

N° 428881

Service Jésuites réfugiés et autres

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 29 juin 2020

Lecture du 15 juillet 2020

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

L'accès au marché du travail des demandeurs d'asile est un **enjeu propice aux injonctions contradictoires**. L'emploi permet en effet aux intéressés d'avoir un niveau de vie digne, dans un contexte où l'allocation qui leur est octroyée (ADA) reste modique et où seule la moitié des demandeurs d'asile ont un logement garanti¹. Par ailleurs, le travail facilite aussi leur intégration s'ils accèdent finalement au statut de réfugié. Mais en contrepoint de ces effets bénéfiques s'inscrit le souci d'éviter que ces populations s'ancrent, par le travail, dans le pays d'examen de leur demande alors même que plus de 60 %² d'entre elles seront déboutées du droit d'asile. Cette première tension principielle se double, par ailleurs, de difficultés pratiques. En effet, indépendamment même des choix des pouvoirs publics, l'insertion sur le marché du travail de personnes chargées d'un passé souvent traumatisant et qui ne maîtrisent pas nécessairement la langue locale s'avère pour le moins incertaine. Enfin, l'accroissement du flux de la demande d'asile exacerbe encore les enjeux liés à cette question puisque la France a connu un triplement du nombre de demandes d'asile depuis 2010, 120 000 adultes ayant sollicité cette protection en 2019³. **Les règles de droit qui traitent de ce sujet reflètent cette complexité.** Au niveau européen, une harmonisation a été progressivement conduite mais le résultat traduit un compromis, ce qui a pour corollaires une ambiguïté certaine et une large latitude laissée aux Etats membres. Le présent recours va vous confronter à la question de savoir si, sur cette question, l'état du droit français est compatible avec le socle minimal posé par la « directive accueil » de 2013.

Le litige est initié par 8 associations qui, d'une façon ou d'une autre, viennent en aide aux demandeurs d'asile, notamment pour les assister dans leurs recherches d'emploi. Celles-ci ont demandé au Premier ministre d'adopter **les mesures permettant de mettre pleinement en œuvre les dispositions résultant de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 concernant l'accès au travail et à la formation professionnelle des demandeurs d'asile**. Elles

¹ V. rapport de la Cour des comptes : [L'entrée, le séjour et le premier accueil des personnes étrangères](#) (p. 86)

² <https://www.vie-publique.fr/en-bref/272841-immigration-les-chiffres-pour-lannee-2019>

³ V. rapport de la Cour des comptes : [L'entrée, le séjour et le premier accueil des personnes étrangères](#)

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

ciblaient, en particulier, trois points sur lesquels le cadre national leur semblait en délicatesse avec les exigences nées de la norme européenne. Elles vous saisissent désormais de la décision implicite de rejet qui leur a été opposée.

Avant d'examiner en détail leur argumentation, il nous faut vous présenter brièvement le cadre en vigueur.

Au niveau européen, cette question renvoie aux articles 15 et 16 de la directive du 26 juin 2013. L'article 15 est relatif à l'emploi. **Il n'impose pas de façon générale aux Etats membres d'autoriser les demandeurs d'asile à accéder au marché du travail.** Il se borne à sanctionner l'inertie des Etats en prévoyant que si la demande de protection n'a pas fait l'objet d'une décision de première instance dans un **délai maximal de neuf mois**, alors l'intéressé doit pouvoir accéder au marché du travail. Ce principe à peine posé, le paragraphe 2 de cet article en tempère immédiatement la portée. En effet, s'il impose aux Etats membres de garantir un accès effectif au marché du travail, ce paragraphe précise également que ceux-ci restent libres de décider « *dans quelles conditions l'accès à ce marché est octroyé* », en mentionnant explicitement la possibilité d'accorder la priorité aux citoyens de l'Union et aux autres ressortissants en situation régulière. Enfin, son paragraphe 3 prévoit en substance que l'accès au marché du travail n'est pas retiré durant les procédures de recours ayant un effet suspensif. L'article 16 est quant à lui consacré à la formation professionnelle. Cet article, plus concis, prévoit que les « *Etats membres peuvent autoriser l'accès des demandeurs à la formation professionnelle, que ceux-ci aient ou non accès au marché du travail* », en précisant ensuite que « *l'accès à la formation professionnelle liée à un contrat d'emploi est subordonné à la possibilité, pour le demandeur, d'accéder au marché du travail conformément à l'article 15* ».

