

N° 383076

M. A...

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies

Séance du 11 mai 2015

Lecture du 27 mai 2015

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

« A présent, tout est possible ». Tels sont les mots dont Marceau Long, alors vice-président du Conseil d'Etat, raconte qu'un président de section les a glissés à son oreille à l'issue du délibéré de la décision *Compagnie Alitalia* (CE, Assemblée, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052, p. 44), par laquelle l'Assemblée du contentieux venait de consacrer la possibilité d'attaquer pour excès de pouvoir le refus d'abroger un texte réglementaire (. Vous ne remettrez pas en cause cette prédiction encourageante, mais rappellerez tout de même à M. A... que sorti du cadre de cette jurisprudence exceptionnelle, possibles, certaines choses ne le sont toujours pas.

M. A... est français et uni par un pacte civil de solidarité (PACS), enregistré au consulat général d'Abidjan, à un ressortissant ivoirien. Les déboires de ce dernier pour obtenir un visa lui permettant d'entrer et de s'établir en France ont conduit les deux partenaires à prendre en grippe un certain nombre de dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Parmi ces dispositions figure l'article R. 311-3 du code. Relatif à la marche à suivre par les étrangers dispensés de solliciter une carte de séjour, il mentionne notamment à ce titre, en son 4° issu du décret n° 2009-477 du 27 avril 1999, les étrangers, conjoints de ressortissants français, séjournant en France sous couvert d'un visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois et portant la mention « vie privée et familiale ». M. A... reproche au pouvoir réglementaire de ne jamais avoir ajouté à cet article mention des partenaires de PACS d'un ressortissant français afin d'aligner leur situation sur celle des conjoints de français. Il y voit une discrimination non seulement entre les partenaires de PACS et les conjoints mariés, mais également entre les partenaires dont le PACS a été enregistré à l'étranger et ceux dont le PACS a été enregistré en France. Les seconds peuvent en effet prétendre à l'octroi d'une carte de séjour vie privée et familiale en vertu du 7° de l'article L. 313-11 du CESEDA, plutôt que de se contenter comme les premiers d'un titre « visiteur » ne permettant pas – c'est tout le problème du partenaire de M. A... – l'exercice en France d'une activité professionnelle.

Quoi qu'il en soit, M. A... n'attaque pas le refus de modifier le 4° de l'article R. 311-3 du CESEDA, modification qu'il n'a pas pris la peine de solliciter auprès du Premier ministre. Ce qu'il attaque pour excès de pouvoir, c'est l'article 2 du décret n° 2014-527 du 23 mai 2014 portant modification du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire) en ce qui concerne Mayotte, Wallis-et-Futuna, la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie. L'article 2 modifie l'article R. 311-3 du code et M. A... lui reproche de

1

ne pas le modifier dans le sens d'un alignement de la situation des étrangers PACSés sur celle des étrangers mariés.

C'est un curieux procès, que nous croyons irrecevable, fait au décret du 23 mai 2014.

L'intervention de ce décret est une conséquence indirecte de la départementalisation de Mayotte et de sa transformation en région ultrapériphérique de l'Union européenne (RUP).

Le premier changement de statut a entraîné la soumission de Mayotte au principe d'identité législative. Toutefois, ainsi que vous l'avez jugé par une décision *Mme B...* (CE, 5 juillet 2012, n° 358266, T. p. ; solution inspirée, après l'abrogation de l'article LO. 3511-1 du code général des collectivités territoriales, de ce qui avait été jugé sous son empire par la décision CE, 13 juillet 2011, *Caisse des règlements pécuniaires de avocats de Mayotte*, n° 325932, T. p., elle-même inspirée de l'avis de la section de l'intérieur du 20 mai 2010, publié au rapport annuel du Conseil d'Etat, relatif au changement de statut de Mayotte), la soumission du département de Mayotte au régime de l'identité législative n'a pas eu pour effet d'y rendre applicable l'ensemble du droit applicable en métropole en lieu et place de la législation spéciale en vigueur dans cette collectivité. Elle y permet seulement l'applicabilité de plein droit des lois et règlements édictés à compter de cette date, sous réserve des adaptations éventuelles tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de cette collectivité.

Cette jurisprudence a permis, dans les premières années de la départementalisation, le maintien en vigueur à Mayotte de la législation spéciale relative à l'entrée et au séjour des étrangers en lieu et place du CESEDA. Ce n'est qu'avec l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie législative) qu'a été fait le choix, notamment pour tirer les conséquences du second changement de statut (transformation en RUP), de rendre applicable la partie législative du CESEDA par abrogation de l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte. Le décret litigieux fait de même au niveau réglementaire.

