

N° 415818

M. J...

et SOCIÉTÉ TERRA FECUNDIS ETT

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 16 janvier 2019

Lecture du 30 janvier 2019

CONCLUSIONS

Mme Sophie ROUSSEL, rapporteur public

Les travailleurs, ressortissants d'Etat tiers régulièrement établis dans un pays de l'Union européenne dans lequel ils sont salariés, doivent-ils, lorsqu'ils sont détachés en France pour une durée supérieure à trois mois, solliciter un titre de séjour en France ? Si oui, cette exigence constitue-t-elle une entrave la libre prestation des services au sein de l'Union ? Telles sont les questions au cœur du présent pourvoi.

M. J..., ressortissant équatorien, est titulaire d'un titre de séjour en Espagne. Il est salarié depuis 2002 de la société espagnole de travail temporaire Terra Fecundis ETT en qualité d'ouvrier agricole et a été détaché par cette entreprise auprès d'exploitations agricoles françaises en vertu de plusieurs contrats.

Le 16 novembre 2015, alors que M. J... était en France depuis plus de trois mois, le préfet du Gard a pris, en application de l'article L. 531-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), un arrêté le remettant aux autorités espagnoles, motif pris de l'irrégularité de son séjour en France.

M. J... et son employeur espagnol ont demandé l'annulation pour excès de pouvoir de cet arrêté, en première instance puis en appel, sans succès. Ils se pourvoient à présent en cassation contre l'arrêt du 19 septembre 2017 de la cour administrative d'appel de Marseille rejetant leur demande.

Les moyens de leur pourvoi sont de deux sortes. Les trois premiers contestent les motifs de la cour se rapportant aux conditions d'édition et de notification de l'arrêté en litige. Le dernier, de loin le plus substantiel, se rapporte à la question annoncée en introduction de nos conclusions.

Il est d'abord soutenu que la cour a commis une erreur de droit en se fondant, pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance de la procédure contradictoire prévue par l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000¹, sur les dispositions de l'article L. 531-1 du CESEDA.

N'ignorant pas le fait que ces règles générales ne s'appliquent pas lorsque des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière, le pourvoi voudrait vous faire juger qu'il faudrait, pour que soit écartée l'application du droit commun, que les dispositions spéciales du CESEDA instituent des garanties équivalentes à celles organisées par l'article 24 de la loi du 12 avril 2000. L'argument prend appui sur le fait que la phase de

¹ Codifié aux articles L. 121-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration.

contradictoire doit intervenir, en vertu du droit commun, avant l'édiction de la décision, alors qu'elle n'est prévue qu'avant l'exécution d'office de la décision de remise par l'article L. 531-1 du CESEDA². Mais vous n'avez jamais suivi un tel raisonnement d'équivalence, et il nous semble que votre décision pourrait utilement le rappeler.

Vous reprenez en effet de façon constante que, dès lorsqu'un article du CESEDA organise un élément de procédure administrative ou contentieuse, le législateur a entendu déterminer, par des dispositions spéciales, entièrement cette question, sans entrer dans une comparaison des deux textes (voyez, s'agissant des arrêtés de reconduite à la frontière régis désormais par le titre Ier du livre V du CESEDA, Section, 19 avril 1991, *Préfet de police c/ D...* n° 120435, p. 148 ; CE, 14 mars 2001, *B...*, n° 208923, p. 119 ; s'agissant des obligations de quitter le territoire français (OQTF), CE, avis, 19 octobre 2007, *H... et K...*, n°s 306821 et 306822, p. 426 ; CE, avis, 28 novembre 2007, *M...*, n° 307999, p. 451 ; CE, avis, 26 novembre 2008, *S...*, n° 315441, p. 442 ; CE, 24 avril 2013, *Mme R...*, n° 351460, aux tables sur d'autres points).

La décision *E...* rendue par votre juge des référés le 24 novembre 2010 (n° 344411, p. 454), sur laquelle insiste le pourvoi, n'est à cet égard pas topique. Cette ordonnance concerne en effet la reconduite à la frontière d'un étranger non ressortissant de l'Union européenne ayant fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission (al. 1 de l'art. L. 531-3 du CESEDA), lequel ne prévoit aucune garantie de contradictoire, à la différence de l'article L. 531-1 ici en cause.

