

N°381550
Groupe d'information et de
soutien des immigré-e-s et autres

N° 383034
Cimade et autres

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies
Séance du 1^{er} juillet 2015
Lecture du 22 juillet 2015

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Le statut de Mayotte a récemment connu deux bouleversements d'ampleur : l'accession au rang de département d'Outre-mer à compter du 1^{er} avril 2011 ; la transformation en région ultrapériphérique de l'Union européenne (RUP) à compter du 1^{er} janvier 2014. La départementalisation a entraîné l'application du régime de l'identité législative, mais, ainsi que vous l'avez jugé par une décision *Mme B...* (CE, 5 juillet 2012, n° 358266, T. p.),¹ n'a pas substitué l'ensemble du droit métropolitain en vigueur à la législation spéciale propre à Mayotte. Elle y a seulement permis l'applicabilité de plein droit des textes édictés à compter de cette date, sous réserve d'adaptations éventuelles.

Les premières années de la départementalisation ont ainsi vu le maintien en vigueur à Mayotte de la législation spéciale relative à l'entrée et au séjour des étrangers. Ce n'est qu'avec l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014² qu'a été fait le choix, notamment pour tirer les conséquences de la 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 n° 2014-527 du 23 mai 2014 fait de même au niveau réglementaire, en abrogeant les décrets n° 2001-635 du 17 juillet 2001 et n° 2010-1435 du 19 novembre 2010 faisant jusqu'ici obstacle à l'application à Mayotte des textes de droit commun.

Sous le n° 381550, huit associations³ et le Syndicat de la magistrature vous demandent l'annulation pour excès de pouvoir des articles 5, 9, 11, 14, 17 et 20 de l'ordonnance. Leur

¹ par une 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 des 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.

² ordonnance portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie législative), prise sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer (art. 27).

³ le Groupement d'information et de soutien des immigré(e)s (Gisti), l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (Anafé), l'association Aides, l'Association de soutien aux amoureux au ban public,

référé tendant à la suspension de l'exécution des articles 5 et 14 a été rejeté pour défaut d'urgence par une ordonnance du 24 juillet 2014 (JRCE, *Gisti*, n° 381551). Sous le n° 383034, cinq de ces requérants⁴ vous demandent également l'annulation des articles 6, 8, 9 et 11 du décret.

1. **Commençons par l'ordonnance.** La circonstance que ni le Syndicat de la magistrature (CE, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705, à publier au Recueil), ni selon nous les associations *Aides*⁵ et *Médecins du monde*⁶ n'aient intérêt pour agir⁷ ne vous arrêtera pas s'agissant d'une requête collective réelle portée par plusieurs requérants recevables.

Un seul moyen porte sur l'ordonnance dans son ensemble. Il est tiré de ce qu'elle méconnaîtrait l'étendue de la loi d'habilitation. Il serait d'une grande banalité s'il n'était plus particulièrement tiré, à rebours des argumentations habituelles, de ce que l'ordonnance serait restée en-deçà – et non allée au-delà – de ce que la loi d'habilitation prescrivait, faute notamment de procéder à la transposition complète des directives « retour » et « normes minimales »⁸, alors que la loi habilitait à une mise « en conformité avec le droit de l'Union européenne »⁹.

Nous croyons cette argumentation inopérante.

Si la notion d'incompétence négative, propre aux actes législatifs et qui n'est pas utilement invocable à l'encontre des actes réglementaires (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), sied à l'acte hybride que constitue une ordonnance de l'article 38, elle ne peut se définir par rapport à la loi d'habilitation. L'objet d'une telle loi est de délimiter, tout en l'autorisant, le champ d'une incursion dérogatoire du Gouvernement dans le domaine réservé du législateur. En tant qu'elle délimite, elle contraint, pour éviter que l'incursion se transforme en excursion buissonnière : le Gouvernement n'a pas le droit d'en dépasser les bornes, dont le Conseil constitutionnel vérifie qu'elles sont clairement définies et le Conseil d'Etat que l'ordonnance s'abstient de les franchir (v. not. CE, 30 juin 2003, *Mme K...*,

la Cimade, la Fédération des associations de solidarités avec tou-te-s les immigré-e-s (Fasti), la Ligue des droits de l'homme, l'association Médecins du monde.

⁴ la Cimade, l'Anafé, la Fasti, le Gisti et la Ligue des droits de l'homme.

⁵ Son objet, qui est en substance de lutter contre le VIH et de défendre les personnes atteintes par ce virus, nous semble assez éloigné de l'objet des textes litigieux – nous ne sommes pas dans la configuration de l'affaire du 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, n° 285576, p. dans laquelle vous aviez implicitement mais nécessairement admis son intérêt à attaquer un décret qui concernait l'AME, donc thématiquement plus proche de son objet social.

⁶ Vous avez certes déjà implicitement admis son intérêt pour agir contre une circulaire relative au dispositif d'accueil des demandeurs d'asile (CE, 4 décembre 2013, *Association Dom'Asile et autres*, n° 359670 363308). Mais cet intérêt reposerait, dans notre configuration, uniquement sur l'importance de l'accès au séjour pour l'accès des étrangers aux soins, ce qui nous paraît un peu indirect.

