

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 28 mars 2018
Lecture du 11 avril 2018

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Vous vous apprêtez à statuer en qualité de juge d'appel en référé liberté. Cette affaire, initialement affectée au juge des référés du Conseil d'Etat, a été renvoyée devant votre formation collégiale parce qu'elle pose des questions délicates relatives à l'office du juge des référés liberté saisi d'une demande tendant à ce qu'il paralyse les effets d'une décision, opposée à un étranger, de refus d'entrée sur le territoire français.

Mme M... est de nationalité congolaise, mais résidait en Ukraine lorsque s'est noué le litige. Désirant se rendre au Portugal, et ayant réservé un trajet comportant une escale à Paris, elle a été contrôlée le 19 janvier 2018 à l'aéroport Roissy-Charles-de-Gaulle à l'arrivée de son vol en provenance de Kiev. Elle était en possession d'un passeport de la République démocratique du Congo apparemment en cours de validé et revêtu d'un visa Schengen de court séjour (8 jours), lui-même en cours de validité. Mais c'était sans compter sur une note verbale adressée par le ministère des affaires étrangères de la République démocratique du Congo, selon laquelle, à compter du 14 janvier 2018, les passeports biométriques établis avant le 15 décembre 2015, comme c'était le cas de celui de la requérante, ne seraient plus valables. En conséquence de cette note verbale, une décision de refus d'entrée sur le territoire a été opposée à l'intéressée, au motif qu'elle n'était pas munie d'un document de voyage en cours de validité lui permettant de voyager dans l'espace Schengen. En vertu du code frontières Schengen en effet, les ressortissants d'Etats non membres de l'Union européenne désirant entrer sur le territoire de l'espace Schengen doivent être en possession d'un document de voyage en cours de validité autorisant leur titulaire à franchir la frontière. L'intéressée a été maintenue en zone d'attente en vue de son réacheminement vers Kiev. Elle a alors saisi le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil d'un référé liberté tendant à la suspension des effets de la décision de refus d'entrée sur le territoire. Et le juge des référés lui a donné raison, en suspendant l'exécution de la décision et en enjoignant à l'administration de permettre en conséquence l'entrée de l'intéressée sur le territoire français. L'administration a diligemment exécuté cette ordonnance et l'intéressée, dont l'avion pour Lisbonne était parti depuis longtemps, est entrée sur territoire français où il semble qu'elle demeure encore à ce jour. Mais le ministre a également maintenu son appel contre les articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance qui lui font grief (le reste du dispositif rejette le surplus de conclusions à fins d'astreinte et de frais), pour vous voir trancher les questions de principe que nous vous annonçons.

Le seul point facile, dans cette affaire, est que l'entrée en France de l'intéressée ne prive pas d'objet l'appel du ministre relatif à la décision de refus d'entrée, dans la mesure où

il n'a levé les effets de cette dernière qu'en exécution d'une injonction du juge des référés (par ex., CE, 28 décembre 2017, *Ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer c/ Société Gazonor*, n° 406147, T. p. ; sur la portée d'une ordonnance de référés, CE, Section, 5 novembre 2003, *Association "Convention vie et nature pour une écologie radicale", Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 259339, p. 444 ; CE, Section, 7 octobre 2016, *Commune de Bordeaux*, n° 395211, p. 409).

Bien que nous apprêtant à vous proposer de faire droit à un moyen d'appel du ministre, nous voudrions vous entretenir de deux autres de ses moyens, plus intéressants, l'un pour vous proposer de l'écarter explicitement et préciser ainsi les contours de la liberté d'aller et venir, l'autre pour vous expliquer, même si votre décision n'a pas à en porter la marque, pourquoi l'évolution de l'office du juge du référé liberté réclamée par le ministre ne nous semble pas pouvoir être consacrée.