Vous écarterez donc cette première erreur de droit.

La cour aurait ensuite commis une autre erreur de droit, inexactement qualifié les faits et, en tout état de cause, dénaturé les pièces du dossier en retenant, au vu du procès verbal d'audition établi le 16 novembre 2015, que M. J... devait être regardé comme ayant exercé son droit d'être entendu découlant de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Vous avez déjà admis l'opérance de l'invocation de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, lequel ne fait que retranscrire un principe fondamental du droit de l'Union (CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, point 42 ; CJCE, 18 décembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, point 36), par les ressortissants d'Etats tiers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, en l'occurrence des décisions portant obligation de quitter le territoire français (OQTF) (cas d'une OQTF prise concomitamment au refus d'un titre de séjour : CE, 4 juin 2014, *M. F...*, n° 370515, p. 152 ; cas d'un refus de séjour accompagné d'une OQTF et suivi d'un placement en rétention : CE, 5 juin 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. O...*, n° 375423, T. pp. 578-581-708). Or il ne fait aucun doute que les décisions préfectorales de remise prises en application de l'article L. 531-1 du CESEDA, issu de la transposition la directive dite « retour » de 2008³, « mettent en œuvre » le droit de l'Union, au sens de l'article 51 de la

² Par une décision du 12 juillet 2017, *Société Terra Fecundis ETT et autre*, n° 407437, le Conseil d'Etat a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution du 3^{ème} alinéa de l'article L. 531-1 du CESEDA, posée à l'occasion d'un litige tout à fait analogue à celui-ci. Les requérants contestaient la disposition dans la mesure où elle permet à l'administration de procéder à l'exécution d'office de la mesure qu'elle vise sans prévoir un délai minimal entre l'information que l'administration doit donner à l'étranger conformément au deuxième alinéa et cette exécution d'office, privant ainsi en pratique l'étranger du droit à un recours effectif.

³ Directive 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Charte et que le moyen est également opérant à l'encontre de ce type de mesure d'éloignement. La cour ne s'y est d'ailleurs pas trompée.

Sur le fond, vous avez tiré les conséquences de la grande latitude procédurale laissée aux Etats par la Cour de justice de l'Union européenne quant à la mise en œuvre de ce droit⁴, en jugeant, par la décision n° 375423 précitée *O...* de 2015, que ce droit n'avait pas été méconnu dans l'hypothèse d'un placement en rétention d'un étranger entendu quelques heures avant par l'autorité de police lors de sa remise aux autorités françaises par les autorités suisses, dès lors qu'il a été entendu à cette occasion sur l'irrégularité du séjour ou la perspective d'éloignement.

En l'espèce, la cour administrative d'appel a souverainement constaté que M. M. J... avait été convoqué pour deux auditions, ayant eu lieu les 12 et 16 novembre 2015, au cours desquelles il avait déclaré être en possession d'un titre de séjour délivré par les autorités espagnoles, être entré en France la première fois le 7 août 2015 pour y travailler à la demande la société Terra Fecundis ETT, n'avoir jamais sollicité de titre de séjour en France et souhaiter retourner en Espagne dans l'hypothèse où il devrait faire l'objet d'une mesure d'éloignement. En estimant, au vu de ces constatations souveraines exemptes de dénaturation, que M. M. J... avait pu exercer le droit d'être entendu découlant de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit.

Enfin, la cour n'était nullement tenue, contrairement à ce que soutient le pourvoi, de se prononcer explicitement sur le moyen tiré de ce que l'arrêté attaqué n'avait pas été notifié dans des conditions régulières. Ce moyen était en effet inopérant, les conditions de notification d'une décision administrative étant sans incidence sur sa légalité.

Venons-en au dernier moyen du pourvoi, auquel vous devrez répondre en passant par deux étapes successives.