⁷ L'association des amoureux du ban public en revanche, en tant qu'elle défend les droits des couples binationaux, nous semble recevable à attaquer au moins l'article 11, qui restreint l'accès au séjour des conjoints de français à Mayotte.

⁸ directives 2008/115/CE du 16 décembre 2008 et 2003/9/CE du 27 janvier 2003. Le défaut de mise en conformité tiendrait notamment à ce que l'ordonnance s'abstient de rendre applicable à Mayotte le chapitre du code de l'action sociale et des familles relatif aux centres d'accueil des demandeurs d'asile et les dispositions du code du travail relatives à l'allocation temporaire d'accueil.

⁹ Il existe également une argumentation très fruste tirée de ce que l'ordonnance n'irait pas assez loin dans la définition, permise par l'ordonnance, des conditions mieux adaptées au défi migratoire.

n° 246590, p. 294). En tant qu'elle autorise en revanche, la loi ne prescrit rien, se bornant à ouvrir une faculté que le Gouvernement est libre de saisir : rien ne l'oblige à en saturer l'espace, comme vous l'avez récemment rappelé par une décision CE, 23 janvier 2015, *M. T...*, n° 380339, T. p., pour en déduire qu'aucune QPC ne peut jamais être dirigée contre une loi d'habilitation. Dans ces conditions, l'incompétence négative d'une ordonnance peut sans doute être critiquée par rapport à la Constitution. Rien de tel au regard de la loi d'habilitation, avec laquelle l'ordonnance n'entretient aucun rapport de fond.

Passons aux moyens dirigés contre des dispositions spécifiques de l'ordonnance.

Le premier est dirigé contre l'article 5, qui exclut à Mayotte l'application de la règle dite du « jour franc ». Cette règle, posée en principe par l'article L. 213-2 du CESEDA, permet à un étranger qui fait l'objet d'un refus d'entrée en France de refuser d'être rapatrié avant l'expiration d'un délai d'un jour franc¹⁰.

* Les requérants soutiennent d'abord que l'exclusion de cette faculté à Mayotte méconnaît l'article 7 de la directive « retour », qui impose de ménager un délai de retour¹¹ pour permettre l'exercice des voies de recours. Mais le moyen est, là encore, inopérant. Par votre décision CE, 10 octobre 2012, *Préfet du Val d'Oise c/ R...*, n° 360317, T. p., vous avez jugé que le champ d'application de cette directive se limite aux décisions de retour prises par les Etats membres au motif que les étrangers sont en situation de séjour irrégulier¹². La décision de rapatriement dont le refus d'entrée est assorti, si elle constitue une décision d'éloignement, n'est pas une décision de retour au sens de la directive, car elle est préalable à l'entrée sur le territoire, et ne sanctionne pas l'irrégularité du séjour.

* Les requérants soutiennent ensuite que sont méconnues les dispositions des articles 7 et 35 de la directive « normes minimales », qui prévoient que les demandeurs d'asile sont en principe autorisés à rester dans l'Etat membre (art. 7), ou le cas échéant dans une zone de transit (art. 35), le temps que leur demande soit examinée. La possibilité d'un rapatriement immédiat saperait cette exigence. Mais c'est oublier que l'article L. 213-9 du CESEDA traite spécifiquement du cas des demandeurs d'asile frappés par un refus d'entrée, et prévoit que « La décision de refus d'entrée au titre de l'asile ne peut être exécutée avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification ou, en cas de saisine du président du tribunal administratif, avant que ce dernier ou le magistrat désigné à cette fin n'ait statué. »

L'article 9 de l'ordonnance adapte le 2° de l'article L. 313-11 du CESEDA, qui permet aux étrangers résidant en France depuis l'âge de treize ans d'obtenir une carte de résident à leur majorité ou dès seize ans s'ils souhaitent travailler. L'adaptation consiste à ajouter à Mayotte la condition qu'un parent ait régulièrement séjourné avec l'enfant depuis

¹⁰ Le refus d'entrée est prévu par l'article L. 213-1 du CESEDA, qui dispose que « L'accès au territoire français peut être refusé à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public ou qui fait l'objet » de certaines mesures coercitives (interdiction judiciaire du territoire, arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière pris moins de trois ans auparavant, interdiction de retour sur le territoire français ou interdiction administrative du territoire).

¹¹ Etant entendu que la règle du jour franc n'y suffirait pas, puisque l'article 7 impose en principe « un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire ».

¹² « Il résulte clairement des dispositions des articles 1 à 3 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 que celle-ci n'est applicable qu'aux décisions de retour qui sont prises par les Etats membres au motif que les étrangers sont en situation de séjour irrégulier. »

ses treize ans. Elle est critiquée au regard de l'article 3-1 de la convention internationale des droits de l'enfant et, curieusement, de deux articles législatifs, tous relatifs à la prise en compte par les pouvoirs publics de l'intérêt de l'enfant¹³. Cette invocation est inopérante tant pour les étrangers majeurs, qui par définition ne sont plus des enfants, que pour les étrangers de seize ans, car les requérants allèguent une atteinte excessive au droit au séjour, alors que celui-ci n'est pas subordonné à la détention d'un titre pour les mineurs (art. L. 311-1 du CESEDA).

