

N^os 428530, 428564
La Cimade et autres

2^e et 7^e chambres réunies
Séance du 8 juillet 2019
Lecture du 31 juillet 2019

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

Des habits neufs¹ au médecin malgré² lui en traversant le corridor de Vasari³ et la nouvelle frontière⁴, les images n'ont pas manqué pour évoquer les mutations profondes qu'a connues l'office du juge de l'excès de pouvoir au cours des vingt-cinq dernières années. Ces mutations ont été principalement guidées, ou du moins rendues nécessaires, par la confluence de deux évolutions structurelles : l'efficacité accrue de l'action du juge administratif, dont les décisions devenaient effectives et rapides, et l'exigence croissante de sécurité juridique. Moins les annulations devenaient platoniques d'une part, moins l'annulation rétroactive et immédiate était acceptable d'autre part, et plus il vous a fallu affiner la fruste et antique sévérité de l'excès de pouvoir.

Tout en renouvelant profondément l'office du juge de l'excès de pouvoir et en abandonnant certaines de ses particularités, ces mutations n'ont jamais remis en cause, quoi qu'on ait pu écrire, ce qui fait, selon nous, de Laferrière à aujourd'hui, l'essence même de ce recours et toute son originalité – à savoir la relation particulière que vous y entretenez avec l'administration, cette séparation des pouvoirs moderne selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir jamais ne se substitue à l'administration dans l'exercice de son pouvoir de décision.

Elles ont conduit, en revanche, à dessiner de plus en plus nettement un office en deux temps⁵ où le juge examine successivement la légalité de l'acte qui lui est déféré et, le cas échéant, les conséquences qui doivent être tirées de son illégalité.

La présente affaire en est une illustration remarquable.

1. Elle se présente dans un cadre que vous ne connaissez que trop, le régime des conditions matérielles d'accueil que les Etats membres doivent accorder aux demandeurs d'asile⁶ en vertu des articles 17 et 18 de la directive « accueil »⁷.

¹ J. Arrighi de Casanova, *Les habits neufs du juge administratif*, in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, 2007.

² C. Malverti, C. Beaufils, AJDA 2019.752.

³ J.-M. Sauvé, AJDA 2013.1669.

⁴ L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, AJDA 2016.1859.

⁵ Qui n'est pas sans évoquer celui que votre décision Béziers I (Assemblée, 28 octobre 2009, Commune de Béziers, n^o 304802, Rec. p. 509) a défini pour le juge de la validité du contrat ou celui du juge du plein contentieux objectif.

Comme vous le savez, en vertu de l'article 20 de cette directive, les Etats membres peuvent limiter ou, dans des cas exceptionnels, retirer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil à un demandeur d'asile lorsqu'il abandonne le lieu de résidence qui lui avait été fixé par l'autorité, lorsqu'il ne respecte pas l'obligation de se présenter aux autorités, lorsqu'il ne répond pas aux demandes d'information ou ne se rend pas aux entretiens personnels de la procédure d'asile, lorsqu'il a introduit une nouvelle demande de protection après qu'une décision finale avait statué sur une première demande, lorsqu'il n'a, sans raison valable, pas introduit de demande de protection dès qu'il pouvait raisonnablement le faire après son arrivée ou bien encore lorsqu'il a dissimulé ses ressources financières et par suite indûment bénéficié des conditions matérielles d'accueil.

Cette faculté de limiter ou retirer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil est toutefois encadrée strictement par le législateur de l'Union. Le paragraphe 5 de l'article 20 prévoit ainsi que les décisions portant limitation ou retrait sont prises au cas par cas, motivées, fondées sur la situation particulière de la personne concernée et tiennent compte du principe de proportionnalité. Il ajoute que les Etats membres assurent en toute circonstance l'accès aux soins médicaux et garantissent un niveau de vie digne à tous les demandeurs. Et le dernier alinéa du paragraphe 1 du même article prévoit que, dans les cas de retrait ou limitation pour abandon du lieu de résidence ou non-respect des obligations de présentation et de transmission d'information, lorsque le demandeur est retrouvé ou se présente volontairement aux autorités compétentes, une décision motivée, fondée sur les raisons de sa disparition, est prise quant au rétablissement du bénéfice de tout ou partie des conditions matérielles d'accueil.

Ces dispositions sont transposées dans le chapitre IV du titre IV du livre VII du CESEDA, que vous connaissez presque de mémoire. Vous le savez, son régime a été substantiellement revu par la loi du 10 septembre 2018⁸. Avant son entrée en vigueur, l'article L. 744-8 permettait de prendre trois types de décision. Il prévoyait, tout d'abord, que le bénéfice des conditions matérielles d'accueil pouvait être suspendu en cas d'abandon du lieu d'hébergement, de non-respect de l'obligation de présentation aux autorités ou aux entretiens ou de non-réponse aux demandes d'information, sauf motif légitime. Il prévoyait ensuite que le bénéfice des conditions pouvait être retiré, notamment, si le demandeur avait dissimulé ses ressources financières ou fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale. Il prévoyait enfin que le bénéfice des conditions pouvait être refusé aux demandeurs présentant une demande de réexamen ou n'ayant pas sollicité l'asile, sauf motif légitime, dans les 90 jours de leur entrée en France. Le même article précisait que la décision de suspension, retrait ou refus était écrite et motivée, qu'elle était adoptée après que le demandeur a été mis à même de présenter ses observations et qu'elle prenait en compte sa vulnérabilité. Il prévoyait par ailleurs qu'en cas de suspension, le demandeur pouvait demander le rétablissement des conditions matérielles d'accueil à l'OFII. Vous avez jugé qu'il appartenait alors à l'OFII d'apprécier la situation particulière du demandeur à la date de la demande de rétablissement⁹

⁶ Ces conditions matérielles sont définies, par l'article 2 de cette directive, comme « les conditions d'accueil comprenant le logement, la nourriture et l'habillement, fournis en nature ou sous forme d'allocation financière ou de bons, ou en combinant ces trois formules, ainsi qu'une allocation journalière ».

