

N° 428178
La Cimade et autres

2^e et 7^e chambres réunies
Séance du 13 novembre 2020
Lecture du 27 novembre 2020

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

Dans le triple but annoncé – et optimiste – de maîtriser l’immigration, rendre effectif le droit d’asile et réussir l’intégration, la loi du 10 septembre 2018¹ a, vous le savez, réformé notamment les règles relatives à l’accueil des demandeurs d’asile et l’instruction des demandes d’asile et les règles relatives à l’éloignement des étrangers en situation irrégulière.

Pour son application a notamment été adopté un décret du 14 décembre 2018², que la Cimade et douze autres associations ou syndicats vous demandent d’annuler. Ils critiquent plusieurs dispositions du décret – et le plus souvent, par exception, les dispositions législatives qui en sont le fondement. Nous examinerons leurs moyens en divisant les conclusions selon les dispositions qu’elles visent.

1. Est d’abord contesté l’article 2 du décret attaqué, relatif au refus d’entrée sur le territoire.

Le refus d’entrée sur le territoire, régi par les dispositions des articles L. 213-1 et suivants du code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile (CESEDA) est, par définition, une décision prise à l’égard d’un étranger qui se présente à la frontière. Cette décision fait, comme son nom l’indique, obstacle à son entrée, permet le cas échéant son placement en zone d’attente et peut être exécutée d’office, notamment par le réacheminement de l’intéressé vers le lieu dont il provient³.

Le refus d’entrée peut être contesté devant le juge administratif mais, sauf lorsque l’étranger indique vouloir présenter une demande d’asile, l’exercice de ce recours ne fait pas obstacle à l’exécution de la décision⁴. Le régime du refus d’entrée, entièrement fixé par le livre II du code, exclut ainsi l’application des dispositions relatives à l’éloignement qui figurent en son livre V (v. avis, 28 juin 2019, M. D..., n° 426666, T. pp. 776-780).

¹ N° 2018-778.

² N° 2018-1159.

³ Réacheminement prévu par les articles L. 213-4 ss.

⁴ V. art. L. 213-9.

L'article L. 213-3-1 du code, issu de la loi du 10 septembre 2018, a prévu qu'en cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'Union, en application du code frontières Schengen⁵, une décision de refus d'entrée sur le territoire peut être adoptée à l'égard d'un étranger non ressortissant de l'Union qui provient du territoire d'un État membre de l'espace Schengen, a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre sans y être autorisé et a été contrôlé à moins de dix kilomètres de la frontière.

Pour l'application de cette disposition, l'article 2 du décret attaqué crée un article R. 213-3-1 dans le code, qui précise que l'article L. 213-3-1 est applicable lorsque l'étranger vient de pénétrer sur le territoire métropolitain.

La requête soutient que l'article L. 213-3-1 méconnaît les règles de la directive « retour »⁶, puisqu'il exclut l'application de la procédure de retour définie par cette directive – qui inclut notamment un recours suspensif (art. 13) et un encadrement strict des possibilités de placement en rétention (art. 15) – aux étrangers en situation irrégulière sur le territoire auxquels il s'applique.

Il est clair, en effet, que le régime du refus d'entrée, prévu au livre II du CESEDA, ne respecte pas l'ensemble des garanties de la procédure de retour définie par la directive « retour ». Il se fonde pour cela sur le a) de l'article 2 de cette directive, qui permet aux États membres de décider de ne pas appliquer la directive aux ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'une décision de refus d'entrée sur le territoire des États membres conformément au code frontières Schengen ou qui sont arrêtés à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure d'un État membre et ne sont pas autorisés à y séjourner.

Cette exception à l'application de la directive retour ne s'étend pas, cependant, aux étrangers qui franchissent irrégulièrement une frontière intérieure, même lorsque l'État membre concerné a réintroduit, en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen, le contrôle à cette frontière. C'est en substance ce qu'a jugé la Cour de justice de l'Union, en grande chambre, dans l'arrêt Arib du 19 mars 2019 (C-444/17). La Cour a constaté, certes, que l'article 32 du code frontières Schengen énonce qu'en cas de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, les dispositions pertinentes relatives aux frontières extérieures s'appliquent *mutatis mutandis*. Mais, après avoir notamment relevé que la dérogation à la procédure de retour prévue par le a) de l'article 2 de la directive pour les refus d'entrée visait à permettre d'éloigner plus rapidement des étrangers vers une destination aisément déterminable – ce qui n'est vrai que lorsqu'ils proviennent directement d'un État tiers et franchissent une frontière extérieure – elle a jugé que les ressortissants de pays tiers franchissant une frontière intérieure n'étaient pas dans le champ de la dérogation du a) de l'article 2 de la directive retour, même

⁵ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes.

⁶ Directive 2008/115/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

lorsque l'État membre a réintroduit le contrôle à cette frontière. En somme, et pour reprendre le titre du communiqué de presse de la Cour, « une frontière intérieure d'un État membre sur laquelle des contrôles ont été rétablis ne peut être assimilée à une frontière extérieure au sens de la directive retour ».

Il résulte assez directement de cet arrêt que le législateur ne pouvait user de la dérogation prévue au a) de l'article 2 de la directive retour pour étendre l'application du régime du refus d'entrée du livre II du CESEDA – et ainsi restreindre celle du régime de l'éloignement de son livre V – aux étrangers ayant franchi irrégulièrement une frontière intérieure et contrôlés à cette occasion. L'article L. 213-3-1 du code, issu de la loi du 10 septembre 2018, est ainsi contraire à la directive ; et l'article R. 213-3-1, créé par l'article 2 du décret attaqué, pris sur son fondement, est en conséquence illégal et doit être annulé.