Le moyen suivant concerne **l'article 11**, qui soumet, à Mayotte, la délivrance de la carte de résident aux conjoints et parents de français à une condition de ressources qui ne joue pas sur le reste du territoire et qui n'existait pas dans le cadre du droit spécifique antérieurement applicable à Mayotte. On se trouve donc dans une configuration particulière, où le droit spécifique applicable avant la départementalisation était proche du droit commun, tandis que le droit métropolitain rendu applicable après la départementalisation fait l'objet d'adaptations substantielles.

Il est soutenu que l'article 11 méconnaît l'article 73 de la Constitution, qui permet que les lois rendues applicables dans les départements d'outre-mer fassent l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. Conformément à vos jurisprudences *Caisse des règlements pécuniaires des avocats de Mayotte* puis *Mme B...* précitées, le moyen nous semble opérant, que vous traitiez l'article 11 comme rendant applicable une règle métropolitaine moyennant adaptation ou même que, sans vous attacher au véhicule législatif, vous estimiez qu'il s'agit d'une modification du droit spécifique applicable. Dans cette dernière hypothèse en effet, seule les adaptations marginales, ou tendant à rapprocher le droit spécifique du droit commun, échappent à l'article 73, les modifications substantielles et creusant un écart devant pour leur part respecter la marge d'adaptation (vous exercez un contrôle normal sur ce point : CE, 9 février 1983, *E... et autres*, n°s 47899;48354, p.).

Le Conseil constitutionnel a admis, à propos d'une dérogation au caractère suspensif des recours en matière d'éloignement, que le législateur a pu y procéder sans méconnaître l'article 73 pour prendre en compte la situation particulière et les difficultés durables des collectivités concernées en matière de circulation internationale des personnes (décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 110). Il nous semble que vous devriez en l'espèce aboutir à la même conclusion : l'adaptation est motivée par la volonté de limiter l'attractivité de Mayotte, qui fait face à une immigration économique massive et où le nombre de cartes de résidents délivrées a déjà été multiplié par dix en cinq ans ; elles est proportionnée à cet objectif, car elle ne fait pas obstacle au séjour des intéressés, mais limite simplement leurs chances de se voir délivrer le sésame d'une carte de résident renouvelée de plein droit et donnant accès au territoire métropolitain. Pour les mêmes raisons, nous vous proposons de juger que le principe d'égalité n'est pas méconnu (v. Cons. const., même raisonnement, même décision).

¹³ Articles L. 112-4 du code de l'action sociale et des familles et L.111-2 du code de l'éducation, qui prévoient respectivement que « l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes les décisions le concernant » et que « tout enfant a droit à une formation scolaire ». Leur invocation est bien évidemment inopérante.

Le moyen suivant est le plus délicat. Il est tiré de la méconnaissance, par le II de l'article 14 de l'ordonnance litigieuse, de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantit le droit à un recours effectif, combiné aux articles 2, 3, 8 de la convention et 4 du quatrième protocole additionnel, qui ont respectivement pour objet de protéger le droit à la vie, de prohiber la torture et les traitements inhumains ou dégradants, de garantir le droit au respect de la vie privée et familiale et d'interdire les expulsions collectives d'étrangers.

L'article 14 étend à Mayotte les dérogations applicables en Guyane et à Saint-Martin¹⁴. Elles écartent l'existence d'un recours suspensif contre les obligations de quitter le territoire (OQTF)¹⁵. L'OQTF peut donc être exécutée sans délai à Mayotte, sous deux réserves seulement : d'une part, l'autorité consulaire peut demander d'attendre l'expiration d'un délai d'un jour franc ; d'autre part, l'intéressé peut assortir sa demande d'annulation d'une demande de suspension.

Compréhensible en opportunité, en raison du caractère massif de l'immigration illégale en provenance des Comores à Mayotte (plus de 20 000 OQTF par an), le choix d'étendre le système du recours non suspensif en vigueur en Guyane et à Saint-Martin a, d'un point de vue juridique, plutôt de quoi surprendre. Par un arrêt de grande chambre *S... c/France* (CEDH, 13 décembre 2012, n° 22689/07), la Cour a précisément condamné la France pour violation des articles 13 et 8 de la convention, dans le cas d'un étranger s'étant, en Guyane, vu reconduire à la frontière avant l'examen de son recours contre la décision d'éloignement, en raison de l'absence d'effet suspensif du recours, et malgré le dépôt d'un référé-suspension qui, du fait de sa reconduite, s'était soldé par un non-lieu.

Il ne fait pas l'ombre d'un doute que l'inexistence de toute voie de recours potentiellement suspensive contre les décisions d'éloignement serait, par sa généralité, incompatible avec les stipulations de la convention, du moins telles qu'interprétées par la Cour. Or compte tenu de la constance de cette interprétation, la prudence commande de s'y rallier.

Il ressort en effet d'une jurisprudence désormais bien établie, fixée pour l'essentiel par trois constats de violation posés par les arrêts *C... c. Belgique*¹⁶, *G... c. France*¹⁷ et *S... c. France*, (CEDH, 13 décembre 2012, n° 22689/07), que découlent de l'article 13 les exigences suivantes :

- d'abord, un requérant qui soulève un « grief défendable », c'est-à-dire qui « pose *a priori* un problème sérieux quant au respect des droits »¹⁸, doit bénéficier d'un recours interne effectif « habilitant à examiner [son] contenu (...) et à offrir le redressement approprié » ;

¹⁴ Art. L. 514-1 du CESEDA.