⁷ Directive 2013/33/UE établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

⁸ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie

au regard notamment de sa vulnérabilité, de ses besoins en matière d'accueil ainsi que, le cas échéant, des raisons pour lesquelles il n'avait pas respecté les obligations pesant sur lui (17 avril 2019, M. A..., n° 428314, à mentionner aux Tables).

La loi du 10 septembre 2018 a fait évoluer l'économie de ces dispositions. Depuis son entrée en vigueur, l'article L. 744-7 prévoit que le bénéfice des conditions matérielles d'accueil est subordonné, d'une part, à l'acceptation par le demandeur de la proposition d'hébergement ou de la région d'orientation dans laquelle il est accueilli, d'autre part, au respect des exigences des autorités chargées de l'asile (présentation aux entretiens et aux convocations, fourniture d'informations). Il précise qu'au moment de l'attribution des conditions matérielles d'accueil, le demandeur est informé dans une langue qu'il comprend que le fait de quitter le lieu d'hébergement ou la région d'orientation ou le non-respect des exigences des autorités chargées de l'asile entraîne de plein droit le refus ou le retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil. L'article L. 744-8 y ajoute, sans changement, la possibilité de retirer les conditions matérielles d'accueil, par décision écrite et motivée tenant compte de la vulnérabilité du demandeur et prise après qu'il a pu présenter ses observations, lorsque l'intéressé a dissimulé ses ressources financières, fourni des informations mensongères ou présenté plusieurs demandes sous des identités différentes¹⁰ et la possibilité de refuser les conditions matérielles d'accueil au demandeur qui présente une demande de réexamen ou n'a pas sollicité l'asile, sans motif légitime, dans les 90 jours de son entrée en France. Ont été abrogées, enfin, les dispositions prévoyant la possibilité de rétablir le bénéfice des conditions matérielles d'accueil après sa suspension.

Eu égard au lien ainsi établi entre l'information du demandeur au moment de l'attribution des conditions matérielles d'accueil et la cessation de plein droit du bénéfice de ces conditions en cas de départ du lieu d'hébergement ou de non-respect des exigences des autorités d'instruction, vous avez jugé que ce nouveau régime s'appliquait uniquement aux décisions initiales d'attribution des conditions matérielles d'accueil adoptées à compter du 1^{er} janvier 2019, date d'entrée en vigueur de la loi (v. A..., préc.).

Pour l'application de ces nouvelles dispositions a été adopté un décret du 28 décembre 2018 relatif aux conditions matérielles d'accueil¹¹. Son article 1^{er} élargit notamment le champ d'application des articles D. 744-31 à D. 744-40 du code, qui régissaient uniquement l'allocation pour demandeur d'asile (ADA) et s'étendent désormais à l'ensemble des conditions matérielles d'accueil. Il crée ensuite un nouvel article D. 744-37-1, qui régit la décision qui refuse ou met fin de plein droit aux conditions matérielles d'accueil en application de l'article L. 744-7 (12°). Il réécrit par ailleurs l'article D. 744-38 pour l'adapter au champ désormais restreint de l'article L. 744-8 et y faire disparaître la possibilité de demander le rétablissement de l'ADA (13°). Et il modifie l'article D. 744-39 pour ajouter aux mentions de l'offre de prise en charge faite au demandeur d'asile celle des possibilités de retrait ou de cessation de plein droit du bénéfice de cette prise en charge (14°).

⁹ Ou, plus exactement, à la date à laquelle l'OFII statue sur le rétablissement, qui n'en est en principe pas très éloignée.

¹⁰ Cette dernière hypothèse est nouvelle.

¹¹ N° 2018-1359.

2. C'est de ce décret que la Cimade et onze autres associations ou syndicats vous demandent l'annulation pour excès de pouvoir et ont demandé à votre juge des référés de suspendre l'exécution.

2.1. L'unique moyen de légalité externe qu'elles soulèvent ne vous retiendra guère : dès lors que le décret ne définit pas des conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement d'établissements ou services sociaux ou médico-sociaux, il n'avait pas à être précédé, en vertu du II de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, de la consultation de la section sociale du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale.

2.2. Vous écarterez ensuite les moyens tirés de l'inconventionnalité des dispositions des articles L. 743-3, L. 743-4 et L. 571-4 du CESEDA qui définissent les conditions dans lesquelles un demandeur d'asile qui n'a pas le droit de se maintenir sur le territoire français peut demander au juge de suspendre la mesure d'éloignement dont il fait l'objet jusqu'à l'expiration du délai de recours devant la CNDA ou jusqu'à ce que celle-ci statue.