Ce n'est même pas de l'article 2 attaqué que résulte l'extension à Mayotte de l'article R. 311-3 du CESEDA : son applicabilité découle en toute rigueur de l'article 14 du décret qui abroge la réglementation spéciale (décrets n° 2001-635 du 17 juillet 2001 et n° 2010-1435 du 19 novembre 2010) faisant écran à l'application du droit commun. L'article 2 se borne à procéder pour Mayotte aux adaptations du droit commun jugées nécessaires. Il ajoute ainsi à l'article R. 311-3 du CESEDA un quatorzième alinéa dispensant les étrangers des formalités normalement à accomplir auprès de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, pour l'excellente raison que l'office n'est pas encore en place à Mayotte. Vous pourriez à la rigueur faire preuve de compréhension et admettre que M. A... entend également se saisir des dispositions réglementaires qui étendent l'application de l'article à Mayotte.

M. A..., qui n'a, de même que son partenaire, rien à voir avec Mayotte, est bien entendu dépourvu de tout intérêt lui donnant qualité pour agir contre les dispositions qu'il attaque en tant qu'elles procèdent à cette adaptation/extension.

Loin de tenter de monter en épingle un tel intérêt aux affaires mahoraises, il soutient devant vous avoir intérêt à attaquer l'article 2 en tant qu'il ne profite pas de la modification

qu'il opère de l'article R. 311-3 pour procéder à l'alignement auquel le requérant a cette fois intérêt. En bref, il prétend avoir intérêt à attaquer le décret en tant qu'il modifie l'article R. 311-3, mais pas suffisamment.

Vous n'avez à notre connaissance jamais autorisé une telle prise contentieuse et l'inscription de cette affaire au rôle de vos sous-section-réunies sera, si vous nous suivez, l'occasion de la disqualifier.

En premier lieu, nous excluons qu'on puisse saisir l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre un texte modificatif pour prétendre attaquer par voie d'action le texte modifié à l'encontre duquel les délais de recours ont cessé de courir. Certes, nous n'ignorons pas que le Conseil constitutionnel pratique, depuis sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 rendue sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, un tel anéantissement par ricochet des dispositions législatives modifiées lorsqu'il est saisi d'une disposition législative ultérieure qui la modifie, la complète ou affecte son domaine. Mais vous n'êtes pas le Conseil constitutionnel et cette différence dans vos façons de faire s'explique par la distinction de vos offices respectifs.

D'une part et même si son maintien énergique depuis l'instauration de la procédure de QPC en rend mal compte (v. la note intitulé « contrôle des lois déjà en vigueur à l'occasion du contrôle *a priori* des lois » mis en ligne sur le site du Conseil constitutionnel en juin 2013), la jurisprudence dite « néo-calédonienne » tient sa raison d'être de l'absence, à l'époque où elle a été forgée, de tout contrôle *a posteriori* des lois, alors même que le contrôle *a priori* n'était pas systématique. Le contrôle par ricochet était donc l'occasion de purger l'ordre juridique de lois inconstitutionnelles pour tarir à la source la commission, par les lois modificatives, de nouvelles inconstitutionnalités.

D'autre part, la jurisprudence « néo-calédonienne » s'inscrit dans un édifice jurisprudentiel dont l'architecture est très différente de celui que vous avez-vous-mêmes bâti. Ainsi, et pour éviter d'instaurer un contrôle *a posteriori* clandestin en privant une loi promulguée des dispositions ultérieures permettant de la rendre applicable, le Conseil constitutionnel refuse de faire jouer l'exception d'inconstitutionnalité lorsque la loi examinée est un texte d'application de la loi prétendument inconstitutionnelle (v. décision n° 85-187 DC précitée), alors qu'il s'agit précisément d'un cas de figure dans lequel vous faites jouer l'exception d'illégalité entre deux textes : le contrôle de constitutionnalité par ricochet à l'occasion des lois modificatives vient en quelque sorte compenser dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel un déséquilibre dont votre jurisprudence ne souffre pas.

Enfin les effets dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité par ricochet ne sont pas les mêmes que ceux, bien plus déstabilisateurs, qui découleraient d'une annulation pour excès de pouvoir du texte modifié à l'occasion d'un recours contre le texte modificateur, la première prenant en principe effet à compter de la déclaration d'inconstitutionnalité, la seconde étant réputée produire un effet rétroactif.

