus, la LDH agit auprès des juridictions compétentes » (**Prod. 16 de la requête introductive d'instance**).

En outre, une lettre d'intention du président de la Ligue des droits de l'Homme témoigne de sa volonté de contester le décret attaqué (**Prod. 15 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.8 Aux termes de l'article 2 de ses statuts, l'association **Le paria** a quant à elle pour objet de « *fournir un soutien sous toute forme aux personnes et groupes sociaux marginalisés, exilés, réfugiés, refoulés ; favoriser leur insertion sur les plans social, économique, administratif, juridique et politique* » (**Prod. 18 de la requête introductive d'instance**).

Par ailleurs, une délibération du 23 février 2021 de l'association autorise sa présidente à contester le décret litigieux (**Prod. 13 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.9 Selon l'article 2 de ses statuts, le **Syndicat des avocats de France** a pour objet :

- « *toute action relative au fonctionnement de la justice, aux conditions de détention, ainsi qu'aux droits des justiciables et de toute personne privée de liberté* » ;
- « *l'action pour la défense des droits de la défense et des libertés dans le monde* » (**Prod. 20 de la requête introductive d'instance**).

De plus, le bureau de la SAF a décidé de contester le décret susvisé par sa délibération du 24 février 2021 (**Prod. 19 de la requête introductive d'instance**).

IV-2.10 Enfin, aux termes de l'article 1^{er} de ses statuts fédéraux, **SOS-Hépatites Fédération** « *regroupe des associations régionales régies par la Loi de 1901, des délégations et des délégués ayant pour but la prévention, l'information, la solidarité, la défense de toutes les personnes concernées par les hépatites virales, quels que soient les virus et les modes de contamination, les maladies du foie, ainsi que la promotion de la recherche* » (**Prod. 21 de la requête introductive d'instance**).

De plus, une délibération du 24 février 2021 de l'association autorise son président à contester le décret attaqué (**Prod. 22 de la requête introductive d'instance**).

IV-3 Ainsi, il ne fait aucun doute que la présente contestation du décret en litige est étroitement liée à l'objet statutaire des associations exposantes.

Partant, l'intérêt à agir de ces dernières est incontestable.

Sur l'irrégularité de la procédure d'édiction

V. En premier lieu, le décret litigieux a été adopté au terme d'une procédure irrégulière, dès lors que la version définitive du texte finalement publiée ne correspond pas à la version soumise pour avis à la Section de l'Intérieur du Conseil d'Etat.

V-1 En effet, en droit, il est constant que les projets de décrets en Conseil d'Etat doivent être soumis pour avis à la Section administrative compétente en son sein en fonction du champ d'application du texte.

De plus, le Gouvernement ne saurait publier un décret dans une version qui n'aurait pas été soumise à cet examen et qui ne serait pas celle finalement adoptée par le Conseil d'Etat (v. CE, 16 octobre 1968, *Union des grandes pharmacies de France et a.*, n^{os} 69.186, 69.206 et 70.749, au Recueil ; et pour un exemple d'application positive de cette jurisprudence CE, 2 mai 1990, *Joannides*, n^o 86.662).

Si le Gouvernement n'est certes pas tenu de suivre les recommandations éventuellement formulées par le Conseil d'Etat ainsi entendu, il doit, en revanche, pleinement se plier à cette obligation de consultation, sous peine d'entacher le décret litigieux d'incompétence.

V-2 En l'espèce, il ne fait aucun doute que le décret attaqué est bien un décret en Conseil d'Etat.

En effet, parmi les visas de ce décret figure explicitement la mention suivante : « *Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) entendu* » (**Prod. 1 de la requête introductive d'instance**).

C'est donc en considération du principe ainsi rappelé qu'il convient de souligner qu'il appartiendra à la Section du Contentieux du Conseil d'Etat de s'assurer que le décret n^o 2020-1734 du 16 décembre 2020 portant partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile correspond bien à la version soumise pour avis à la Section de l'Intérieur ou finalement adoptée par celle-ci.

En effet, il est acquis que le texte critiqué a fait l'objet de multiples débats.

De même, il ne fait aucun doute que plusieurs projets ont été préparés.

De sorte que le Gouvernement a nécessairement amendé son texte à plusieurs reprises.

Or, faute de publicité de l'avis de la Section de l'intérieur du Conseil d'Etat, il ne saurait être établi que la version définitivement adoptée du décret litigieux était bien conforme au projet soumis à cette Section administrative ou au texte adopté par celle-ci.

V-3 C'est la raison pour laquelle les exposantes entendent formuler le présent moyen tiré de ce que le décret contesté est entaché d'incompétence et de vice de procédure.

Dès lors qu'il n'est pas établi que la version publiée du texte correspond effectivement à la version soumise pour avis au Conseil d'Etat ou au texte adopté par la Section de l'intérieur, ce décret ne saurait « être regardé comme ayant été pris en Conseil d'Etat », au sens de la jurisprudence précédemment citée de la Haute juridiction (CE, 2 mai 1990, *Joannides*, préc.).

De ce chef, déjà, l'annulation est acquise.

Sur la méconnaissance des exigences légales, européennes et constitutionnelles

VI. En deuxième lieu, le décret attaqué est entaché de multiples erreurs de droit notamment en raison de la méconnaissance, par ces dispositions réglementaires ou encore par les dispositions législatives qui en sont le fondement, du droit de l'Union européenne et d'autres exigences conventionnelles.

Et ce, à plusieurs titres.

Sur l'accès à l'assurance maladie et au travail

VII. Premièrement, le décret est entaché d'une erreur de droit en ce que, en modifiant les dispositions réglementaires du code du travail et du code de la sécurité sociale, il n'a pas prévu l'ensemble des

exigences requises par les dispositions légales relatives à l'accès à l'assurance maladie et au travail.

En effet, outre les articles 12 et 14 du décret litigieux, il ressort de l'article R. 431-14 du CESEDA ainsi modifié que :

« Est autorisé à exercer une activité professionnelle le titulaire du récépissé de demande de première délivrance des titres de séjour suivants :

1° La carte de séjour temporaire portant la mention « salarié » prévue à l'article L. 421-1 et la carte de séjour temporaire portant la mention « travailleur temporaire » prévue à l'article L. 421-3, dès lors que son titulaire satisfait aux conditions mentionnées à l'article L. 5221-1 du code du travail ;

2° La carte de séjour temporaire portant la mention « recherche d'emploi ou création d'entreprise » prévue à l'article L. 422-10 ou L. 422-14 ;

3° La carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » prévue à l'article L. 423-1, L. 423-7, L. 423-8, L. 423-13, L. 423-14, L. 423-15, L. 423-21, L. 425-1 ou L. 426-5 ;

4° La carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » prévue à l'article L. 426-13, à condition que son titulaire séjourne en France depuis au moins un an ;

5° La carte de séjour pluriannuelle portant la mention « passeport talent », « passeport talent - carte bleue européenne », « passeport talent - chercheur » ou « passeport talent - chercheur - programme de mobilité » prévue aux articles L. 421-9 à L. 421-11 et L. 421-13 à L. 421-21, dès lors que son titulaire est bénéficiaire d'un visa de long séjour ou d'un visa de long séjour valant titre de séjour délivré sur le fondement du 2° de l'article L. 411-1 ;

6° La carte de séjour pluriannuelle portant la mention « passeport talent (famille) » prévue à l'article L. 421-22, L. 421-23 ou L. 422-12 ;

7° *La carte de séjour pluriannuelle portant la mention « salarié détaché ICT » ou « salarié détaché mobile ICT » prévue aux articles L. 421-26 et L. 421-27 ;*

8° *La carte de séjour pluriannuelle portant la mention « salarié détaché ICT (famille) » ou « salarié détaché mobile ICT (famille) » prévue aux articles L. 421-28 et L. 421-29 ;*

9° *La carte de séjour pluriannuelle portant la mention « travailleur saisonnier » prévue à l'article L. 421-34, dès lors que son titulaire satisfait aux conditions mentionnées à l'article L. 5221-1 du code du travail ;*

10° *La carte de séjour pluriannuelle portant la mention « bénéficiaire de la protection subsidiaire » prévue à l'article L. 424-9 et la carte de séjour pluriannuelle portant la mention « membre de la famille d'un bénéficiaire de la protection subsidiaire » prévue à l'article L. 424-11;*

11° *La carte de séjour pluriannuelle portant la mention « bénéficiaire du statut d'apatride » prévue à l'article L. 424-18 et la carte de séjour pluriannuelle portant la mention « membre de famille d'un bénéficiaire du statut d'apatride » prévue à l'article L. 424-19 ;*

12° *La carte de résident prévue à l'article L. 423-6, L. 423-11, L. 423-12, L. 423-16, L. 424-1, L. 424-3, L. 424-13, L. 424-21, L. 425-3, L. 426-1, L. 426-2, L. 426-3, L. 426-6, L. 426-7 ou L. 426-10. »*

VII-1 Or, en droit, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article L. 423-22 (ancien L. 313-11 2 bis) du CESEDA tel qu'issu de l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 :

« Dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou s'il entre dans les prévisions de l'article L. 421-35, l'étranger qui a été confié au service de l'aide sociale à l'enfance au plus tard le dernier jour de sa quinzième année se voit délivrer une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » d'une durée d'un an, sans que soit opposable la condition prévue à l'article L. 412-1. »

Cette carte est délivrée sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de la formation qui lui a été prescrite, de la nature des liens de l'étranger avec sa famille restée dans son pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur son insertion dans la société française. »

En outre, selon l'article L. 435-3 (ancien L. 313-15) du CESEDA également qu'issu de l'ordonnance du 16 décembre 2020 :

« A titre exceptionnel, l'étranger qui a été confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans et qui justifie suivre depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle peut, dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire, se voir délivrer une carte de séjour temporaire portant la mention « salarié » ou « travailleur temporaire », sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de cette formation, de la nature de ses liens avec sa famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française. La condition prévue à l'article L. 412-1 n'est pas opposable. »

VII-2 Or, en l'occurrence, les modifications apportées dispositions réglementaires du code de sécurité sociale et du code du travail par les articles 12 et 14 du décret litigieux ainsi que par l'article R. 431-14 du CESEDA – tel qu'issu du décret – ont omis les titulaires des cartes prévues aux articles L. 423-22 (ancien L. 313-11 2 bis) et L. 435-3 (ancien L313-15) du CESEDA.