En effet, l'inconventionnalité d'une disposition législative ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre un acte administratif que si celui-ci a été pris pour son application ou si elle en constitue la base légale (v. Section, 11 juillet 2011, Société d'équipement du département de Maine-et-Loire SODEMEL et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, n°s 320735 320854, Rec. p. 346 ; 13 juin 2016, M. C... et M. M..., n° 372721, T. pp. 615-902). Or, en l'espèce, le décret attaqué n'est pris ni sur le fondement, ni pour l'application des dispositions précitées : vous ne pourriez donc tirer aucune conséquence de l'éventuelle inconventionnalité de ces dispositions sur le décret. De sorte que ce débat est inopérant.

Il en va de même, et pour les mêmes raisons, du moyen tiré de l'inconventionnalité de l'article L. 744-9-1 qui prévoit la possibilité de placer en rétention un demandeur d'asile qui n'a plus le droit de se maintenir sur le territoire et fait l'objet d'une OQTF. Le moyen vise uniquement la précision selon laquelle la rétention peut être décidée « notamment pour prévenir le risque mentionné au 3° du II de l'article L. 511-1 », c'est-à-dire le risque qu'il se soustraie à son obligation de quitter le territoire. Or, si le décret attaqué prévoit que le versement de l'ADA cesse en cas de placement en rétention dans les cas prévus à l'article L. 744-9-1, cette disposition ne nous paraît pas prise sur le fondement ou pour l'application de la disposition critiquée, qui ne pose pas le principe du pouvoir de placement en rétention mais précisent seulement une hypothèse possible d'usage de ce pouvoir. Pour le dire autrement, là encore, vous ne pourriez tirer aucune conséquence de l'inconventionnalité de la disposition législative contestée sur la disposition prévoyant la cessation du versement de l'ADA en cas de rétention.

Au demeurant, contrairement à ce qui est soutenu, la directive accueil, dont l'article 8 prévoit la possibilité de placer un demandeur en rétention lorsqu'il y a un risque de fuite, ne fait nullement obstacle, par principe, à ce que le législateur définisse ce risque de fuite par référence aux risques de soustraction à l'OQTF qui permettent de priver son destinataire du bénéfice d'un délai de départ volontaire.

2.3. Le cœur de l'argumentation de la requête est ensuite tiré de l'inconventionnalité des articles L. 744-7 et L. 744-8 du code tels qu'ils sont issus de la loi du 10 septembre 2018.

Les associations requérantes font le double reproche au législateur d'avoir prévu des cas de privation de plein droit du bénéfice des conditions matérielles d'accueil et d'avoir supprimé la possibilité de rétablissement de ce bénéfice.

Ce moyen nous paraît clairement fondé. Il ressort des travaux ayant précédé l'adoption de la loi du 10 septembre 2018, notamment de l'avis de votre Assemblée générale, qu'afin d'éviter le risque d'inconstitutionnalité pouvant résulter de l'absence de procédure contradictoire avant la cessation du bénéfice des conditions matérielles d'accueil, il a été choisi de faire du respect de certaines obligations des conditions inhérentes au bénéfice de ces prestations, de façon à ce que, dans les hypothèses correspondantes, la privation des prestations ne soit plus la conséquence d'un choix individualisé de sanctionner un comportement mais purement et simplement celle d'un constat que des conditions d'attribution d'un avantage ne sont plus remplies.

Toutefois, en palliant de la sorte le risque d'inconstitutionnalité de son texte, le législateur s'est sensiblement éloigné des exigences de la directive accueil. Comme nous vous le disions, en effet, celle-ci impose, d'une part, que les décisions limitant le bénéfice des conditions matérielles d'accueil soient adoptées dans des cas exceptionnels et dûment justifiés, prises au cas par cas, fondées sur la situation particulière de la personne concernée et proportionnées. Elle exige, d'autre part, que le demandeur qui a été privé du bénéfice des conditions matérielles d'accueil du fait de l'abandon de son lieu de résidence ou du non-respect des obligations de présentation et de transmission d'information puisse obtenir le rétablissement partiel ou total du bénéfice des conditions matérielles d'accueil. En somme, la directive exclut catégoriquement l'automatisme définitif prévu par la loi.

Il nous paraît donc peu douteux que l'article L. 744-7 du code méconnaît l'article 20 de la directive en ce qu'il prévoit la cessation de plein droit du bénéfice des conditions matérielles d'accueil en cas d'abandon du lieu d'hébergement ou de la région d'orientation et en cas de non-respect des exigences des autorités chargées de l'asile¹² et que cet article et/ou l'article L. 744-8 méconnaît la même disposition en ce qu'il exclut désormais la possibilité d'un rétablissement du bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

Cela nous paraît emporter l'illégalité de l'article D. 744-37-1 créé par le 12° de l'article 1^{er} du décret attaqué, qui nous semble former un tout indivisible, et l'illégalité des modifications apportées par le 14° de l'article 1^{er} de ce décret à l'article D. 744-39. Vous devrez donc annuler ces deux dispositions, sans qu'il soit besoin d'examiner le dernier moyen, tiré de ce que l'article D. 744-37-1 ne pouvait légalement instituer un recours administratif préalable obligatoire.

3. Vous pourrez alors aborder la principale difficulté de cette affaire, qui touche aux conséquences de l'annulation que vous aurez prononcée.

