



Association nationale
d'assistance aux frontières
pour les étrangers

1/14

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

TIMBRE 35€

Le 23 février 2013

REQUÊTE EN ANNULATION

DE: décision instaurant l'obligation pour les ressortissants syriens d'être munis d'un visa aéroportuaire (VTA) à compter du 15 janvier 2013

POUR :

- **ASSOCIATION NATIONALE D'ASSISTANCE AUX FRONTIÈRES POUR LES ÉTRANGERS (ANAFÉ)**, association régie par la loi du 1er juillet 1901, siège 21 ter rue Voltaire, 75011 PARIS, représentée par son président en exercice Jean-Éric MALABRE,

GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI), association régie par la loi du 1er juillet 1901, siège à 3 villa Marcès, 75011 PARIS, représentée par son président en exercice Stéphane MAUGENDRE,

Pour la présente affaire l'Anafé est désignée **mandataire unique** en application de l'article R.411-5 CJA

CONTRE :

M. le ministre de l'intérieur

I FAITS ET PROCÉDURE

Depuis le mois de mars 2011, la République arabe de Syrie est le théâtre de mouvements de contestation du régime du parti Baas qui ont fait l'objet d'une répression sanglante et conduit au déclenchement d'un conflit armé interne engendrant une violence indiscriminée vis-à-vis des civils. La violence des combats et les crimes de guerre commis lors de ce conflit ont conduit des centaines de milliers de Syriens et de réfugiés palestiniens sous mandat de l'UNRWA dans ce pays à se réfugier dans les pays limitrophes.

Selon un dernier bilan effectué par le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), plus de 700 000 réfugiés se trouvaient dans les pays limitrophes, hébergés dans des camps parfois dans des conditions dantesques en raison des conditions climatiques particulièrement rigoureuses de l'hiver 2013.

Une dépêche de l'agence Reuters du 29 janvier 2013, citant le HCR, en fait état :

« Plus de 700.000 réfugiés syriens enregistrés par le HCR

GENEVE (Reuters) - Le nombre des réfugiés syriens enregistrés dans les pays voisins dépasse les 700.000, a annoncé mardi le Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés (HCR).

"Nous observons un flux incessant de réfugiés à toutes les frontières. Nous doublons nos vacations pour les enregistrer", a déclaré Sybella Wilkes, porte-parole du HCR, à l'agence Reuters.

La Syrie compte environ 22 millions d'habitants.

Dans le détail, la Jordanie accueille 167.444 réfugiés inscrits, auxquels s'ajoutent un peu plus de 50.000 Syriens dont les dossiers sont en cours d'examen. Nombre d'entre eux viennent de la région de Deraa, dans le Sud syrien, d'où est parti en mars 2011 le mouvement de contestation du régime de Bachar al Assad qui s'est mué en guerre civile.

Au Liban, les réfugiés syriens enregistrés par les équipes du HCR frôlent les 160.000, et un peu moins de 70.000 dossiers supplémentaires sont à l'étude.

La Turquie accueille elle 163.161 réfugiés répartis dans les quinze camps établis non loin de la frontière syrienne. Ils sont 77.000 en Irak, 14.000 en Égypte et 5.400 dans le reste de l'Afrique du Nord.

Stéphanie Nebehay; Henri-Pierre André pour le service français »

Jusqu'au 21 mai 2010, l'instauration des visas de transit aéroportuaire était régie, en droit français, par l'arrêté du 10 avril 1984 relatif aux conditions d'entrée des étrangers sur le territoire métropolitain.

En dérogation aux règles régissant l'aviation civile (convention de Chicago du 7 décembre 1944 sur l'aviation civile internationale) permettant de transiter librement par la zone internationale d'un pays pour se rendre dans un autre, l'article 3 de cet arrêté 3 prévoyait

« Sont également dispensés du visa les étrangers :

2° Transitant par le territoire français en empruntant exclusivement la voie aérienne, sous réserve qu'ils ne sortent pas des limites de l'aéroport durant les escales à l'exception des ressortissants des États qui sont soumis au visa (consulaire) de transit aéroportuaire.

Un arrêté conjoint du ministre des affaires étrangères et du ministre chargé de l'immigration détermine la liste des États dont les ressortissants ou les titulaires d'un document de voyage délivré par lesdits États sont soumis à l'obligation de visa de transit aéroportuaire. L'arrêté précité peut prévoir des exceptions en faveur des titulaires de certaines catégories de passeports ».

Suite au recours de nos associations à l'encontre d'un arrêté qui avait uniquement été instauré pour empêcher des réfugiés tchétchènes de trouver asile en France, le Conseil d'Etat avait censuré cet arrêté du 1er février 2008 pour violation de l'article 3 de l'arrêté de 1984:

« *Considérant qu'il ressort des dispositions précitées de l'article 3 de l'arrêté du 10 avril 1984 modifié qu'un visa de transit aéroportuaire peut être exigé pour les ressortissants des États mentionnés sur une liste définie par arrêté ; que l'arrêté du 1er février 2008 instaure un visa de transit aéroportuaire non pour les ressortissants d'un pays déterminé mais pour ceux provenant de certains aéroports ; que, par suite, en ajoutant au critère de la nationalité des personnes visées un critère relatif à l'aéroport de provenance, l'arrêté du 1er février 2008 est entaché d'illégalité ; que les requérants sont, dès lors, fondés à demander son annulation* » (CE, 25 juillet 2008, *Anafé et Gisti*, n° 313710, au recueil Lebon).