2. Nous en venons à la contestation de l'article 6 du décret, relatif au contrôle du juge judiciaire sur la rétention administrative.

Vous savez qu'en vertu de l'article L. 512-1 du code, la légalité du placement en rétention d'un étranger ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention (JLD). Celui-ci est par ailleurs saisi par l'administration dans les quarante-huit heures qui suivent le placement en rétention, aux fins de prolonger la rétention au-delà de cette durée (art. L. 552-1) ; il est à nouveau saisi, le cas échéant, vingt-huit jours plus tard pour une nouvelle prolongation (art. L. 552-7). Et le pouvoir réglementaire a ajouté que le JLD peut, à tout moment, décider, à la demande de l'étranger ou du ministère public ou de sa propre initiative, la mise en liberté de l'étranger, s'il juge que les circonstances de droit ou de fait le justifient (art. R. 552-17 et 18)⁷.

Les ordonnances du JLD sont susceptibles d'appel, devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué : le législateur l'a prévu à l'article L. 552-9 pour les décisions du JLD qu'il régit (celles qui se prononcent sur les prolongations⁸) ; le pouvoir réglementaire l'a également prévu, à l'article R. 552-20, pour les ordonnances rendues par le JLD sur la mise en liberté de l'étranger à un autre moment.

L'article L. 552-9, toujours pour les ordonnances qu'il régit, précise que la déclaration d'appel peut être rejetée sans convocation préalable des parties lorsqu'elle est manifestement irrecevable. Et l'article 6 du décret attaqué a ajouté un article R. 552-20-1 pour prévoir que, lorsqu'il est saisi d'un appel contre une décision du JLD rendue hors des audiences de prolongation⁹, le premier président de la cour d'appel peut rejeter la déclaration d'appel sans

⁷ Sauf à considérer qu'elle découle implicitement du silence de la loi, on peut sérieusement douter de la compétence du pouvoir réglementaire pour prévoir une telle garantie, qui peut sembler se rattacher à la définition des conditions dans lesquelles l'autorité judiciaire assure le respect du principe d'interdiction de la détention arbitraire, définition qui incombe au législateur (art. 66 C ; v. Cons. const., 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC), comme au libre exercice du droit d'agir en justice, qui relève de la loi en vertu de l'art. 34 C (v. Cons. const., 2 décembre 1980, n° 80-119 L). Mais vous n'avez pas à vous interroger d'office sur cette question de compétence, qui n'est que tangente au litige qui vous occupe.

⁸ Et le cas échéant sur la contestation de la mesure de placement.

convocation préalable des parties s'il apparaît qu'aucune circonstance nouvelle de fait ou de droit n'est intervenue depuis le placement en rétention ou son renouvellement, ou bien que les éléments fournis à l'appui de la demande ne permettent manifestement pas de justifier qu'il soit mis fin à la rétention.

2.1. La requête reproche au pouvoir réglementaire d'avoir ainsi méconnu sa compétence et l'article L. 552-9 du code, en étendant les hypothèses dans lesquelles le premier président de la cour d'appel peut rejeter sans audience les déclarations d'appel.

Toutefois, vous l'aurez compris, les articles L. 552-9, d'une part, et R. 552-20-1, d'autre part, ont des champs d'application bien distincts : le premier est relatif à l'appel des ordonnances rendues en matière de prolongation de la rétention, dans un cadre procédural défini par le législateur, tandis que le second est relatif à l'appel des ordonnances rendues en matière de mise en liberté hors débat de prolongation, dans un cadre procédural réglementaire. Et l'article L. 552-9 ne saurait être regardé comme ayant entendu régir par son silence d'autres procédures d'appel que celles qu'il vise spécifiquement.

Or, pour le reste, les conditions dans lesquelles il est statué sur l'appel d'une ordonnance du JLD relèvent de la procédure juridictionnelle et ne concernent ni la procédure pénale ni les principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi ; elles relèvent donc du domaine réglementaire (v. Cons. Const., 13 avril 2012, n° 2012-231/234 QPC ; 14 janvier 1970, Epoux Redois, n° 74702, Rec. p. 18 ; 21 décembre 2001, M. et Mme H..., n° 222862, Rec. p. 653 ; 13 novembre 2013, Association CRPA e. a., n°s 352667 352777, T. pp. 397-404-410-597-676).

Vous écarterez donc le moyen.

2.2. Vous écarterez aussi le moyen d'incompétence négative, qui reproche au pouvoir réglementaire de n'avoir pas défini les conditions d'application des dispositions nouvelles des articles L. 552-6 et L. 552-10, qui prévoient que, pendant le temps où il est maintenu à disposition de la justice dans l'attente d'un éventuel appel du ministère public contre l'ordonnance du JLD qui met fin à la rétention puis, le cas échéant, dans l'attente qu'il soit statué sur cet appel s'il lui a été donné un caractère suspensif, l'étranger peut, s'il le souhaite, contacter son avocat et un tiers, rencontrer un médecin et s'alimenter.