3.1. L'état du droit consécutif à cette annulation est relativement simple à déterminer. Il est inchangé, bien sûr, au niveau législatif : la déclaration d'inconventionnalité de la loi, de même que la déclaration d'illégalité du règlement, n'a pas pour effet de faire revivre le texte dans sa version antérieure (v. Assemblée, 18 janvier 1980, B..., n° 14397, Rec. p. 29). En revanche,

¹² Inconventionnalité qui affecte aussi la première phrase de l'article L. 744-8, qui rappelle la portée de l'article L. 744-7.

aucune décision constatant la cessation de plein droit des conditions matérielles d'accueil ne peut plus être prise sur le fondement de l'article L. 744-7¹³. Et il ne saurait être refusé de rétablir le bénéfice des conditions matérielles d'accueil au motif que les articles L. 744-7 et L. 744-8 ne prévoient pas cette possibilité. Ces deux articles sont donc partiellement inapplicables (v. 24 février 1999, Association de patients de la médecine d'orientation anthroposopique et autres, n° 195354, Rec. p. 29 ; 30 juillet 2014, Cimade, n° 375430, Rec. p. 252).

Au niveau réglementaire, votre décision supprime l'article D. 744-37-1, relatif aux décisions prises sur le fondement de l'article L. 744-7 ; et, en annulant les dispositions qui ont modifié l'article D. 744-39, elle fait revivre cet article dans sa version antérieure au décret, ce qui impose à l'OFII de ne plus mentionner, dans ses décisions, la possibilité d'une privation de plein droit du bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

3.2. Cette double annulation suffit donc à faire cesser l'inconventionnalité que vous avez constatée. Elle fait obstacle, d'une part, à l'adoption de décisions « automatiques », constatant le non-respect des conditions auxquelles est subordonné le bénéfice des conditions matérielles d'accueil et prononçant en conséquence la cessation de plein droit de ce bénéfice. Elle impose, d'autre part, que le silence du texte quant à la possibilité d'un rétablissement de ce bénéfice soit interprété comme permettant ce rétablissement, de sorte que tout demandeur d'asile s'étant vu priver du bénéfice des conditions matérielles d'accueil peut solliciter, et le cas échéant obtenir, dans les conditions que vous avez précisées par votre décision A..., un tel rétablissement.

L'annulation que vous prononcerez ne crée, par ailleurs, ni vide juridique, ni nouvelle inconventionnalité. Elle fait, certes, disparaître le pouvoir de tirer les conséquences, sur les conditions matérielles d'accueil, de l'abandon de l'hébergement ou de la région d'orientation et du non-respect des obligations liées à l'instruction de la demande : aucune disposition ne permet désormais de mettre fin aux conditions matérielles d'accueil dans ces hypothèses. Ce pouvoir n'est cependant pas exigé par la directive, qui se borne à ouvrir la possibilité, pour les Etats membres, de l'instituer. Si bien que la loi, telle qu'elle demeure applicable, c'est-à-dire limitée aux 1° et 2° de l'article L. 744-8, ne méconnaît pas la directive ; elle n'est pas davantage, juridiquement, incomplète ou bancale.

Il n'en demeure pas moins que l'annulation que vous devrez prononcer pourra avoir des conséquences particulièrement déstabilisantes pour l'administration. Votre décision, en effet, est de nature à la priver, tant qu'une nouvelle loi ne sera pas intervenue, d'un instrument important dans la lutte contre les contournements du règlement Dublin III¹⁴. Vous le savez pour en connaître régulièrement, la pratique est répandue qui consiste, pour le demandeur d'asile en attente de transfert, à ne pas répondre aux convocations de l'administration et/ou à quitter son lieu d'hébergement pour échapper au transfert, qui n'est plus possible à l'échéance d'un certain délai. Il est impératif, pour lutter contre cette pratique, que l'administration puisse en tirer les conséquences sur les conditions matérielles d'accueil des demandeurs qui y recourent. La priver de ce pouvoir revient à la laisser, plus encore qu'elle ne l'est déjà,

¹³ Ou, *a fortiori*, de la première phrase de l'article L. 744-8.

¹⁴ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride

démunie face à un phénomène d'ampleur qui rejait sur toute la chaîne de traitement de la demande d'asile, dont vous savez l'encombrement.

3.3. De ces différents éléments, nous tirons trois conclusions. La première est que vous ne devez pas reporter à une date ultérieure l'annulation que vous prononcerez. Dès lors, en effet, que l'annulation conduit à faire cesser une méconnaissance de fond du droit de l'Union sans créer de vide juridique, les conditions posées par la jurisprudence de la Cour (v. CJUE, 28 juillet 2016, Association France Nature Environnement, aff. C-379/15), telle que vous l'avez reprise (v. Assemblée, 19 juillet 2017, ANODE, n° 370321, Rec. p. 255), ne vous permettent pas, à l'évidence, d'en différer la prise d'effet – rappelons que la première de ces conditions est que la disposition annulée constitue une mesure de transposition correcte du droit de l'Union.

Pour les mêmes raisons, vous ne pouvez pas davantage, c'est notre deuxième conclusion, limiter la portée rétroactive de l'annulation que vous prononcerez. Ni la Cour de justice, ni votre jurisprudence d'Assemblée ne distingue, pour encadrer la possibilité de limiter dans le temps les effets de l'inconventionnalité d'une disposition, selon qu'il s'agit de régir les effets passés ou les effets à venir. Dans ces conditions, vous ne pourrez réputer définitifs les effets déjà produits par les dispositions illégales du décret attaqué – et à travers elles par celles de l'article L. 744-7 du code – et devrez laisser cette illégalité affecter toutes les décisions individuelles prises sur le fondement de ces dispositions. Ce qui n'est pas aussi dévastateur qu'il peut paraître, puisque vous auriez dû, en tout état de cause, réserver les actions en cours (Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, n°s 255886 à 255892, p. 197 ; 17 décembre 2010, SFIB et autres, n°s 310195 e. a., T. pp. 637-769-909-927) et que les décisions déjà prises sont, en toute hypothèse, susceptibles de rétablissement¹⁵.