L'écho en droit interne de ces dispositions figure à l'article L. 744-11 du CESEDA, **qu'il est possible de synthétiser en trois points**. Premièrement, cet article prévoit que l'accès au marché du travail peut être autorisé lorsque l'OFPPA ne s'est pas prononcé dans les six mois à compter de l'introduction de la demande. Deuxièmement, dans cette hypothèse, le demandeur d'asile se retrouve alors soumis au droit commun applicable au travailleur étranger pour la délivrance d'une autorisation de travail – *modulo* une exception favorable. En effet, pour les demandeurs d'asile, le silence gardé par l'administration pendant deux mois sur une demande vaut autorisation, la durée de cette dernière étant calée sur le droit au maintien du séjour de l'intéressé. Troisièmement, la loi subordonne le bénéfice des actions de formation professionnelle continue à l'accès du demandeur au marché du travail.

La lecture de la requête montre que les associations sollicitent en réalité **un assouplissement du cadre législatif**. D'abord, elles soutiennent que la soumission au droit commun applicable au travailleur étranger s'avère trop contraignante et tatillonne pour un public aussi fragile que celui des demandeurs d'asile, ce qui empêcherait leur accès effectif au marché du travail en méconnaissance des exigences nées de la directive. Ensuite, elles reprochent à l'article L. 744-11 de fermer à l'excès l'accès aux formations professionnelles. Enfin, elles estiment que ce même article législatif méconnaît le paragraphe 3 de l'article 15 de la directive en excluant

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

la possibilité pour les demandeurs exerçant un recours devant la CNDA d'obtenir une autorisation de travail.

Une telle démarche est à l'évidence recevable lorsqu'elle vient se greffer sur la contestation du **refus de modifier deux articles réglementaires du code du travail** (art. R. 5221-47 et R. 5221-48) en tant qu'ils ne permettent pas aux demandeurs d'asile de s'inscrire à Pôle Emploi, une fois expiré le délai de 6 mois consécutif au dépôt de leur demande auprès de l'OFPPA.

En revanche, pour le surplus, **l'interprétation la plus fidèle de la décision litigieuse consiste à la regarder comme un refus implicite de déposer un projet de loi tendant à corriger cet article L. 744-11**. Or, vous avez déjà eu l'occasion de juger qu'un tel refus constituait un acte de gouvernement, dont vous n'étiez donc pas compétents pour connaître⁴, sans qu'ait d'incidence la circonstance que le texte souhaité soit une transposition de directive. A cet égard, contrairement à ce que soutient la requête, les exigences nées du droit de l'Union sont sans incidence sur la répartition des compétences en droit interne⁵ de sorte qu'à l'évidence, le refus en cause ne saurait raisonnablement être regardé **comme un refus de prendre les mesures réglementaires pour remédier à l'inconventionnalité alléguée de l'article L. 744-11**⁶.

Cette première piste étant écartée, vous pourriez vous interroger, compte tenu du caractère « attrape-tout » des conclusions, sur le point de savoir si la présente requête est susceptible de s'inscrire dans la veine jurisprudentielle par laquelle vous avez admis la recevabilité d'un recours contre le refus des autorités administratives compétentes de **prendre toutes mesures utiles**⁷. Il nous semble que la réponse doit être négative. En effet, emprunter cette voie suppose que deux conditions successives soient remplies. Premièrement, il faut qu'une **obligation de résultats** incombe à l'administration sans la lier quant au chemin à emprunter. La recevabilité de telles conclusions est ainsi la contrepartie de ce qu'un recours tendant à ce que soit prise une mesure déterminée se heurterait à la liberté laissée à l'autorité administrative dans le choix des moyens pour parvenir à cette fin donnée⁸. Or, ici, il est difficile de lire dans les termes précautionneux de la directive une réelle obligation de résultats. Deuxièmement, il faut que l'administration soit en mesure de satisfaire à cette obligation par l'exercice de ses compétences. Même si cette condition n'est pas explicitée dans votre jurisprudence, elle nous semble présente en filigrane puisque tous vos précédents