Quelle que soit l'opérance de ce moyen d'incompétence négative (v. 27 octobre 2008, Fédération départementale des associations agréées de la pêche et de protection du milieu aquatique de l'Orne, n° 307546, Rec. p. 364 ; en sens inverse, 3 juin 2009, CIMADE et autres, n° 321841, Rec. p. 211), il est en effet mal fondé, les dispositions législatives n'ayant

⁹ « hors des audiences prévues à l'article R. 552-9 », dit le texte, qui vise ainsi la première audience de prolongation (prévue par l'article L. 552-1) et nous paraît viser aussi, d'une part, l'audience au cours de laquelle il est statué, à la demande de l'étranger, sur la légalité du placement en rétention (en raison de l'unicité de principe de cette audience et de la première audience de renouvellement – v. art. L. 512-1 – et du renvoi de l'article R. 552-10-1 à l'article R. 552-9), d'autre part, la seconde audience de prolongation (prévue par l'article L. 552-7), du fait du renvoi de l'article R. 552-11 à l'article R. 552-9.

nul besoin de précisions réglementaires pour entrer en vigueur et n'appelant pas nécessairement de mesures d'application.

3. Est ensuite contesté l'article 10 du décret attaqué, relatif au droit au maintien sur le territoire des demandeurs d'asile. Cet article réglementaire procède à des modifications de coordination dans le CESEDA, afin de tenir compte des dispositions nouvelles qui figurent aux articles L. 743-3, L. 743-4, L. 571-4 et L. 744-9-1 du code.

Seules ces dispositions législatives, qui constituent le fondement des dispositions réglementaires, sont visées par les requérants, qui n'ont guère de reproche à formuler au décret – dont vous auriez certainement pu estimer qu'il ne leur faisait, sur ce point, pas grief.

Vous vous souvenez que l'article L. 743-1 du code donne droit au demandeur d'asile dont la demande relève de la compétence de la France et qui a saisi l'OFPRA de se maintenir sur le territoire, en principe, jusqu'à la décision de l'Office ou, s'il a formé un recours dans le délai, jusqu'à la décision de la CNDA. Par exception, l'article L. 743-2 définit diverses hypothèses dans lesquelles le droit de se maintenir sur le territoire cesse plus tôt ; la loi du 10 septembre 2018 en a créé quatre nouvelles :

- celle, visée au 4° bis de l'article L. 743-2, dans laquelle l'OFPRA prononce une décision d'irrecevabilité sur une demande de réexamen ;
- celle, visée au 7° du même article, dans laquelle l'OFPRA rejette en procédure accélérée une demande émanant d'un étranger ressortissant d'un pays d'origine sûr ou une demande de réexamen ;
- celle, également visée au 7°, dans laquelle l'OFPRA rejette une demande en procédure accélérée après avoir statué selon cette procédure au motif que la présence en France du demandeur constituait une menace grave pour l'ordre public ;
- celle, enfin, visée au 8°, dans laquelle l'OFPRA rejette la demande d'un étranger qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion ou d'une interdiction administrative ou judiciaire du territoire et se trouve assigné à résidence ou placé en rétention.

Dans ces différentes hypothèses, le droit au maintien sur le territoire prend fin à la décision de l'OFPRA. Dans le but de se conformer aux exigences de la directive « procédures »¹⁰, le législateur a néanmoins prévu qu'en cas de recours devant la CNDA, le juge de l'éloignement puisse prononcer la suspension de l'exécution de la mesure d'éloignement dans l'attente de la décision du juge de l'asile.

Ainsi, l'article L. 743-3 du code prévoit que, lorsqu'une OQTF est édictée postérieurement à la décision de l'OFPRA, l'étranger peut, à l'appui de son recours contre l'OQTF, demander au juge qui en est saisi, s'il ne l'annule pas, d'en suspendre l'exécution dans l'attente de la décision de la CNDA¹¹. Vous avez précisé qu'il appartient alors au juge de faire droit à la demande de suspension s'il a un doute sérieux sur le bien-fondé de la décision de rejet ou

¹⁰ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale

¹¹ Ou de l'expiration du délai de recours.

d'irrecevabilité prise par l'OFPRA, le cas échéant en tenant compte d'éléments postérieurs à la décision de l'Office (v. avis, 16 octobre 2019, M. A..., n° 432147, T. p. 781).

De façon analogue, l'article L. 743-4 du code prévoit que, lorsqu'une OQTF avait été édictée avant la décision de l'OFPRA et que l'étranger fait, après cette décision, l'objet d'un placement en rétention ou d'une assignation à résidence, il peut saisir le président du tribunal administratif d'une demande de suspension de l'exécution de l'OQTF dans l'attente de la décision du juge de l'asile.

Une voie de recours identique est ouverte, à l'article L. 571-4 (III), à l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion ou d'une interdiction administrative ou judiciaire du territoire et se trouve assigné à résidence ou placé en rétention.

L'article L. 744-9-1 du code, enfin, prévoit qu'un demandeur d'asile dont le droit au maintien sur le territoire a pris fin en application du 4° bis ou du 7° de l'article L. 743-2 et qui fait l'objet d'une OQTF peut être placé en rétention lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige ou lorsque cela est nécessaire pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande, notamment pour prévenir un risque de fuite, défini par renvoi au 3° du II de l'article L. 511-1¹².

3.1. Contrairement à ce que soutient la requête en premier lieu, les articles L. 743-3, L. 743-4 et L. 571-4 permettent bien, conformément aux paragraphes 6 et 8 de l'article 46 de la directive procédures, au demandeur d'asile de rester sur le territoire tant que le juge saisi n'a pas statué sur le droit au maintien dans l'attente de la décision de la CNDA – c'est-à-dire tant que le président du tribunal administratif ou le magistrat désigné ne s'est pas prononcé sur la suspension de l'exécution de la décision d'éloignement.

