

N° 318898

Mme Z...

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 13 mai 2009

Lecture du 10 juin 2009

CONCLUSIONS

M. Luc DEREPA, rapporteur public

Mme Z... est de nationalité chinoise. Elle était titulaire d'une carte de résident d'une durée de dix ans délivrée en 2003 lorsqu'en 2007, elle a été interpellée pour avoir employé dans l'atelier de textile qu'elle dirigeait plusieurs personnes de nationalité étrangère en séjour irrégulier. Elle a été condamnée pour ces faits à huit mois de prison avec sursis, 4 000 euros d'amende et à l'interdiction d'exercer pendant deux ans l'activité professionnelle ayant donné lieu à l'infraction.

Le préfet de police a fait usage à son égard de l'article L. 314-6 du CESEDA qui permet au préfet de « retirer » la carte de résident à tout employeur ayant occupé un travailleur étranger en situation irrégulière. Le retrait ainsi visé est en fait une abrogation de la carte de résident pour l'avenir. Le préfet a simultanément enjoint à Mme Z... de quitter le territoire français et a fixé le pays de renvoi de l'intéressée.

Mme Z... a contesté l'ensemble de ces décisions devant le TA de Paris qui les a annulées. Le préfet a fait appel et la CAA de Paris lui a donné raison et fait revivre les décisions attaquées. Mme Z... se pourvoit en cassation.

Le principal moyen du pourvoi est un moyen d'erreur de droit. Comme devant le TA, Mme Z... soutenait devant la cour que les décisions attaquées portaient une atteinte disproportionnée à son droit à mener une vie familiale normale en méconnaissance de l'article 8 de la CEDH. La cour a considéré que le retrait de la carte de résident n'avait pas en lui-même pour effet de priver Mme Z... de son droit au séjour, que l'intéressée ne pouvait donc se prévaloir des stipulations de l'art. 8 de la CEDH mais qu'elle pouvait, si elle s'y croyait fondée, demander un nouveau titre de séjour sur ce fondement. La cour a ainsi jugé que le moyen tiré de la méconnaissance de l'art. 8 était inopérant à l'encontre d'une décision de retrait de la carte de résident telle que celle en cause. Il est soutenu qu'elle aurait, ce faisant, commis une erreur de droit.

Pour examiner ce moyen, il nous faut rappeler quelques-unes des caractéristiques de la carte de résident. Ce titre de séjour d'une durée de dix ans peut être délivré p. ex. aux étrangers qui justifient de cinq années de résidence régulière (art. L. 314-8 du CESEDA) – ou à l'étranger qui est enfant ou conjoint du détenteur d'une telle carte, parent d'enfant français ou conjoint d'un Français (art. L. 314-9). La loi prévoit certains cas de délivrance de plein

droit de la carte de résident : tel est le cas pour l'enfant d'un Français, l'étranger ayant servi pour la France, ou l'étranger ayant obtenu le statut de réfugié – cf. article L. 314-11.

Le caractère particulièrement protecteur de la carte de résident est démontré par le fait que par principe, son renouvellement intervient de plein droit (art. L. 314-1), sauf dans deux cas : si l'étranger s'avère polygame (art. L. 314-5) ou s'il a séjourné plus de trois ans hors du territoire français (art. L. 314-7).

Ce caractère protecteur ne fait pas obstacle à ce que l'administration puisse, dans certains cas, abroger une carte de résident en cours de validité. Il en va ainsi lorsque l'administration prend une décision d'expulsion, qui a pour effet de mettre fin au titre de séjour détenu par la personne expulsée : Section, 4 novembre 1994, A..., n° 136240, au Recueil ; l'article R. 311-14 du CESEDA tire les conséquences de cette situation en prévoyant expressément le retrait de la carte de résident lorsque son détenteur fait l'objet d'une mesure d'expulsion.