La première question de principe est relative à l'invocabilité dans le cadre d'un litige relatif à l'entrée sur le territoire de la liberté d'aller et venir. Il s'agit bien entendu d'une liberté fondamentale au sens du référé liberté (JRCE, 9 janvier 2001, *D...*, n° 228928, p.). Ce qui est en cause ici n'est pas sa qualification, mais son opérance dans un tel litige, ce qui revient à déterminer ce qu'elle recouvre exactement. Aucune réponse à la question n'a été formulée par votre jurisprudence et les juges des référés des tribunaux administratifs ont retenu des positions variables. L'intérêt de la question est l'application de la liberté d'aller et venir à un mouvement de traversée de la frontière, et alors que la possibilité pour un Etat de réglementer l'accès à son territoire est une prérogative évidente de souveraineté.

Pour ce qui est des ressortissants français, vous avez déjà jugé que la liberté d'aller et venir protège le droit de quitter le territoire français (JRCE, 26 avril 2005, *Min. Intérieur c. M. L...*, n° 279842, T. p.). Il s'en déduit, dès lors que ce document peut être nécessaire pour sortir du territoire, que cette liberté fondamentale a pour, corollaire, sous réserve de la sauvegarde de l'ordre public et du respect des décisions d'interdiction prises par l'autorité judiciaire, le droit pour les nationaux d'obtenir un passeport (même décision). Aussi saisissez-vous par la voie du référé liberté les atteintes graves à cette liberté que constituent le refus de renouveler ou de délivrer un passeport (v., outre *D...* n° 228928 précitée, JRCE, 11 octobre 2001, *M. T...*, n° 238917, T. p. ; s'agissant des enfants, JRCE, 4 décembre 2002, *M. du C... de K...*, n° 252051, T. p.).

Si le référé-liberté protège la sortie des nationaux du territoire, il moins évident de soutenir qu'en miroir, il protège également l'entrée sur celui-ci des non-nationaux.

Sous le timbre de la seule liberté d'aller et venir, vous ne vous êtes prononcés, s'agissant des étrangers, que sur leur liberté de mouvement à partir du territoire français, postérieurement à leur entrée sur ce dernier. Vous avez consacré une liberté de mouvement sur ce territoire dans le chef des étrangers en situation de séjour régulier (à propos de la restitution du titre de séjour : JRCE, 12 novembre 2001, *M. Z...*, n° 239734, p. 545 ; à propos du refus de délivrance d'un récépissé de demande de titre valant titre de séjour provisoire, JRCE, 12 novembre 2001, *Min. c. Mlle B...*, n° 239794, T. p. 1132). Pour les étrangers en situation de séjour irrégulier, vous avez consacré une liberté fondamentale à sortir du territoire, en jugeant que la rétention du passeport est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale si elle dépasse une durée strictement proportionnée aux besoins de l'autorité administrative (CE, 26 juin 2006, *Mme A... et Mlle H...*, n°s 294505-294506, p. 279). Ce faisant, vous entendiez transposer la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui avait jugé que la liberté d'aller et venir est reconnue à tous ceux qui résident sur le territoire de la République et n'est pas limitée au

territoire national, mais comporte également le droit de le quitter (décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997).

En revanche, vous n'avez jamais protégé au titre de la liberté d'aller et venir un droit des étrangers à entrer sur le territoire français. Et nous reconnaissons qu'il y aurait une certaine logique à ne pas le faire, dans la mesure où l'on peut soutenir que c'est l'entrée sur le territoire qui est le fait générateur de l'octroi d'un droit constitutionnellement protégé. A cet égard, nous notons que jusque dans ses décisions récentes, le Conseil constitutionnel manifeste sur ce point une certaine prudence : dans sa décision n° 2018-762 DC du 15 mars 2018, à propos du placement en rétention de demandeurs d'asile, non seulement il affirme qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national, mais il ne se prononce ensuite que sur l'existence de droits et libertés, parmi lesquels il range la liberté d'aller et venir, qu'à propos des personnes qui résident sur le territoire de la République (point 9 de la décision). Encore qu'une explication de cette réserve en termes de titularité des droits et de territorialité, qui ne serait pas illogique en matière de droits subjectifs, a aussi ses limites : nous en voulons pour preuve que vous soumettez le plus naturellement du monde les décisions de refus de visa au respect de la liberté fondamentale qu'est le droit au respect de la vie privée et familiale, alors même qu'elles ne concernent par construction que des étrangers qui ne sont pas présents sur le territoire français. La question n'est donc pas tant de savoir où s'applique la liberté fondamentale d'aller et venir, qu'en réalité, tout acte des autorités françaises se doit de ne pas méconnaître ; elle est de savoir dans quels cas cette liberté est utilement invocable, ce qui revient à déterminer ce que vous souhaitez ranger dedans.