Notre dernière conclusion est que l'inapplicabilité pure et simple des dispositions législatives de l'article L. 744-7, telle qu'elle résultera de votre décision, emportera des conséquences manifestement excessives au regard des motifs impérieux d'intérêt général que sont la lutte contre les contournements du régime de responsabilité partagée mis en place par le règlement Dublin III et la gestion efficace de la procédure d'instruction des demandes d'asile.

3.4. C'est là une difficulté que votre jurisprudence AC¹⁶, qui ne porte pas sur l'exception d'illégalité et dont vous ne pouvez pas faire usage pour faire perdurer, même temporairement, une violation de la primauté du droit de l'Union, ne vous permet pas de résoudre.

Nous sommes néanmoins convaincu que vous devez y trouver une réponse, en définissant dans votre décision un régime supplétif temporairement applicable à la suite de l'annulation que vous prononcez¹⁷. Il nous semble que votre jurisprudence vous ouvre une voie qui vous permet de le faire, quitte à s'y avancer un peu plus que vous ne l'avez fait jusqu'alors.

3.4.1. Vous avez déjà, en effet, eu l'occasion de préciser vous-mêmes les conditions dans lesquelles les règles définies par un texte que vous jugiez inapplicable en l'état pouvaient, tant que le texte n'avait pas été modifié, être néanmoins appliquées. Vous l'avez fait dans le cadre

¹⁵ Ainsi que cela résultera de la décision que vous rendrez dans la présente affaire.

¹⁶ Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, n°s 255886 à 255892, Rec. p. 197 ; Assemblée, 23 décembre 2013, Société Métropole télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1), n°s 363702 363719, Rec. p. 328.

¹⁷ Et de l'inapplicabilité de l'article L. 744-7 qu'elle implique, eu égard au motif sur lequel elle se fonde.

particulier des annulations dites « en tant que ne pas », à la suite de votre décision V... (Assemblée, 29 juin 2001, n° 213229, Rec. p. 303). Vous étiez alors saisis d'un arrêté ministériel, qui fixait, sur le fondement d'un décret, la liste des titres ou diplômes français permettant d'obtenir une carte professionnelle. Vous avez jugé que cet arrêté méconnaissait la libre prestation de service dès lors qu'il limitait aux titulaires d'un diplôme français la faculté de se voir délivrer la carte professionnelle en cause, sans qu'il prévoie (ou qu'aucun autre texte ne prévoie) les conditions dans lesquelles cette carte pouvait être délivrée aux titulaires de diplômes d'autres Etats membres de l'Union. Vous n'avez alors annulé l'arrêté qu'en tant qu'il ne prévoyait pas de telles conditions. Et vous avez indiqué que cette annulation imposait, d'une part, aux autorités compétentes¹⁸ d'adopter des dispositions permettant de mettre fin à la différence de traitement illégale que vous aviez constatée – il n'y avait là rien que de très classique – mais encore qu'elle exigeait, d'autre part, que, dans l'attente de la réglementation complémentaire devant être adoptée, les autorités compétentes délivrent la carte professionnelle aux personnes qui ne sont titulaires que de diplômes d'autres Etats membres après avoir examiné si les diplômes qu'elles détiennent offrent des garanties équivalentes à celles qui résultent de la possession de diplômes français.

En d'autres termes, après avoir annulé l'insuffisance d'un texte, en acceptant d'y saisir un « vide », vous avez précisé que l'annulation de ce vide imposait d'y substituer un « plein », mais vous avez aussi – et c'est là toute l'originalité de cette jurisprudence – défini les conditions dans lesquelles, dans l'attente de ce « plein », le texte insuffisant et donc inapplicable car illégal¹⁹ devait recevoir application – ce qui revenait à définir vous-mêmes un régime juridique complétant, à titre transitoire, le vide que vous aviez censuré.

Postérieurement à cette décision, vous avez régulièrement réitéré l'expérience de l'annulation « en tant que ne pas » assortie d'une indication des obligations d'édiction pesant en conséquence sur l'administration²⁰. Plus rarement mais à quelques occasions néanmoins, vous avez aussi, lorsque cela était nécessaire, précisé les règles transitoires applicables dans l'attente de l'édiction de dispositions législatives ou réglementaires remédiant au vice que vous aviez censuré (v. 5 juin 2002, M. C..., n° 202667, Rec. p. 198 ; 27 octobre 2011, Association Analyser et autres, n° 341278 e. a., T. pp. 726-825-1090-1127 ; 30 juillet 2014, La Cimade, n° 375430, Rec. p. 252). Vous l'avez encore fait très récemment, dans une décision Fédération française du transport de personnes sur réservation du 5 juillet dernier qui sera publiée au Recueil (n° 413040), qui annule un décret en tant qu'il n'édicte pas les dispositions nécessaires pour garantir le respect de la liberté d'établissement par les règles relatives à l'évaluation de l'aptitude professionnelle des conducteurs de taxi et de VTC, qui enjoint d'office²¹ au Premier ministre de prendre un décret pour compléter le décret partiellement annulé et qui précise les conditions dans lesquelles l'évaluation de l'aptitude professionnelle des conducteurs doit être menée dans l'attente de ce nouveau décret.