La loi prévoit en outre expressément certains cas dans lesquels la carte de résident peut être « retirée », c'est-à-dire abrogée. Le CESEDA prévoit trois cas de retrait : lorsque la carte a été délivrée à un conjoint de Français, elle peut être retirée en cas de cessation de la vie commune (art. L. 314-5-1) ; lorsque le détenteur a fait l'objet de condamnations pénales graves et fait partie des catégories d'étrangers ne pouvant faire l'objet d'une expulsion, sa carte de résident peut lui être retirée et il se voit alors délivrer une carte de séjour « vie privée et familiale » (art. L. 314-6-1) ; enfin, la carte peut être retirée en cas d'emploi d'étrangers en situation irrégulière : c'est la disposition mise en œuvre à l'égard de Mme Z... ; l'article L. 314-6 prévoit que dans ce cas, le retrait peut être assorti d'une obligation de quitter le territoire et d'une interdiction d'exercer une activité professionnelle en France pendant trois ans. Dans le cas de Mme Z..., le préfet a délivré une OQTF mais n'a pas pris de décision d'interdiction d'une activité professionnelle.

La question de droit qui vous est posée s'agissant du caractère opérant de l'article 8 de la CEDH ne concerne que la décision de retrait de la carte de résident : la cour ne s'est en effet pas expressément prononcée sur la légalité de l'OQTF. Si la question se posait à propos de l'OQTF, la réponse serait évidente : depuis votre décision d'Assemblée, B... du 19 avril 1991, n° 117680, au Recueil, il est de jurisprudence constante que le moyen tiré de l'atteinte au droit à une vie familiale normale est opérant à l'égard des mesures d'éloignement tel qu'un arrêté de reconduite à la frontière.

La question est un peu plus délicate à l'égard des décisions qui refusent le droit au séjour. Nous englobons dans ce terme le refus de titre de séjour, le refus de renouvellement ou l'abrogation d'un titre en cours de validité ; si ces trois types de décisions interviennent dans des situations différentes, leur effet juridique est identique au regard de la vie privée et familiale : elles privent l'étranger d'un droit au séjour régulier pour l'avenir.

Vous avez jugé qu'en principe, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la CEDH était opérant à l'égard d'un refus de titre de séjour : Section, 10 avril 1992, M..., p. 155 – jurisprudence qui est en ligne avec celle de la CEDH : ex. 21 juin 1988, Berrehab c/Pays-Bas. Mais à y regarder de plus près, on constate que votre jurisprudence opère une distinction en fonction des critères de délivrance des titres de séjour. Si la délivrance obéit à des conditions totalement étrangères à la vie privée et familiale, le moyen tiré de l'art. 8 sera

jugé inopérant et la légalité du refus de titre sera examinée à la lumière des seuls critères de délivrance fixés par les textes : voir pour un titre de séjour portant la mention « étudiant », conditionné par le seul caractère effectif des études suivies : 13 avril 1996, Mme R..., n° 136079, aux Tables, confirmé en référé par 8 juin 2007, ministre de l'Intérieur c/M. Z..., n° 298802, aux Tables. Voir pour une carte de commerçant, titre spécifique aux ressortissants algériens dont la délivrance est subordonnée à la seule inscription au registre du commerce et des sociétés : S., 20 juin 1997, S..., n° 151493, au Recueil. Cette dernière décision précise que si le requérant ne peut contester un refus de carte de commerçant en invoquant son droit à mener une vie familiale normale, il lui est toujours possible de demander un titre dont la délivrance repose sur ce critère.

Mais la distinction ainsi établie ne semble pas valable lorsqu'est en cause un refus de carte de résident. Votre jurisprudence semble orientée dans le sens que la méconnaissance de l'art. 8 CEDH est toujours opérante à l'égard d'un tel refus : ex. 8 décembre 1997, Y..., n° 160973, aux Tables. Non seulement le moyen est opérant mais vous jugez même qu'il est d'ordre public tout au moins devant l'administration : il résulte d'une décision du 9 décembre 1994, ministre c/K..., n° 120250, au Recueil, que le préfet est tenu d'examiner d'office si un refus de carte de résident ne méconnaît pas le droit à mener une vie familiale normale ; la conséquence logique est que la circonstance que l'intéressé ne remplisse pas les conditions posées pour l'obtention d'une carte de résident ne fait pas obstacle à ce qu'il tire de l'art. 8 CEDH un droit à la délivrance d'un tel titre : 9 décembre 1996, Mme E..., n° 154334, aux Tables.