⁴ v. en dernier lieu : CE, 26-11-2012, *Krikorian*, n° 350492, B

⁵ Sauf exceptions : CE, 18-06-2003, *Société Tiscali Telecom*, n° 250608, A

⁶ Sur ce point, précisons que les requérantes nous semblent proposer une analyse erronée de votre décision de Section *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire* (CE, Section, 03-12-1999, n°s 199622 200124, A avec la chronique M. Guyomar & P. Collin, AJDA 2000.120). En effet, dans cette affaire, d'une part, vous n'avez pas jugé que le Premier ministre devait mettre en œuvre une procédure d'abrogation d'une loi contraire au droit de l'Union. Vous vous êtes bornés à juger que vous exerciez un contrôle, du reste restreint, sur le refus du Premier ministre de faire usage de l'article 37-2 de la Constitution pour obtenir la délégalisation d'une disposition législative mais matériellement réglementaire. D'autre part, vous n'avez pas non plus permis à l'autorité administrative de prendre des mesures de niveau réglementaire pour pallier une inconventionnalité de la loi. Si vous avez, en l'espèce, annulé le refus ministériel de fixer les dates de chasse, c'est uniquement parce qu'après avoir écarté comme contraires aux objectifs de la directive les lois fixant ces dates, subsistaient encore dans l'ordre juridique d'autres dispositions du code rural qui autorisaient l'autorité administrative à fixer directement un tel calendrier.

⁷ CE, 28-12-2018, *Association La Cimade*, n° 410347, B

⁸ CE, 27-11-2019, *Droits d'urgence et autres*, n° 433520, B

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

correspondent à des cas où les mesures à prendre étaient **d'ordre matériel** (enregistrer plus rapidement les demandes d'asile par exemple ou assurer la disponibilité de certains vaccins⁹) ou **réglementaire** (élaborer des plans relatifs à la qualité de l'air¹⁰), de sorte que l'autorité administrative était bel et bien en mesure d'agir. En d'autres termes, cette jurisprudence n'a pas vocation à **contourner votre incompétence** pour connaître d'un refus de déposer un projet de loi. Or, ici, à supposer même que l'incorrecte transposition législative soit établie, il nous semble que le contenu de la directive, dès lors qu'il laisse un pouvoir d'appréciation aux Etats, ne saurait être regardé comme inconditionnel et suffisamment précis. En conséquence, **l'invocabilité de substitution¹¹ ne trouverait pas à jouer**, de sorte que la mise en conformité avec le droit de l'Union impliquerait nécessairement une intervention du législateur pour fixer les principes. Dans l'attente, l'autorité administrative ne pourrait donc pas faire grand-chose d'autre que de ne pas appliquer un cadre méconnaissant les engagements européens de la France¹².

En prolongeant cette logique et en dégonflant quelque peu la requête, vous pourriez enfin être tentés d'interpréter les écritures comme tendant à ce que **le Premier ministre donne instruction aux services de ne pas faire application de cet article de loi contraire au droit de l'Union**. En déclinant votre jurisprudence *Sieur Ponard*¹³, vous avez en effet déjà admis que les autorités administratives pouvaient venir interpréter une loi pour la rendre autant que possible compatible avec le droit de l'Union ou, en cas d'impossibilité, pour exiger des services qu'ils ne fassent pas application d'une loi qui s'avèrerait incompatible avec les exigences issues du droit de l'Union¹⁴. Mais, lorsque vous avez dégagé cette possibilité, c'était à l'occasion d'un recours contre une circulaire existante¹⁵. Ici, la situation est bien différente puisque ce qu'entendraient contester les requérantes, **c'est le refus du Premier ministre de prendre une telle instruction**. Or une telle approche viendrait se heurter à votre jurisprudence constante, selon laquelle le refus de prendre une circulaire pour interpréter le droit existant ne fait pas grief, et n'est par suite pas susceptible de recours¹⁶¹⁷.