En l'état de cette jurisprudence, votre pouvoir prétorien de définition de régimes transitoires est, vous l'avez compris, très lié au prononcé d'une annulation « en tant que ne pas », et plus

¹⁸ Il s'agissait du Premier ministre et du ministre.

¹⁹ Section, 14 novembre 1958, Sieur Ponard, n° 35399, Rec. p. 554.

²⁰ V., pour des décisions mentionnées aux Tables, 5 mars 2003, M. T..., n° 241325, Rec. p. 113 ; 28 avril 2003, Fédération française des courtiers d'assurances et réassurance et autres, n°s 233343 233474, T. pp. 704-856 ; 3 décembre 2010, Société SMP Technologie et association de tireurs et autres, n° 332540, T. pp. 615-835-880-917.

²¹ Pour la première fois depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

précisément à la censure d'une insuffisance d'édiction : c'est parce que l'annulation « en tant que ne pas » n'annule rien et n'a donc pas d'effet immédiatement perceptible sur le texte qu'elle censure qu'il vous faut aller plus loin en définissant, non seulement l'obligation de faire disparaître, par l'édiction de dispositions, le vide illégal que vous censurez, mais encore, le cas échéant, ce que votre décision emporte par elle-même sur ce vide qui ne peut le rester²². Dans le cadre de votre jurisprudence V..., la définition d'un régime transitoire supplétif se présente ainsi – au moins d'un point de vue juridique et théorique – comme procédant simplement de l'indication des mesures d'exécution nécessairement impliquées par l'annulation.

3.4.2. La particularité de l'espèce est cependant qu'en vous fondant sur l'inconventionnalité de l'article L. 744-7 du code, vous ne censurez pas un « vide » (c'est-à-dire une insuffisance) mais un « plein » (c'est-à-dire une disposition) et qu'aucune règle supérieure n'impose d'y remédier par l'édiction de dispositions nouvelles, de sorte qu'il n'est pas simplement question de préciser les conséquences nécessaires de votre annulation – qui, en quelque sorte, se suffit à elle-même. Il s'agit d'en tempérer les conséquences immédiates.

Nous pensons qu'il ne faut pas vous arrêter à cet obstacle : alors que la jurisprudence V... vient d'atteindre sa majorité, il nous semble que vous pouvez la transposer hors du champ de l'annulation « en tant que ne pas », en vous reconnaissant le pouvoir de définir des règles supplétives susceptibles de s'appliquer pendant une période limitée, le temps qu'il soit remédié à l'inapplicabilité d'un texte illégal ou inconventionnel. Il s'agirait ainsi, en l'espèce, de préciser les conditions dans lesquelles l'administration peut, tant qu'il n'a pas été remédié à l'inconventionnalité de l'article L. 744-7²³, prendre des décisions mettant fin (avec possibilité de rétablissement) au bénéfice des conditions matérielles d'accueil lorsque le demandeur d'asile disparaît ou ne respecte pas ses obligations.

Trois considérations nous conduisent à vous proposer de vous engager dans cette voie.

D'un point de vue technique, tout d'abord, il n'y a pas de différence de nature entre une annulation « pure et simple » et une annulation « en tant que ne pas » : il est souvent assez facile – et l'espèce dont vous êtes saisi n'y déroge pas – de transformer une annulation pure et simple en annulation « en tant que ne pas » (v. votre décision du 5 juillet dernier Fédération française du transport de personnes sur réservation préc.). Il serait donc paradoxal que vous cantonniez strictement l'usage du pouvoir V... à l'intérieur de la frontière poreuse de l'ensemble des annulations « en tant que ne pas » : lorsque le motif d'annulation n'est pas radical, il suffit d'un rédacteur habile – et vous l'êtes tous – pour se jouer de cette frontière, construire une annulation « en tant que ne pas » et rendre ainsi possible l'édiction d'un régime transitoire.

Sur le plan des principes, ensuite, il nous semble que cette transposition de la jurisprudence V... ne conduit pas réellement à étendre les pouvoirs du juge de l'annulation au-delà de ceux

²² C'est là quelque chose que vous retrouvez en l'espèce : en jugeant les articles L. 744-7 et 8 inconventionnels en tant qu'ils ne prévoient plus la possibilité d'un rétablissement du bénéfice des conditions matérielles d'accueil, vous jugez que cette possibilité d'un rétablissement doit désormais être ouverte, de sorte que l'OFII doit examiner les demandes de rétablissement et y faire droit dans les conditions que vous aviez définies.

²³ Et du premier alinéa de l'article L. 744-8, qui s'en fait l'écho, voire du silence de ces articles sur la possibilité d'un rétablissement (dont l'inconventionnalité est « résolue » par voie d'interprétation mais pourrait mériter une évolution législative).

dont il dispose déjà : en lui reconnaissant la faculté de définir, lorsqu'il a jugé un texte inapplicable car illégal et que cette inapplicabilité porte une atteinte excessive à l'intérêt général, les conditions dans lesquelles un régime légal peut temporairement être appliqué en lieu et place du texte inapplicable, vous ne faites rien d'autre, en définitive, que croiser le pouvoir qui résulte de votre jurisprudence V... avec celui qui résulte de votre jurisprudence AC.