Votre jurisprudence semble ainsi surdéterminée par l'idée que le droit à mener une vie familiale normale en France, lorsqu'il est reconnu, conduit à accorder à l'intéressé la possibilité de séjournée en France de façon stable et durable, ce qui doit se traduire de façon privilégiée par la délivrance d'une carte de résident.

Les indications que nous venons de vous donner recèlent toutefois deux contradictions. La première contradiction provient de ce que, nous l'avons dit, un étranger peut demander à bénéficier d'une carte de résident pour d'autres motifs que des motifs tenant à sa situation familiale; et il résulte des décisions K... (9 décembre 1994, n°120250) et E... (9 décembre 1996, n° 154334) précitées qu'un refus de carte de résident peut être contesté sur le fondement de l'art. 8 alors même que la carte aurait été demandée pour un autre motif. Ce raisonnement est directement contraire à celui des décisions R... (13 avril 1996, n° 136079) et S... (20 juin 1997n° 151493), qui jugent que l'atteinte à la vie familiale ne peut être invoquée à l'encontre d'un refus de titre que si la délivrance du titre repose sur une telle condition.

La seconde contradiction apparaît avec ce que vous jugez au stade de l'injonction : vous jugez ainsi que l'annulation d'un refus de titre au motif que cette décision méconnaît l'art. 8 de la CEDH implique la délivrance du titre demandé ou de tout autre présentant des garanties suffisantes au regard de l'art. 8, ce qui est le cas de la carte de séjour d'un an portant la mention « vie privée et familiale » : S., Avis, 30 novembre 1998, B..., n° 188350, au Recueil. Il est ainsi un peu contradictoire d'annuler un refus de carte de résident au motif qu'il méconnaît l'art. 8 de la convention, si l'exécution de cette annulation conduit « seulement » à la délivrance d'une carte de séjour « vie privée et familiale ». La logique de la décision S... (20 juin 1997n° 151493) paraît de ce point de vue plus cohérente : elle revient à juger qu'un refus de carte de résident demandée sur un terrain étranger à la vie privée et familiale ne peut être contesté sur ce dernier terrain, mais qu'il appartient à l'étranger qui a fait une telle

demande et qui peut se prévaloir de l'article 8 de la convention de demander une carte « vie privée et familiale », et obtenir le cas échéant du juge qu'il enjoigne à l'administration de lui en délivrer une.

La conciliation de ces lignes jurisprudentielles nous paraît résider dans le fait que vous n'appréciez pas de façon identique les conséquences d'un refus de titre selon la nature du titre demandé. Un refus de carte de résident est ainsi analysé comme un refus de principe de l'administration d'accorder à l'étranger tout droit au séjour de quelque nature que ce soit, et notamment un droit au séjour fondé sur le respect de la vie familiale, refus générique dont la conséquence est l'impossibilité absolue de se maintenir sur le territoire ; eu égard à la portée ainsi conférée à un tel refus, il est normal que l'art. 8 de la convention puisse être invoqué à son égard ; de même, le caractère générique d'un tel refus explique qu'au stade de l'injonction, dont le contenu est déterminé par le motif d'annulation, le juge désigne plus précisément le titre qui permettra le respect du droit à une vie familiale. Il en découlera cette bizarrerie : un refus de carte de résident pourra par principe être annulé sur le fondement de l'article 8 de la convention, mais la mesure découlant de cette annulation ne sera pas forcément la délivrance d'une telle carte. Ce qui implique également, mais une hypothèse se présente rarement dans les faits compte tenu des pratiques de l'administration qu'un refus de carte de résident assorti de la délivrance d'une carte VPF assure a priori le respect de l'art. 8.

En revanche, le refus d'un titre de séjour spécifique (étudiant, commerçant, ou tout autre apparu dans la législation récente) est analysé comme refusant seulement l'autorisation de séjourner sur le territoire pour exercer l'activité indiquée sur le titre demandé, sans préjudice de la possibilité d'obtenir un autre titre sur le fondement de la vie familiale.