Vous l'aurez compris, **nous peinons donc à franchir, dans une large mesure, ces questions préalables**. Mais, en tout état de cause, il nous semble que les arguments des requérantes ne seraient pas susceptibles de prospérer. Aussi, par pédagogie et pour éviter que ces questions de fond ne ressurgissent sous une autre forme contentieuse d'ici quelques mois, vous pourrez rejeter l'intégralité de la requête au fond sans statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le ministre en défense¹⁸ – même s'il faut admettre que l'effort à consentir est bien plus

⁹ V. aussi en ce sens : CE, 08-02-2017, *M. Baudalet de Livois et autres*, n° 397151, A

¹⁰ CE, 12-07-2017, *Association Les Amis de la Terre France*, n° 394254, A

¹¹ Sur cette notion, v. les conclusions de M. Guyomar sur CE, Assemblée, 30-10-2009, *Mme Perreux*, n° 298348, A

¹² A la différence du juge, qui s'autorise parfois à définir un régime législatif transitoire pour tempérer les conséquences de l'inconventionnalité qu'il a identifiée ... v. CE, 31-07-2019, *Association La Cimade et autres*, n°s 428530 428564, A

¹³ CE, Section, 14-11-1958, n° 35399, Rec. p. 554

¹⁴ CE, 30-07-2003, *Association « Avenir de la langue française »*, n° 245076, A ; CE, 30-07-2014, *La Cimade*, n° 375430, A

¹⁵ Qui, d'ailleurs, avait illégalement entendu neutraliser une loi contraire au droit de l'Union

¹⁶ CE, 14-03-2003, *M. Le Guidec*, n° 241057, B ; CE, 30-03-2005, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, n° 266127, B

¹⁷ Y-a-t-il lieu de ménager une exception lorsque, comme en l'espèce, la circulaire aurait, dans l'esprit des requérantes, vocation à expliciter l'état du droit par-delà les apparences, c'est-à-dire en indiquant que la loi en vigueur doit être sacrifiée sur l'autel de la hiérarchie des normes ? Nous ne le pensons pas. D'une part, à supposer l'inconventionnalité établie, son explicitation via une instruction, quand bien même elle aurait une résonance concrète auprès des services, resterait néanmoins sans effet sur l'état du droit (V. en ce sens : JRCE, 15-04-2020, *Syndicat Jeunes Médecins*, n° 439948, C) donc sur le respect du droit de l'Union. D'autre part, une telle approche conduirait à subordonner la recevabilité au bien-fondé de la requête, ce à quoi vous vous montrez réticents.

¹⁸ V. sur ce point la décision *M. Ibarrondo* (CE, 7 CJS, 17-02-2010, n° 329013, C) alors qu'était attaqué un acte non décisoire et, partant, insusceptible de recours

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

significatif lorsque l'irrecevabilité est, comme ici, absolue car liée à la nature même de la décision contestée¹⁹.

En premier lieu, les associations soutiennent que le cadre législatif et réglementaire n'est pas conforme aux dispositions de la directive relatives à la formation professionnelle en ce qu'il subordonne l'accès à la formation professionnelle et l'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi **à la qualité de travailleur**. Mais, d'une part, s'agissant de la formation professionnelle, la norme européenne se borne à autoriser les Etats membres à en ouvrir l'accès aux demandeurs d'asile « *que ceux-ci aient ou non accès au marché du travail* », et elle ne prévoit nullement que l'inscription des demandeurs d'asile sur la liste des demandeurs d'emploi devrait être régie par des règles différentes du droit commun applicable aux travailleurs étrangers. D'autre part, s'agissant de la formation professionnelle continue, la loi française prévoit – conformément à la directive – que le demandeur d'asile qui accède au marché du travail en bénéficie dans les mêmes conditions que tout autre travailleur. Le moyen ne saurait donc prospérer.