Quelques jours après, l'article 3 de l'arrêté de 1984 était modifié par un arrêté du 31 juillet 2008 (« *Il peut aussi limiter l'exigence du visa de transit aéroportuaire aux ressortissants de certains États de la liste lorsqu'ils arrivent en France en provenance d'aéroports situés dans certains pays* ») et un autre arrêté réinstauré le VTA, visant les réfugiés tchétchènes, à l'encontre des Russes en provenance de certains pays¹.

Rappelons que préalablement dans une ordonnance critiquable (CE, réf., 1er avril 2008, *Anafé et Gisti*, n° 313711) au regard des règles et principes de la Convention de Genève (principe de non refoulement) et de ceux découlant de la Convention européenne des droits de l'homme (v. en particulier Cour EDH, G.C. 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Req. n° 27765/09), le juge des référés du Conseil d'Etat avait estimé un 1er avril que la condition d'urgence n'était pas remplie compte tenu des nécessités d'ordre public .

Par la suite un arrêté du 14 août 2009 a ajouté à la liste nationale des VTA la République du Congo ainsi que la Mauritanie et le Pérou. Puis un arrêté du 23 février 2010 (art. 2) a modifié la liste de l'arrêté du 15 janvier 2008 en ajoutant le Tchad et en supprimant pour le Russes les aéroports de provenance d'Arménie, d'Azerbaïdjan, de Géorgie et surtout en supprimant la... Syrie de la liste des VTA.

Si depuis l'ordonnance et l'arrêt de 2008, la liste française de VTA n'a pas été substantiellement révisée, le contexte juridique a radicalement changé, et relève désormais du droit communautaire.

En effet, le Code communautaire des visas issu du règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas) et entré en vigueur **le 5 avril 2010** (article 58), et a durci les conditions pour inscrire un pays sur la liste nationale des VTA comparé à la législation européenne antérieure:

« TITRE II

VISA DE TRANSIT AÉROPORTUAIRE

Article 3

« *R ressortissants de pays tiers soumis à l'obligation de visa de transit aéroportuaire*

¹ Arrêté du 17 avril 2008 modifiant l'arrêté du 15 janvier 2008 fixant la liste des États dont les ressortissants sont soumis au visa consulaire de transit aéroportuaire et les exceptions à cette obligation : « *Sont soumis à l'obligation du visa consulaire de transit aéroportuaire les ressortissants des États suivants, qui ne sont pas mentionnés sur la liste commune de l'annexe 3 aux instructions consulaires communes : Albanie, Angola, Burkina Faso, Cameroun, Colombie, Côte d'Ivoire, Cuba, Djibouti, Gambie, Guinée, Guinée-Bissau, Haïti, Inde, Liberia, Libye, Mali, République dominicaine, Togo, les Russes provenant d'un aéroport situé en Arménie, Azerbaïdjan, Géorgie, Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte, Sénégal, Sierra Leone, Soudan, Syrie, ainsi que les titulaires du document de voyage pour les réfugiés palestiniens* ».

1. Les ressortissants des pays tiers énumérés à l'annexe IV sont tenus d'être munis d'un visa de transit aéroportuaire lorsqu'ils passent par la zone internationale de transit des aéroports situés sur le territoire des États membres.

2. **En cas d'urgence due à un afflux massif de migrants clandestins**, chaque État membre peut exiger des ressortissants de pays tiers autres que ceux visés au paragraphe 1, qu'ils soient munis d'un visa de transit aéroportuaire lorsqu'ils passent par la zone internationale de transit des aéroports situés sur son territoire. Les États membres notifient à la Commission, **avant qu'elles n'entrent en vigueur**, ces décisions ainsi que la suppression d'une telle obligation de visa de transit aéroportuaire.

3. Dans le cadre du comité visé à l'article 52, paragraphe 1 [comité des visas], ces notifications font l'objet d'un **réexamen annuel** afin de transférer le pays tiers concerné sur la liste figurant à l'annexe IV.

4. Si le pays tiers n'est pas transféré sur la liste figurant à l'annexe IV, **l'État membre concerné peut maintenir, pour autant que les conditions fixées au paragraphe 2 soient satisfaites, l'obligation de visa de transit aéroportuaire, ou la supprimer.**

5. Les catégories de personnes suivantes sont exemptées de l'obligation de visa de transit aéroportuaire prévue aux paragraphes 1 et 2:

a) les titulaires d'un visa uniforme valide, d'un visa national de long séjour ou d'un titre de séjour délivré par un État membre;

b) les ressortissants de pays tiers, titulaires d'un titre de séjour valide dont la liste figure à l'annexe V délivré par Andorre, le Canada, le Japon, Saint-Marin ou les États-Unis d'Amérique, garantissant à son titulaire un droit de réadmission inconditionnel;

c) les ressortissants de pays tiers titulaires d'un visa valable pour un État membre ou un État partie à l'accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen, le Canada, le Japon ou les États-Unis d'Amérique ou les ressortissants de retour de ces pays après avoir utilisé ledit visa;

d) les membres de la famille d'un citoyen de l'Union, visés à l'article 1er, paragraphe 2, point a);

e) les titulaires d'un passeport diplomatique;

f) les membres d'équipage des avions, ressortissants d'un État partie à la convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale. »