Quel est, au regard de ces principes, le statut de la décision de retrait d'une carte de résident prise sur le fondement de l'article L. 314-6 du code du travail ? Disons à nouveau que la décision abrogeant une carte de résident en cours de validité nous paraît soumise au même régime que le refus ou le non-renouvellement d'une telle carte : compte tenu du caractère renouvelable de plein droit d'un tel titre, une abrogation a les mêmes effets que les deux autres décisions, à savoir faire obstacle à un droit au séjour durable sur le territoire français. Compte tenu de ce que nous venons d'indiquer, le moyen tiré de la méconnaissance de l'art. 8 de la convention est donc a priori opérant à l'égard d'une telle décision. Et cela nous semble d'autant plus pertinent que l'étranger qui bénéficie déjà d'une carte de résident présente en général toutes les caractéristiques lui permettant de se prévaloir de l'art. 8 de la CEDH : stabilité et ancrage familial en France.

La circonstance que le retrait de la carte de résident sur le fondement de l'article L. 214-6 du CESEDA soit une sanction administrative, comme l'a confirmé le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 32, a-t-elle pour effet de rendre inopérante l'invocation de l'art. 8 ? Nous ne voyons aucune raison à cela. Notons d'abord que la Cour européenne, si elle laisse aux Etats parties une certaine marge d'appréciation dans l'application de l'art. 8 aux étrangers, estime que cet article est par principe applicable à tous les cas de mesures d'éloignement ou de refus de titres de séjour, y compris dans le cas où une telle mesure a le caractère de sanction : Üner c/Pays-Bas, Grande chambre, 18 octobre 2006. Par ailleurs, le régime contentieux des sanctions administratives en droit administratif français conduit le juge à vérifier la proportionnalité de la sanction infligée aux faits reprochés ; et, s'il constate que la sanction n'est pas proportionnée, il a la faculté, en tant

que juge de plein contentieux, de substituer sa décision à celle de l'administration : Assemblée, 16 février 2009, Sté Atom, n° 274000. Or apprécier l'adéquation de la sanction aux faits reprochés revient à rechercher si les inconvénients et charges que fait peser cette sanction sur l'incriminé sont proportionnés à la gravité des faits répréhensibles ; ce qui conduit à prendre en compte l'ensemble des conséquences possibles de la sanction, y compris donc, lorsque l'incriminé est une personne étrangère et que la sanction entraîne perte du droit au séjour, l'atteinte que porte cette sanction à sa vie privée et familiale.

Le juge est donc bien tenu de vérifier si l'atteinte portée par la sanction litigieuse à la vie privée et familiale de Mme Z... est proportionnée aux faits reprochés. Ce qui conduit à examiner si cette sanction a portée une atteinte disproportionnée à son droit à mener une vie familiale normale. Le moyen tiré de la méconnaissance de l'art. 8 de la convention est donc bien opérant dans la présente affaire. La cour a donc commis une erreur de droit, ce qui vous conduira à censurer son arrêt et nous vous proposons de juger l'affaire au fond compte tenu des circonstances de l'espèce.

Statuant au fond, nous pensons que vous n'aurez aucune difficulté à considérer que la sanction infligée porte une atteinte disproportionnée à la vie familiale de Mme Z... au regard des faits reprochés. Les faits reprochés ne sont certes pas mineurs – gérance d'un atelier de textile employant au moins 9 personnes en situation irrégulière – et ils ont donné lieu aux sanctions pénales significatives que nous avons indiquées en introduction. Mais le retrait de la carte de résident, privant Mme Z... de tout droit au séjour, présente pour elle des inconvénients particulièrement importants du point de vue de sa vie familiale : elle est âgée de 54 ans, vit en France depuis vingt ans, a deux enfants de 24 et 25 ans vivant en France et dont l'un a été naturalisé français, et son époux et l'autre enfant ont une carte de résident. Le départ isolé de Mme Z... porterait donc à sa vie familiale une atteinte disproportionnée à la gravité des faits reprochés. La sanction prononcée, qui s'accompagne de surcroît d'une OQTF, ne peut donc subsister.

Une fois ce constat effectué, que devez-vous faire dans votre rôle de juge de plein contentieux ? Il n'est pas facile de répondre à cette question car deux problèmes délicats s'imbriquent ici.

Le premier est relatif au pouvoir dont dispose le juge de plein contentieux lorsqu'il constate que la décision contestée devant lui est erronée. Est-il tenu d'y substituer sa propre décision ou est-ce seulement une faculté ? Votre jurisprudence sur ce point semble fondée sur trois idées.