En deuxième lieu, le fait que le demandeur d'asile, au bout de six mois d'inertie, bascule dans le **droit commun applicable à l'étranger ressortissant d'un Etat tiers dont l'activité salariée est le fondement du droit au séjour** ne nous paraît pas contraire au droit de l'Union. Certes la complexité réelle de cette procédure²⁰, quand bien même elle pèse sur l'employeur²¹, rejaillit sur la propension des acteurs économiques à embaucher des demandeurs d'asile, ce d'autant plus que les emplois concernés sont souvent précaires ou saisonniers, de sorte que ces obstacles administratifs en deviennent encore plus rédhibitoires. Pour autant, nous l'avons dit, **la directive laisse aux Etats un contrôle total de leur marché du travail**, en prévoyant explicitement que la priorité peut être donnée aux ressortissants étrangers en situation régulière. Dans de telles conditions, il est difficile de suivre l'argumentation de la requête qui réclame, pour les seuls demandeurs d'asile, un assouplissement des conditions d'octroi de l'autorisation de travail compte tenu de leur profil plus fragile. Nous y sommes d'autant moins enclin que la loi française va en réalité au-delà des exigences minimales de la directive. En effet, en autorisant le dépôt des demandes d'autorisation une fois expiré un délai de six mois, l'article L. 744-11 implique – sauf décisions de refus explicites – que le demandeur qui aurait trouvé un employeur intéressé pourra disposer d'une autorisation après huit mois d'inertie de l'OFPRA, soit avant l'écoulement des 9 mois évoqués par la directive. Sur ce point, précisons aussi que les dernières statistiques sont moins sombres que ce que soutiennent les requérantes : en 2017, sur les 1 216 demandes d'autorisation provisoire de travail déposées, 992 ont été délivrées – soit un taux d'acceptation de 80 %²². En réalité, plus encore que des affres de la procédure d'autorisation, cet accès conditionné au marché du travail souffre, même s'il faut s'en réjouir, de **l'amélioration substantielle des délais de traitement** par l'Ofpra, qui s'élèvent désormais à environ 110 jours²³ – soit moins de 6 mois.

¹⁹ V. sur ce point les conclusions de G. Odinet sur la récente décision de Section *GISTI* (CE, 12-06-2020, n° 418142, A)

²⁰ Sur ces différentes conditions v. *Répertoire de droit du travail – Travailleur étranger / Autorisation de travail* – Cyril Wolmark, juillet 2019, §§ 42 et s.

²¹ Art. 5221-11 du Code du travail

²² <https://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ170700557.html>

²³ <https://www.ofpra.gouv.fr/fr/l-ofpra/actualites/les-donnees-de-l-asile-a-l-ofpra-en>

En troisième et dernier lieu, est en cause la question de la compatibilité du droit français avec le paragraphe 3 de l'article 15 qui – rappelons-le – prévoit que « *l'accès au marché du travail n'est pas retiré durant les procédures de recours, lorsqu'un recours formé contre une décision négative prise lors d'une procédure normale a un effet suspensif, jusqu'au moment de la notification d'une décision négative sur le recours* ». Sur ce point, il est vrai que le droit national consacre une **fenêtre de tir somme toute restreinte** puisqu'une fois la décision de l'OFPRA rendue, l'intéressé ne peut plus solliciter une autorisation de travail. Il est vrai aussi, comme y insistent les requérantes, que cette lecture restrictive n'est pas partagée partout en Europe – même si les solutions nationales restent avant tout marquées par leur éclectisme.

Pour autant, nous sommes résolument d'avis que cette lecture française n'est en rien contraire à la lettre comme à l'esprit de la directive.

La lettre, d'abord. Il faut ici relever que la France, après l'adoption de la directive, est intervenue pour que le paragraphe en cause dispose que « l'accès au marché du travail n'est pas retiré » alors que la version initiale – reprise de la directive de 2003²⁴ – prévoyait que « l'accès au marché du travail n'est pas refusé ». De cette correction, plus fidèle au terme anglais « *withdraw* », il se déduit clairement que le texte dont vous avez à connaître vise seulement à éviter que les Etats enlèvent aux demandeurs d'asile un droit au travail qu'ils auraient déjà acquis. En revanche, il ne fait en rien obstacle à ce que le rejet de la demande par l'OFPRA conduise à refuser une demande d'autorisation de travail déposée postérieurement.

L'esprit, ensuite. Des travaux préparatoires associés à cette directive, et même si les considérants sont laconiques, il ressort que ce paragraphe vise à éviter une interruption des activités professionnelles, pour ne pas replonger un demandeur inséré dans la clandestinité ou l'indigence. Il est probable qu'une telle rédaction prudente vise ainsi à éviter que les demandeurs ne soient incités à former un recours dans le seul but de préserver leur accès au marché du travail, ce d'autant plus que le taux d'annulation des décisions de première instance demeure assez limité – de l'ordre de 18 % pour l'OFPRA devant la CNDA.

PCMNC au rejet de la requête.

²⁴ Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres