

N° 364558  
M. S... R...

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> sous-sections réunies  
Séance du 20 mars 2013  
Lecture du 8 avril 2013

## CONCLUSIONS

**M. Damien BOTTEGHI, rapporteur public**

Même si la commission du titre de séjour n'est plus ce qu'elle était, elle existe encore et sa composition peut poser difficulté, comme le prouve la demande d'avis qu'a formulée le tribunal administratif de Nice.

1. – C'est par l'article 6 de la loi n° 89-548 du 2 août 1989 (loi dite « Joxe ») qu'a été créée une « commission de séjour des étrangers », alors à l'article 18 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945. Elle avait été conçue comme une « *garantie supplémentaire d'ordre pré-juridictionnel pour les étrangers faisant l'objet d'un refus de titre de séjour* » (v. CESEDA commenté au Dalloz). Depuis lors, au gré des majorités et des orientations politiques successives, les attributions de cette commission ont oscillé – entre pouvoir liant le préfet et simple compétence d'avis – suivant la toujours plus grande instabilité du droit des étrangers. Elle a été supprimée par la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 (dite « loi Debré ») – puis ressuscitée l'année suivante, par la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 (dite « loi Chevènement ») sous l'appellation de la commission du titre de séjour, placée à l'article « 12 quater » de l'ordonnance.

Sa composition a, comme le reste du droit, régulièrement fluctué. A l'origine présidée par le président du Tribunal de grande instance, et comptant en plus un magistrat judiciaire et un magistrat administratif, elle est présidée à compter de 1998 par ce dernier, un magistrat de l'ordre judiciaire restant présent, avec une personnalité qualifiée « *désignée par le préfet pour sa compétence en matière sociale* ». La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 (dite « loi Sarkozy ») prévoit la désignation, en plus de deux magistrats de chaque ordre, d'une personnalité qualifiée désignée par le préfet « *pour sa compétence en matière de sécurité publique* » et d'une « *pour sa compétence en matière sociale* », en plus de la présence d'un maire ou de son suppléant. L'avis reste simplement consultatif. En 2007, les magistrats disparaissent de la commission : la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 (dite « loi Hortefeux ») la remodèle totalement en la resserrant. Il n'y a plus que le maire ou son suppléant (désignés par le président de l'association des maires du département) et deux personnalités qualifiées désignées par le préfet, sans précision de domaine (actuel art. L. 312-1 du CESEDA).

A cette dé-juridictionnalisation de la commission s'est ajoutée une modification de sa fonction. Alors qu'elle a pu remplir, à une époque, une fonction précontentieuse utile, elle

joue désormais un rôle plus marginal se limitant à la formulation d'un avis, qui est loin d'être toujours suivi par l'autorité de décision. Aux termes de l'article L. 312-2 du CESEDA, elle doit être saisie pour avis par le préfet lorsque ce dernier envisage de refuser de délivrer ou de renouveler, soit une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » à un étranger qui y aurait accès de plein droit (art. L. 313-11 du CESEDA), soit une carte de résident qui pourrait être obtenue de plein droit (art. L. 314-11 et L. 314-12 du CESEDA)<sup>1</sup>. Elle doit aussi l'être pour toute demande d'admission exceptionnelle au séjour formée par l'étranger qui justifie par tout moyen résider en France habituellement depuis plus de dix ans (art. L. 313-14).

2. – Dans certains départements frontaliers, pour assurer ces missions, ont été désignées comme personnalités qualifiées le directeur de la police de l'air et des frontières (PAF) et celui de la délégation départementale de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII).

La cour administrative d'appel de Nancy, confrontée à cette situation dans le département du Bas-Rhin, a trouvé cette composition problématique. Elle a jugé (7 juin 2012, *Préfet du Bas-Rhin*, n° 11NC01768 et 11NC01769, R) que « *si la présence de fonctionnaires parmi les membres de la commission ne peut être, en elle-même, de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur le respect de l'obligation (d'indépendance et d'impartialité)* » tel est en revanche le cas « *si, eu égard aux fonctions qu'ils exercent, l'impartialité (des) fonctionnaires est susceptible, même en apparence, d'être suspectée* ». Elle a déduit de ces principes que « *la circonstance que le directeur départemental de la police de l'air et des frontières du Bas-Rhin ait été membre de la commission du titre de séjour du Bas-Rhin au titre des « personnes qualifiées » peut faire naître un doute sur son impartialité objectivement justifié par le fait qu'il est chargé de veiller, entre autres, au respect de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire du Bas-Rhin, et cela quand bien même il n'aurait pas participé directement aux poursuites préalables ou à l'instruction de l'affaire en cause* ». La composition de la commission a par suite été jugée irrégulière et cette irrégularité l'a privé d'une garantie, au sens de la jurisprudence *Danthony* (Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, n° 335033, au R.).