La première est que lorsqu'il statue sur les droits d'un administré à la suite d'une demande déposée par celui-ci, le juge est tenu de substituer sa décision à celle prise antérieurement sous peine de méconnaître son office. Cela conduit la jurisprudence à exiger de lui qu'il ne se borne pas à examiner la légalité de la décision qui lui est soumise, mais porte sa propre appréciation sur le dossier et substitue sa propre décision à celle de l'administration s'il estime cette dernière erronée : voir en matière d'examen de la demande de statut de réfugié : Section, 8 janvier 1982, B... , n°24948 au Recueil, concl. Genevois AJDA 1982 p. 662 ; en matière d'examen des demandes d'aide sociale : 25 novembre 1988, Dépt du Nord, au Recueil, n° 181242 ; lors de l'examen d'une demande de reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé : 4 novembre 1994, A..., n° 144345, aux Tables. Le juge peut, à cette fin, diligenter un supplément d'instruction afin de recueillir un avis ou une expertise : ex. 7

mai 1969, S..., n°73879 p. 244. Il peut aussi fixer les principes de la décision à prendre et renvoyer à l'administration le soin d'en préciser les modalités techniques : voir ainsi le cas où le juge autorise la création d'une installation classée, tout en renvoyant à l'administration le soin de définir les conditions d'utilisation de cette installation : ex. 16 octobre 1957, ministre de l'Industrie et du Commerce c/soc. Les tanneries de la Seine, p. 532 ; déc. SPECHINOR précitée.

Cette obligation cède toutefois lorsque la décision doit intervenir à l'issue d'une procédure apportant des garanties particulières, qui n'a pas été respectée au stade administratif et que le juge ne peut diligenter devant lui. Dans un tel cas, le juge ne peut substituer sa décision à celle de l'administration *sans nouvelle procédure*, car cela aboutirait à faire naître une sanction sans que les garanties procédurales aient été respectées. Il doit alors se comporter comme le ferait un juge de l'excès de pouvoir : annuler la décision et renvoyer le dossier à l'administration en vue d'une nouvelle procédure. Voir en matière d'autorisation d'installations classées, lorsqu'elles doivent faire l'objet d'une enquête publique : Section, 15 décembre 1989, ministre de l'Environnement c/Sté SPECHINOR, p. 254.

En revanche, lorsque l'administration a agi de sa propre initiative dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire, il nous semble que le juge de plein contentieux n'est jamais tenu de substituer sa propre décision à celle de l'administration. Il peut alors, selon une logique proche de celle de votre décision Dame P... (12 janvier 1968 n°70951), soit prendre une nouvelle décision s'il résulte de l'instruction que c'est celle que l'administration aurait prise, soit renvoyer le dossier à l'administration pour que celle-ci se détermine à nouveau, compte tenu des éclaircissements apportés par la décision juridictionnelle. Ce raisonnement trouve en particulier à s'appliquer en matière de sanction, où le principe d'opportunité des poursuites oblige toujours à se demander un instant de raison si l'administration aurait ou non décidé d'infliger une sanction dans le nouveau contexte fixé par la décision juridictionnelle. La réponse peut être positive, auquel cas l'office du juge est de substituer une sanction à celle prononcée par l'administration, sans renvoi (ex. en matière de sanction : 13 juillet 2007, D..., n° 259231, au Recueil ; 15 mars 2006, C..., n° 276375, aux Tables sous une autre rubrique). Mais elle peut être négative, le dossier étant alors renvoyé à l'administration pour qu'elle décide de l'opportunité d'une nouvelle procédure : 6/1, 30 mai 2007, Sté Europe finance et industrie, n° 293408 ; 26 juillet 2007, M. S..., n° 293908.

Dans la présente espèce, vous avez affaire à une sanction et nous pensons donc que vous n'êtes par principe pas tenus de substituer votre décision à celle de l'administration. Vous pouvez donc en rester là après l'annulation de la sanction.