¹⁵ Sur le reste du territoire, l'OQTF ne peut être exécutée « ni avant l'expiration du délai de départ volontaire ou, si aucun délai n'a été accordé, avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative, ni avant que le tribunal administratif n'ait statué s'il a été saisi » (art. L. 512-3 du CESEDA, 2nd alinéa).

¹⁶ CEDH, troisième section, 5 février 2002, 51564/99.

¹⁷ CEDH, deuxième section, 26 avril 2007.

¹⁸ CEDH, 10 février 2004, *G...N... c. Ukraine*, §135.

- ensuite, les critères d'effectivité varient selon la nature des « griefs défendables ». Si une souplesse (toute relative) est de mise lorsque sont invoqués des droits fondamentaux susceptibles de restriction, comme le droit à mener une vie privée et familiale normale, les exigences sont strictes lorsqu'est en cause un droit intangible – à savoir protégé par les articles 2 et 3 de la convention ou 4 du 4^{ème} protocole additionnel. « Dans ce cas, l'effectivité requiert (...) que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif » ;
- enfin le recours doit être effectif aussi bien en pratique qu'en droit, ce qui signifie que le système ne peut découler « du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique », et doit être prévu par la loi (au sens large de la notion).

Toute l'ambiguïté de ce triptyque vient de ce qu'est exigé un recours dont le caractère suspensif doit être automatique, mais seulement dans certains cas. En d'autres termes, respecter la convention ne passe pas nécessairement par la généralisation du recours suspensif prévu de droit commun ; il faut et il suffit que 100% des potentiels gagnants aient pu tenter leur chance, c'est-à-dire que tous les requérants dont l'argumentation relative à une violation irréversible de droits fondamentaux était sérieuse aient pu compter sur un recours suspensif permettant l'examen de leur grief en temps utile, avant que la violation alléguée soit susceptible d'être consommée.

Le ministre soutient que ces exigences sont remplies en pratique. Il souligne que les demandeurs d'asile ne relevant pas de la procédure prioritaire, qui sont les plus susceptibles de soulever un grief défendable, sont protégés par l'article L. 742-3¹⁹ de tout éloignement tant que la Cour nationale du droit d'asile n'a pas, le cas échéant, examiné leur demande. Les autres étrangers peuvent assortir le recours qu'ils forment contre la décision d'éloignement d'un référé-liberté ou d'un référé-suspension.

Le ministre n'ignore pas que si le juge des référés peut prononcer la suspension de la mesure d'éloignement, la saisine de ce juge n'a, en revanche, pas mécaniquement cet effet. Mais il fait valoir que la pratique de la préfecture de Mayotte consiste à différer l'éloignement lorsque le juge des référés est saisi, et ce jusqu'à ce que ce dernier ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience, ou, en cas de tenue d'une audience, jusqu'à ce qu'il ait statué. Par une note du 3 avril 2013, le ministre de l'intérieur a d'ailleurs prescrit au préfet de Mayotte de se conformer à cette pratique, inspirée de ce qui a été préconisé de faire en Guyane à la suite de l'arrêt *S...* Et c'est cette pratique qu'entreprend de codifier le projet de loi relatif aux étrangers en France qui, sur recommandation du Conseil d'Etat comme l'indique l'exposé des motifs, prévoit d'insérer à l'article L. 514-1 une disposition selon laquelle « L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office, si l'étranger a saisi le tribunal administratif d'une demande sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, avant que le juge des référés n'ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience publique en application du deuxième alinéa de l'article L. 522-1 du même code, ni avant, si les parties ont été informées d'une telle audience, que le juge n'ait statué sur la demande. »

¹⁹ « L'étranger admis à séjourner en France bénéficie du droit de s'y maintenir jusqu'à la notification de la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou, si un recours a été formé, jusqu'à la notification de la décision de la Cour nationale du droit d'asile. Le a du 3^o du II de l'article L. 511-1 n'est pas applicable. »

Nous pensons qu'un tel dispositif remplit, sur le fond, les exigences posées par la convention. Il permet d'assurer que l'éloignement n'ait pas lieu tant que le juge des référés n'a pas examiné la nécessité d'un audience de l'affaire. Et la dispense d'audience n'est possible que lorsque que la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste qu'elle est mal fondée²⁰. Or, d'une part, dans le contentieux de l'éloignement, l'urgence est présumée (v., consacrant la présomption d'urgence à propos d'un référé-suspension en Guyane, CE, 9 novembre 2011, *A...n° 346700*, T. p.). D'autre part, s'il est manifeste que la demande est mal fondée, c'est, même en référé-liberté, qu'il n'existe pas de « grief défendable » au sens de la convention. Il y a donc par construction audience, et donc effet suspensif jusqu'à la décision du juge, chaque fois qu'il y a « grief défendable », et donc que la convention l'exige.