(souligné par nous)

Cela n'a absolument pas ramené les autorités françaises à la raison puisque, malgré et en violation de ce changement de cadre juridique, elles n'ont ôté aucun pays de la liste nationale des VTA. Aucune révision de la liste n'a été faite au regard du critère de « *l'urgence due à l'afflux massif de migrants clandestins* ». Depuis l'entrée en vigueur du Code, contrairement aux prescriptions des dispositions de l'article 3-3 et 3-4, aucune révision annuelle n'a été réalisée visant soit à transférer un pays sur la liste « commune » de l'annexe IV soit, compte tenu du fait que les conditions du paragraphe 2 n'existent manifestement plus de longue date, à supprimer des pays de la liste nationale de VTA. Pourtant, l'Anafé n'a constaté ces deux dernières années aucune situation d'urgence en zone d'attente liée à un afflux massif de migrants clandestins de nationalité albanaise, angolaise, burkinabaise, camerounaise, colombienne, congolaise, ivoirienne, cubaine, djiboutienne, gabonaise, guinéenne, haïtienne, indienne, libérienne, malienne, mauritanienne, péruvienne, dominicaine, tchadienne, togolaise, russe, sénégalaise ou sierra leonaise. Mais - à n'en pas douter - les ministères produiront des statistiques détaillées des nationalités faisant l'objet d'un maintien en zone d'attente, et justifiante de l'urgence et de l'afflux massif de migrants clandestin en provenance, pour justifier le maintien sur la liste des VTA des ressortissants de ces pays.

A en croire le 8ème rapport du Secrétariat général de l'immigration et de l'intégration sur les orientations de la politique de l'immigration de décembre 2011:

« Contrairement à 2009, l'année 2010 a été marquée par des **modifications sensibles des principales nationalités**, avec une diminution forte de la présence de ressortissants afghans (- 65 %), et des ar-

rivées nombreuses de Soudanais. Si **les nationalités chinoise et brésilienne restent très nettement en tête** du classement des maintiens en zone d'attente, il convient de noter la forte diminution de la pression migratoire induite par ces deux nationalités (– 70,6 % pour les Chinois, qui passent de 1.959 en 2009 à 575 en 2010, et – 55 % pour les Brésiliens avec 732 maintiens en 2010 contre 1.630 en 2009) » (8ème rapport, p. 67).

On constate donc qu'il ressort de ces statistiques (qui d'ailleurs témoignent avant tout de l'activité policière en provenance de vol de certains pays) que la « pression » migratoire ne correspond pas – à l'exception des Soudanais – aux ressortissants de pays soumis à VTA. Depuis l'épisode de l'arrivée de plusieurs centaines de réfugiés tchétchènes² fin 2007 en zone d'attente (qui a amené la création provisoire d'une « ZAPI 4 »), il n'y a eu aucun afflux massif d'étrangers en zone d'attente. Là où le système européen est dynamique – instauration en urgence face à un afflux massif avec simple notification à la Commission pour l'entrée en vigueur et système de révision annuelle- ; la liste française est statique : elle n'est pratiquement jamais révisée et très peu de pays sont retirés alors même que les circonstances qui ont présidées à leur instauration ont pu disparaître de longue date. C'est la raison pour laquelle la France est, de loin, le pays de l'Union européenne ayant instauré la liste la plus importante de VTA – comme en témoigne l'annexe 3 des Instructions consulaires communes (ci-après ICC, JOCE 326 du 22.12.2005, p. 1–149).

C'est donc dans ce contexte d'insécurité juridique pour les ressortissants de ces pays et d'allergie française aux prescriptions communautaires, déjà rencontrée lors de la mise en œuvre de la directive « retour » du 16 décembre 2008, que la décision réglementaire contestée a été adoptée.

Au cours du mois de janvier 2013, il a été constaté par des membres des associations requérantes sur le site de plusieurs consulats ou ambassades de France, notamment ceux du Liban, de Turquie ou du Koweït³, ainsi que sur celui de TLS contact, entreprise privée à laquelle est sous-traitée dans plusieurs pays le traitement des demandes de visa (PJ n° 2), les informations suivantes :

« A compter du 15 janvier 2013, les ressortissants syriens se dirigeant vers un pays hors de l'espace Schengen en transitant par les aéroports français devront être munis d'un visa de transit aéroportuaire (VTA). Conformément au Code Communautaire des visas, cette mesure ne s'applique pas aux Syriens titulaires de passeports diplomatiques.