Il est bien sûr inatteignable d'y ranger un droit général et absolu de toute personne, même étrangère, à prétendre pouvoir entrer sur le territoire français. Ce serait contraire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel que nous avons rappelée à l'instant. Ce serait également contraire à votre propre jurisprudence, qui juge, y compris en référé liberté, « qu'aucun principe ni aucune règle n'accorde aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès (...) sur le territoire national » (JRCE, 21 septembre 2007, *Min. Int. c. Mlle Y... et Min. Int. c. Mlle I...*, n°s 309497-309498, T. p. ; v. aussi JRCE, 12 janvier 2001, *Mme T...*, n° 229039, p. 12). En d'autres termes, il nous semble qu'il faut d'abord, pour la détermination de ce que protège la liberté fondamentale d'aller et venir, reconnaître une possibilité pour l'Etat de réglementer souverainement – sous réserve bien sûr de ne pas méconnaître d'autres normes constitutionnelles – les conditions d'entrée sur son territoire des étrangers. En revanche, nous trouverions logique que le corolaire en soit la possibilité, pour l'étranger qui remplit ces conditions souverainement posées, de se prévaloir de sa liberté fondamentale d'aller et venir à l'encontre d'une décision de refus d'entrée, condition *sine qua non* pour solliciter l'intervention du juge du référé liberté. Nous notons d'ailleurs une trace d'un tel équilibre dans un *a contrario* de la décision *Min. Int. c. Mlle Y... et Min. Int. c. Mlle I...* n°s 309497-309498 qui, à propos d'un refus d'accès sur le territoire, refuse de censurer une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir « alors qu'aucun principe ni aucune règle n'accorde aux étrangers [un droit d'entrée] et que les intéressées n'avaient pas présenté tous les documents requis par la loi ». Votre décision *Mme T...* n° 229039 ne dit pas autre chose, quand elle relève qu'il n'y a pas de « liberté d'entrée » des étrangers sur le territoire, mais cela au motif qu'ils sont soumis, contrairement aux nationaux, à des mesures spécifiques réglementant leur entrée (pas de droit absolu, mais une liberté conditionnée).

Nous vous invitons donc à juger que la liberté d'aller et venir est utilement invocable par un étranger en matière d'entrée sur le territoire, mais qu'il ne pourra en toute hypothèse y

avoir d'atteinte illégale (les conditions de gravité de l'atteinte et de caractère manifeste de l'illégalité devant par ailleurs être remplies) que dans les cas où le refus sera opposé par l'administration en dehors des cas que la législation et la réglementation¹ en vigueur auront souverainement fixés. Ce faisant, vous rendrez possible une intervention du juge du référé liberté dans les cas qui le méritent – intervention qui serait par construction interdite en l'absence de liberté fondamentale susceptible d'être lésée – tout en fixant, par le rappel des limites inhérentes à la souveraineté de l'Etat en la matière, le seuil d'intervention de ce juge à un niveau particulièrement élevé.