Simplement, il est difficile d'y voir, dans l'attente de l'adoption du projet de loi, autre chose qu'un « arrangement pratique », dépendant du « bon vouloir » de l'administration, ce dont l'a Cour, on l'a dit, ne se satisfait pas. Dans les affaires *C... c/ Belgique* comme *G... c. France*, la Cour a expressément rejeté la ligne de défense des gouvernements consistant à dire que les requérants avaient à leur disposition des voies de recours en référé qui, à défaut d'être suspensifs en droit, l'étaient du fait de la pratique de l'administration de ne pas éloigner en cas de saisine du juge des référés. Elle a plus particulièrement conclu à la violation au motif que « le demandeur n'avait aucune garantie de voir le [juge] et l'administration se conformer dans tous les cas à la pratique décrite ».

Nous pensons donc que l'ordonnance attaquée n'offre pas toutes les garanties de compatibilité avec l'article 13 de la convention.

Dès lors, deux solutions s'offrent à vous.

La plus naturelle est l'annulation. Ses effets juridiques – à savoir l'instauration, par anéantissement de la disposition dérogatoire, d'un recours suspensif contre toutes les mesures d'éloignement à Mayotte – peuvent sembler disproportionnés, dans la mesure où elles excèdent les seules exigences de la convention. Ses conséquences pratiques pour le tribunal administratif de Mamoudzou seraient sans doute, dans l'immédiat, difficilement surmontables, avec le risque d'entraîner un engorgement dont il n'est pas certain qu'il rende service aux justiciables.

Aussi pourrait-il sembler utile de moduler les effets d'une telle annulation, pendant une durée suffisante pour permettre, par exemple, l'adoption de la disposition plus ciblée figurant dans le projet de loi relatif aux étrangers en France, texte sur lequel le gouvernement a engagé la procédure accélérée le 19 juin 2015, examiné ce matin même, en première lecture, par la commission des lois de l'Assemblée nationale.

Une telle modulation ne va toutefois pas de soi.

²⁰ Art. L. 522-3 du code de justice administrative.

D'abord parce que le maintien temporaire des effets d'un acte annulé est subordonné à l'existence d'un motif d'intérêt général en ce sens. Il n'est pas évident que la difficulté pratique dans laquelle se trouve un tribunal administratif d'assumer les effets d'une annulation constitue un tel motif. En tout état de cause, vous n'avez pas recueilli les observations des parties et il vous faudrait pour explorer cette voie surseoir à statuer sur la date d'effet de l'annulation jusqu'à ce qu'elles aient débattu de la nécessité d'une limitation dans le temps de ces effets (selon l'étrange formule permise par la décision CE, 12 mai 2010, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, n° 325657, T. p. 919).

Ensuite parce que le motif d'annulation est une méconnaissance des droits fondamentaux, dont la perpétuation temporaire exigerait de prendre des précautions particulières. Nous pensons qu'une modulation ne serait envisageable qu'à condition que votre décision prescrive à l'administration, dans l'intervalle, d'appliquer le dispositif dans le sens le plus conforme à la jurisprudence de la Cour, à savoir en n'exécutant pas les mesures avant que le juge des référés ait pu se prononcer sur l'existence et le cas échéant le bien-fondé d'un grief défendable. Il s'agirait d'une combinaison, à notre connaissance inédite, mais que rien ne nous semble interdire, entre les pouvoirs que vous tenez des vos jurisprudences *AC !* (CE, Assemblée, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886 et s., p. 197) d'une part et *V...* (CE, Assemblée, 29 juin 2001, *V...*, n° 213229, p. 303) de l'autre²¹.

L'autre solution²² consiste à faire du texte de l'ordonnance une interprétation conforme aux exigences de la convention, en précisant, par votre décision, que le respect des exigences du droit en recours effectif implique que l'exécution des mesures d'éloignement forcé soit différée, chaque fois que le juge des référés est saisi, jusqu'à ce que ce dernier ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience, ou, en cas de tenue d'une audience, jusqu'à ce qu'il ait statué.

Cette solution nous semble acceptable aux yeux de la Cour EDH, qui admet que votre jurisprudence puisse tenir lieu de norme au même titre que la loi ou les règlements auxquels elle s'incorpore. Par l'autorité de votre décision juridictionnelle imposant que les dispositions contestées ne reçoivent légalement application que dans les conditions qu'elle définit, ce qui relève aujourd'hui de l'arrangement pratique aléatoire accèderait bien au rang de garantie.

Elle présente des inconvénients que nous ne pouvons passer sous silence.

L'un, tenant à ce que votre pouvoir prétorien trouverait à venir combler les lacunes d'une ordonnance intervenue dans le domaine législatif, ne nous arrête pas : vous avez déjà fait bien pire s'agissant de dispositions législatives qu'il convenait s'assortir de précisions substantielles découlant de la convention dont elle « ne suffisait pas à réaliser toutes les

²¹ Jurisprudences dont le cousinage a déjà trouvé à s'exprimer par anticipation dans la décision *F...*(CE, 27 juillet 2001, *F...*, n° 222509, p. 411) qui, en poussant très loin la logique *V...* n° 213229, a largement préfiguré l'adoption d'*AC !*

²² Nous écartons une solution tierce d'annulation tierce mais partielle, en tant que l'ordonnance ne comporte pas les précisions que nous allons vous proposer d'y introduire, qui nous semble pousser trop loin les limites de l'exercice de l'annulation en creux.

exigences » (CE, Section, 3 juillet 1998, *D...*, n° 158592, p., aux conclusions de Rony Abraham à qui nous empruntons cette pudique expression).