La première étape est de savoir si, comme l'a jugé la cour, M. M. J..., travailleur détaché séjournant régulièrement dans un Etat membre de l'Union, était effectivement soumis, en cas de détachement en France supérieur à trois mois, à l'exigence de titre de séjour fixée par l'article L. 351-1 du CESEDA. Si vous confirmez cette analyse, vous devrez alors vous inquiéter de l'atteinte éventuellement portée par cette réglementation du séjour des travailleurs détachés à la libre prestation de service consacrée par l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵.

L'article L. 351-1 du code prévoit que tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son arrivée en France, être muni d'une carte de séjour. Si des exceptions sont expressément prévues, elles ne visent ni les ressortissants d'Etat tiers séjournant régulièrement dans un Etat membre de l'Union, ni plus spécifiquement les travailleurs détachés.

Deux hypothèses seulement sont réservées.

⁴ Cf. CJUE, 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega contre Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, C-166/13 et CJUE, 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, C-249/13, dont il résulte que le droit d'être entendu préalablement à l'adoption d'une décision de retour implique que l'autorité administrative mette le ressortissant étranger en situation irrégulière à même de présenter, de manière utile et effective, son point de vue sur l'irrégularité du séjour et les motifs qui seraient susceptibles de justifier que l'autorité s'abstienne de prendre à son égard une décision de retour.

⁵ Ancien article 49 du TCE.

D'une part, les stipulations d'un accord international. Nous notons sur ce point que le paragraphe 1 de l'article 21 de la convention d'application de l'accord de Schengen se borne à prévoir que les étrangers titulaires d'un titre de séjour délivré par l'une des parties cocontractantes peuvent circuler librement dans l'espace Schengen pendant une période de trois mois au maximum et ne sont astreints qu'à une obligation de déclaration.

D'autre part, le cas des ressortissants d'un Etat membre de l'Union, d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, dont le droit au séjour est régi par l'article L. 121-1 du code en vertu duquel ces derniers doivent se faire enregistrer auprès de leur commune de résidence mais ne sont pas tenus de détenir un titre de séjour (qu'ils peuvent néanmoins obtenir s'ils en font la demande).

Aucune disposition du CESEDA, non plus que du code du travail, ne dispense ainsi les travailleurs détachés de l'obligation générale faite par l'article L. 531-1 du code aux ressortissants étrangers d'être munis, au-delà d'une période de trois mois à compter de leur entrée en France, d'un titre de séjour délivré par les autorités françaises⁶.

Nous relevons par ailleurs, à la suite de la Commission européenne⁷ elle-même ainsi que de la Cour de justice de l'Union européenne, qu'à ce jour, les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'Etats tiers sur le territoire d'un Etat membre, dans le cadre d'un détachement opéré par une entreprise prestataire de service établie dans un autre Etat membre, ne sont pas harmonisées au niveau européen.

La directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ne comporte en effet aucune disposition en ce sens. Son 20^{ème} considérant précise à cet égard qu'elle « *ne porte pas (...) atteinte aux législations nationales relatives aux conditions d'entrée, de résidence et d'emploi de travailleurs ressortissant de pays tiers* ». Et si une harmonisation sur ce point a été envisagée en 1999, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un Etat tiers dans le cadre d'une prestation de services transfrontaliers (JO 1999, C 67, p. 12), a été abandonnée par la Commission en août 2004⁸. La directive (UE) 2018/957 du

⁶ Cette analyse correspond à celle faite par le ministre du travail : voir la circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre du travail n° DPM/DMI2/2007/323 du 22 août 2007 et la circulaire du ministre de l'intérieur n° IMIM1000116C du 10 septembre 2010 relative aux conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne, des autres Etats parties à l'espace économique européen et de la Confédération suisse, ainsi que des membres de leur famille.

⁷ Portail internet de la DG Migration.