Publié le 07.01.2013 »

Contacté par les associations requérantes le 30 janvier dernier, les services du ministre de l'intérieur ont **confirmé oralement l'existence d'une décision interministérielle** imposant ce type de visa aux ressortissants syriens notifiée à la Commission conformément à l'article 3-2 du règlement mais qui n'a pas été publiée ni *Journal Officiel de la République française* ni à celui de l'Union européenne. Cette modification ne figure là non plus ni dans l'annexe IV partie II du Code des visa. L'annexe D de l'arrêté du 10 mai 2010 n'a pas été modifiée comme le montre la copie de l'arrêté ci-dessus.

Les associations requérantes ont saisi le Conseil d'Etat d'une requête en référé-liberté du 4 février 2013. En cours d'instruction, le ministre de l'intérieur a produit en défense une copie du courrier en date du 22 janvier 2013 du conseiller affaires intérieures de la représentation permanente de la France auprès de l'UE demandant à mettre une croix dans l'annexe 7 b du manuel pratique des visas.

² En tout état de cause un demandeur d'asile ou un réfugié ne peut en droit être qualifié de « migrant clandestin ».

³ <http://www.ambafrance-lb.org/INSTAURATION-DU-VTA-POUR-LES>

<https://www.tlscontact.com/lb2fr/login.php>

http://ambafrance-es.org/france_espagne/spip.php?article6544

<http://www.ambafrance-tr.org/Instauration-du-VTA-pour-les><http://www.ambafrance-kw.org/Information-sur-les-passeports>

Par décision n° 365709 du 15/2/2013, le juge des référés a retenu d'une part l'absence d'illégalité manifeste à avoir retenu une urgence à éviter un afflux massif de ressortissants syriens en présence de 180 demandes d'asile de Syriens en 2012, d'une part l'absence d'urgence au sens de l'article L521-1 CJA nonobstant l'irrégularité et l'absence de publication de la décision litigieuse.

Il est demandé par la présente requête la suspension de la décision d'instauration de VTA à l'encontre des Syriens à compter du 15 janvier 2013, matérialisée par le courrier du 22 janvier 2013.

Par requête de ce jour, il en est demandé l'annulation.

II DISCUSSION

A/ RECEVABILITÉ ET INTÉRÊT À AGIR

La décision relève de la compétence du Conseil d'Etat en application de l'article R.311-1 2° car il s'agit d'un acte réglementaire des ministres.

La décision critiquée n'a fait l'objet d'aucune publication au Journal officiel de la République française, ni au Journal officiel de l'Union européenne, ni de mise en ligne sur le site dédié aux instructions ministérielles, créée par le décret 2008-1281 du 8 décembre 2008 mais a été uniquement notifiée a posteriori à la Commission européenne en violation de l'article 3-2 du règlement 801/2009 créant le code communautaires des visas.

– l'intérêt à agir de l'Anafé

L'objet de l'Anafé est d'assurer une présence effective auprès des étrangers non-admis aux frontières ou en attente d'une décision d'admission au titre de l'asile. Elle se donne aussi pour objectif d'intervenir auprès des pouvoirs publics afin que le sort réservé aux étrangers aux frontières soit respectueux tant du droit français que des conventions internationales (voir articles 3 et 4 de ses statuts).

« Article 3:

Buts: apporter une présence effective, active et compétente aux étrangers qui se trouvent en difficulté en zone internationale du fait, le plus souvent, de leur ignorance des textes réglementant l'entrée ou la sortie du territoire ainsi que, dans les cas les plus difficiles, du fait de leur incapacité à se faire comprendre: l'aide à leur apporter devrait avoir un caractère à la fois juridique et humanitaire.

Article 4:

Moyens: Pour pouvoir répondre valablement aux besoins des étrangers en difficulté,

- a) l'association exercera son activité dans chaque aéroport, port ou autre zone frontalière;*
- b) pour remplir sa mission, elle sollicitera des Autorités compétentes des laissez-passer d'accès en zone internationale au bénéfice de toute personne apte à communiquer avec les étrangers de toute origine et à leur apporter aide et assistance;*
- c) d'une façon générale, elle devrait être considérée comme interlocuteur autorisé par les différentes autorités concernées: Police de l'Air et des Frontières, Douanes, Compagnies aériennes, Direction de l'aéroport et, à l'extérieur, Préfectures, OFPRA et Ministères ».*

L'Anafé intervient dans les zones d'attente pour assister les personnes qui y sont maintenues, et en particulier celles qui demandent leur admission sur le territoire au titre de l'asile, ce, notamment, par le biais d'une présence à l'aéroport de Roissy en vertu d'une convention d'accès permanent signée avec le ministre de l'intérieur depuis le 5 mars 2004 et renouvelée le 25 février 2011 pour une durée de deux ans.

Depuis 2000, l'Anafé a également une permanence téléphonique permettant d'offrir une assistance aux personnes qui se trouvent dans d'autres zones d'attente comme à l'aéroport d'Orly ou en province.

L'Anafé assiste en moyenne 10% des personnes maintenues (en 2011, sur les 8541 personnes maintenues en zone d'attente au cours de l'année, l'Anafé a informé et assuré un certain suivi pour 955 d'entre elles).

En 2012, elle a assisté 105 personnes de nationalité syrienne ou réfugiées dans ce pays (dont 96 à l'aéroport de Roissy, 2 à Orly et 7 à Marseille) et 14 depuis le 1^{er} janvier 2013.