L'autre, plus gênant, tient à ce que vous n'êtes pas le Conseil constitutionnel, et que les interprétations ou réserves qui émaillent vos décisions ne bénéficient pas de l'autorité absolue que confère l'article 62 de la Constitution. Votre œuvre prétorienne, qui devra être lue comme le soutien nécessaire du dispositif de rejet, ne bénéficiera que d'une autorité relative de chose jugée.

Cette fragilité constitutive incite à préférer l'annulation à la réécriture lorsque certains destinataires de la réserve ne sont pas parties au litige et qu'ils risquent, s'agissant d'administrés non rivaux sur votre production jurisprudentielle, tout simplement de l'ignorer. A cela s'ajoute, lorsque les destinataires sont nombreux, un risque de respect à géométrie variable.

En l'espèce toutefois, les clefs du plein respect de votre décision seraient essentiellement entre les mains du seul préfet de Mayotte. Votre décision, en particulier, ne créerait pas une voie de recours dont l'exercice par les étrangers impliquerait qu'ils en connaissent les rouages, mais se bornerait à donner leur plein effet aux voies de recours existantes en faisant que l'administration soit juridiquement empêchée d'entraver leur effectivité. Ces circonstances nous convainquent de conclure en faveur de cette formule.

Le signal que vous enverriez au Gouvernement et au législateur devrait les inciter à poursuivre dans leur volonté de codifier ce qui est aujourd'hui une pratique, et qu'il vous est permis de transformer en norme, dans le cadre du projet de loi relatif aux étrangers en France. Ce n'est que si vous aviez des doutes sur l'interprétation d'un tel signal que vous devriez opter pour une annulation dont les effets ne devraient pas, dans notre esprit, être modulés dans le temps.

L'article 17 rend applicable à Mayotte les dispositions des articles L. 611-8 et L. 611-9 du CESEDA, qui permettent aux officiers de police judiciaire de procéder à des vérifications sommaires de véhicules dans une bande d'un kilomètre en deçà du littoral. Nous vous proposons d'écarter le moyen, assez inconsistant, d'inconstitutionnalité dans la mesure où le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositifs similaires applicables en métropole²³ et en Guyane²⁴ où la zone de vérification est pourtant plus étendue qu'à Mayotte.

Enfin le **II de l'article 20** est critiqué en tant qu'il crée un nouvel article L. 832-2 aux termes duquel certains titres de séjour délivrés à Mayotte²⁵ n'autorisent le séjour que dans ce

L. 611-8 d²³ dans son versant prévu par le code de procédure pénale : décision n° 93-323 DC du 5 août 1993. V. aussi art. u CESEDA.

²⁴ décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997.

²⁵ A l'exception des titres délivrés en application des dispositions des articles L. 121-3 (cartes de séjour de membre de famille d'un citoyen de l'Union), L. 313-4-1 (cartes délivrées aux titulaires d'une carte de résident longue durée-CE), L. 313-8 (cartes de séjour temporaire portant la mention « scientifique »), du 6° de l'article

département, le séjour dans un autre département étant soumis à l'obtention de ce que le texte dénomme un « visa », délivré pour une durée déterminée par le préfet de Mayotte après avis du préfet du département de destination.

Ce système, qui existe à Mayotte depuis 1995, procède de dispositions antérieures au passage à l'identité législative²⁶. L'objet exclusif de l'article 11 est de compiler ces dispositions, sans apporter de modification autre que marginale, en les important matériellement dans le CESEDA de sorte à ne pas laisser survivre des textes épars abrogés pour le reste.

Cette chronologie rend inopérante la branche du moyen tirée de ce que l'article méconnaîtrait l'article 73 de la Constitution et, par voie de conséquence, des principes d'égalité et d'indivisibilité de la République. Si l'on fait abstraction du choix de loger la nouvelle disposition, totalement propre à Mayotte, dans le CESEDA, il s'agit sur le fond d'une codification assortie de modifications très marginales du droit local existant. Elle ne tombe pas, matériellement, dans le champ de l'article 73.

Quant à l'atteinte alléguée à la liberté d'aller et venir, vous avez déjà admis sa constitutionnalité par votre décision *Mme M...* (CE, 4 avril 2011, *Mme M...*, n° 345661, p.), qui juge « qu'en prévoyant l'octroi d'un titre d'entrée ou de séjour spécifique à la collectivité de Mayotte, ne dispensant pas son titulaire de solliciter un titre (...) pour accéder à la métropole, le législateur n'a pas porté à la liberté d'aller et venir (...) une atteinte disproportionnée ».

Nous en venons à la requête dirigée contre le décret (requête n° 383034).

Le premier groupe de moyens est dirigé contre les articles 6 et 8 qui, pour une période transitoire (trois ans s'agissant de l'article 6 et cinq ans s'agissant de l'article 8), prévoient à Mayotte des dérogations aux règles relatives à l'équipement des centres (art. 6) et locaux (art. 8) de rétention administrative.