Ces cartes concernent des jeunes pris en charge par l'aide sociale à l'enfance avant ou après 16 ans qui, dans l'état actuel du droit, sont autorisés à travailler dès la délivrance de la carte.

Cette autorisation est déterminante pour qu'ils puissent signer avec le conseil départemental des contrats, prévus à l'article L. 222-5 du code de l'action sociale et des familles.

En ne le prévoyant pas dans ses dispositions, le décret a nécessairement méconnu les exigences légales des articles L. 423-22 et L. 435-3 du CESEDA tel qu'issu de l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020.

Sur le Livre III

Sur l'application du régime du refus d'entrée en cas de rétablissement des contrôles aux frontières internes (article R.332-1 du CESEDA)

VIII. Deuxièmement, le décret attaqué est entaché d'une erreur de droit en ce qu'il a pour effet d'appliquer régime le refus d'entrée en cas de rétablissement des contrôles aux frontières internes.

Le nouvel article R. 332-1 du CESEDA prévoit ainsi que :

« La décision refusant l'entrée en France à un étranger, prévue à l'article L. 332-2, est prise :

1° Par le chef du service de la police nationale chargé du contrôle aux frontières ou, par délégation, par un fonctionnaire désigné par lui, titulaire au moins du grade de brigadier ;

2° Ou par le chef du service des douanes chargé du contrôle aux frontières ou, par délégation, par un fonctionnaire désigné par lui, titulaire au moins du grade d'agent de constatation principal de deuxième classe.

Dans les aéroports affectés à titre exclusif ou principal au ministère de la défense, cette décision peut être également prise par le commandant d'unité de la gendarmerie maritime ou de la gendarmerie de l'air ou, par délégation, par un militaire désigné par lui, titulaire au moins du grade de gendarme.

Ces dispositions sont prises pour application du chapitre II du titre III du livre III du CESEDA ».

Et ces dispositions réglementaires sont directement fondées sur les dispositions législatives de l'article L. 332-2 du CESEDA, auxquelles il est expressément fait référence :

« La procédure prévue à l'article L. 332-2 est applicable à la décision de refus d'entrée prise à l'encontre de l'étranger en application de l'article 6 du règlement 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016. Elle est également applicable lors de

vérifications effectuées à une frontière intérieure en cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans les conditions prévues au chapitre II du titre III du même règlement ».

VIII-1 En effet, en droit, la Cour de justice de l'Union européenne considère que l'instauration de contrôles aux frontières internes, conformément aux articles 25 et suivants du règlement 2016/399, n'a pas pour objet, ni pour effet de permettre à la police aux frontières ou au préfet de prononcer à l'encontre des personnes démunies des justificatifs pour entrer sur le territoire des refus d'entrée (CJUE, 19 mars 2019, *Aribe. a.*, n° C-444/17, § 45 à 55).

Si la Cour a indiqué que M. Arib n'avait pas fait l'objet d'un contrôle à un point de passage autorisé (PPA) mis en place à l'occasion du rétablissement du contrôle aux frontières internes, les considérants n°45 à 55 donnent une réponse claire quant à l'application de l'exception prévue par le a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 2008/115/UE en considérant que :

« 54 En effet, si, comme le confirme l'article 14, paragraphe 4, du code frontières Schengen, l'adoption d'une décision de refus d'entrée sur le territoire de l'espace Schengen vise à éviter que le ressortissant de pays tiers auquel elle est opposée pénètre sur ce territoire, l'arrestation ou l'interception d'un tel ressortissant, en séjour irrégulier, à l'occasion du franchissement d'une frontière extérieure ou à proximité immédiate d'une telle frontière, permet également aux autorités nationales compétentes de prendre aisément et rapidement, compte tenu du lieu où ledit ressortissant a été appréhendé, les mesures appropriées afin d'éviter qu'il demeure sur ledit territoire, en le ramenant immédiatement à la frontière extérieure qu'il a franchie irrégulièrement.

*55 Dans de telles circonstances, caractérisées, notamment, par la proximité d'une frontière extérieure, il peut être justifié d'autoriser un État membre à ne pas suivre toutes les étapes de la procédure prévue par la directive 2008/115, afin d'accélérer le retour vers un pays tiers des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur son territoire » (CJUE, 19 mars 2019, *Aribe. a.*, n° C-444/17).*

En ce sens, le Conseil d'Etat a récemment jugé que : « *le a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier permet aux Etats membres de ne pas appliquer les dispositions de cette directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), ou arrêtés ou interceptés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière extérieure d'un Etat membre. Telles qu'interprétées par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2019, Arib e.a. (C-444/17), **ces dispositions ne sont pas applicables aux franchissements des frontières intérieures d'un Etat membre** lorsque celui-ci a réintroduit le contrôle à ces frontières en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen » (CE, 27 novembre 2020, *La Cimade et autres*, n°428.178).*

VIII-2 Or, en l'occurrence, le nouvel article R. 332-1 du CESEDA méconnaît directement ces exigences européennes en permettant, sans distinction aucune, qu'une décision de refus d'entrée soit prise en cas de franchissement de la frontière intérieure.

Et ce, en « *application du chapitre II du titre III du livre III du CESEDA* ».

Pourtant, il découle de l'ensemble des exigences européennes précédemment exposées que celles-ci sont résolument applicables, même lorsqu'un rétablissement des contrôles aux frontières internes est instauré (et constamment prolongé).

De sorte qu'en droit interne, les dispositions applicables sont nécessairement celles prévues par le chapitre Ier du titre II du livre VI du CESEDA et non celle du livre III.

A ce titre, c'est donc par une interprétation erronée des dispositions applicables du droit national et du droit de l'Union européenne que, depuis le 13 novembre 2015, le rétablissement des contrôles aux

frontières internes a été constamment renouvelé, ce qui a permis aux autorités de procéder à plus de 300 000 refus d'entrée.

Dès lors, la censure des dispositions litigieuses du décret s'impose.

Sur l'accès des associations aux zones d'attente (article R. 348-1 du code)

IX. Deuxièmement, le pouvoir réglementaire a encore commis une erreur de droit en portant une atteinte manifestement disproportionnée au droit des associations d'accéder aux zones d'attentes.

L'article R. 343-18 nouveau du CESEDA prévoit ainsi que :

« L'accès des associations à la zone d'attente ne doit pas entraver le fonctionnement de cette dernière et les activités qu'y exercent les services de l'Etat, les entreprises de transport et les exploitants d'infrastructures.

Il s'exerce dans le respect des opinions politiques, philosophiques ou religieuses des étrangers maintenus ».

IX-1 En droit, aux termes de 8§2 de la directive 2013/32/UE :

« 2. Les États membres veillent à ce que les organisations et les personnes qui fournissent des conseils et des orientations aux demandeurs puissent accéder effectivement aux demandeurs présents aux points de passage frontaliers, y compris aux zones de transit, aux frontières extérieures. Les États membres peuvent prévoir des règles relatives à la présence de ces organisations et de ces personnes à ces points de passage et, en particulier, soumettre l'accès à un accord avec les autorités compétentes des États membres. Des restrictions à cet accès ne peuvent être imposées que, lorsqu'en vertu du droit national, elles sont objectivement nécessaires à la sécurité, l'ordre public ou la gestion administrative des points de passage, pour autant que ledit accès n'en soit pas alors considérablement restreint ou rendu impossible ».

A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que, par une décision du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel a d'abord énoncé que « *la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle* » et qu'il en découle « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (Cons. const. Déc. n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, § 7 et 8 ; v. également Cons. constit. Déc. n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, § 104).

Dans le commentaire autorisé de la décision, il est ainsi expliqué que « *le Conseil a jugé que cette liste, et notamment la mention de « tout acte destiné à assurer des conditions de vie dignes et décentes » pouvait être interprétée comme ne couvrant pas tout acte ayant une fin humanitaire. Or il a estimé que le principe de fraternité imposait que tout acte d'aide au séjour ayant un but humanitaire bénéficie d'une exemption pénale. C'est pourquoi il a formulé une réserve d'interprétation visant à étendre le champ de l'exemption pénale à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* » (Commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, p. 23).

IX-2 Or, en l'occurrence, il ressort des dispositions litigieuses de l'article R. 343-18 nouveau du CESEDA que l'accès des associations en zone d'attente – qui est crucial pour la défense des intérêts des étrangers maintenus – pourra être considérablement restreint pour des motifs extrêmement larges « *de fonctionnement de la police aux frontières et les activités qu'y exercent les services de l'Etat, les entreprises de transport et les exploitants d'infrastructures.* »

Ces dispositions tendant à entraver le travail d'observation et d'assistance des associations habilitées dans les zones d'accès réservé des aéroports, ports et gares ferroviaires ouvertes au trafic international, lesquelles sont indubitablement incluses dans la délimitation légale d'une zone d'attente.

Si le ministre s'emploie depuis plus de vingt ans à les qualifier de « *zones internationales* » pour qu'elles ne puissent faire l'objet d'une

visite des associations habilitées, cette notion n'a aucun fondement juridique.

Avec les dispositions ainsi introduites dans le nouveau code, une visite dans ces lieux pourra être refusé au moindre prétexte de sous-effectif des services de la police aux frontières, d'affluence dans les aéroports, les ports et les gares et annihilera le droit d'accès des associations.

Ainsi, une telle restriction conduit à entraver le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire dans les zones d'attente mentionnées au chapitre 1^{er} du titre IV du livre III du CESEDA.