C'est l'ensemble de ces raisons qui ont conduit la Section du contentieux à refuser fermement, par une décision *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc* (CE, Section, 24 janvier 1992, n° 68122, p.) sur laquelle nous reviendrons, l'acclimatation modeste de la jurisprudence « néo-calédonienne » que le commissaire du gouvernement l'invitait à opérer. Si la décision n'en porte la marque qu'en creux, et si vous n'avez guère pris la peine

depuis de l'affirmer expressément, nous notons que votre refus réitéré de procéder à cette adaptation découle nécessairement de votre jurisprudence sur les décisions confirmatives, qui implique l'impossibilité de saisir rétroactivement une illégalité devenue définitive. Ce verrou joue, pour les actes modificatifs, chaque fois qu'ils véhiculent et donc réitérent l'illégalité source ; il serait paradoxal qu'il en aille autrement lorsqu'ils ne l'affectent en rien et se contentent de modifier à la marge le texte initial en se bornant à laisser l'illégalité subsister.

En deuxième lieu, nous ne croyons pas non plus à la formule consistant à permettre d'attaquer pour excès de pouvoir un texte modificatif en tant qu'il ne modifie pas suffisamment un texte préexistant, avec pour objectif non pas d'obtenir l'annulation du texte préexistant, mais celle du texte modificatif « en tant que ne pas », avec à la clef une injonction de modification dans le sens souhaité. Nous croyons en effet fermement qu'on ne peut jamais reprocher à un texte réglementaire de ne pas se saisir d'une question étrangère à son objet propre à peine d'illégalité. Vous partez en effet toujours du principe que ce qu'un décret n'a pas fait à un instant donné, un autre décret pourra le faire à tout moment. C'est ce qui justifie que, du moins dans la veine orthodoxe de votre jurisprudence qui a connu sur ce point quelques approximations malheureuses (CE, 3 juin 2009, *Cimade et a.*, n° 321841, p. 211), que l'on ne puisse utilement reprocher à un décret une quelconque « incompétence négative » (CE, 27 octobre 2008, *Fédération départementale des associations agréées de la pêche et de protection du milieu aquatique de l'Orne*, n° 307546, p. 364). Cela nous semble condamner également l'idée de lui faire procès de l'absence de correction d'une illégalité préexistante avec la consistance et le périmètre de laquelle il n'interfère même pas.

Nous précisons, en troisième lieu, que nous ne pensons pas non plus que l'on puisse, même à l'occasion d'un recours qui serait recevable contre un décret modificatif, prétendre atteindre le texte modifié par la voie de l'exception. Certes, la décision *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc* précitée procède de façon similaire en admettant l'exception d'illégalité d'un texte réglementaire instaurant des infractions à l'occasion d'un recours contre un texte modifiant les peines contraventionnelles punissant ces infractions. Mais l'analyse de la décision insiste sur le fait qu'elle ne vaut que pour la matière pénale, par dérogation aux règles régissant en principe l'exception d'illégalité (par l'indication d'un « Comp. pour les matières non pénales, Section 1967-02-10, *Société des Etablissements Petitjean et autres*, p. 63 ; Section 1980-10-17, *C...*, p. 370). Or on ne peut pas dire que, depuis, votre jurisprudence se soit détendue sur ce dernier sujet. Au contraire, votre décision *Sodemel* (CE, 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° 320735 320854, p. 346) a solennellement réaffirmé que l'exception d'illégalité n'est opérante que si la décision attaquée a été prise pour l'application de l'acte argué d'illégalité ou si ce dernier en constitue la base légale. Il nous semble aller de soi qu'un texte modificatif ne remplit pas ces critères. Et dès lors que vous avez fait le choix, par votre décision *Mme O...* (CE, Section, 30 septembre 2013, n° 367615, p. 342), d'instiller un surcroît de souplesse dans les règles d'annulation par voie de conséquence en contrepartie d'une fermeté maintenue en matière d'exception d'illégalité, nous ne voyons pas de raison d'en changer.

Nous vous invitons donc à procéder à ces rappels pédagogiques avant de rejeter pour irrecevabilité la requête de M. A.... Il appartiendra à ce dernier, s'il s'y croit fondé, d'aller plus directement au but en contestant un éventuel refus de modifier les dispositions qui l'importunent de l'article R. 311-3 du CESEDA. Mais l'exercice de cette voie de recours

« *Alitalia* », par laquelle tout sera peut-être possible, suppose au préalable de lier correctement le contentieux, ce qui n'a pas été fait dans le cadre de la présente affaire où le ministre, en défense, oppose à titre principal une fin de non-recevoir.

PCMNC – Rejet.