⁸ Par cette proposition de directive, il était envisagé d'instituer un document, dénommé « carte de prestation de services – CE », valable pour une certaine durée et renouvelable, afin de faciliter les détachements. Il était question que les autorités de l'Etat membre d'établissement du prestataire de services soient tenues de délivrer à ce dernier un tel document, à sa demande, lorsqu'il a l'intention de procéder audit détachement, dès lors que le travailleur dont le détachement est envisagé se trouve en situation régulière sur le territoire de cet Etat. En contrepartie, il était prévu, à l'article 3, paragraphe 1, de ladite proposition, que « [t]out Etat membre où s'effectue une prestation de services [admette] l'entrée et le séjour du travailleur salarié ressortissant d'un Etat tiers sur son territoire aux fins d'une ou plusieurs prestations de services si cette personne est en possession de la carte de prestation de services – CE et d'une carte d'identité ou d'un passeport, en cours de validité pendant la durée de la prestation de services ». Conformément à cette logique, il était précisé, à l'article 3, paragraphe 2, sous a) et b), de cette même proposition, que, en principe, « [t]out Etat membre où s'effectue une prestation de services ne saurait imposer ni au travailleur détaché ni au prestataire de services en tant qu'employeur aucun visa d'entrée ou de sortie [et] aucun titre ou permis de séjour [...] ». Toutefois, l'article 4, paragraphe 2, de ladite proposition admettait que les Etats membres dérogent à la directive en question pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, selon des modalités comparables à celles posées par la directive 64/221/CE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JO 1964, 56, p. 850) (qui est applicable aux ressortissants d'Etats membres).

Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE, postérieure à l'acte en litige, qui traite spécifiquement le cas des détachements de longue durée, c'est-à-dire supérieure à douze mois, ne se saisit pas non plus de cette question, les seules modifications apportées ayant trait à la réglementation du travail.

Au vu de cette analyse, nous n'avons aucun doute sur le fait que, d'une part, le droit interne requiert un titre de séjour au-delà de trois mois et, d'autre part, que le droit européen, dérivé du moins, ne régit pas cette question et n'interdit donc pas, en principe, une telle législation.

Reste à confronter cette exigence à l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de service établi dans un autre Etat membre en raison de sa nationalité, mais impose également, ainsi que la Cour de justice le juge de façon constante, la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit également des services similaires (voir, notamment, CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c/ Allemagne*, C-244/04, Rec. p. I-885, point 30).

La cour admet toutefois qu'une réglementation nationale qui relève d'un domaine n'ayant pas fait l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire et qui s'applique indistinctement à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat membre concerné puisse, en dépit de son effet restrictif pour la libre prestation des services, être justifiée, pour autant qu'elle réponde à une raison impérieuse d'intérêt général et que cet intérêt ne soit pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci (v. not. CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade et a.*, C-369/96 et C-376, Rec. p. I-8453, points 34 et 35 ; CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções*, C-71/98, Rec. p. I-7831, point 19 ; CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c/ Allemagne*, précité, point 31 ; CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Commission c/ Belgique*, C-219/08, Rec. p. I-9213, point 14 ; CJUE, 19 décembre 2012, *Commission c/ Belgique*, C-577/10, point 44).

C'est cette grille de contrôle qu'il vous faudra appliquer, étant entendu qu'il n'est pas douteux – la Cour de justice l'a d'ailleurs jugé (CJCE, 21 septembre 2006 *Commission c/ Autriche*, C-168/04, Rec. p. I-9041) – que la législation sur le séjour applicable aux ressortissants d'Etats tiers détachés par une société établie dans un autre pays de l'Union est susceptible de constituer une entrave à la libre prestation des services.

Parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà admises par la Cour dans les arrêts que nous avons mentionnés, figurent notamment la protection des travailleurs ainsi que la lutte contre la concurrence déloyale et la fraude sociale. Si de tels motifs sont susceptibles de justifier le caractère potentiellement restrictif des autorisations et contrôles imposés par les Etats au titre de leur législation du travail, point sur lequel la jurisprudence de la Cour est particulièrement abondante⁹, il va sans dire qu'ils sont inopérants pour la législation sur le séjour, seule ici en cause.