Et bien que vous puissiez à notre avis le juger de façon assez générale, nous serions à tout le moins favorable à ce que vous le jugiez pour les étrangers qui, au moment où ils l'invoquent, se trouvent en zone d'attente – zones qui, malgré leur statut extraterritorial, font l'objet dans votre jurisprudence, en raison de leur proximité avec le territoire national, d'un traitement particulier. Vous avez ainsi jugé, en matière de droit constitutionnel d'asile, que le juge du référé liberté pouvait faire échec à un refus d'accès sur le territoire opposé à l'étranger maintenu en zone d'attente hors de l'hypothèse où la demande d'asile est manifestement infondée (JRCE, 11 mai 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Mlle S...*, n° 293061, T. p.), alors que vous jugez en principe, par ailleurs, que les garanties attachées au droit d'asile ne sont pas invocable par l'étranger qui ne se trouve pas sur le territoire français (JRCE, 18 avril 2002, *Ministre de l'intérieur c. M. P...*, n° 245267, T. p. ; CE, 16 octobre 2017, *M. O... et Mme U...* n° 408374, p.).

L'autre moyen d'appel du ministre dont nous voudrions dire un mot sans l'accueillir est tiré de ce que, en matière de refus d'accès, le juge des référés ne devrait jamais pouvoir, comme l'a fait celui du TA de Montreuil, enjoindre de laisser l'intéressé entrer sur le territoire, cette injonction ayant des effets équivalents à l'annulation du refus opposé.

Il fait ici référence à la limite mise au juge des référés qui ne peut prononcer que des mesures provisoires, exigence dont vous avez par exemple déduit qu'elle interdisait au juge du référé suspension de suspendre l'exécution du refus de faire réaliser une enquête (CE, 23 octobre 2015, *Min. travail c. Syndicat départemental CGT des agents Dirrecte 76 et autres*, n° 386649, T. p.). Nous verrons tout à l'heure qu'en effet, l'entrée de l'étranger sur le territoire emporte certains effets irréversibles sur sa situation. Mais en tout état de cause, vous n'appliquez pas la condition de décision provisoire en référé liberté avec la même rigueur qu'en référé suspension : vous jugez au contraire qu'il faut déroger à cette condition chaque fois le prononcé par le juge des libertés d'une mesure définitive est la seule façon de sauvegarder la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte (JRCE, 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053, T. p.). Nous pensons donc qu'il n'y a pas de méprise du juge des référés sur son office à s'être estimé habilité à prononcer une telle injonction. Or s'agissant de liberté d'aller et venir, il va de soi qu'une simple injonction d'un réexamen avec maintien en zone d'attente ne serait pas de nature à sauvegarder la liberté.

Ces précisions étant faites, nous pensons en revanche que le juge des référés s'est trompé dans son office en prononçant cette injonction au vu d'une illégalité tenant à l'insuffisance de motivation de la décision de refus d'entrée sur le territoire. Certes, l'article L. 213-2 du CESEDA prévoit que tout refus d'entrée en France est motivé. Certes encore, l'article L. 213-3 rend ces dispositions applicables aux refus d'entrée opposés que le fondement de l'ancien article 5 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), renvoi devenu

¹ Ainsi bien sûr que les engagements internationaux.

obsolète, mais qui nous semble devoir couvrir les cas de refus opposés sur les nouvelles dispositions de l'article 6 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016. Il est donc certain que l'absence de motivation du refus litigieux le rendrait « manifestement illégal ». Toutefois, vous jugez que pour que le juge du référé liberté intervienne, il doit exister un rapport direct entre l'illégalité et la gravité de ses effets au regard de l'exercice de la liberté fondamentale en cause (JRCE, 12 novembre 2012, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840, p.). Et il va de soi que l'insuffisance de motivation ne porte par elle-même aucune atteinte à la liberté d'aller et venir de Mme M.... C'est donc à tort que le juge des référés s'est fondé sur cette insuffisante motivation.

Cette conviction étant acquise, reste à examiner, dans le cadre de l'effet dévolutif, les moyens présentés en première instance par Mme M.... Et il faut logiquement commencer par vérifier qu'elle justifie de la condition d'urgence. Comme vous statuez en qualité de juge des référés, il vous faut l'apprécier au vu des nouvelles circonstances de droit et de fait à la date à laquelle vous vous prononcez. Or à cette date, Mme M... n'est plus placée en zone d'attente. L'urgence à quarante-huit heures qui s'attachait à la possibilité, tant qu'elle se trouvait dans cette zone, d'être à tout moment réacheminée hors du territoire fait donc défaut aujourd'hui.