La circonstance que le juge ne prononce, le cas échéant, que la suspension et non l'annulation de la décision d'éloignement ne saurait caractériser une violation de la directive : celle-ci exige uniquement que l'étranger puisse rester sur le territoire, ce que l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement suffit à garantir (v., CJUE, Gr. Ch., 19 juin 2018, Ghandi, aff. C-181/16 ; CJUE, ord., 5 juillet 2018, Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie c/ C., aff. C-269/18 PPU).

De même, nous ne voyons pas – et la requête ne nous y aide pas – en quoi la circonstance qu'une attestation ne soit pas délivrée à l'étranger dans cette hypothèse conduirait à méconnaître la directive.

3.2. Contrairement à ce que soutient la requête en deuxième lieu, les dispositions critiquées, telles que vous les avez interprétées dans votre avis A... précité, permettent bien au juge de tenir compte d'éléments postérieurs à la décision de l'OFPRA lorsqu'il se prononce sur le droit au maintien dans l'attente de la décision de la CNDA. Au demeurant, nous ne sommes pas convaincu que l'article 46 de la directive, qui exige que le juge se prononçant au fond sur

¹² V. 31 juillet 2019, Association La Cimade et autres, n°s 428530 428564, Rec.

le recours contre la décision de refus de protection statue *ex nunc*, puisse être lu comme imposant la même chose au juge qui se prononce sur le seul droit de rester sur le territoire de l'État membre.

3.3. La requête soutient encore que ce régime baroque de suspension de l'exécution de la décision d'éloignement, par le juge de l'éloignement, en considération d'éléments relatifs à la demande d'asile, et dans l'attente de la décision du juge de l'asile, crée « un conflit de compétence entre juridictions » – c'est-à-dire entre le juge de l'asile et le juge administratif de droit commun.

« Conflit de compétence » est un terme exagéré, mais la requête souligne à raison que la loi du 10 septembre 2018 a conduit « à un chevauchement partiel des compétences du juge administratif et du juge de l'asile et à une complexe imbrication procédurale », selon les termes de l'étude adoptée par votre assemblée générale le 5 mars dernier¹³. L'avis de votre assemblée générale sur le projet de loi était, pour ce motif, particulièrement réservé quant à cette innovation procédurale (v. Avis n° 394206 du 15 février 2018).

Cette complexité et ce caractère baroque ne suffisent cependant pas à rendre la loi inconstitutionnelle (vous l'avez jugé en refusant de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel : v. 2 octobre 2019, Mme B..., n° 432740, inédite), et pas davantage selon nous à la rendre inconstitutionnelle – la requête, qui se borne à se référer sur ce point « aux objectifs du droit européen », ne parviendra pas à vous convaincre du contraire. Nous relevons d'ailleurs que la directive « procédures » n'exclut nullement qu'un même juge puisse se prononcer sur l'éloignement et sur l'asile.

3.4. Les requérants soutiennent enfin que l'article L. 744-9-1 méconnaît l'article 8 de la directive « accueil »¹⁴, qui définit limitativement les cas dans lesquels un demandeur d'asile peut être placé en rétention. Ils reprochent au législateur d'avoir prévu la possibilité de placer en rétention un étranger relevant du 4° bis ou du 7° de l'article L. 743-2 au motif que cela est nécessaire pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande, notamment pour prévenir un risque de fuite, alors que, l'OFPRA s'étant déjà prononcé sur sa demande, il n'est, par construction, plus nécessaire de le retenir pour déterminer les éléments sur lesquels cette demande se fonde.

Le moyen n'est pas sans portée. L'article L. 744-9-1 est cependant fidèle à la directive, puisqu'il en reprend les termes¹⁵ ; en outre, il vise clairement l'hypothèse dans laquelle l'étranger entend contester la décision de l'OFPRA devant la CNDA – sans quoi il n'est plus demandeur d'asile au sens de la directive « procédures » (art. 2)¹⁶ et peut faire l'objet d'une

¹³ 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous, étude à la demande du Premier ministre.

¹⁴ Directive 2013/33/UE établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

¹⁵ A l'exception de la définition du risque de fuite, le législateur ayant, littéralement, renvoyé au risque de soustraction à l'OQTF, ce qui est impropre, mais vous avez corrigé cette mal façon dans votre décision Association La Cimade et autres du 31 juillet 2019, préc.

mesure de rétention dans les conditions de droit commun prévues par le livre V du code. Or on ne peut exclure que, pour l'instruction de sa demande devant la Cour – dont personne n'ignore plus qu'elle statuera *ex nunc* – il apparaisse nécessaire, eu égard au risque de fuite, de placer l'intéressé en rétention.

Dans ces conditions, il nous semble que la loi peut être interprétée conformément à la directive et n'a pas à être écartée ; c'est, en réalité, au stade de l'appréciation au cas par cas de la nécessité de la rétention que doit se nouer le débat qui vous est soumis.

Vous écarterez donc ce dernier moyen.

4. Et vous pourrez en venir à la contestation de la légalité de l'article 11 du décret, qui est relatif à l'entretien avec l'OFPPA de l'étranger qui demande l'asile à la frontière.

En vertu de l'article L. 213-8-1 du code, dans une telle hypothèse, si la demande d'asile relève de la compétence de la France, un refus d'entrée ne peut être prononcé qu'après consultation de l'OFPPA, qui rend un avis dans le respect des garanties procédurales prévues aux articles L. 723-1 et suivants – garanties qui incluent notamment, en principe, un entretien personnel avec l'OFPPA, prévu par l'article L. 723-6.