De celle-ci, vous reprenez le critère d'atténuation des effets de l'annulation pour excès de pouvoir – l'atteinte excessive à l'intérêt général – et la possibilité d'une atténuation bornée dans le temps. De celle-là, vous tirez la faculté de définir vous-mêmes la façon de combler une illégalité tant que le législateur ou le pouvoir réglementaire ne l'a pas fait²⁴. En somme, vous complétez l'arsenal AC, qui permet déjà de différer l'annulation et de réputer définitifs les effets passés d'un acte, en y ajoutant la possibilité (tirée de la jurisprudence V...) de combler, pendant une durée limitée, le vide résultant de la déclaration d'illégalité – ou de l'annulation²⁵ – d'un acte.

De la sorte, vous ne remettez nullement en cause l'équilibre propre à l'excès de pouvoir, dans lequel vous n'êtes pas compétents pour vous substituer à l'administration : vous vous bornez à ouvrir à celle-ci une faculté, temporaire, dans l'attente de l'intervention d'une loi ou de l'expiration du délai que vous fixez ; et vous vous en tenez à remédier aux illégalités que vous avez constatées, en définissant uniquement les conditions strictement nécessaires à la légalité ou la conventionnalité de l'acte que vous avez écarté – ce qui exclut notamment que vous fassiez jouer un tel pouvoir lorsque l'acte est radicalement illégal ou inconstitutionnel.

Une telle faculté, enfin, n'est guère différente de celle dont le Conseil constitutionnel fait régulièrement usage, dans le cadre de la procédure de QPC, sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution. Alors que cette disposition prévoit uniquement que le Conseil détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets produits par la disposition qu'il censure peuvent être remis en cause, le Conseil constitutionnel, quand il reporte une abrogation, définit régulièrement les conditions dans lesquelles la disposition inconstitutionnelle peut, de la date de sa décision à la date d'abrogation, être appliquée dans le respect de la Constitution²⁶. De la même manière que le Conseil constitutionnel a éprouvé le besoin de disposer d'une troisième voie entre l'abrogation immédiate et le report pur et simple de l'abrogation, il nous semble qu'il vous faut définir, dans votre jurisprudence AC, une troisième voie similaire, qui permette de concilier la nécessité de disposer d'un texte applicable et celle d'assurer l'effectivité du principe de légalité (qui se traduit, en l'espèce, par le principe de primauté du droit de l'Union).

C'est cette voie que nous vous invitons à emprunter.

3.4.3. Avant de voir exactement où elle peut vous mener, nous voudrions écarter deux objections que vous pourriez avoir.

²⁴ Ou, le cas échéant, tant que son annulation, reportée en vertu de votre jurisprudence AC, n'est pas intervenue.

²⁵ Immédiate ou à venir : vous pourriez tout-à-fait utiliser ce pouvoir pour fixer les conditions d'application d'un texte, dont vous avez reporté l'annulation à une date ultérieure, jusqu'à cette date.

²⁶ V. par ex. Cons. Const., 9 octobre 2014, n° 2014-420/421 QPC ; Cons. Const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC ; Cons. Const., 20 mars 2015, 2014-457 QPC ; Cons. Const., 4 décembre 2015, 2015-506 QPC ; Cons. Const., 16 septembre 2016, 2016-566 QPC ; Cons. Const., 2 février 2018, n° 2017-688 QPC ; Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC ; 6 juillet 2018, n° 2018-717/718 QPC.

D'une part, définir la façon dont un texte que vous avez écarté peut légalement être appliqué temporairement revient, en quelque sorte, à vous assurer d'office que le régime transitoire ainsi défini n'est pas entaché des mêmes vices que celui que vous jugez illégal ou inconstitutionnel. Cela ne doit cependant pas vous arrêter, car c'est déjà ce que vous faites dans le cadre de la jurisprudence V... – tout comme c'est ce que fait le Conseil constitutionnel lorsqu'il définit un régime transitoire.

D'autre part, la circonstance que le texte que vous avez écarté soit une loi ne nous paraît pas devoir vous conduire à renoncer, au titre d'une plus grande réserve : vous avez déjà admis, là encore dans le cadre de la jurisprudence V..., de définir les règles applicables dans l'attente d'une modification des dispositions législatives inconstitutionnelles (v. les décisions C... du 5 juin 2002 et La Cimade du 30 juillet 2014, préc.).

En somme, l'innovation que nous vous proposons ne résulte ni de votre capacité à définir vous-mêmes les conditions dans lesquelles un texte illégal peut devenir légal, ni de votre capacité à le faire à propos d'une loi, mais uniquement de votre capacité à le faire non plus seulement pour définir les conséquences nécessaires d'une annulation²⁷, mais aussi pour limiter ses conséquences excessives.

3.4.4. Ces précisions étant faites, nous pensons que, si vous acceptez de ne pas vous en tenir à une annulation « sèche » mais à préciser les conditions dans lesquelles l'administration peut, dans l'attente d'une modification de l'articles L. 744-7²⁸ tel qu'ils est issu de la loi du 10 septembre 2018, adopter des décisions mettant fin au bénéfice des conditions matérielles d'accueil lorsque l'étranger abandonne son lieu de résidence ou ne respecte pas les obligations de présentation et de fourniture d'information, vous disposez de deux façons de faire.