Nous n'avons aucun doute pour écarter le moyen tiré de ce que ces adaptations excéderaient la marge d'adaptation de l'article 73 : les adaptations, qui sont mineures, ont été strictement définies en fonction de ce qui était réaliste de prévoir sur place et sont ainsi par construction calibrées à la situation locale.

La première critique spécifique concerne l'absence d'obligation de prévoir une surface minimale de 10m² par personne et une capacité maximale de 6 personnes par chambre, qui méconnaîtrait les articles 3 et 8 de la convention. Mais ces stipulations n'imposent pas qu'un texte réglementaire fixe de telles normes, étant entendu que leur respect implique que

L. 313-10 (cartes bleues européennes), de l'article L. 313-13 (cartes de séjour temporaire délivrée aux bénéficiaires de la protection subsidiaire) et du chapitre IV du titre Ier du livre III (cartes de résident).

²⁶ v. la pratique du visa dit « Ballardur » telle que mentionnée, notamment, dans le rapport d'information n° 675 des sénateurs JP Sueur, C. Cointat et F. Desplan, puis l'article 4 de l'ordonnance du 26 avril 2000 abrogée par l'ordonnance attaquée, ainsi que le décret 2001-635 du 17 juillet 2001 pris pour son application.

l'administration prenne toute disposition pour que les conditions concrètes dans lesquelles les personnes sont placées et maintenues en rétention administrative à Mayotte ne portent atteinte ni à la dignité humaine ni au respect de leur vie privée et familiale.

La deuxième critique concerne l'absence d'obligation de prévoir une salle de loisir. Elle méconnaîtrait les dispositions de la directive retour qui prévoient que « Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs ». Il nous semble difficile de considérer que la disposition attaquée fait obstacle à la pratique de loisirs, même si elle s'abstient de la faciliter. Nous notons à cet égard que l'article 6 prévoit que des locaux destinés à la détente des étrangers et surtout que « Les centres de rétention administrative susceptibles d'accueillir des familles (seule hypothèse dans laquelle des mineurs peuvent se trouver en rétention) disposent (...) de lieux d'hébergement séparés, spécialement équipés ». Cette mention permet du reste d'écarter également la critique formulée au regard de l'article 17§2 de la directive « retour », imposant que les familles disposent d'un lieu d'hébergement séparé garantissant une intimité adéquate. Un tel équipement n'est pas prévu dans les locaux de rétention, mais dès lors que les étrangers ne peuvent, à Mayotte, y être maintenus plus de 24 heures (art. R. 551-3 du CESEDA), ce point ne nous semble pas poser de difficulté.

La troisième critique manque en fait : elle reproche aux dispositions attaquées de ne pas prévoir l'accès à un téléphone en libre accès, mais l'article 6 précise bien que les centres de rétention de Mayotte disposent des équipements « nécessaires et l'exercice effectif de leurs droits par les intéressés », ce qui implique nécessairement la mise à disposition d'un téléphone, comme le rappelle expressément l'article 8 à propos des locaux de rétention²⁷.

Nous tenons aussi à rassurer les requérants qui craignent que une absence illégale, dans les CRA de Mayotte, de locaux réservés aux avocats alors que l'article L. 221-2 l'exige pour les étrangers en zone d'attente, qui à Mayotte sont placés en CRA. Car si les dispositions attaquées ne rappellent pas expressément, comme c'est le cas pour la métropole, l'obligation d'installer de tels locaux à Mayotte, l'article R. 553-7 du CESEDA, applicable sans restriction dans ce département, y pourvoit expressément²⁸.

Le moyen dirigé contre **l'article 9** n'est pas sérieux. En métropole, les étrangers en rétention bénéficient d'actions d'accueil menées par l'OFII et d'information sur leurs droits par de associations conventionnées par le ministre. Comme l'OFII n'est pas opérationnel à Mayotte, il est prévu que l'ensemble des actions soient fusionnées dans le cadre de conventions conclues entre le préfet et une ou plusieurs personnes morales. Ce regroupement fonctionnel, qui n'ampute pas la substance des prestations n'excède pas la marge d'appréciation permise par l'article 73 de la Constitution.

²⁷ qui doivent comporter des « équipements permettant l'exercice effectif de leurs droits par les intéressés, notamment un téléphone en libre accès ».

²⁸ « Un local réservé aux avocats et permettant de préserver la confidentialité des entretiens est aménagé dans chaque lieu de rétention. Il est accessible en toutes circonstances, sauf en cas de force majeure, sur simple requête de l'avocat auprès du service en charge de l'accueil des étrangers retenus et avec l'accord de la personne intéressée. »

Une dernière contestation est dirigée contre **l'article 11 du décret**, qui définit les critères d'octroi du « visa » que les titulaires de certains titres de séjour à Mayotte doivent obtenir pour se rendre en métropole. L'article R. 832 créé par l'article 11 litigieux prévoit notamment que « sauf circonstances exceptionnelles », il ne peut être délivré pour une durée de séjour excédant trois mois.