Le tribunal administratif de Nice, confronté à la même question, s'interroge sur la pertinence de ce motif. Il a décidé de vous saisir d'une demande d'avis, dont vous pouvez considérer qu'elle répond aux critères de l'article L. 111-3 du code de justice administrative (CJA).

3. – La formulation des interrogations du tribunal nous invite à différencier trois questions, qui s'enchaînent uniquement en cas de réponses positives successives :

a) La première est de savoir si, aux termes de la loi, un fonctionnaire de la PAF et de l'OFII peuvent « *siéger es qualité au sein d'une commission du titre de séjour* » – c'est-à-dire peuvent être désignés en tant que personnalité qualifiée ;

b) La deuxième question nécessite de savoir si leur présence, même légale, n'est pas de nature à porter atteinte à l'impartialité, notamment objective, de la commission ;

---

<sup>1</sup> Il existe une compétence ponctuelle, ajoutée en 2003, pour le retrait d'un titre de séjour si la procédure de regroupement familial a été contournée (art. L. 431-3 CESEDA).

c) La dernière question porte sur l'existence d'un vice tel qu'il justifie l'annulation du refus de titre.

3. – La première question est compréhensible, car la nomination de ces fonctionnaires au titre des personnalités qualifiées étonne quelque peu. On ne peut en effet ignorer que les fonctions qu'elles occupent les mettent au premier rang de l'application de la politique gouvernementale en matière migratoire. Le directeur de la police aux frontières, par ailleurs, est un collaborateur proche du préfet, dont il dépend hiérarchiquement. Ainsi composée, la commission du séjour paraît particulièrement dépendante du préfet, alors qu'elle a été conçue à l'origine pour servir de garantie à l'étranger, avec un fonctionnement indépendant et organiquement séparé, puisque des magistrats en étaient membres.

Ceci dit, on ne peut que constater que le législateur a clairement voulu modifier l'orientation de cette commission. Comme nous l'avons dit, la loi du 26 novembre 2003 avait déjà prévu la nomination d'une personnalité « *pour sa compétence en matière de sécurité publique* » ainsi que « *pour sa compétence en matière sociale* ». La première précision renvoie assez certainement à un profil policier. La loi du 20 novembre 2007 ouvre encore plus largement le choix de nomination puisque ce sont seules mentionnées des personnalités qualifiées. La marge de manœuvre de l'autorité de nomination est totale. Les travaux préparatoires, au demeurant, sont muets sur toute précision ou d'indication sur les personnes devant être choisies.

Vous ne pourriez vous opposer, en droit, au choix opéré par le préfet en l'espèce que si vous identifiez un principe s'opposant à ce que ce préfet nomme dans des commissions consultatives placées auprès de lui des personnalités sur lesquelles ils détiendraient un pouvoir hiérarchique, ou qui seraient ses collaborateurs directs. Or un tel principe nous paraît difficile à établir, faute de trouver une assise dans un texte ou une exigence supérieure – et parce qu'en pratique, ce type de nominations dans une commission administrative n'est pas rare.

Il nous semble ainsi qu'on peut estimer que certains choix dénaturent la commission ou l'orientent d'une manière qui la rend inutile et peut même conduire à s'interroger sur sa permanence. Mais dès lors que la loi a rendu la composition possible, nous ne voyons pas comment s'opposer à ces choix.

4. – Il faut en venir maintenant à la deuxième question, qui est le cœur de la demande d'avis et vaut bien sûr alors même que les deux personnalités en cause pouvaient être légalement nommées : le principe d'impartialité s'oppose-t-il à la présence de ces fonctionnaires ?