En outre, elle a effectué plusieurs missions dans les pays de provenance et notamment au Liban du 17 au 26 février 2012.

Depuis sa création, l'Anafé exprime ses préoccupations concernant la situation des étrangers aux frontières françaises et dénonce les dysfonctionnements dans les procédures de refus d'entrée et de refoulement notamment. Ainsi publie-t-elle régulièrement des rapports, tel celui paru en décembre 2012 et intitulé « Zones d'ombre à la frontière, Rapport annuel 2011 - Observations et interventions de l'Anafé dans les zones d'attente ».

L'Anafé agit également en justice devant différentes juridictions et ses actions ont toujours été jugées recevables (notamment : *CE 3 octobre 1997, ANAFE, req. 170527*; *CE 30 juillet 2003, req. 247986, req. 332289* ; *CAA 8 juillet 2010, req. 09PA05719* ; *CE 23 octobre 2009, ANAFE puis CJUE, Affaire préjudicielle C-606/10 ANAFE*).

Enfin, l'Anafé est intervenue à titre d'*amicus curiae* dans l'affaire *Gebremedhin c. France*, ayant conduit à la condamnation de la France pour sa procédure relative à l'asile à la frontière, dans la mesure où « l'article 13 [de la Convention] exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif » (§ 14) (*Cour EDH, 26 avril 2007, req n° 25389/05*).

L'objet de l'Anafé est atteint par le fait que la décision interministérielle soumet les ressortissants syriens à un visa de transit aéroportuaire, ce qui a pour effet de les empêcher de transiter par cette zone internationale et pour les demandeurs d'asile d'y solliciter l'asile.

L'intérêt à agir de l'ANAFE n'est donc pas contestable.

– l'intérêt à agir du Gisti

Le Gisti s'est donné pour objet (article 1^{er} des statuts en PJ)

- « de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des étrangers et des immigrants ;
- d'informer les étrangers des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits ;
- de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, sur la base du principe d'égalité ;

- de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, et assister celles et ceux qui en sont victimes ;
- de promouvoir la liberté de circulation ».
-

L'instauration d'un VTA à l'encontre de ressortissants de certains États constitue une restriction de la liberté de circulation et des droits des migrants et des demandeurs d'asile.

Le Gisti est donc incontestablement recevable à contester cette décision interministérielle.

B/ MOYENS DE NULLITÉ

1° incompétence du signataire

Il ressort des articles L211-1 et R211-1 que les décisions instaurant une obligation de visas de transit aéroportuaire à des ressortissants d'une certaine nationalité relève de la compétence du ministre chargé de l'immigration.

Aucun arrêté n'a été pris ni publié; il ressort de l'instruction de l'affaire n°365709 que la décision a été notifiée à la Commission européenne par M. Ziad Khoury, conseiller affaires intérieures de la représentation permanente auprès de l'Union européenne après qu'elle a été transmise par le secrétariat général aux affaires européennes (pièce n°1).

Aucune décision du ministre chargé de l'immigration ou du secrétaire général à l'immigration et à l'intégration n'a été produite par l'administration, qui indique que cette décision n'a pas d'autre forme que celle du courrier du conseiller affaires intérieures susvisé.

La décision est donc matérialisée par le courrier du 22 janvier 2013; son signataire n'est pas le ministre, et n'était pas compétent pour prendre une telle décision..

2° sur la publicité et l'opposabilité de la décision

L'article 1^{er} du code civil dispose que « *Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures. »/En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale./Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels ».*

Pour être applicables, les actes réglementaires des ministres doivent faire l'objet d'une publication au *Journal officiel* et, sauf arrêté spécial, entrent en vigueur le lendemain de leur publication, qui doit être aisément accessible.

Or il est manifeste que l'arrêté révélée par la notification du 22 janvier 2013 n'a pas fait l'objet d'une publication au journal officiel avant la date du 15 janvier 2013, date annoncée comme son entrée en vigueur, ni postérieurement.

Dans l'ordonnance précitée du 15 février 2013, le juge des référés a considéré que « *les autorités françaises ne peuvent légalement appliquer, indépendamment des mesures de publicité accomplies sur les sites d'information de la Commission européenne, les mesures réglementaires qu'elles*

prennent en matière de délivrance des visas qu'après les avoir publiées »(CE, référés, 15 février 2013, N°365709).

Les dispositions de l'article 3 du règlement 810/2009 n'ont ni pour objet, ni pour effet de déroger à cette règle puisque si elles prévoient une notification de l'instauration d'une obligation de visa de transit aéroportuaire au niveau d'un Etat membre et d'une procédure de réexamen après une période de six mois en vue de l'inscription sur la liste commune, elles n'ont pas pour objet de remplacer les dispositions applicables en droit national concernant la publicité des actes réglementaires.

En outre, la modification en langue anglaise, dans les arcanes du site internet de la direction des affaires intérieures de la Commission, de l'annexe 7 b du code communautaire des visas ne saurait satisfaire cette exigence, éventuellement accessible après de très longues recherches et tentatives à un anglophone spécialiste du droit communautaire et féru d'informatique, ni celle du décret du 2 Thermidor an II, qui impose à l'administration l'usage de la langue française.