En outre, les exposantes tiennent à souligner que les dispositions selon que le droit d'accès s'exerce dans le respect des opinions politiques, philosophiques ou religieuses des étrangers maintenus, non seulement, méconnaissent frontalement le principe de liberté d'expression et de conscience mais, au surplus, se méprennent sur le champ d'application du principe de neutralité, lequel n'est opposable qu'aux seuls agents publics.

De telles limites ne peuvent qu'entraver de plus fort la liberté des associations d'exercer leurs missions humanitaires.

A ce titre, l'annulation s'impose donc.

Sur le Livre IV

Sur les dispositions de l'article R.425-5 du CESEDA

X. Troisièmement, le décret est également entaché d'une erreur de droit en ce que les dispositions de l'article R. 425-5 du CESEDA qui en résultent prévoient que :

« Une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée par le préfet territorialement compétent à l'étranger qui satisfait aux conditions définies à l'article L. 425-1.

La même carte de séjour temporaire peut également être délivrée à un mineur âgé d'au moins seize ans, remplissant les conditions mentionnées au présent article et qui déclare vouloir exercer une activité professionnelle salariée ou suivre une formation professionnelle.

La demande de carte de séjour temporaire est accompagnée du récépissé du dépôt de plainte de l'étranger ou fait référence à la procédure pénale comportant son témoignage. »

X-1 En droit, il importe de rappeler que l'article 3 de la Convention européenne prévoit que :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Surtout, l'article 4 relatif à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé stipule que :

« 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.

2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire. [...] »

Sur le fondement de ces articles qui garantissent des droits de nature absolue, la Cour européenne juge désormais avec constance et fermeté que les Etats ont l'obligation d'agir effectivement contre toutes formes de traite des êtres humains mais aussi d'en protéger efficacement les victimes.

Récemment, la Cour européenne a réaffirmé ces exigences en formation solennelle de Grande Chambre :

« 304. La Cour note tout d'abord que les affaires liées à la traite des êtres humains soulèvent habituellement, au regard de l'article 4, la question des obligations positives que la Convention impose aux États. En effet, dans ces affaires les requérants sont généralement des victimes de la traite ou d'actes liés à la traite commis par un autre particulier, dont la conduite ne saurait engager la responsabilité directe de l'État (J. et autres c. Autriche, précité, §§ 108-109).

305. *La nature et la portée des obligations positives découlant de l'article 4 ont été analysées de manière exhaustive dans l'arrêt Rantsev précité. Les principes généraux résumés dans cet arrêt correspondent aux préceptes essentiels de la jurisprudence dans son état actuel et représentent à ce jour le cadre pertinent pour l'examen sous l'angle de la Convention des affaires concernant directement ou indirectement la traite d'êtres humains. Ces principes sont ainsi formulés :*

« 283. *La Cour rappelle qu'avec les articles 2 et 3, l'article 4 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (Siliadin, précité, § 82). L'article 4 [§ 1] ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention, et d'après l'article 15 § 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation.*

284. *Pour déterminer s'il y a eu violation de l'article 4, il faut prendre en compte le cadre juridique et réglementaire en vigueur (voir, mutatis mutandis, Natchova et autres c. Bulgarie [GC], nos 43577/98 et 43579/98, § 93, CEDH 2005-VII). La palette des garanties prévues dans la législation nationale doit être suffisante pour assurer une protection pratique et effective des droits des victimes avérées ou potentielles de la traite. Ainsi, outre les mesures de droit pénal visant à sanctionner les trafiquants, l'article 4 impose aux États membres de mettre en place des mesures adéquates pour réglementer les secteurs généralement utilisés comme couvertures pour la traite d'êtres humains. De plus, les règles nationales en matière d'immigration doivent répondre aux préoccupations relatives à l'encouragement, la facilitation ou la tolérance de la traite (voir, mutatis mutandis, Guerra et autres c. Italie, 19 février 1998, §§ 58-60, Recueil 1998-I, Z et autres c. Royaume-Uni [GC], no 29392/95, §§ 73-74, CEDH 2001-V, et Natchova et autres, précité, §§ 96-97 et 99-102).*

285. *Dans son arrêt Siliadin (précité, §§ 89 et 112), la Cour a confirmé que l'article 4 imposait aux États membres l'obligation positive spécifique de pénaliser et de poursuivre effectivement tout acte visant à réduire un individu en esclavage ou en servitude ou à le soumettre au travail forcé ou obligatoire. Pour s'acquitter de cette*

obligation, les États membres doivent mettre en place un cadre législatif et administratif interdisant et réprimant la traite. La Cour observe que le Protocole de Palerme et la Convention anti-traite du Conseil de l'Europe soulignent l'un comme l'autre la nécessité d'adopter une approche globale pour lutter contre la traite en mettant en place, en plus des mesures visant à sanctionner les trafiquants (...) des mesures de prévention du trafic et de protection des victimes. Il ressort clairement des dispositions de ces deux instruments que les États contractants, parmi lesquels figurent tous les États membres du Conseil de l'Europe, ont estimé que seule une combinaison de mesures traitant les trois aspects du problème pouvait permettre de lutter efficacement contre la traite (...) L'obligation de pénaliser et de poursuivre la traite n'est donc qu'un aspect de l'engagement général des États membres à lutter contre ce phénomène. La portée des obligations positives découlant de l'article 4 doit être envisagée dans le contexte plus large de cet engagement.

286. *Comme les articles 2 et 3 de la Convention, l'article 4 peut, dans certaines circonstances, imposer à l'État de prendre des mesures concrètes pour protéger les victimes avérées ou potentielles de la traite (voir, mutatis mutandis, Osman [c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, § 115, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII], et Mahmut Kaya c. Turquie, no 22535/93, § 115, CEDH 2000-III). Pour qu'il y ait obligation positive de prendre des mesures concrètes dans une affaire donnée, il doit être démontré que les autorités de l'État avaient ou devaient avoir connaissance de circonstances permettant de soupçonner raisonnablement qu'un individu était soumis, ou se trouvait en danger réel et immédiat de l'être, à la traite ou à l'exploitation au sens de l'article 3 a) du Protocole de Palerme et de l'article 4 a) de la Convention anti-traite du Conseil de l'Europe. Si tel est le cas et qu'elles ne prennent pas les mesures appropriées relevant de leurs pouvoirs pour soustraire l'individu à la situation ou au risque en question, il y a violation de l'article 4 de la Convention (voir, mutatis mutandis, Osman, précité, §§ 116-117, et Mahmut Kaya, précité, §§ 115-116).*

287. *Sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter l'obligation de prendre des mesures concrètes de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif (voir,*

mutatis mutandis, Osman, précité, § 116). Au moment d'examiner la proportionnalité en l'espèce de quelque obligation positive que ce soit, il faut tenir compte du fait que le Protocole de Palerme, signé par Chypre et par la Fédération de Russie en 2000, impose aux États de s'efforcer de protéger la sécurité physique des victimes de traite se trouvant sur leur territoire et de mettre en place des politiques et des programmes complets de prévention de la traite et de lutte contre ce phénomène (...) Les États doivent également former comme il se doit leurs agents des services de détection, de répression et d'immigration (...)

288. De même que les articles 2 et 3, l'article 4 impose une obligation procédurale d'enquêter sur les situations de traite potentielle. L'obligation d'enquête ne dépend pas d'une plainte de la victime ou d'un proche : une fois que la question a été portée à leur attention, les autorités doivent agir (voir, mutatis mutandis, Paul et Audrey Edwards, précité, § 69). Pour être effective, l'enquête doit être indépendante des personnes impliquées dans les faits. Elle doit également permettre d'identifier et de sanctionner les responsables. Il s'agit là d'une obligation non de résultat, mais de moyens. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans tous les cas mais lorsqu'il est possible de soustraire l'individu concerné à une situation dommageable, l'enquête doit être menée d'urgence. La victime ou le proche doivent être associés à la procédure dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes (voir, mutatis mutandis, ibidem, §§ 70-73). »

306. Il ressort de ce qui précède que le cadre général formé par les obligations positives découlant de l'article 4 comporte : 1) l'obligation de mettre en place un système législatif et administratif interdisant et réprimant la traite, 2) l'obligation, dans certaines circonstances, de prendre des mesures opérationnelles pour protéger les victimes avérées ou potentielles de la traite, et 3) une obligation procédurale d'enquêter sur les situations de traite potentielle. De manière générale, les deux premiers volets des obligations positives peuvent être qualifiés de matériels, tandis que le troisième correspond à l'obligation (positive) « procédurale » qui incombe aux États. »
 (Cour EDH, G.C. 25 juin 2020, S.M. c. Croatie, n° 60561/14).

X-2 Or, en l'occurrence, les dispositions litigieuses de l'article R. 425-5 du CESEDA – telles qu'issues du décret litigieux – reprennent certes celles qui existaient auparavant à l'article R. 316-3 du CESEDA.

Mais à l'insigne exception de son dernier alinéa, lequel prévoyait que :

« La carte de séjour temporaire est renouvelable pendant toute la durée de la procédure pénale mentionnée à l'alinéa précédent, sous réserve que les conditions prévues pour sa délivrance continuent d'être satisfaites. »

Or, ces dernières dispositions sont tout à fait essentielles pour assurer le droit au séjour des personnes qui ont eu le courage de porter plainte contre les personnes qui les ont soumises à la traite des êtres humains, pendant l'instruction pénale qui peut durer plusieurs années.

Si elles ne bénéficient plus de titre de séjour pendant celle-ci, elles pourront être l'objet de mesures prévues aux livres VI à VIII du code.

Les dispositions du chapitre III du titre III du même livre ne les reprennent pas, ce qui prive les personnes concernées d'une garantie et porte atteinte à l'impératif de lutte effective contre les pratiques de traite des êtres humains ainsi qu'à l'obligation de protection des victimes.

La censure s'impose donc.

Sur le Livre V

Sur la section 2 du titre III du livre V de la partie réglementaire du CESEDA portant sur la procédure accélérée de traitement des demandes d'asile

XI. Quatrièmement, le pouvoir réglementaire a commis une autre erreur de droit en élargissant les possibilités pour l'autorité compétente de recourir à la procédure accélérée pour traiter les demandes d'asiles.