Pour être honnête, tirer cette conclusion n'est pas si simple qu'il y paraît. On pourrait en effet soutenir que l'infirmité du raisonnement du premier juge des référés remplace virtuellement l'intéressée en situation d'être réacheminée. Puisque sa sortie de zone d'attente n'est que le fruit de l'exécution d'une injonction qui n'aurait pas dû être, l'infirmité, un instant de raison, de cette injonction replacerait en droit l'intéressée en zone d'attente, même si elle ne s'y trouve pas en fait. Or il se trouve par ailleurs que sa situation au regard du séjour est nécessairement irrégulière aujourd'hui. D'une part, son visa de court séjour est désormais expiré. Au demeurant, nous pensons, comme l'administration lorsqu'elle a pris le refus d'entrée litigieux que même en cours de validité, un visa apposé sur un passeport qui, pour sa part, n'est plus valable, ne peut pas valoir titre de séjour régulier. Il est vrai que la validité du passeport conditionne la régularité de l'entrée sur le territoire et non celle du séjour, qui est l'affaire du visa ; mais nous pensons, dès lors que la validité du passeport pendant toute la durée du séjour est une condition mise à la délivrance d'un visa, que l'un et l'autre forment un tout indissociable, le second n'ayant de validité juridique qu'à condition d'être légalement apposé sur le premier. D'autre part, si Mme M... a profité de son passage en zone d'attente pour former en France une demande d'asile le 21 janvier 2018, le ministre de l'intérieur, après avis de l'Ofpra sur cette demande, a pris le 25 janvier 2018 un refus d'entrée au titre de l'asile qui la prive de tout droit au séjour sur ce fondement. Si l'on regarde Mme M... comme juridiquement maintenue en zone d'attente, l'irrégularité de son séjour permettrait bien son éloignement.

Nous sommes toutefois défavorable à une construction si théorique qui, sous prétexte que le seul titre qu'avait Mme M... à sortir de zone d'attente ne tient plus, ferait totalement abstraction de la situation de fait, à savoir qu'elle se trouve sur le territoire. Et pour éloigner un étranger en situation irrégulière qui se trouve sur le territoire, il faut prendre une mesure d'obligation de quitter le territoire français (OQTF). Toute autre solution nous semblerait injuste et impraticable. Impraticable parce que l'on imagine mal les forces de police appréhender un étranger se trouvant sur le territoire en vue de procéder directement à son éloignement forcé avec pour tout titre à intervenir une ordonnance du juge des référés annulant l'injonction de le faire sortir de zone d'attente. Injuste parce qu'elle placerait dans une situation l'étranger qui, comme Mme M..., a fait l'effort de se présenter à la frontière en pensant remplir les conditions d'entrée et qui ne l'a ensuite franchie qu'en toute bonne foi, à la faveur d'une injonction du juge des référés, dans une situation structurellement plus défavorable que celle l'étranger qui se serait borné à s'introduire irrégulièrement en France et

qui, du seul fait de sa présence *de facto* sur le territoire national, doit faire l'objet d'une OQTF pour être reconduit.

Cette conviction que nous avons qu'une OQTF est désormais nécessaire pour éloigner Mme M..., bien qu'inspirée d'une certaine bienveillance à son endroit, ne fait pas ses affaires dans l'instance de référé. Dès lors que doit s'intercaler, entre le refus d'entrée initial et la reconduite seule désormais envisageable, l'édiction une mesure qui ne pourra pas être exécutée sur le champ, alors l'urgence à quarante-huit heures tombe. Et, avec elle, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir, dont la teneur a également évolué désormais que l'intéressée se trouve sur le territoire, tombe également toute possibilité d'intervention du juge du référé liberté.

PCMNC – Annulation des articles 1 et 2 de l'ordonnance et rejet de la demande de référé.