Pour autant, et depuis plus d'un mois, est quotidiennement opposée aux ressortissants syriens une décision qui n'a jamais été publiée...

Une décision appliquée dans de telles conditions ne pouvait légalement l'être, et devra donc être annulée.

3° sur l'irrégularité de la décision

Il ressort des dispositions de l'article 3-2 du règlement 810/2009 instaurant le code communautaires des visas, d'application directe que :

« 2. En cas d'urgence due à un afflux massif de migrants clandestins, chaque État membre peut exiger des ressortissants de pays tiers autres que ceux visés au paragraphe 1, qu'ils soient munis d'un visa de transit aéroportuaire lorsqu'ils passent par la zone internationale de transit des aéroports situés sur son territoire. Les États membres notifient à la Commission, avant qu'elles n'entrent en vigueur, ces décisions ainsi que la suppression d'une telle obligation de visa de transit aéroportuaire. » (souligné par nous)

Or il ressort de la pièce n°1 que la notification de la décision litigieuse est intervenue le 22 janvier 2013 alors qu'elle a été mentionné sur les sites des ambassades de France dès le 7 janvier, et présentée comme entrant en vigueur une semaine plus tôt, soit le 15 janvier 2013.

Ce faisant, l'administration a clairement violé les dispositions de l'article 1^{er} du code civil et le principe général de droit de non-rétroactivité des actes administratifs (cf. CE, 25 juin 1948, l'Aurore, N° 94511).

4° violation de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale et du code communautaire des visas

L'article 9 de la convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944, ratifiée par la France le le 25 mars 1947, pose le principe de la liberté de transit dans les aéroports. Or, les VTA constituent normalement, comme le rappelle l'annexe 3 des ICC, une « exception au privilège général de transit sans visa par ladite zone internationale de transit ». La multiplication des VTA va donc à l'encontre de ce texte – dont il serait temps de reconnaître l'effet direct en application des critères de l'arrêt Gisti et FAPIL rendu par l'Assemblée du Conseil d'Etat en 2012.

Le règlement 810/2009 instaurant un code communautaire des visas prévoit une dérogation à ce principe en considérant que :

« 5. Il convient de fixer des règles en matière de transit par la zone internationale des aéroports, afin de lutter contre l'immigration clandestine. Il y a lieu de soumettre à l'obligation de visa de transit aéroportuaire les ressortissants de pays tiers figurant sur une liste commune. Toutefois, en cas d'urgence due à un afflux massif de migrants clandestins, chaque État membre devrait être autorisé à imposer cette exigence aux ressortissants de pays tiers qui ne figurent pas sur la liste commune. Il y a lieu de faire un bilan annuel des décisions arrêtées par chaque État membre .

Ces règles sont fixées par l'article 3-2 du règlement susmentionné. »

Les dispositions de l'article 3-2 du règlement 810/2009 prévoient bien que

*« **En cas d'urgence due à un afflux massif de migrants clandestins**, chaque État membre peut exiger des ressortissants de pays tiers autres que ceux visés au paragraphe 1, qu'ils soient munis d'un visa de transit aéroportuaire lorsqu'ils passent par la zone internationale de transit des aéroports situés sur son territoire. Les États membres notifient à la Commission, **avant qu'elles n'entrent en vigueur**, ces décisions ainsi que la suppression d'une telle obligation de visa de transit aéroportuaire ».*

(souligné par nous)

Or aucun élément ne permet d'indiquer un afflux massif de « migrants clandestins », ni une situation d'urgence permettant de justifier l'instauration d'un visa de transit aéroportuaire par la France.

Aucun élément ne permet aujourd'hui de démontrer la réalité d'un afflux massif de ressortissants syriens, et encore moins de « migrants clandestins » syriens, terme qui ne saurait qualifier des personnes qui ont toutes les raisons de chercher une protection hors de leur pays.

A cet égard, il convient de rappeler que lors des révolutions libyenne et tunisienne, le Conseil européen n'a pas considéré qu'il était nécessaire de mettre en œuvre la directive 2001/55/CE relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées du 20 juillet 2001, du fait de l'absence d'un afflux massif caractérisé de migrants de réfugiés politiques.

Le règlement ne donne pas de définition de l'afflux massif et de l'urgence. En revanche, la directive 2001/55/CE indique à son article 2 d) :

« d) "afflux massif", l'arrivée dans la Communauté d'un nombre important de personnes déplacées, en provenance d'un pays ou d'une zone géographique déterminés, que leur arrivée dans la Communauté soit spontanée ou organisée ».

La directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005 évoque à l'article 35-5 « certains types d'afflux ou lorsque l'afflux d'un grand nombre de ressortissants de pays tiers ou de personnes apatrides déposant une demande d'asile à la frontière ou dans une zone de transit y rendent impraticable l'application des dispositions du paragraphe 1 ».