4.1. – On distingue désormais l'impartialité subjective de l'impartialité objective – qu'il n'est en réalité pas toujours facile de distinguer ; les frontières sont particulièrement poreuses. Nous préférons faire référence à l'impartialité personnelle et fonctionnelle, même si la terminologie de la Cour européenne des droits de l'homme a pris le dessus. Comme l'expliquait Mattias Guyomar (v. ses conclusions sur Sect., 12 octobre 2009, *M. P...-H... P...*, n° 311641, au R.), l'impartialité subjective tient à l'homme et à son comportement et l'impartialité objective renvoie aux fonctions exercées pouvant être de nature à faire douter de

l'indépendance au-delà des convictions personnelles. Ainsi que le dit la Cour de Strasbourg, l'impartialité doit s'apprécier « *selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime [...] l'appréciation objective [...] consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* » (24 mai 1989, *H... c/Danemark*, § 46 et 48).

Ces deux dimensions valent quand il s'agit de l'exercice d'une activité juridictionnelle. Vous jugez par exemple que ne peuvent siéger au sein d'un organisme juridictionnel statuant sur les droits et obligations à caractère civil un fonctionnaire participant à l'activité des services en charge des questions soumises à la juridiction (v. à propos de la commission centrale d'aide sociale et de fonctionnaires en charge de l'aide sociale pour les litiges relatifs à celle-ci : Ass., 6 décembre 2002, *M. T...*, au R., ccl. Fombour). Cette position s'explique par le fait que trouve à s'appliquer à la fonction de juger le « *principe selon lequel toute personne appelée à siéger dans une juridiction doit se prononcer en toute indépendance et sans recevoir quelque instruction que ce soit* » (v. à propos des commissions départementales des travailleurs handicapés et du directeur régional du travail et de l'emploi : Sect., 6 décembre 2002, *M. A...-L...*, ccl. Séners).

4.2. – Cette grille ne vaut pas dans les mêmes termes pour un organisme administratif. Il existe certainement une obligation générale d'impartialité, qui constitue un principe général du droit depuis une décision de Section du 29 avril 1949 *B...* (Rec., p. 188). Il s'impose particulièrement aux organes consultatifs (7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, p. 28) et vous en faites régulièrement application (v. nt. à propos de l'AFSSA et d'un comité d'experts et la participation d'une personne ayant un intérêt direct ou indirect à l'affaire examinée a assisté aux délibérations du comité d'experts : 11 février 2011, *Société Aquatrium*, au R., ccl E. Cortot). Mais, à l'époque où ce principe a été mis à jour, la double dimension de l'impartialité était absente. Les situations visées se rattachent à ce que l'on qualifie dorénavant de conflits d'intérêt – c'est la déontologie du fonctionnaire qui est visée. Tout individu personnellement intéressé – en raison de liens familiaux, d'affaire ou de tout autre motif personnel – est suspect de partialité. Dans ces cas, vous considérez que l'avis rendu a été vicié. Cela vaut même si la présence de la personne est passive et qu'il ne participe pas au vote. Ainsi, vous avez censuré la présence, lors de la séance d'un organisme qui était consulté pour avis simple sur la reconnaissance d'une association en qualité d'organisation professionnelle, de plusieurs des membres de cette association (28 décembre 2007, *Syndicat des sylviculteurs du sud-ouest*, n° 282921).

Aussi nous semble-t-il que, pour l'instant, vous n'avez pas étendu la dimension objective – la dimension d'apparence – aux organes administratifs. En matière juridictionnelle, vous appliquez désormais, sous l'influence de Strasbourg, l'adage selon lequel la justice doit non seulement être rendue mais doit être perçue comme rendue (« *justice must not only be done but must be seen to be done* »). Mais, en dehors du champ juridictionnel et pour l'application du principe général du droit tenant à l'impartialité de l'administration – consultative pour l'avis qui vous concerne aujourd'hui – l'application de la dimension fonctionnelle n'est pas établie en jurisprudence. Récemment, vous avez jugé que peuvent participer à une commission consultative des membres représentant des professions « *intéressées* » par les sujets traités, dès lors qu'il n'y a pas d'intérêt personnel en cause (3

août 2011, *Syndicat national des installateurs en radiocommunications*, Tables, concl de Lesquen).

Nous rejoignons Alain Seban qui faisait remarquer en 2000 (15 novembre 2000, *Mme J... C...*, n° 208572, au R.), que si en matière juridictionnelle – ou quasi-juridictionnelle – vous avez renforcé les exigences d'impartialité dans ses dimensions tant objectives que subjectives vous n'avez pas suivi le même mouvement pour les organes administratifs. Vous n'exigez que l'absence d'intérêt personnel et de liens personnels, sans aller jusqu'à exiger l'absence de toute apparence de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de la personne concernée. Ce qui relativise l'affirmation du Pdt B. Genevois selon laquelle vous faites preuve d'une rigueur accrue dans l'application du principe d'impartialité en étendant insensiblement aux organes administratifs les solutions adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme à propos des organismes juridictionnels (v. fasc. « *Les principes généraux du droit* », *Rép. cont. adm. Dalloz*, oct. 2010, n° 630). Il y a certainement une plus grande exigence<sup>2</sup>, mais pas une complète acclimatation, qui ne serait pas justifiée.

4.3. – La demande d'avis d'aujourd'hui présente l'intérêt de savoir si vous en restez à l'application traditionnelle du principe d'impartialité ou si vous acceptez de rentrer dans le débat sur la possibilité, en terme fonctionnel, de nommer le directeur départemental de la Police aux frontières ou le représentant de l'OFIL. Ce qui est discuté, en effet, ce n'est pas la nécessité pour ces personnes de s'abstenir de siéger si elles ont à faire avec le dossier d'un étranger qu'elles ont suivi par ailleurs ou si, à un titre quelconque, elles ont un intérêt dans l'affaire. Une telle obligation va de soi. Ce qui est en jeu est le fait que leur présence, par elle-même, crée la suspicion sur le travail de la commission en raison à la fois de leur rattachement hiérarchique au préfet et du fait, s'agissant du directeur départemental de la police aux frontières, qu'il est tenu par des obligations statistiques qui peuvent le faire regarder comme étant nécessairement défavorable aux prétentions des étrangers. Pour répondre à cette suspicion, nous ne pouvez à notre sens vous contenter de renvoyer à la déontologie propre du fonctionnaire ou aux règles qui s'imposent pour tout membre d'une commission administrative au titre du décret du 8 juin 2006.

Vous devez trancher entre deux attitudes possibles.

Vous pouvez chercher à savoir si, en termes d'apparence, la présence de ces deux fonctionnaires, eu égard à leur position fonctionnelle, est de nature à créer un doute suffisant sur l'impartialité du fonctionnement de la commission. Ce faisant, vous entreriez dans la logique que vous avez suivie en matière juridictionnelle sous l'influence de la Cour de Strasbourg et qui, comme vous le savez, peut aller très loin – v. 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines*, n° 65411/01. Et il n'est pas si facile en l'espèce de déterminer la réponse, car l'appréciation de la partialité fonctionnelle est, pour dire les choses avec ironie, assez subjective. Tout est affaire de perception. Certains peuvent considérer que, eu égard à l'objet d'un dispositif censé être une garantie pour l'étranger, la présence de ces fonctionnaires fait sérieusement douter du sens de l'action de la commission dès lors que ces agents, même

---

<sup>2</sup> Certaines jurisprudences nous semblent ainsi ne plus tenir avec le temps. Il en va ainsi de l'acceptation de la présence au conseil de discipline le directeur général qui a connu, à raison de ses fonctions, de la situation administrative de la personne poursuivie et des griefs formulés contre elle (Sect., 20 juin 1958, *L...*, p. 368) ou de la présidence d'un conseil de discipline par le magistrat judiciaire ayant lui-même connu des faits reprochés au fonctionnaire dans le cadre d'une instance pénale (Sect., 27 avril 1988, *S...*, concl S. Hubac).

armés de la meilleure déontologie personnelle ou conscience professionnelles, sont tenus par une logique fonctionnelle qui s'impose à eux.

L'autre attitude, que nous vous proposons d'embrasser, est plus radicale. Elle consiste à considérer qu'en matière administrative, le principe d'impartialité n'a pas les mêmes rigueurs qu'en matière juridictionnelle et qu'il ne va pas jusqu'à englober la théorie des apparences importée du juge européen. Ce qui importe lors de la consultation d'un organe administratif, c'est la dimension personnelle du principe d'impartialité en l'absence d'intérêt ou de parti pris. Entrer dans la logique de l'image dépasse le cadre du principe d'impartialité reconnu en droit interne et acclimate des exigences propres à la fonction de juger pour des actes qui n'en relèvent pas.

C'est en se fondant sur ce refus – que vous devriez formaliser – que nous vous invitons à énoncer que la présence de fonctionnaires en cause ne méconnaît pas le principe d'impartialité.

5. – Compte tenu de la réponse négative à la deuxième question, vous n'aurez pas à répondre à la dernière question.

C'est dans le sens de ces observations que nous concluons.