En vertu de cet article, l'entretien du demandeur est personnel et le demandeur d'asile est en principe entendu en personne – physiquement. La loi du 29 juillet 2015¹⁷ a toutefois prévu, au dernier alinéa de l'article, que, pour des raisons tenant à l'éloignement géographique ou à la situation particulière du demandeur, l'entretien peut se dérouler par un moyen de communication audiovisuelle, dans des cas et selon des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Cette modification législative, issue d'un amendement au Sénat, a été inspirée par un avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 octobre 2011¹⁸ qui soulignait la nécessité d'un texte – et, s'agissant de l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti, d'un texte législatif – pour permettre et encadrer le recours aux moyens de télécommunication audiovisuelle dans la procédure d'asile. Le Parlement a ainsi entendu – cela ressort clairement de ses travaux¹⁹ – donner une base légale au recours à la vidéoconférence (qui était déjà pratiqué).

Pour l'application de ces dispositions, l'article R. 723-9 du code précise les cas dans lesquels il est possible de procéder à l'entretien en ayant recours à un moyen de communication audiovisuelle. Et, s'agissant des étrangers en zone d'attente dont la demande d'asile relève de la compétence de la France, l'article R. 213-4 renvoie aux articles R. 723-5 à 9 quant aux conditions dans lesquelles se déroule l'entretien.

¹⁶ V. aussi l'art. 2 de la directive « accueil ».

¹⁷ Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile.

¹⁸ JO du 9 novembre 2011.

¹⁹ V. le rapport de M. Buffet au nom de la commission des lois (n° 425, 2014-2015).

L'article 11 du décret attaqué a toutefois ajouté un alinéa à cet article, pour prévoir que « lorsque l'entretien personnel ne peut être conduit ni en présence de l'étranger ni au moyen d'un service de visioconférence selon les modalités prévues à l'article R. 723-9, l'office peut, pour procéder à cet entretien, recourir à un moyen de communication téléphonique. (...) ».

Les requérants nous paraissent fondés à soutenir que cette disposition est entachée, sinon d'incompétence, du moins d'une méconnaissance de l'article L. 723-6.

En effet, sans qu'il vous soit besoin de prendre parti sur la question de savoir si l'ouverture d'une possibilité de conduite de l'entretien par voie téléphonique affecte une garantie fondamentale de l'exercice du droit d'asile et relève par suite de la compétence du seul législateur, vous ne pourrez que constater que le législateur, en ouvrant la possibilité, par dérogation au principe de l'audition du demandeur en sa présence, de tenir l'entretien par voie audiovisuelle (c'est-à-dire par un procédé associant le son et l'image), a nécessairement exclu le recours à un autre procédé, notamment l'entretien téléphonique. En d'autres termes, la dérogation prévue et encadrée par le législateur est exhaustive : lorsque l'entretien physique est impossible, seul un entretien par visioconférence est de nature à satisfaire à l'exigence que le demandeur d'asile soit entendu.

Vous devrez donc annuler l'article 11 du décret attaqué.

5. Vous en viendrez alors à la critique de son article 12, qui est pris pour l'application de l'article L. 711-6 du code. Celui-ci prévoit, vous le savez, que le statut de réfugié peut être refusé ou qu'il peut y être mis fin lorsque – c'est son 2^o – la personne concernée a été condamnée en dernier ressort en France, dans un État membre de l'Union ou dans un État tiers figurant sur une liste, fixée par décret en Conseil d'État, d'États dont la France reconnaît les législations et juridictions pénales, pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ou puni de dix an d'emprisonnement et que sa présence constitue une menace grave pour la société française.

Ces dispositions transposent l'article 14 de la directive « qualification »²⁰. Ainsi que vous l'avez jugé (19 juin 2020, M. K... et OFPRA, n^os 416032 416121, à publier au Recueil), en reprenant la jurisprudence de la Cour de justice (v. son arrêt M et autres de grande chambre du 14 mai 2019, C-391/16 C-77/17, C-78/17), elles permettent seulement de remettre en cause le statut de réfugié (c'est-à-dire la protection juridique et administrative assurée par l'OFPRA), mais n'affectent nullement la qualité de réfugié (qui découle de la situation de l'étranger, qui le fait entrer dans le champ d'application de l'article 1^{er} de la Convention de Genève).

²⁰ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

L'article 12 du décret attaqué fixe la liste des États dont la France reconnaît les législations et juridictions pénales pour l'application de l'article L. 711-6. Les requérants ne critiquent que cette disposition législative : ils soutiennent que le législateur a procédé à une transposition incorrecte de la directive « qualification » en permettant à l'OFPRA de ne pas ou de ne plus reconnaître la qualité de réfugié alors que la directive ne permettait que de remettre en cause le statut.

Vous aurez compris que cette critique est vidée de sa portée par votre décision du 19 juin dernier, qui a procédé à une interprétation conforme de l'article L. 711-6 du code. En reprenant cette interprétation, vous écarterez donc le moyen.

6. Vous pourrez alors examiner la contestation de l'article 15 du décret, dont le I modifie l'article R. 741-2 du code, pour prévoir que lorsque l'étranger se présente en personne auprès de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), des services de police ou de gendarmerie ou de l'administration pénitentiaire en vue de demander l'asile, il est orienté vers l'autorité compétente.

Les requérants reprochent au pouvoir réglementaire d'avoir entaché le décret d'incompétence négative en ne prévoyant pas que, dans une telle hypothèse, la demande doit être enregistrée dans un délai de 6 jours ouvrables, ainsi que le prévoit l'article 6 de la directive « procédures ». Cet article énonce, effectivement, que « si la demande de protection internationale est présentée à d'autres autorités qui sont susceptibles de recevoir de telles demandes, mais qui ne sont pas, en vertu du droit national, compétentes pour les enregistrer, les États membres veillent à ce que l'enregistrement ait lieu au plus tard six jours ouvrables après la présentation de la demande ».