La directive 2008/115/UE, qui peut être appliquée pour les entrées sur le territoire, indique elle que :

« Article 18

Situations d'urgence

1. Lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue sur la capacité des centres de rétention d'un État membre ou sur son personnel administratif et judiciaire, l'État membre en question peut, aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste, décider d'accorder pour le contrôle juridictionnel des délais plus longs que ceux prévus à l'article 15, paragraphe 2, troisième alinéa, et de prendre des mesures d'urgence concernant les conditions de rétention dérogeant à celles énoncées à l'article 16, paragraphe 1, et à l'article 17, paragraphe 2.

2. Lorsqu'il recourt à ce type de mesures exceptionnelles, l'État membre concerné en informe la Commission. Il informe également la Commission dès que les motifs justifiant l'application de ces mesures ont cessé d'exister.

3. Aucune disposition du présent article ne saurait être interprétée comme autorisant les États membres à déroger à l'obligation générale qui leur incombe de prendre toutes les mesures appropriées, qu'elles soient générales ou particulières, pour veiller au respect de leurs obligations découlant de la présente directive. »(souligné par nous)

Dans chacune des directives, la notion d'afflux massif ou de nombre exceptionnellement élevé est associée à une situation extraordinaire -au premier sens du terme- d'arrivées d'un nombre important de personnes qui ne permet pas la mise en œuvre des procédures prévues par les règlements et directives du droit européen.

Ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de donner la possibilité pour un Etat-membre de maintenir une liste nationale de pays autres que ceux visés par l'annexe IV du règlement dont les ressortissants seraient soumis au visa de transit aéroportuaire, comme l'a pu faire l'arrêté du 10 mai 2010 et dont il convient d'écarter les dispositions, ni de prendre en compte un risque potentiel.

Il est manifeste qu'il n'existe pas d'afflux massif de ressortissants syriens rendant inapplicables les procédures prévues au livre II du CESEDA, ni de saturation des lieux d'hébergement des zones d'attente, comme cela a pu être le cas au 1^{er} trimestre 2003 avec l'arrivée importante de demandeurs d'asile ivoiriens, ou en décembre 2007 lors de l'arrivée de ressortissants russes, lorsque les autorités françaises avaient dû ouvrir dans l'extrême urgence un nouveau lieu d'hébergement ou maintenir, dans des conditions très critiques, des centaines de personnes dans une salle d'attente d'un aérogare.

Selon les statistiques fournies par le ministre de l'intérieur à l'instance n°365709, le nombre de ressortissants syriens maintenus en zone d'attente étaient de 68 en 2011 et de 335 en 2012, cela constitue certes un quadruplement mais qui est très raisonnablement au vu du nombre de personnes placées en zone d'attente en constante diminution au fur et à mesure des années⁴ et au vu de la situation exceptionnellement grave qui a cours en Syrie.

A aucun moment, l'arrivée de ressortissants syriens n'a provoqué un trouble à l'ordre public, et n'a causé une saturation des capacités d'hébergement des principales zones d'attente, ni même une arrivée impromptue dans une zone d'attente moins importante (à moins de considérer que l'arrivée de 5 ressortissants syriens dans la zone d'attente de Lyon, soit il est vrai une augmentation de 500%, fût un afflux massif).s autorités françaises auraient dû abroger l'ensemble des VTA « hérités » de la réglementation antérieure au Code communautaire des visas et apprécier, au cas par cas, selon l'urgence de chaque situation, l'opportunité d'instaurer de nouveaux VTA.09/CE interprétation de l'article 3.2 du Code des visas (CE, réf., 16 juin 2010, Mme Diakité, 340250, au Lebon). Plus largement la Cour de Luxembourg pourrait être interrogée sur les conditions d'entrée en vigueur des VTA notifiées par un Etat membre en application de l'article 3-2 dans le respect du principe de sécurité juridique.

Il est rappelé que lorsqu'une telle question d'interprétation se pose devant une juridiction en dernier ressort, le droit de Union lui fait **obligation** de saisir la CJUE (article 267 b) al. 2: « *Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.* »

5° violation du droit d'asile

⁴ Le nombre de placements en zone d'attente est passé de 20 800 en 2002 à 8 541 en 2011, soit une chute de 58,9% en 9 ans.

Dans son ordonnance du 25 mars 2003 (Ministre de l'Intérieur c/ Sulaimanov n°255237) le Conseil d'Etat a rappelé que « le droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une liberté fondamentale, a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié; que ce droit implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande; que c'est seulement dans le cas où celle-ci est manifestement infondée que le ministre de l'Intérieur peut, après avis du ministre des Affaires étrangères [dorénavant l'OFPRA], lui refuser l'accès sur le territoire ».

Or il est incontestable que les ressortissants syriens qui se sont soulevés contre le régime dictatorial de Bachar El Assad et qui ont subi une répression violente les conduisant à l'exil ont toutes raisons d'être considérés comme persécutés en raison de leur combat pour la liberté. Ils sont aussi sans conteste des réfugiés au sens de la Convention de Genève (et sont accueillis comme tels dans les pays limitrophes de la Syrie), et peuvent également prétendre à la protection subsidiaire compte tenu des risques d'atteinte au droit à la vie, du risque de tortures et mauvais traitements et du contexte de violences généralisées.

Les autorités françaises ont reconnu ce combat en reconnaissant le Conseil national syrien (qui regroupe l'opposition au régime baasiste) comme les autorités légitimes de la République de Syrie.

Il est évident que la mise en place des VTA pour les ressortissants syriens a pour effet, et pour objet, de faire obstacle au transit de personnes qui entendent soit poursuivre leur voyage vers un autre pays pour y solliciter l'asile, soit solliciter l'asile en France en application des dispositions de l'article R213-2 du CESEDA.

Cela est d'autant plus choquant est que les personnes titulaires de passeport diplomatiques sont elles expressément exemptées de cette obligation... alors que ce celles qui seraient le plus susceptibles de relever de la décision 2012/739/PESC du Conseil du 29 novembre 2012 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la Syrie, abrogeant la décision 2011/782/PESC, et qui prévoit en son article 24-1 :

«1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour empêcher l'entrée ou le passage en transit sur leur territoire des personnes responsables de la répression violente exercée contre la population civile en Syrie, des personnes bénéficiant des politiques menées par le régime ou soutenant celui-ci, et des personnes qui leur sont liées, dont la liste figure à l'annexe I. »

De surcroît, le critère de l'afflux massif de migrants indiqué au point 2. de l'article 3 du II du règlement communautaire instituant le code des visas qui justifierait la mise en place d'un VTA n'est en l'espèce pas caractérisé, et ne saurait en tout état de cause faire échec à la liberté fondamentale que constitue le droit de solliciter l'asile en France lorsque la sécurité et l'intégrité physique des individus sont menacées, comme c'est aujourd'hui indéniablement le cas pour les ressortissants syriens. Des demandeurs d'une protection internationale ne peuvent en aucun cas être considérés comme des « migrants clandestins». Le Conseil d'Etat a de longue date consacré l'immunité bénéficiant aux demandeurs d'asile lorsqu'ils franchissent «clandestinement» des frontières.

6° L'atteinte par ricochet au droit à la vie, sur le droit de ne pas subir la torture ou des traitements inhumains et dégradants

Le droit à la vie et le droit de ne pas être exposé à la torture ou des traitements inhumains et dégradant consacrés par les articles 2 et 3 de la CEDH, ont été reconnu par

Conseil d'Etat comme constituant une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (CE, réf., 20 mai 2010, Garde des Sceaux c/ M. Gutknecht, n°339259).

Un arrêt de section a posé le principe en vertu duquel « lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence ; qu'il peut, le cas échéant, après avoir ordonné des mesures d'urgence, décider de déterminer dans une décision ultérieure prise à brève échéance les mesures complémentaires qui s'imposent et qui peuvent être très rapidement mises en œuvre » (CE, Sect., 16 novembre 2011, Ville de Paris et Société d'Economie Mixte PariSeine, n°s 353172 et 353173, au Lebon).

Et récemment le juge des référés du Conseil d'Etat jugé que :

« 6. Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la loi du 24 novembre 2009 pénitentiaire : « L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits » ; qu'eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration, il appartient à celle-ci, et notamment aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie ainsi qu'à leur éviter tout traitement inhumain ou dégradant afin de garantir le respect effectif des exigences découlant des principes rappelés notamment par les articles 2 et 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le droit au respect de la vie ainsi que le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; que, lorsque la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes ou les expose à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence ; » (CE, réf., 22 décembre 2012, Section française de l'observatoire international des prisons et autres, n° 364584, 364620, 364621, 364647).

En l'espèce, eu égard aux exactions quotidiennes dont font l'objet les opposants au régime syrien, et les risques vitaux auxquels est exposée l'ensemble de la population civile, il apparaît que l'obstacle supplémentaire mis à la possibilité pour les ressortissants syriens de fuir leur pays à destination de la France, ou d'un autre pays pour lequel le transit par la France est nécessaire, porte une atteinte grave au droit à la vie et au droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants des personnes concernées.

EN CONSÉQUENCE, IL PLAIRA AU CONSEIL D'ÉTAT :

Par les moyens exposés et tous autres à produire, déduire ou suppléer au besoin d'office :

- ***ANNULER la décision litigieuse;***
- ***AVANT DIRE DROIT, le cas échéant, saisir la CJUE d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne dans les termes exposés aux motifs;***
- ***ENJOINDRE au ministre de faire supprimer toute références, notamment sur les sites des consulats français, à l'instauration d'un VTA;***
- ***CONDAMNER de l'État la somme de 3000€ au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative et aux frais et dépens;***

Pour les associations requérantes

Le 23 février 2013

Le président de l'Anafé

Jean-Éric Malabre

ANNEXE: LISTE DES PIÈCES PRODUITES, sous réserve de productions ultérieures:

1. notification en date du 22 janvier 2013
2. Saisies d'écran des sites de plusieurs ambassades ou consulats de France et de TLS attestant la mise en place de la décision contestée
3. Statuts de l'Anafé
4. Délibération de bureau de l'Anafé
5. Statuts du Gisti
6. Délibération de bureau du Gisti
7. HCR: Considérations de protection internationale concernant les personnes fuyant la République Arabe Syrienne Mise à jour I, Décembre 2012