⁹ Plusieurs arrêts condamnent ainsi comme des restrictions non justifiées par d'impérieuses raisons d'intérêt général les autorisations préalables de travail requises plusieurs législations nationales (v. not. CJCE, 9 août 1994, *Raymond Vander Elst*, C-43/93 ; CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c/ Luxembourg*, C-445/03, Rec. p. I-101191 ; CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c/ Allemagne*, précité), les travailleurs détachés n'ayant aucunement vocation à accéder au marché de l'emploi dans lequel ils accomplissent leur mission (v. not. CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, Rec. p. I-1417). Une simple déclaration préalable de l'entreprise envisageant de procéder au détachement, moins restrictive et permettant tout autant la protection des travailleurs

Nous n'avons, à vrai dire, trouvé qu'un seul arrêt topique. La Cour y juge qu'en excluant toute possibilité de régularisation du séjour d'un travailleur, ressortissant d'un Etat tiers, détaché légalement par une entreprise établie dans un autre Etat membre et qui est entré sur le territoire autrichien sans visa, la législation autrichienne est excessivement restrictive (CJCE, 21 septembre 2006 *Commission c/ Autriche* (aff. C-168/04, Rec. p. I-9041).

Trois enseignements nous paraissent devoir être tirés des motifs de cet arrêt :

- 1°) des motifs liés à l'ordre public et la sécurité publique peuvent justifier une restriction à la libre prestation des services ;
- 2°) une telle justification ne peut être invoquée qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société (§ 64) ;
- 3°) le caractère excessivement restrictif de la réglementation autrichienne est fondé sur le caractère automatique du refus du titre de séjour en cas d'entrée sur le territoire sans visa, qui a pour conséquence d'obliger l'entreprise, pour éviter l'éloignement du travailleur en cours de prestation, à veiller avant même de procéder au détachement à ce que chaque travailleur concerné dispose d'un titre lui permettant d'entrer sur le territoire autrichien.

Il convient à présent de confronter cette analyse à la législation française. Deux éléments nous paraissent devoir être relevés. D'une part, les travailleurs détachés titulaire d'un titre de séjour délivré par un Etat appartenant à l'espace Schengen sont dispensés de visa d'entrée sur le territoire français (v. le II de l'article L. 531-1 du CESEDA). Or c'est de cette seule configuration dont vous êtes saisis, à travers l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille. D'autre part, ils peuvent, une fois sur le territoire français, demander une carte de séjour travailleur temporaire¹⁰ auprès de la préfecture de leur lieu de résidence, sans qu'un défaut de visa puisse leur être reproché.

Une régularisation de leur situation est donc possible à partir du territoire français, sans d'ailleurs qu'un motif autre que l'ordre public puisse leur être opposé pour leur refuser le séjour, et aucune entrave préalable n'est ce faisant mise au détachement.

Nous notons enfin qu'alors même que la législation française n'est pas isolée, la Commission européenne n'a jamais engagé d'action en manquement contre les Etats sur ce fondement.

Ces éléments sont suffisamment certains pour que vous puissiez prendre sur vous de juger, sans interroger la Cour de justice à titre préjudiciel, que l'obligation faite, par le CESEDA, aux travailleurs séjournant régulièrement dans un autre Etat membre de l'Union et détachés par une société établie dans cet Etat de disposer, en cas de séjour de plus de trois mois, d'un titre de séjour délivré par les autorités françaises ne constitue pas une restriction injustifiée à la libre prestation des services.

Aucun des moyens soulevés n'étant fondé, nous concluons au rejet du pourvoi.

et la lutte contre le dumping social, est en revanche admise (v. not. CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c/ Allemagne*, précité). C'est ainsi que le code du travail organise désormais, à l'article L. 1262-2-1, un système déclaratif et dispense, par son article R. 5221-2, de l'autorisation de travail prévue par l'article R. 5221-1 les travailleurs détachés par une entreprise établie dans un autre Etat membre.

¹⁰ Lorsque les salariés, cadres ou experts, sont détachés en France dans le cadre d'une mobilité intragroupe, ils peuvent obtenir la carte de séjour pluriannuelle « Salarié détaché ICT » (« *Intra-Corporate Transfer* »). Si la mission du demandeur est inférieure à 1 an, le salarié détaché se voit remettre un visa long séjour valant titre de séjour (VLS-TS) portant la mention « salarié détaché ICT ».