Les requérants se saisissent de cette durée en principe inférieure à trois mois pour faire valoir que ce visa, lorsqu'il est délivré pour une telle durée, percute de plein fouet les dispositions du code des frontières²⁹ et du code des visas Schengen³⁰. Ils font valoir, non sans force, que ces textes régissent exclusivement l'entrée et le court séjour sur le territoire de l'espace Schengen et prévoient la délivrance de deux types de visas seulement : le visa uniforme Schengen, valable pour l'ensemble de l'espace Schengen et qui ne peut être refusé qu'en présence d'un des motifs de refus limitativement énumérés à l'article 32 du code des visas (v. sur ce point CJUE, 19 décembre 2013, *L... c/ Bundesrepublik Deutschland*, C-84/12), et le visa à territorialité limitée, valable pour le territoire d'un seul Etat membre³¹, qui peut être délivré à titre exceptionnel, notamment pour motif d'intérêt national, quand les conditions de délivrance du visa uniforme ne sont pas remplies. Le moyen consiste à soutenir qu'on ne peut vouer les étrangers qui remplissent les conditions de délivrance d'un visa Schengen à l'obtention d'un visa à territorialité limitée au motif qu'ils séjournent régulièrement, hors espace Schengen, sur le territoire mahorais.

Il y a deux manières d'aborder la question.

La première consiste à prendre le dispositif au pied de la lettre, c'est à dire comme un visa à territorialité limitée autorisant l'entrée et le court séjour dans une partie seulement de l'espace Schengen pour des étrangers n'ayant de titre à résider régulièrement qu'hors de cet espace. On peut admettre que le cas des étrangers séjournant à Mayotte est suffisamment circonscrit pour tenir dans la marge de ce que le code des visas autorise « à titre exceptionnel », et qu'il existe un intérêt national à leur permettre de se rendre sur le territoire métropolitain. Dans ce cas, vous pourriez admettre la légalité du dispositif à la stricte condition d'en faire une interprétation conforme à la réglementation Schengen, à savoir que le visa est délivré sans préjudice de l'obtention d'un visa uniforme Schengen pour les étrangers qui en remplissent les conditions.

La seconde consiste à passer outre l'appellation de « visa » retenue par le code et à tirer les conséquences de ce que, n'était-ce l'étrange limitation territoriale prévue à l'article L. 832-2 du code, les étrangers en cause bénéficient d'un titre de séjour sur le territoire de la France, qu'ils remplissent d'ailleurs les conditions de droit commun pour obtenir. Il est simplement exigé d'eux, pour que leur titre de séjour prenne son plein effet sur l'ensemble du territoire national, qu'ils réunissent les conditions supplémentaires posées aux articles L. 832-

²⁹ Règlement (CE) n° 562/ 2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières pour les personnes.

³⁰ Règlement (CE) n° 810 / 2009 du parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas modifié par le règlement (UE) n° 610 / 2013 du 26 juin 2013.

³¹ À titre exceptionnel (exceptionnel au carré, donc), il peut être valable pour le territoire d'un ou plusieurs autres États membres, pour autant que chacun de ces États membres ait marqué son accord.

2 et R. 832-2 et obtiennent l'autorisation spéciale qu'elles prévoient. Dans cette lecture, les étrangers en question doivent être regardés comme titulaires d'un titre de séjour en France³², même si ce titre n'est valable qu'à éclipses sur la partie métropolitaine du territoire, et, comme tels, dispensés de visa Schengen. Cette solution que nous privilégions a l'effet plus radical de rendre inopérante l'invocation de la réglementation relative aux visas Schengen, mais aussi pour corollaire d'exiger qu'un plein effet soit donné audit titre pendant toute la durée de sa validité étendue, y compris en termes de circulation au sein de l'espace Schengen.

Vous pourrez donc écarter le moyen dirigé contre le nouvel article R. 832-2 en tant qu'il s'applique au court séjour.

Pour le reste, les requérants reprochent au décret de méconnaître l'article L. 832-2 en conférant au préfet une marge d'appréciation discrétionnaire, notamment s'agissant de la durée du visa. Nous ne croyons pas que l'article L. 832-2 interdise de laisser au préfet tout pouvoir d'appréciation, et ce pouvoir ne sera pas discrétionnaire dans la mesure où il l'exercera, comme nous vous invitons à le juger, sous le contrôle normal du juge administratif. Sous l'angle du principe d'égalité, les requérants soutiennent, sans revenir sur le principe d'une différence de traitement posé par l'ordonnance, que la durée de séjour retenue est trop courte, mais nous ne croyons pas, surtout si vous contrôlez pleinement l'appréciation du préfet sur ce point, qu'elle rende par elle-même la dérogation manifestement disproportionnée à la différence de situation entre étrangers résidant à Mayotte et étrangers résidant sur le reste du territoire français.

PCMNC – Rejet.

³² Etant entendu qu'on n'est pas là dans le champ des titres de séjour qui ne valent pas dispense de visa (titres temporaires délivrés au cours de l'examen d'une première demande de titre de séjour ou au cours de l'examen d'une demande d'asile), comme c'était le cas dans l'affaire relative aux visas de retour (v. CE, 15 décembre 2010, N..., n° 332363, T. p., et l'arrêt de la CJUE n° C-606/10 du 14 juin 2012 statuant sur la question préjudicielle préalablement posée.