La question du délai d'enregistrement de la demande d'asile est toutefois suffisamment distincte de la question de l'orientation du demandeur vers l'autorité compétente pour enregistrer sa demande pour que le pouvoir réglementaire ait pu traiter seulement la seconde en adoptant une disposition qui, par elle-même, ne peut être regardée comme méconnaissant l'article 6 de la directive « procédures ». Dans ces conditions, il n'y a pas de place à nos yeux pour une critique d'incompétence négative : le pouvoir réglementaire, à supposer qu'il soit compétent²¹, n'était pas tenu, en prévoyant une obligation d'orientation des demandeurs d'asile vers l'autorité chargée d'enregistrer leur demande, de fixer le délai dans lequel un tel enregistrement doit être effectué par cette autorité. Il lui est loisible de procéder séparément (v. 27 octobre 2008, Fédération départementale des associations agréées de la pêche et du milieu aquatique de l'Orne, préc.) – et cela n'a évidemment pas pour effet d'exonérer l'Etat des obligations qui résultent de la directive.

7. Nous en venons à la contestation des articles 16 et 17 du décret, relatifs à la domiciliation des demandeurs d'asile.

²¹ Les dispositions qui fixent les délais d'enregistrement sont fixées par l'article L. 741-1 du code.

La loi du 10 septembre 2018 a modifié l'article L. 744-1 du code pour imposer (et non plus simplement permettre), aux demandeurs d'asile qui ne disposent ni d'un hébergement en CADA, ni d'un domicile stable, d'élire domicile auprès d'une personne morale conventionnée à cet effet pour chaque département.

Le décret attaqué en a tiré les conséquences, d'une part, en prévoyant, à l'article R. 743-2, que l'étranger qui sollicite le renouvellement de l'attestation de demande d'asile doit présenter la déclaration de domiciliation qui lui est remise par l'organisme conventionné ou un justificatif de domicile stable (art. 16, II), et en précisant, d'autre part, à l'article R. 744-1, que le lieu où une personne est hébergée sans disposer d'un titre pour y fixer son domicile n'est pas regardé comme un domicile stable (art. 17, 1^o, b).

C'est cette dernière disposition que contestent les requérants, qui soutiennent qu'elle fait obstacle à ce que les demandeurs d'asile hébergés puissent se voir renouveler leur attestation de demande d'asile et conduit ainsi à une méconnaissance du droit au maintien sur le territoire des demandeurs d'asile reconnu par l'article L. 743-2.

En réalité, les requérants s'efforcent d'importer dans le contentieux de la norme des problèmes matériels et pratiques que vous ne pouvez saisir dans ce cadre. Juridiquement, en effet, l'article R. 744-1 issu du décret se borne à préciser la notion de domicile stable prévue par la loi – et cette précision, en excluant les hébergements « simples », a uniquement pour effet d'imposer aux intéressés d'élire domicile auprès d'une structure conventionnée. Elle ne remet donc nullement en cause leur droit de se maintenir sur le territoire, ni ne fait obstacle, pourvu qu'ils élisent domicile dans une structure conventionnée, au renouvellement de leur attestation de demande d'asile.

Les éventuelles difficultés à élire domicile dans une structure conventionnée, ne peuvent, pour le reste, pas être saisies dans le cadre de la contestation du décret. Vous ne pourrez donc qu'écarteler le moyen.

8. Est encore contesté le I de l'article 18 du décret, relatif à l'accompagnement des demandeurs d'asile pendant la durée de leur hébergement. L'article L. 744-3 du code prévoit que les demandeurs d'asile accueillis dans les lieux d'hébergement pour demandeurs d'asile bénéficient d'un accompagnement social et administratif et confie au décret en Conseil d'État le soin de définir « les normes minimales en matière d'accompagnement social et administratif dans ces lieux d'hébergement ».

Sur ce fondement, le I de l'article 18 du décret crée un article R. 744-6-1 qui énumère les prestations d'accompagnement administratif, juridique, sanitaire et social fournies aux demandeurs d'asile par le gestionnaire du lieu d'hébergement ou par un tiers sous sa responsabilité.

8.1. C'est d'abord cette disposition que vise à nos yeux le moyen de légalité externe, énoncé en termes généraux, et tiré du défaut de consultation du comité national de l'organisation sanitaire et sociale (CNOSS), qui rend un avis, en vertu de l'article L. 312-1 du code de

l'action sociale et des familles (CASF), sur la définition, par le pouvoir réglementaire, des conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux – parmi lesquels figurent les centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA).

Vous écarterez ce moyen en relevant que les normes d'accompagnement social et administratif se distinguent des conditions techniques d'organisation et de fonctionnement des centres, qui sont seules visées par l'article L. 312-1 du CASF. Le décret n'est pas pris sur le fondement de cet article mais, nous vous l'avons dit, sur le seul fondement de l'article L. 744-3 du CESEDA ; il n'avait donc pas à être soumis à l'avis du CNOSS²².

8.2. Au titre de la légalité interne, les associations et syndicats requérants contestent le 3° et le 7° du nouvel article R. 744-6-1, qui incluent respectivement parmi les prestations fournies, d'une part, « l'information sur la procédure d'asile et l'accompagnement dans les démarches administratives relatives à la présentation de la demande devant l'[OFPRA] et le cas échéant, à la préparation du recours devant la [CNDA] », d'autre part « la mise en place d'activités sociales, bénévoles et récréatives, en partenariat, le cas échéant, avec les collectivités locales et le tissu associatif de proximité ».