La nouvelle section 2 du titre III du livre V de la partie réglementaire du CESEDA porte sur la procédure accélérée de traitement des demandes d'asile.

Les dispositions R. 531-23 à R. 531-29 du CESEDA sont notamment fondées sur les nouvelles dispositions L. 531-26 et suivantes du même code.

Ainsi, le pouvoir réglementaire, tout en divisant en plusieurs articles les dispositions de l'article L. 723-2 ancien du code, en a modifié le contenu.

En effet, il a ajouté à l'article L. 531-26 (ancien I de l'article L. 723-2) le cas du « *demandeur est maintenu en rétention en application de l'article L. 754-3* » (ancien article L. 556-1 du CESEDA).

XI-1 En droit, aux termes de l'article 4 de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 :

« 1. Les États membres désignent pour toutes les procédures une autorité responsable de la détermination qui sera chargée de procéder à un examen approprié des demandes conformément à la présente directive. Les États membres veillent à ce que cette autorité dispose des moyens appropriés, y compris un personnel compétent en nombre suffisant, pour accomplir ses tâches conformément à la présente directive ».

L'article 31§7 et §8 de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 prévoit les deux modalités de la procédure par priorité et les onze cas où peut être mis en oeuvre la procédure accélérée.

Enfin l'article 36 de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 prévoit que :

« 1. Un pays tiers désigné comme pays d'origine sûr conformément à la présente directive ne peut être considéré comme tel pour un demandeur déterminé, après examen individuel de la demande introduite par cette personne, que si :

a) ce dernier est ressortissant dudit pays; ou

b) l'intéressé est apatride et s'il s'agit de son ancien pays de résidence habituelle, et si ce demandeur n'a pas fait valoir de raisons sérieuses permettant de penser qu'il ne s'agit pas d'un pays d'origine sûr en raison de sa situation personnelle, compte tenu des conditions requises pour prétendre au statut de bénéficiaire d'une protection internationale en vertu de la directive 2011/95/UE. [...] »

Il ressort clairement de ces dispositions que seule l'autorité de détermination désignée pour l'examen approprié des demandes d'asile met en oeuvre, le cas échéant, les dispositions des paragraphes 7 et 8 de l'article 31 de la directive visant à accélérer les procédures dans les cas qui y sont limitativement énumérés et pour l'application de cette procédure pour un demandeur ressortissant d'un pays d'origine sûr, il doit être fait un examen a priori des deux conditions fixées à l'article 36.

Et le juge des référés du Conseil d'Etat, sous l'empire des dispositions antérieures, a estimé que « *les dispositions du VI de l'article L. 723-2 du même code, de même, en tout état de cause, que les effets propres d'une telle décision, font obstacle à une saisine du juge du référé liberté qui aurait pour seul objet de contester le placement d'une demande d'asile en procédure "accélérée" et non en "procédure" normale* » (CE, Ord. du 25 août 2020, n° 442.705).

XI-2 Or, en l'occurrence, les dispositions litigieuses, qui ont pour effet de favoriser un recours automatique et excessif à la procédure accélérée dans le traitement des demandes d'asile, méconnaissent manifestement les exigences européennes précitées.

En effet, l'application conforme de la directive suppose que ce soit à l'OFPRA de décider, selon les informations de la demande d'asile, qu'il est seul à connaître, de mettre en oeuvre ou non les dispositions relatives à la procédure accélérée.

Ainsi, pour être conforme à l'esprit et à la lettre de la directive, toutes les demandes d'asile devraient être a priori examinées en procédure normale.

Les dispositions de l'article L. 531-28 du nouveau code – qui correspond à l'article L. 723-2 V ancien du code, ne corrigent qu'imparfaitement cette non-conformité puisque la loi ne prévoit pas que l'OFPRA vérifie systématiquement que les conditions légales de la mise en oeuvre de la procédure accélérée sont réunies et ne prévoit de reclassement que pour l'examen approprié des demandes ou en cas de vulnérabilité.

Mais la pratique montre que le mécanisme de reclassement n'est que marginalement utilisé par l'OFPRA, ne serait-ce qu'en raison des conditions qui sont fixées par la loi pour le mettre en oeuvre qui le rendent inefficace.

Cette ineffectivité est aggravée par l'impossibilité de saisir un juge, même sur le fondement d'une atteinte manifeste à une liberté fondamentale, pour contester le caractère abusif d'une procédure accélérée pendant l'examen de la demande (CE, ord. 25 août 2020, préc.).

Sur le refus ou le retrait des conditions matérielles d'accueil

XII. Cinquièmement, le pouvoir réglementaire a encore commis une erreur de droit en modifiant substantiellement les dispositions relatives au refus et au retrait des conditions matérielles d'accueil.

C'est à cette fin que les dispositions des articles R. 551-5, R. 551-21 et D. 551-17 ont été introduites dans la partie réglementaire du CESEDA par le décret attaqué du 16 décembre 2020.

Ainsi, l'article R. 551-5 du code dispose :

« A défaut de présentation du demandeur dans le délai de cinq jours, mentionné à l'article R. 551-3, il peut être mis fin au bénéfice des conditions matérielles d'accueil, en application de l'article L. 551-16 ».

L'article R. 551-21 du code prévoit que :

« Pour l'application du 2° de l'article L. 551-16, un demandeur d'asile est considéré comme ayant quitté son lieu d'hébergement s'il s'en absente plus d'une semaine sans justification valable.

Dans ce cas, le gestionnaire du lieu en informe sans délai, en application de l'article L. 552-5, l'Office français de l'immigration et de l'intégration ».

Enfin, l'article D. 551-17 dispose :

« La décision de refus des conditions matérielles d'accueil prise en application de l'article L. 551-15 est écrite, motivée et prend en compte la vulnérabilité du demandeur. Elle prend effet à compter de sa signature.

Dans un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision, le bénéficiaire peut introduire un recours devant le directeur général de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, à peine d'irrecevabilité du recours contentieux. La décision comporte la mention des voies et délais dans lesquels ce recours peut être formé.

Le directeur général de l'office dispose d'un délai de deux mois pour statuer. A défaut, le recours est réputé rejeté. Toute décision de rejet doit être motivée ».

Ces dispositions reprennent en substance celles du second alinéa de l'ancien article R. 744-13-3 et le dernier alinéa de l'ancien article R. 744-13-4 du CESEDA ainsi que les 12° et 14° de l'article 1er du décret n° 2018-1159 du 28 décembre 2018.

Elles sont fondées sur les dispositions législatives de l'article L. 551-15 nouveau du CESEDA qui prévoit que :

« Les conditions matérielles d'accueil peuvent être refusées, totalement ou partiellement, au demandeur dans les cas suivants :

1° Il refuse la région d'orientation déterminée en application de l'article L. 551-3 ;

2° Il refuse la proposition d'hébergement qui lui est faite en application de l'article L. 552-8 ;

3° Il présente une demande de réexamen de sa demande d'asile ;

4° Il n'a pas sollicité l'asile, sans motif légitime, dans le délai prévu au 3° de l'article L. 531-27.

La décision de refus des conditions matérielles d'accueil prise en application du présent article est écrite et motivée. Elle prend en compte la vulnérabilité du demandeur ».

D'autre part, aux termes de l'article L. 551-16 nouveau du même code :

« Il peut être mis fin, partiellement ou totalement, aux conditions matérielles d'accueil dont bénéficie le demandeur dans les cas suivants :

1° Il quitte la région d'orientation déterminée en application de l'article L. 551-3 ;

2° Il quitte le lieu d'hébergement dans lequel il a été admis en application de l'article L. 552-9 ;

3° Il ne respecte pas les exigences des autorités chargées de l'asile, notamment en se rendant aux entretiens, en se présentant aux autorités et en fournissant les informations utiles afin de faciliter l'instruction des demandes ;

4° Il a dissimulé ses ressources financières ;

5° Il a fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale ;

6° Il a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes.
Un décret en Conseil d'Etat prévoit les sanctions applicables en cas de comportement violent ou de manquement grave au règlement du lieu d'hébergement.

La décision mettant fin aux conditions matérielles d'accueil prise en application du présent article est écrite et motivée. Elle prend en compte la vulnérabilité du demandeur. Elle est prise après que l'intéressé a été mis en mesure de présenter ses observations écrites selon des modalités définies par décret.

Lorsque la décision mettant fin aux conditions matérielles d'accueil a été prise en application des 1°, 2° ou 3° du présent article et que les raisons ayant conduit à cette décision ont cessé, le demandeur peut solliciter de l'Office français de l'immigration et de l'intégration le rétablissement des conditions matérielles d'accueil. L'office statue sur la demande en prenant notamment en compte la vulnérabilité du demandeur ainsi que, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il n'a pas respecté les obligations auxquelles il avait consenti au moment de l'acceptation initiale des conditions matérielles d'accueil ».

XII-1 En droit, il convient de rappeler que, sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il appartient aux Etats d'assurer le respect de la dignité humaine (v. not. Cour EDH, G.C., 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, n° 23380/09, §81, 88 et 89 ; Cour EDH, G.C., 17 juillet 2014, *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, n°s 32541/08 et 43441/08 ; Cour EDH, G.C., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96).

Cet impératif de protection de la dignité implique tout particulièrement que l'insuffisance des conditions matérielles d'accueil accordées aux personnes étrangères et demandeurs d'asile peut donner lieu à un engagement de responsabilité d'un Etat au titre de l'article 3 de la Convention qui interdit les traitements inhumains et dégradants.

Ainsi, dans un arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour de Strasbourg a jugé qu'en vertu du droit de l'Union européenne, « l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les autorités [nationales] en vertu des termes mêmes de la législation nationale qui transpose le droit communautaire », de sorte qu'un demandeur d'asile peut reprocher à ces autorités « l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé, de par leur action ou leurs omissions délibérées, de jouir en pratique de ces droits afin de pourvoir à ses besoins essentiels. » (Cour EDH, G.C., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 250).

Par conséquent, la Cour européenne a estimé que les autorités de l'Etat – en l'occurrence, la Grèce – « *doivent être tenues pour responsables, en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles [un demandeur d'asile] s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels* » (*Ibid.* § 253 ; v. aussi Cour EDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, § 95 ; Cour EDH, G.C., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12, § 101 et 122 ; Cour EDH, 24 mai 2018, *N.T.P. et autres c. France*, n° 68862/13, § 42-44 ; Cour EDH, 28 février 2019, *Khan c. France*, n° 12267/16 ; Cour EDH, 2 juillet 2020, *N.H. et autres c. France*, n° 28820/13).

XII-2 En outre, et toujours en droit, l'article 17 de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 prévoit que :

« 1. *Les États membres font en sorte que les demandeurs aient accès aux conditions matérielles d'accueil lorsqu'ils présentent leur demande de protection internationale.*

2. *Les États membres font en sorte que les mesures relatives aux conditions matérielles d'accueil assurent aux demandeurs un niveau de vie adéquat qui garantisse leur subsistance et protège leur santé physique et mentale »*

Son article 20 relatif à la « *limitation ou [au] retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil* » dispose que :

« 1. *Les États membres peuvent limiter ou, dans des cas exceptionnels et dûment justifiés, retirer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil lorsqu'un demandeur:*

- a) *abandonne le lieu de résidence fixé par l'autorité compétente sans en avoir informé ladite autorité ou, si une autorisation est nécessaire à cet effet, sans l'avoir obtenue; ou*
- b) *ne respecte pas l'obligation de se présenter aux autorités, ne répond pas aux demandes d'information ou ne se rend pas aux entretiens personnels concernant la procédure d'asile dans un délai raisonnable fixé par le droit national; ou*

c) a introduit une demande ultérieure telle que définie à l'article 2, point q), de la directive 2013/32/UE.

En ce qui concerne les cas visés aux points a) et b), lorsque le demandeur est retrouvé ou se présente volontairement aux autorités compétentes, une décision dûment motivée, fondée sur les raisons de sa disparition, est prise quant au rétablissement du bénéfice de certaines ou de l'ensemble des conditions matérielles d'accueil retirées ou réduites.

2. Les États membres peuvent aussi limiter les conditions matérielles d'accueil lorsqu'ils peuvent attester que le demandeur, sans raison valable, n'a pas introduit de demande de protection internationale dès qu'il pouvait raisonnablement le faire après son arrivée dans l'État membre.

3. 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.

4. Les États membres peuvent déterminer les sanctions applicables en cas de manquement grave au règlement des centres d'hébergement ainsi que de comportement particulièrement violent.

5. Les décisions portant limitation ou retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil ou les sanctions visées aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 du présent article sont prises au cas par cas, objectivement et impartialement et sont motivées. Elles sont fondées sur la situation particulière de la personne concernée, en particulier dans le cas des personnes visées à l'article 21, compte tenu du principe de proportionnalité. Les États membres assurent en toutes circonstances l'accès aux soins médicaux conformément à l'article 19 et garantissent un niveau de vie digne à tous les demandeurs.

6. Les États membres veillent à ce que les conditions matérielles d'accueil ne soient pas retirées ou réduites avant qu'une décision soit prise conformément au paragraphe 5. »

Or, à cette aune, le Conseil d'Etat a récemment jugé que « *sont annulés les articles 2 et 11 du décret n° 2018-1159 du 14 décembre 2018, ainsi que le I de l'article 19 de ce décret en tant qu'il introduit dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile le second alinéa de l'article R. 744-13-3 et le dernier alinéa de l'article R. 744-13-4* » (CE, 31 juillet 2019, n°428.530 et 428.584; CE, 27 novembre 2020, n° 428.178).

Pour parvenir à cette solution, le Conseil d'Etat a relevé qu'« *il résulte de l'article 20 de la directive que, s'il est possible, dans des cas exceptionnels et dûment justifiés, de retirer les conditions matérielles d'accueil à un demandeur d'asile, d'une part ce retrait ne peut intervenir qu'après examen de la situation particulière de la personne et être motivé, d'autre part l'intéressé doit pouvoir solliciter le rétablissement des conditions matérielles d'accueil lorsque le retrait a été fondé sur l'abandon du lieu de résidence sans information ou autorisation de l'autorité compétente, sur la méconnaissance de l'obligation de se présenter aux autorités ou de se rendre aux rendez-vous qu'elle fixe ou sur l'absence de réponse aux demandes d'information. Il suit de là que les associations requérantes sont fondées à soutenir qu'en créant des cas de refus et de retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil sans appréciation des circonstances particulières et en excluant, en cas de retrait, toute possibilité de rétablissement de ces conditions, les articles L. 744-7 et L. 744-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans leur rédaction résultant de la loi du 10 septembre 2018, sont incompatibles avec les objectifs de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013. Il en résulte que les associations requérantes sont fondées à demander l'annulation du I de l'article 19 du décret attaqué en tant qu'il introduit dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile le second alinéa de l'article R. 744-13-3 et le dernier alinéa de l'article R. 744-13-4, pris pour application de ces dispositions législatives.* ».

XII-3 Enfin, et encore en droit, les dispositions antérieures de l'article L. 744-7 du CESEDA prévoient avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance attaquée que :

« *Le bénéfice des conditions matérielles d'accueil prévues à l'article L. 744-1 est subordonné :*

1° A l'acceptation par le demandeur de la proposition d'hébergement ou, le cas échéant, de la région d'orientation déterminée en application de l'article L. 744-2. Ces propositions tiennent compte des besoins, de la situation personnelle et familiale de chaque demandeur au regard de l'évaluation prévue à l'article L. 744-6, des capacités d'hébergement disponibles et de la part des demandeurs d'asile accueillis dans chaque région ;

2° Au respect des exigences des autorités chargées de l'asile, notamment en se rendant aux entretiens, en se présentant aux autorités et en fournissant les informations utiles afin de faciliter l'instruction des demandes.

Le demandeur est préalablement informé, dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend, que le fait de refuser ou de quitter le lieu d'hébergement proposé ou la région d'orientation mentionnés au 1° du présent article ainsi que le non-respect des exigences des autorités chargées de l'asile prévues au 2° entraîne de plein droit le refus ou, le cas échéant, le retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil ».

L'article L. 744-8 ancien du même code disposait :

« Outre les cas, mentionnés à l'article L. 744-7, dans lesquels il est immédiatement mis fin de plein droit au bénéfice des conditions matérielles d'accueil, le bénéfice de celles-ci peut être :

1° Retiré si le demandeur d'asile a dissimulé ses ressources financières, a fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale ou a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes, ou en cas de comportement violent ou de manquement grave au règlement du lieu d'hébergement ;

2° Refusé si le demandeur présente une demande de réexamen de sa demande d'asile ou s'il n'a pas sollicité l'asile, sans motif légitime, dans le délai prévu au 3° du III de l'article L. 723-2 ».

Néanmoins le Conseil d'Etat a récemment jugé qu'en « créant des cas de refus et de retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil sans appréciation des circonstances particulières et en

excluant, en cas de retrait, toute possibilité de rétablissement de ces conditions, les articles L. 744-7 et L. 744-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans leur rédaction résultant de la loi du 10 septembre 2018, s'avèrent incompatibles avec les objectifs de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 » (CE, 31 juillet 2019, n° 428.530).

En outre, l'article 20 de la directive 2013/33/UE régit les limitations du bénéfice des conditions matérielles d'accueil et prévoit les cas exceptionnels et dûment justifiés dans lesquels elles peuvent être retirées :

« *Limitation ou retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil*

*Les États membres peuvent limiter ou, **dans des cas exceptionnels et dûment justifiés, retirer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil** lorsqu'un demandeur :*

- a) *abandonne le lieu de résidence fixé par l'autorité compétente sans en avoir informé ladite autorité ou, si une autorisation est nécessaire à cet effet, sans l'avoir obtenue ; ou*
- b) *ne respecte pas l'obligation de se présenter aux autorités, ne répond pas aux demandes d'information ou ne se rend pas aux entretiens personnels concernant la procédure d'asile dans un délai raisonnable fixé par le droit national ;*
- c) *a introduit une demande ultérieure telle que définie à l'article 2, point q), de la directive 2013/32/UE*

En ce qui concerne les cas visés aux points a) et b), lorsque le demandeur est retrouvé ou se présente volontairement aux autorités compétentes, une décision dûment motivée, fondée sur les raisons de sa disparition, est prise quant au rétablissement du bénéfice de certaines ou de l'ensemble des conditions matérielles d'accueil retirées ou réduites.

2. *Les États membres peuvent aussi limiter les conditions matérielles d'accueil lorsqu'ils peuvent attester que le demandeur, sans raison valable, n'a pas introduit de demande de protection internationale dès*

qu'il pouvait raisonnablement le faire après son arrivée dans l'État membre.

3. 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.

4. Les États membres peuvent déterminer les sanctions applicables en cas de manquement grave au règlement des centres d'hébergement ainsi que de comportement particulièrement violent.

5. Les décisions portant limitation ou retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil ou les sanctions visées aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 du présent article sont prises au cas par cas, objectivement et impartialement et sont motivées. Elles sont fondées sur la situation particulière de la personne concernée, en particulier dans le cas des personnes visées à l'article 21, compte tenu du principe de proportionnalité. Les États membres assurent en toutes circonstances l'accès aux soins médicaux conformément à l'article 19 et garantissent un niveau de vie digne à tous les demandeurs.

6. Les États membres veillent à ce que les conditions matérielles d'accueil ne soient pas retirées ou réduites avant qu'une décision soit prise conformément au paragraphe 5 ».

Il résulte de ces dispositions, selon la Cour de justice de l'Union européenne, que : « l'économie générale et la finalité de la directive 2003/9 ainsi que le respect des droits fondamentaux, notamment les exigences de l'article 1^{er} de la Charte selon lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée, s'opposent, ainsi qu'il a été dit aux points 42 à 45 du présent arrêt, à ce qu'un demandeur d'asile soit privé, fût-ce pendant une période temporaire après l'introduction d'une demande d'asile et avant qu'il ne soit effectivement transféré dans l'État membre responsable, de la protection des normes minimales établies par cette directive » (CJUE, 27 septembre 2012, *Cimade et Gisti*, Aff. C-179/11).

Par un arrêt du 12 novembre 2019, la Cour a ajouté que : « s'agissant plus particulièrement de l'exigence relative à la préservation de la dignité du niveau de vie (...) le respect de la dignité humaine, au sens

de cet article, exige que la personne concernée ne se trouve pas dans une situation de dénuement matériel extrême qui ne lui permettrait pas de faire face à ses besoins les plus élémentaires, tels que ceux de se loger, de se nourrir, de se vêtir et de se laver, et qui porterait ainsi atteinte à sa santé physique ou mentale ou la mettrait dans un état de dégradation incompatible avec cette dignité (voir, en ce sens, arrêt du 19 mars 2019, Jawo, C163/17, EU :C :2019 :218, point 92 et jurisprudence citée) » (CJUE, 12 nov. 2019, Haqbin, Aff. C-233/18).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat juge que si l'article 7 de la directive de la directive 2013/33/UE prévoit la possibilité pour un Etat-membre de conditionner la fourniture des conditions matérielles d'accueil à la désignation d'un lieu ou d'une région où la personne est tenue de résider, cela n'a ni pour objet, ni pour effet d'ajouter une situation à celles décrites par l'article 20 de la directive pour limiter ou retirer ce bénéfice (CE, 27 novembre 2020, n°428.178).

En toutes hypothèses, à la suite d'une décision portant refus ou retrait des conditions matérielles d'accueil, **le droit de l'Union européenne exige que soit prévue une possibilité pour l'intéressé de demander le rétablissement total ou partiel de ce bénéfice** (*Idem*).

Et si le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions de l'article L. 744-8 3° du CESEDA issues de la rédaction de la loi n°2015-925 du 29 juillet 2015 étaient conformes au droit de l'Union, c'est en considération de ce qu'elles subordonnaient le trait des conditions d'accueil à la possibilité de présenter des observations préalables et en tenant compte de la vulnérabilité de l'intéressé (CE, 23 décembre 2016, n°394.819).

Enfin, dans une affaire récente, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé ce qu'il suit : « Les autorités françaises (...) doivent être tenues pour responsables des conditions dans lesquelles ils [les requérants, demandeurs d'asile] se sont trouvés pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à leurs besoins essentiels et dans l'angoisse permanente d'être attaqués et volés. La Cour estime que les requérants ont été victimes d'un traitement dégradant témoignant d'un manque de respect pour leur dignité et que cette situation a, sans aucun doute, suscité chez eux des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à conduire au désespoir. (...) Les

considérations qui précèdent sont suffisantes pour permettre à la Cour de conclure que N.H. (requête no 28820/13), K.T. (requête no 75547/13) et A.J. (requête no 13114/15) se sont retrouvés, par le fait des autorités, dans une situation contraire à l'article 3 de la Convention » (Cour EDH, 2 juillet 2020, N. H. et autres contre France, n° 28820/13).

XII-4 Or, en l'occurrence, les dispositions de l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 méconnaissent incontestablement l'ensemble de ces exigences européennes.

XII-4.1 D'une part, dès lors que les dispositions litigieuses reprennent en substance celles du second alinéa de l'ancien article R. 744-13-3 et le dernier alinéa de l'ancien article R. 744-13-4 du CESEDA ainsi que les 12° et 14° de l'article 1er du décret n° 2018-1159 du 28 décembre 2018, le pouvoir réglementaire ne pouvait réintroduire ces dispositions sans méconnaître gravement l'autorité de la chose jugée ainsi que les exigences européennes précédemment citées.

En effet, et une fois encore, ces dispositions ont été annulées par une décision récente du Conseil d'Etat qui a retenu que « *les associations requérantes sont fondées à soutenir qu'en créant des cas de refus et de retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil sans appréciation des circonstances particulières et en excluant, en cas de retrait, toute possibilité de rétablissement de ces conditions, les articles L. 744-7 et L. 744-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans leur rédaction résultant de la loi du 10 septembre 2018, sont incompatibles avec les objectifs de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013* » (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178).

Dès lors, il est manifeste que les dispositions réglementaires réintroduites par le décret litigieux méconnaissent tout autant les exigences européennes.

XII-4.2 D'autre part, le décret attaqué procède à une modification radicale des dispositions relatives aux conditions de refus et de retrait

des conditions matérielles d'accueil prévus aux articles L. 551-15 et L. 551-16 du code remanié.

Et ces dispositions nouvelles sont **toujours incompatibles** avec le droit de l'Union européenne et les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme.

En particulier, le Conseil d'Etat ne manquera pas de déclarer ces dispositions incompatibles avec le droit de l'Union européenne, ainsi qu'il l'a déjà fait pour les dispositions des articles L. 744-7 et L. 744-8 du CESEDA qui portent également sur les restrictions aux conditions matérielles d'accueil.

En ce sens, l'article 20 de la directive 2013/33/UE soumet le retrait ou le refus d'octroyer les conditions matérielles d'accueil à une condition de stricte proportionnalité.

Sur le fondement de ces dispositions, la Cour de justice de l'Union européenne protège la dignité des personnes en rappelant que les Etats-membres ne peuvent que limiter les conditions matérielles à titre exceptionnel et dans des cas dûment justifiés.

En tout état de cause, le droit de l'Union européenne, tout comme la Convention européenne, interdit fermement le refus ou le retrait total des conditions matérielles d'accueil aux demandeurs d'asile.

Or, les dispositions prévues par les articles L. 551-15 et L. 551-16 du CESEDA prévoient en général les possibilités de refus et de retrait total et par exception partiel, des conditions matérielles d'accueil et méconnaissent par suite les exigences européennes précitées.

Plus précisément, les cas envisagés par les 5° et 6° de l'article L. 551-16 nouveau du CESEDA ne sont pas prévus par les dispositions de la directive qui ne permet qu'une limitation ou un retrait exceptionnelles lorsque le demandeur « a *dissimulé ses ressources financières* ».

Cette notion ne saurait aucunement inclure les hypothèses où le demandeur d'asile a donné des indications erronées sur sa composition familiale ou encore présenté plusieurs demandes sous d'identité différentes.

En outre, les dispositions contestées ne prévoient aucunement, à la suite d'une décision portant refus ou retrait des conditions matérielles d'accueil, la possibilité pour l'intéressé de demander que les conditions matérielles d'accueil soient rétablies.

Et ce, en méconnaissance frontale du droit de l'Union européenne qui exige que le droit interne prévoit dans cette hypothèse une possibilité pour l'intéressé de demander le rétablissement total ou partiel de ce bénéfice (Conseil d'Etat, n°428.178, préc.).

Les dispositions litigieuses ne prévoient pas non plus la possibilité pour l'intéressé de présenter des observations préalables avant la décision de refus ou de retrait, qui doit pourtant tenir compte de la vulnérabilité du demandeur (Conseil d'Etat, n°394.819, préc.).

Sur le Livre VII

Sur les dispositions relatives à la fixation du pays de renvoi

XIII. Sixièmement, le décret attaqué est par ailleurs entaché d'erreur de droit en ce qu'il modifie les dispositions applicables à la fixation du pays de renvoi.

Ainsi, aux termes de l'article R. 721-2 remanié du CESEDA :

« Le préfet de département et, à Paris, le préfet de police sont compétents pour fixer le pays de renvoi d'un étranger en cas d'exécution d'office des décisions suivantes :

- 1° La décision portant obligation de quitter le territoire français ;*
- 2° L'interdiction de retour sur le territoire français ;*
- 3° La mise en œuvre d'une décision prise par un autre Etat ;*
- 4° L'interdiction de circulation sur le territoire français ;*
- 5° L'expulsion, sauf dans les cas prévus à l'article R.* 721-3 ;*
- 6° La peine d'interdiction du territoire français ».*

Ces dispositions sont prises pour application de la section 2 du chapitre I du titre II du livre VII de la nouvelle partie législative du CESEDA, et notamment sur les dispositions de l'article L. 721-3 qui prévoit que :

« L'autorité administrative fixe, par une décision distincte de la décision d'éloignement, le pays à destination duquel l'étranger peut être renvoyé en cas d'exécution d'office d'une décision portant obligation de quitter le territoire français, d'une interdiction de retour sur le territoire français, d'une décision de mise en œuvre d'une décision prise par un autre État, d'une interdiction de circulation sur le territoire français, d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire français. »

Par ailleurs, l'article L. 721-4 du CESEDA prévoit que :

« L'autorité administrative peut désigner comme pays de renvoi :

1° Le pays dont l'étranger a la nationalité, sauf si l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou la Cour nationale du droit d'asile lui a reconnu la qualité de réfugié ou lui a accordé le bénéfice de la protection subsidiaire ou s'il n'a pas encore été statué sur sa demande d'asile ;

2° Un autre pays pour lequel un document de voyage en cours de validité a été délivré en application d'un accord ou arrangement de réadmission européen ou bilatéral ;

3° Ou, avec l'accord de l'étranger, tout autre pays dans lequel il est légalement admissible.

Un étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des traitements contraires aux stipulations de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ».

Et l'article L. 721-5 du même code dispose :

« Les dispositions du chapitre IV du titre I du livre VI sont applicables à la contestation et au jugement de la décision fixant le pays de renvoi qui vise à exécuter une décision portant obligation de quitter le territoire français ou une interdiction de retour sur le territoire français. »

Les dispositions des articles L. 614-7 à L. 614-13 sont applicables à la contestation et au jugement de la décision fixant le pays de renvoi qui vise à exécuter une décision de mise en œuvre d'une décision prise par un autre État, une interdiction de circulation sur le territoire français ou une peine d'interdiction du territoire français, lorsque l'étranger qui en fait l'objet est assigné à résidence en application de l'article L. 731-1 ou placé ou maintenu en rétention en application du titre IV du présent livre.

La décision fixant le pays de renvoi peut être contestée dans le même recours que la décision administrative d'éloignement qu'elle vise à exécuter. Lorsqu'elle a été notifiée postérieurement à la décision d'éloignement, la décision fixant le pays de renvoi peut être contestée alors même que la légalité de la décision d'éloignement a déjà été confirmée par le juge administratif ou ne peut plus être contestée ».

XIII-1 *En effet, en droit, la Cour de justice de l'union européenne a jugé que « L'article 13 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, lu à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle la modification, par une autorité administrative, du pays de destination mentionné dans une décision de retour antérieure ne peut être contestée par le ressortissant d'un pays tiers concerné qu'au moyen d'un recours formé devant une autorité administrative, sans que soit garanti un contrôle juridictionnel ultérieur de la décision de cette autorité. En pareille hypothèse, le principe de primauté du droit de l'Union ainsi que le droit à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux, doivent être interprétés en ce sens qu'ils imposent à la juridiction nationale saisie d'un recours visant à contester la légalité, au regard du droit de l'Union, de la décision de retour consistant en une telle modification du pays de destination, de se déclarer compétente pour connaître de ce recours » (CJUE, 14 mai 2020, affaires jointes n° C-924/19 PPU et C-925/19 PPU).*

Dans cette décision, la juridiction européenne conclut ainsi que « **lorsque l'autorité nationale compétente modifie le pays de destination**

mentionné dans une décision de retour antérieure, elle apporte une modification à ce point substantielle à cette décision de retour qu'elle doit être considérée comme ayant adopté une nouvelle décision de retour, au sens de l'article 3, point 4, de la directive 2008/115 » (Idem).

De plus, le Conseil d'Etat, dans un avis, a considéré que « lorsque l'administration notifie la décision fixant le pays de renvoi postérieurement à l'obligation de quitter le territoire français, il ne saurait être fait grief à l'étranger de ne pas avoir contesté simultanément ces deux décisions » (CE, avis, 14 décembre 2015, n° 393.591).

XIII-2 En l'espèce, en considérant la décision fixant le pays de renvoi comme une mesure d'exécution, classées dans le livre VII du nouveau code, alors qu'elle est intrinsèquement liée à la décision de retour, le pouvoir réglementaire a procédé à une interprétation erronée du droit de l'Union, tel qu'il a été interprété par la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, les décisions prises sur le fondement du livre VI et en particulier les décisions d'obligation de quitter le territoire mentionnées au titre I doivent nécessairement comporter un pays de renvoi et le retrait, l'abrogation ou l'annulation de cette décision fixant le pays induit les mêmes effets sur la décision obligeant de quitter le territoire que sur les décisions dont elle est assortie (délai de départ, interdiction de retour).

Sur les dispositions relatives aux assignations à résidence

XIV. Septièmement, le pouvoir réglementaire a encore commis une erreur de droit en permettant de placer une personne faisant l'objet d'une interdiction de retour sous assignation à résidence.

Le décret attaqué modifie ainsi les dispositions nouvelles des articles R. 732-1 et suivants du CESEDA qui sont notamment fondées sur des dispositions législatives au premier rang desquelles figurent celles de l'article L. 731-1 du même code qui prévoit que :

« 2° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une interdiction de retour sur le territoire français prise en application des articles L. 612-6, L. 612-7 et L. 612-8 ».

Par ailleurs, l'article L. 731-2 du même code dispose :

« L'étranger assigné à résidence en application de l'article L. 731-1 peut être placé en rétention en application de l'article L. 741-1, lorsqu'il ne présente plus de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement apprécié selon les mêmes critères que ceux prévus à l'article L. 612-3 ».

XIV-1 En effet, en droit, la Cour de justice de l'union européenne juge que *« du libellé de ces dispositions ainsi que de l'utilisation de l'expression « interdiction d'entrée » qu'une telle interdiction est censée compléter une décision de retour, en interdisant à l'intéressé pour une durée déterminée après son « retour », tel que ce terme est défini à l'article 3, point 3, de la directive 2008/115, et donc après son départ du territoire des États membres, d'entrer à nouveau sur ce territoire et d'y séjourner ensuite. La prise d'effet d'une telle interdiction suppose ainsi que l'intéressé a, au préalable, quitté ledit territoire ».*

La juridiction européenne en conclut que si la directive 2008/115 ouvre, en vertu de son article 6, paragraphe 6, aux États membres la possibilité d'adopter simultanément la décision de retour et l'interdiction d'entrée, il résulte toutefois clairement de l'économie de cette directive que **ces deux décisions sont distinctes, la première tirant les conséquences de l'illégalité du séjour initial, tandis que la seconde concerne un éventuel séjour ultérieur en rendant celui-ci illégal.**

XIV-2 Or, en l'occurrence, c'est maintenant la possibilité d'assigner à résidence ou de placer en rétention une personne faisant l'objet d'une interdiction de retour que le pouvoir réglementaire a procédé à une interprétation erronée du droit de l'Union, tel qu'il a été interprété par la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, il résulte clairement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne qu'**une interdiction d'entrée prévue par**

l'article 11 de la directive n'est pas une décision de retour et ne peut être le fondement d'une mesure de restriction ou de privation de liberté au sens des articles L. 731-1 et L. 741-1 du CESEDA.

Sur les dispositions relatives à la rétention administrative

XV. Huitièmement, et en dernier lieu, le pouvoir réglementaire a commis une dernière erreur de droit en élargissant de manière excessive le recours aux mesures de rétention administrative et en portant atteinte au droit de déposer une demande d'asile en rétention.

D'une part, aux termes de l'article R. 732-1 du CESEDA :

« Sans préjudice du second alinéa de l'article 11-1 du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004, l'autorité compétente pour assigner à résidence un demandeur d'asile en application de l'article L. 751-2 est le préfet de département et, à Paris, le préfet de police.

La même autorité est compétente pour faire conduire l'étranger assigné à résidence en vue d'assurer sa présentation aux convocations de l'autorité administrative et aux entretiens prévus dans le cadre de la procédure de détermination de l'Etat responsable de la demande d'asile et pour saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de requérir les services de police ou les unités de gendarmerie en application de l'article L. 751-5 ».

De même, l'article R.751-7 du CESEDA prévoit que :

« L'autorité compétente pour ordonner le placement en rétention administrative d'un étranger en application de l'article L. 751-9 est le préfet de département et, à Paris, le préfet de police ».

Ces dispositions sont prises en application du chapitre 1^{er} du titre V du livre VII de la partie législative du code remanié.

D'autre part, aux termes de l'article R. 754-1 du CESEDA :

« Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables à l'étranger dont la demande d'asile relève de l'article L. 571-1 et qui

est placé en rétention en vue de l'exécution d'une décision de transfert en application de l'article L. 572-1.

L'étranger en est informé dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend ».

Ces dispositions font application des dispositions législatives de l'article L. 754-2 du CESEDA qui prévoient que :

« Lorsqu'un étranger placé ou maintenu en rétention présente une demande d'asile, l'autorité administrative peut procéder, pendant la rétention, à la détermination de l'État responsable de l'examen de cette demande conformément à l'article L. 571-1 et, le cas échéant, à l'exécution d'office du transfert dans les conditions prévues à l'article L. 751-13 ».

Enfin, l'article R. 754-2 du CESEDA dispose :

« L'étranger placé ou maintenu en rétention administrative qui souhaite demander l'asile est informé, sans délai, de la procédure de demande d'asile, de ses droits et de ses obligations au cours de cette procédure, des conséquences que pourrait avoir le non-respect de ces obligations ou le refus de coopérer avec les autorités et des moyens dont il dispose pour l'aider à présenter sa demande.

Cette information lui est communiquée dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend ».

Ces dispositions sont prises en application de l'article L. 754-1 du code qui prévoit que :

« La demande d'asile d'un étranger placé ou maintenu en rétention n'est pas recevable si elle est formulée plus de cinq jours après qu'il s'est vu notifier ses droits en matière d'asile dans les conditions prévues à l'article L. 744-6. Toutefois, cette irrecevabilité n'est pas opposable à l'étranger qui invoque, au soutien de sa demande, des faits survenus après l'expiration de ce délai.

L'irrecevabilité de la demande d'asile peut être opposée par l'autorité administrative lorsque cette demande a été présentée par un étranger, en provenance d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr en

application de l'article L. 531-25, au-delà des cinq premiers jours de rétention dans le seul but de faire échec à l'exécution effective et imminente de la décision d'éloignement ».

XV-1 D'emblée, en droit, la rétention administrative des demandeurs d'asile est régie par l'article 28 du règlement Dublin III et par les articles 8 à 11 de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile.

L'article 28 du règlement 604/2013/UE prévoit à ce titre que :

« 1. Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle fait l'objet de la procédure établie par le présent règlement.

2. Les États membres peuvent placer les personnes concernées en rétention en vue de garantir les procédures de transfert conformément au présent règlement lorsqu'il existe un **risque non négligeable de fuite de ces personnes**, sur la base d'une **évaluation individuelle et uniquement dans la mesure où le placement en rétention est proportionnel** et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être effectivement appliquées.

3. Le placement en rétention est d'une durée aussi brève que possible et ne se prolonge pas au-delà du délai raisonnablement nécessaire pour accomplir les procédures administratives requises avec toute la diligence voulue jusqu'à l'exécution du transfert au titre du présent règlement.

Lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, le délai de présentation d'une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge ne dépasse pas un mois à compter de l'introduction de la demande. L'État membre qui mène la procédure conformément au présent règlement demande dans ce cas une réponse urgente. Cette réponse est donnée dans un délai de deux semaines à partir de la réception de la requête. L'absence de réponse à l'expiration de ce délai de deux semaines équivaut à l'acceptation de la requête et entraîne l'obligation de prendre ou de reprendre en charge la personne, y compris l'obligation d'assurer la bonne organisation de son arrivée.

Lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, son transfert de l'État membre requérant vers l'État membre responsable est effectué dès qu'il est matériellement possible et au plus tard dans un délai de six semaines à compter de l'acceptation implicite ou explicite par un autre État membre de la requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge de la personne concernée ou à compter du moment où le recours ou la révision n'a plus d'effet suspensif conformément à l'article 27, paragraphe 3.

Lorsque l'État membre requérant ne respecte pas les délais de présentation d'une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge ou lorsque le transfert n'intervient pas dans le délai de six semaines visé au troisième alinéa, la personne n'est plus placée en rétention. Les articles 21, 23, 24 et 29 continuent de s'appliquer en conséquence.

4. En ce qui concerne les conditions de placement en rétention et les garanties applicables aux personnes placées en rétention, afin de garantir les procédures de transfert vers l'État membre responsable, les articles 9, 10 et 11 de la directive 2013/33/UE s'appliquent ».

En outre, l'article 11 du même règlement – intitulé « *Placement en rétention de personnes vulnérables et de demandeurs ayant des besoins particuliers en matière d'accueil* » – dispose :

« 1. L'état de santé, y compris l'état de santé mentale, des demandeurs placés en rétention qui sont des personnes vulnérables est pour les autorités nationales une préoccupation primordiale.

Lorsque des personnes vulnérables sont placées en rétention, les États membres veillent à assurer un suivi régulier de ces personnes et à leur apporter un soutien adéquat, compte tenu de leur situation particulière, y compris leur état de santé.

2. Les mineurs ne peuvent être placés en rétention qu'à titre de mesure de dernier ressort et après qu'il a été établi que d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées efficacement. Ce placement en rétention doit être d'une durée la plus brève possible et tout doit être mis en œuvre pour libérer les mineurs placés en rétention et les placer dans des lieux d'hébergement appropriés pour mineurs.

L'intérêt supérieur du mineur, comme l'exige l'article 23, paragraphe 2, est une considération primordiale pour les États membres.

Lorsque des mineurs sont placés en rétention, ils ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge.

3. Les mineurs non accompagnés ne peuvent être placés en rétention que dans des circonstances exceptionnelles. Tout doit être mis en œuvre pour libérer le plus rapidement possible le mineur non accompagné placé en rétention.

Les mineurs non accompagnés ne sont jamais placés en rétention dans des établissements pénitentiaires.

Dans la mesure du possible, les mineurs non accompagnés sont hébergés dans des centres disposant de personnel et d'installations qui tiennent compte des besoins des personnes de leur âge.

Lorsque des mineurs non accompagnés sont placés en rétention, les États membres veillent à ce qu'ils soient hébergés séparément des adultes.

4. Les familles placées en rétention disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité suffisante.

5. Lorsque des demandeurs de sexe féminin sont placés en rétention, les États membres veillent à ce qu'ils soient hébergés séparément des demandeurs de sexe masculin, à moins que ces derniers ne soient des membres de leur famille et que toutes les personnes concernées y consentent.

Des exceptions au premier alinéa peuvent également s'appliquer à l'utilisation des espaces communs destinés aux activités récréatives ou sociales, y compris la distribution des repas.

6. Dans des cas dûment justifiés et pendant une durée raisonnable devant être la plus brève possible, les États membres peuvent déroger au paragraphe 2, troisième alinéa, au paragraphe 4 et au paragraphe 5, premier alinéa, lorsque le demandeur est placé en rétention à un

poste frontière ou dans une zone de transit, à l'exception des cas visés à l'article 43 de la directive 2013/32/UE ».

Enfin, aux termes de l'article 22 de la directive 2013/33/UE

« 1. Aux fins de la mise en œuvre effective de l'article 21, les États membres évaluent si le demandeur est un demandeur qui a des besoins particuliers en matière d'accueil. Ils précisent en outre la nature de ces besoins.

Cette évaluation est initiée dans un délai raisonnable après la présentation de la demande de protection internationale et peut être intégrée aux procédures nationales existantes. Les États membres veillent à ce que ces besoins particuliers soient également pris en compte, conformément aux dispositions de la présente directive, s'ils deviennent manifestes à une étape ultérieure de la procédure d'asile.

Les États membres font en sorte que l'aide fournie aux demandeurs ayant des besoins particuliers en matière d'accueil conformément à la présente directive, tienne compte de leurs besoins particuliers en matière d'accueil pendant toute la durée de la procédure d'asile et que leur situation fasse l'objet d'un suivi approprié.

2. L'évaluation visée au paragraphe 1 ne doit pas revêtir la forme d'une procédure administrative.

3. Seules les personnes vulnérables conformément à l'article 21 peuvent être considérées comme ayant des besoins particuliers en matière d'accueil et bénéficier en conséquence de l'aide spécifique prévue conformément à la présente directive.

4. L'évaluation prévue au paragraphe 1 ne préjuge pas l'évaluation des besoins de protection internationale en vertu de la directive 2011/95/U ».

En définitive, il ressort clairement de l'application combinée de ces dispositions que pour pouvoir placer en rétention une personne « Dublinée » il faut d'une part que le droit national prévoit la définition du risque non négligeable de fuite et d'autre part, et conformément aux articles 11 et 22 de la directive accueil, qu'une

évaluation des besoins spécifiques des personnes vulnérables puisse être effectuée y compris dans les lieux de rétention.

En outre, Le considérant 15 de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 est également en ce sens :

« Le placement en rétention des demandeurs devrait respecter le principe sous-jacent selon lequel nul ne doit être placé en rétention pour le seul motif qu'il demande une protection internationale, conformément, notamment, aux obligations des États membres au regard du droit international et à l'article 31 de la convention de Genève. Les demandeurs ne peuvent être placés en rétention que dans des circonstances exceptionnelles définies de manière très claire dans la présente directive et dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité en ce qui concerne tant la forme que la finalité de ce placement en rétention. Lorsqu'un demandeur est placé en rétention, il devrait bénéficier effectivement des garanties procédurales nécessaires, telles qu'un droit de recours auprès d'une autorité judiciaire nationale ».

La Cour de justice veille également à son respect, dans la mesure où « *la rétention administrative [constitue] une **ingérence grave dans le droit à la liberté** de ces derniers* » (CJUE, 2e ch., 15 mars 2017, *Al Chodor*, n° C-528/15, § 34-35 et 40).

XV-2 Par ailleurs, et toujours en droit, par un avis du 23 décembre 2016, le Conseil d'Etat a considéré que le refus d'introduction de l'OFPRA pris sur le fondement de l'article L. 551-3 du code constituait une décision sur une demande d'asile au sens de l'article L. 723-1 du CESEDA et que la Cour nationale du droit d'asile était compétente pour statuer sur les recours contre ces décisions (CE, 23 décembre 2016, n° 403.971).

Les dispositions qui prévoient que les demandes d'asile des personnes faisant l'objet d'une mesure de rétention administrative ne sont examinées par la seule autorité administrative porte atteinte au droit constitutionnel d'asile (Cons. Constit., 4 décembre 2003, n°403-485DC, §7).

XV-3 En outre, et encore en droit, le paragraphe 20 du préambule du règlement Dublin comme le § 4 de l'article 28 précisent que :

« En ce qui concerne les garanties générales en matière de placement en rétention ainsi que les conditions du placement en rétention, le cas échéant, les États membres devraient également appliquer aux personnes placées en rétention sur le fondement du présent règlement les dispositions de la directive 2013/33/UE ».

La CJUE a confirmé ce raisonnement en disant pour droit que *« l'article 2, sous n), et l'article 28, paragraphe 2, du 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, lus conjointement, doivent être interprétés en ce sens qu'ils imposent aux États membres de fixer, dans une disposition contraignante de portée générale, les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert. L'absence d'une telle disposition entraîne l'inapplicabilité de l'article 28, paragraphe 2, de ce règlement »* (CJUE, 15 mars 2017, *Chodor*, n° C-528-15).

XV-4 Or, en l'occurrence, les dispositions litigieuses du décret attaqué méconnaissent incontestablement l'ensemble de ces exigences.

XV-4.1 D'une part, les dispositions litigieuses entrent en contrariété directe avec les dispositions de l'article 28 du Règlement Dublin III puisqu'ils ne prévoient pas dans ces situations, une évaluation individuelle du risque non négligeable ou l'existence d'autres mesures moins coercitives.

En conséquence, le placement en rétention devient la règle alors que les dispositions du droit de l'Union européenne prévoient qu'il doit rester l'exception.

XV-4.2 Enfin, les dispositions contestées sont manifestement non-conformes au droit européen susmentionné en ce qu'elles ne prévoient pas

que le préfet prenne une nouvelle décision de rétention spécifique aux demandeurs d'asile, fondée sur les critères prévus par les articles 8 à 11 de la directive.

En outre, ces dispositions ne prévoient pas, contrairement à ce qu'indique l'article 28 du règlement, l'appréciation au cas par cas, d'un risque non négligeable de fuite qui n'est d'ailleurs pas défini par le droit national dans ce cas et en tenant compte d'une éventuelle vulnérabilité. (CJUE, 15 mars 2017, *Chodor*, préc.).

XV-4.3 D'autre part, les dispositions de la dernière phrase de l'article L. 754-2 du code prévoient que lorsque le demandeur est ressortissant d'un pays considéré comme sûr au sens de l'article L. 531-25 du CESEDA et que sa demande n'a pas objet que faire obstacle à l'exécution effective, ce ne soit plus l'OFPRA qui statue mais l'autorité administrative.

Les dispositions litigieuses privent ainsi les personnes faisant l'objet d'une telle décision d'un examen par la seule autorité susceptible d'examiner leur demande d'asile, ce qui est manifestement contraire au droit constitutionnel d'asile (Cons. Constit., 4 décembre 2003, préc.).

XVI. Il résulte de tout ce qui précède que le décret attaqué méconnaît incontestablement les exigences européennes et constitutionnelles précédemment citées.

A tous égards, le décret est ainsi voué à l'annulation.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, 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