Vous pouvez, tout d'abord, indiquer que, dans les hypothèses mentionnées à l'article L. 744-7, c'est-à-dire lorsque le demandeur quitte le lieu d'hébergement qui lui a été attribué ou la région d'orientation ou lorsqu'il ne respecte pas les exigences des autorités chargées de l'asile, il peut être privé du bénéfice des conditions matérielles d'accueil, par une décision motivée, tenant compte de sa situation particulière et prise, sauf impossibilité, après qu'il a été mis en mesure de présenter ses observations. L'intéressé pourra, évidemment, demander le rétablissement du bénéfice des conditions matérielles d'accueil.

L'autre solution consiste à indiquer que l'administration peut adopter des décisions de suspension des conditions matérielles d'accueil en appliquant les règles résultant des articles L. 744-7 et 8 dans leur version antérieure à la loi du 10 septembre 2018, ce qui revient peu ou prou au même²⁹.

Aucune de ces deux manières de faire ne nous paraît radicalement exclue. Si la seconde, consistant, sans faire revivre l'état du droit antérieur, à permettre à l'administration de s'y référer, peut présenter le mérite d'une plus grande simplicité et la garantie de ne pas s'écarter

²⁷ Compte tenu du motif qui en est le support nécessaire : en l'espèce, comme dans le précédent Cimade du 30 juillet 2014, ce n'est pas tant l'annulation du décret que le motif sur lequel elle se fonde qui emporte des conséquences très larges.

²⁸ Et, par cohérence, de l'article L. 744-8.

²⁹ A la différence près que les textes antérieurs à la loi du 10 septembre 2018 ne permettaient pas de sanctionner le fait de quitter la région d'orientation.

de la volonté du législateur, il nous semble, à la réflexion, que la première est préférable, pour trois raisons.

Bien que cela soit certainement une question d'apparence plus que de fond, c'est celle qui paraît la plus proche de la jurisprudence V... : elle revient, en réalité, à limiter la déclaration d'inconventionnalité aux stricts motifs d'inconventionnalité, en permettant de continuer d'appliquer le texte dans la mesure où il n'est pas inconventionnel et avec les compléments nécessaires pour le rendre conventionnel. Par ailleurs, du point de vue de la sécurité juridique et de la lisibilité du droit, il nous paraît préférable que l'administration use de son pouvoir temporaire en se référant uniquement à votre décision plutôt qu'en maniant deux versions distinctes d'un même texte. Enfin, cette solution évite de donner l'impression de remettre prétoriennement en vigueur un texte ancien en écartant le nouveau.

Nous vous invitons, en conséquence, à préciser vous-mêmes la portée exacte de l'inconventionnalité que vous relevez en indiquant directement, dans votre décision, les conditions dans lesquelles l'OFII peut, à compter de cette décision, suspendre le bénéfice des conditions matérielles d'accueil dans les hypothèses aujourd'hui mentionnées à l'article L. 744-7.

3.4.5. Si vous ne nous suiviez pas, vous pourriez encore parvenir à un résultat voisin par un raisonnement contourné mais classique : vous pourriez juger que le décret que vous annulez partiellement – et peut-être faudrait-il alors l'annuler plus largement, en le regardant comme moins divisible – était nécessaire pour que les articles L. 744-7 et 8, tels qu'issus de la loi du 10 septembre 2018, entrassent en vigueur. Vous pourriez en déduire que l'annulation du décret conduit à ce que ces articles soient réputés n'être jamais entrés en vigueur, de sorte que les articles L. 744-7 et 8 dans leur version antérieure à la loi du 10 septembre 2018 demeurent applicables.

Bien qu'il soit plus accessible en ce sens qu'il vous est plus familier, ce raisonnement suppose néanmoins de considérer que les dispositions du décret attaqué étaient nécessaires à l'application des nouveaux articles L. 744-7 et 8, selon l'acceptation stricte que votre jurisprudence retient de cette nécessité (v. not. Section, 4 juin 2007, L... et Consorts G..., n°s 303422 304214, Rec. p 228 ; 21 mars 2008, Société Megaron, n° 310173, T. pp. 594-595-961). Or en l'espèce il nous paraît particulièrement difficile de considérer que l'application des articles L. 744-7 et 8, dans leur version issue de la loi du 10 septembre 2018, était manifestement impossible en l'absence de dispositions réglementaires telles que celles issues du décret attaqué.

C'est pour cette raison, et par honnêteté intellectuelle autant que par intérêt jurisprudentiel, que nous ne vous proposons pas cette solution et vous invitons à vous engager dans la solution précédente.

3.4.6. Si vous nous avez suivi, il vous restera à fixer un délai pendant lequel le régime supplétif que vous aurez défini pourra s'appliquer. Il nous semble en effet difficile d'indiquer uniquement qu'il s'applique « dans l'attente de l'édiction de nouvelles dispositions législatives » : d'une part, parce que, nous vous l'avons dit, aucune norme supérieure n'impose que les dispositions que vous avez écartées soient remplacées par de nouvelles dispositions ; d'autre part, parce que la faculté que vous avez d'atténuer les effets d'une déclaration d'illégalité ne peut être que temporaire et doit donc être bornée dans le temps.

Nous vous proposons, en l'espèce, de fixer un délai expirant, en l'absence de modification antérieure des dispositions législatives, au 1^{er} avril 2020.

4. Ayant ainsi statué au fond sur le recours dirigé contre le décret, vous pourrez prononcer un non-lieu sur le référé-suspension qui a été appelé en même temps. Vous pourrez, enfin, mettre à la charge de l'Etat la somme globale de 3 000 euros à verser aux associations requérantes au titre des frais des instances de référé et de fond.

Tel est le sens de nos conclusions.