Si vous décidiez toutefois d'aller plus loin, vient alors la seconde question : une fois que le juge de plein contentieux a constaté qu'une sanction de retrait de la carte de résident porte une atteinte disproportionnée au droit à mener une vie familiale normale, quelle décision peut-il prendre ? La jurisprudence a posé sur ce point des principes clairs. Le premier est que lorsque la loi ou le règlement a, en matière de sanction administrative, posé une échelle de peines, le juge de plein contentieux, alors même qu'il estime que les faits dont il est saisi mériteraient l'infliction d'une peine différente de celles prévues par le barème légal, ne peut pas s'en abstraire et fixer une peine non prévue par ce barème. Voir en matière de pénalités fiscales 8 juillet 1998, F..., n° 195664, aux Tables ; en matière de sanctions administratives : Section, 28 juillet 1999, GIE Mumm-Perrier-Jouet, n° 188973, au Recueil. Ce principe n'est qu'une déclinaison d'un second principe, qui irrigue l'ensemble du droit des sanctions

administratives et qui est la traduction en cette matière du principe de légalité des peines : en matière de sanction administrative comme en matière pénale, une infraction préalablement définie ne peut donner lieu à l'infliction d'une peine que si cette peine a elle-même été prévue par un texte : ex. 1^{er} juin 1953, Beloeuvre, n°17543 p. 255 ; Assemblée, 30 mars 1962, B... , (n° 32084 et 32688 p. 237) ; vous avez même jugé que cette règle était d'ordre public, l'infliction d'une peine non prévue par un texte relevant à la fois de l'incompétence et de la méconnaissance du champ d'application de la loi : 24 novembre 1982, ministre des Transports c/héritiers M..., n° 32944, aux Tables, aux conclusions conformes du Pdt Genevois. Il résulte de ces principes que lorsque la loi ou le règlement a fixé une échelle de peine fixe, comportant le cas échéant une seule peine, l'administration et le juge ne peuvent infliger d'autre sanction que celle ainsi prévue. En cas de disproportion entre cette sanction et les faits reprochés, ils ne peuvent infliger aucune sanction.

Il résulte de ce qui précède qu'au cas particulier, l'administration ne pourrait pas, et vous ne pourriez à sa place, prendre une sanction moins lourde que celle prévue par l'art L. 341-6 en procédant au retrait de la carte de résident et en assortissant ce retrait de la délivrance d'une carte « vie privée et familiale », de nature à assurer le respect de l'art. 8 de la CEDH à l'égard de Mme Z... . Une telle issue nous paraît en effet impossible au regard des principes que nous venons de rappeler : une telle sanction n'est pas prévue par les textes dans le cas d'emploi d'étrangers en situation irrégulière ; prendre une telle mesure serait méconnaître le principe de légalité de la peine et l'interdiction de modulation de la sanction hors habilitation textuelle. Dans l'absolu, une telle mesure pourrait se concevoir sur le fond ; elle serait un peu vaine, dès lors que le respect du droit à mener une vie familiale obligerait l'administration à renouveler ensuite la carte vie privée et familiale dans des conditions proches de celles créées par une carte de résident ; il en résulterait seulement une fragilisation de la situation de l'intéressée, ce qui ne nous paraît pas être un registre sain pour une sanction administrative. Mais quel que soit l'avis que l'on peut avoir sur une telle sanction, nous pensons en tout état de cause qu'elle ne peut pas être infligée sans que la loi l'ait prévue. Ce qui veut dire au cas d'espèce que si l'administration avait retiré la carte de résident de Mme Z... en assortissant cette mesure de la délivrance d'une carte vie privée et familiale, nous vous proposerions également d'annuler sa décision. Le fait que l'on soit ici en matière répressive fait ici obstacle à l'application proprio motu par le juge de la logique de la décision B..., (avis, 30 novembre 1998, n° 188350. Lorsque le retrait de la carte de résident ne peut être prononcé à l'égard d'un étranger ayant méconnu l'article L. 341-6 du code du travail, cette personne ne peut être sanctionnée que par application de sanctions pénales.

Nous pensons donc que si vous souhaitez vider le litige dans l'instance répressive ouverte contre Mme Z..., vous devriez constater que la seule peine prévue par la loi est disproportionnée au regard de son droit à une vie familiale normale, et ne pourriez prononcer aucune sanction à son égard.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué, au rejet de l'appel du préfet, et à ce que la somme de 2 500 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre des frais irrépétibles.