A la première de ces deux dispositions, les requérants font le reproche de ne pas inclure d'accompagnement juridique en dehors de la procédure devant l'OFPRA et la CNDA, notamment pour l'exercice des recours devant le juge administratif de droit commun (par ex. en matière de transfert, d'assignation à résidence ou de suspension de l'éloignement).

L'article L. 744-6, qui est particulièrement général, ne saurait cependant être lu comme imposant un accompagnement procédural des demandeurs d'asile au-delà des procédures devant l'OFPRA et la CNDA, seules visées par la directive « procédures » (v. art. 19 et 20) ; et la requête ne se prévaut d'aucune disposition du droit de l'Union qui aurait une telle portée. Dans ces conditions, il était loisible au Premier ministre de ne pas inclure spécifiquement, dans les normes minimales d'accompagnement, un appui à la préparation des recours devant le juge administratif de droit commun. Et l'erreur manifeste d'appréciation n'est ni invoquée, ni caractérisée – nous relevons, à cet égard, que le 3° de l'article R. 744-6-1 vise largement « l'information sur la procédure d'asile », ce qui nous paraît inclure l'information sur la procédure prévue par le règlement Dublin III²³, et que les étrangers peuvent bénéficier, pour leurs recours devant le juge administratif, de l'aide juridictionnelle et, pour les procédures urgentes, de la désignation d'office d'un avocat.

Quant au 7° du nouvel article R. 744-6-1, les requérants lui reprochent de ne prévoir que l'organisation d'activités bénévoles au bénéfice des personnes accueillies – excluant, donc l'organisation d'activités rémunérées, telles que des activités d'insertion par le travail. Mais,

²² V., *a contrario*, 22 juin 2012, Cimade et GISTI, n° 352904, T. pp. 544-546-583.

²³ C'est aussi la lecture du ministre en défense ; et l'arrêté du 19 juin 2019 relatif au cahier des charges des lieux d'hébergement d'urgence pour demandeurs d'asile prévoit effectivement, sur le fondement du décret, que les demandeurs d'asile faisant l'objet d'une décision de transfert sont accompagnés dans leurs démarches administratives et juridiques jusqu'à leur transfert effectif.

là encore, nous ne voyons pas comment ce choix pourrait être regardé comme contraire à l'article L. 744-6, qui laisse une très large marge d'appréciation au pouvoir réglementaire ; et les requérants ne se prévalent, là non plus, d'aucune disposition qui imposerait à ce dernier d'inclure, dans l'accompagnement des demandeurs d'asile, une insertion par le travail.

Vous ne pourrez donc qu'écarter les moyens.

9. Vous en viendrez alors à la contestation des dispositions de l'article 19 relatives à l'orientation directive des demandeurs d'asile.

L'article 7 de la directive « accueil » prévoit que les demandeurs peuvent circuler librement sur le territoire de l'État membre d'accueil, « ou à l'intérieur d'une zone qui leur est attribuée par cet État membre »²⁴ ; il permet toutefois aux États membres de décider du lieu de résidence du demandeur²⁵ et de prévoir que, pour bénéficier des conditions matérielles d'accueil, les demandeurs doivent effectivement résider dans un lieu déterminé. Il précise par ailleurs que les États membres doivent prévoir la possibilité d'accorder aux demandeurs une autorisation temporaire de quitter le lieu de résidence ou la zone attribuée.

Faisant usage de ces facultés, l'article L. 744-2 du code prévoit qu'un schéma national d'accueil des demandeurs d'asile fixe la part des demandeurs d'asile accueillis dans chaque région et que, lorsque la part des demandeurs d'asile résidant effectivement dans une région excède celle qui est fixée par le schéma, un demandeur d'asile peut être orienté vers une autre région, où il est tenu de résider le temps de l'examen de sa demande d'asile. Lorsqu'il souhaite quitter cette région, il lui appartient (sauf motif impérieux ou convocation par les autorités ou les tribunaux) de solliciter une autorisation auprès de l'OFII.

La requête critique quatre dispositions créées par l'article 19 en application de ce texte (et, nous y reviendrons, de l'article L. 744-7).

9.1. Elle conteste d'abord l'article R. 744-13-1, qui prévoit que la répartition effectuée par le schéma national d'accueil tient compte « des caractéristiques démographiques, économiques et sociales ainsi que des capacités d'accueil de chaque région ».

Les requérants voient une erreur manifeste d'appréciation dans le fait de n'avoir pas inclus, dans ces critères, le nombre de demandes enregistrées dans la région et l'accessibilité de l'OFPRA et la CNDA.

L'argumentation n'est pas dépourvue de portée, du moins en ce qui concerne l'accessibilité à l'OFPRA et la CNDA : effectivement, les demandeurs ayant, *a priori*²⁶, tous vocation à se rendre à l'OFPRA, voire à la CNDA en cas de rejet de leur demande²⁷, la facilité d'accès à

²⁴ Zone qui ne peut porter atteinte à la sphère inaliénable de la vie privée et doit donner suffisamment de latitude pour garantir l'accès à tous les avantages prévus par la directive.

²⁵ Pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre public ou, le cas échéant, aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de la demande de protection internationale – ce qui est large.

²⁶ *A posteriori*, certaines demandes seront rejetées sans entretien préalable.

l'une et l'autre de ces institutions n'est pas sans incidence sur leur bonne orientation géographique.

Il reste, cependant, que le choix du législateur – qui n'ignorait pas la localisation unique de l'OFPRA (qui doit être relativisée par la conduite d'entretiens délocalisés) et de la CNDA – s'est porté pour une répartition des demandeurs sur le territoire. Dans ces conditions, réintégrer la facilité d'accès à l'OFPRA et la CNDA dans la définition des capacités régionales revenait, presque aussi directement que tenir compte du nombre d'enregistrements, à aller à l'encontre de cette volonté de répartition, en recentrant l'accueil en région parisienne. Il nous semble donc difficile de considérer que le pouvoir réglementaire, qui est allé dans le sens de la volonté du législateur, aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Vous écarterez donc le moyen dirigé contre le nouvel article R. 744-13-1.

9.2. Est ensuite contesté l'article R. 744-13-2, qui précise que l'OFII informe les demandeurs d'asile de la région de résidence qui leur est attribuée, et de leur lieu d'hébergement ou, le cas échéant, de l'organisme conventionné où ils doivent élire domicile. Il ajoute que, lorsque le demandeur est orienté vers une autre région que celle où sa demande a été enregistrée, il doit se rendre au lieu d'hébergement dans un délai de cinq jours.

Vous aurez compris que, contrairement à ce qui est soutenu, l'article L. 744-2 ne porte pas, à la liberté d'aller et venir des demandeurs d'asile, une atteinte qui excède celle que permet la directive « accueil ». Il ne remet par ailleurs nullement en cause la liberté de circulation dont bénéficient les réfugiés en situation régulière en vertu de l'article 26 de la Convention de Genève – cette stipulation ne visant que les personnes qui se sont déjà vu reconnaître le statut de réfugié, tandis que l'article L. 744-2 ne régit que les demandeurs d'asile. Vous écarterez donc les moyens qui visent l'article R. 744-13-2.

9.3. L'article R. 744-13-3, lui aussi créé par l'article 19, prévoit quant à lui, en son second alinéa, qu'à défaut de présentation du demandeur dans le délai de cinq jours, il est mis fin au bénéfice des conditions matérielles d'accueil, en application de l'article L. 744-7 – qui prévoit effectivement le retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil dans cette hypothèse.

Similairement, l'article R. 744-13-4, créé de même par l'article 19, prévoit en son dernier alinéa que si le demandeur quitte la région où il est domicilié sans autorisation de l'office (sauf motif impérieux ou convocation par les autorités ou les tribunaux), il est mis fin au bénéfice des conditions matérielles d'accueil, en application des dispositions de l'article L. 744-7 – qui prévoit aussi un retrait de plein droit dans cette hypothèse.

Comme le soutiennent les requérants, ces deux dispositions sont assurément illégales. Vous avez en effet jugé, par votre décision Association la Cimade et autres du 31 juillet 2019 (préc.), que l'article L. 744-7 du code, en ce qu'il créait des cas de retrait de plein droit des

²⁷ Le taux de recours contre les décisions de refus étant supérieur à 85 %.

conditions matérielles d'accueil, méconnaissait l'article 20 de la directive accueil, qui ne permet de limiter ou supprimer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil que sur la base d'un examen au cas par cas, en tenant compte de la situation particulière de la personne concernée et du principe de proportionnalité.

Vous avez précisé que cette déclaration d'inconventionnalité ne faisait pas obstacle, dans l'attente de la modification de l'article L. 744-7 par le législateur, à ce que l'OFII suspende le bénéfice des conditions matérielles d'accueil aux demandeurs ayant quitté leur lieu d'hébergement ou leur région d'orientation ou n'ayant pas respecté les exigences des autorités chargées de l'asile, après examen de leur situation particulière et sous réserve d'une possibilité de rétablissement de ce bénéfice.

Néanmoins, cette inconventionnalité, que vous ne pourrez que constater à nouveau, emporte nécessairement l'illégalité des dispositions contestées des articles R. 744-13-3 et 4, qui prévoient qu'il est mis fin de plein droit aux conditions matérielles d'accueil, en application de l'article L. 744-7. Vous devrez donc en prononcer l'annulation.

10. Il vous restera encore à écarter le moyen d'incompétence négative qui reproche au pouvoir réglementaire de n'avoir pas pris, dans le décret attaqué, les dispositions d'application du second alinéa de l'article L. 553-6 du code, qu'a créé l'article 30 de la loi du 10 septembre 2018 et qui prévoit qu'un décret en Conseil d'État précise les conditions d'accessibilité adaptées aux lieux de rétention.

Vous ne pourrez que rappeler qu'aucune disposition ni aucun principe n'imposait au pouvoir réglementaire d'épuiser, par le décret attaqué, sa compétence pour prendre les dispositions d'application de la loi du 10 septembre 2018 (v. 27 octobre 2008, Fédération départementale des associations agréées de la pêche et du milieu aquatique de l'Orne, préc.) ; la seule circonstance que le décret attaqué n'adopte pas en outre les dispositions d'application de l'article L. 553-6, en l'absence de toute incidence sur les dispositions qu'il adopte, ne saurait donc l'entacher d'illégalité.

Et par ces motifs nous concluons à l'annulation des articles 2 et 11 du décret attaqué, à l'annulation du I de son article 19 en tant qu'il introduit dans le code le second alinéa de l'article R. 744-13-3 et le dernier alinéa de l'article R. 744-13-4, à ce que l'État verse une somme de 200 euros à chacun des requérants au titre des frais de procédure et au rejet du surplus de la requête.