
Entrée, séjour et éloignement Ce que change la loi du 16 juin 2011

Analyse de la loi n° 2011-672
relative à l'immigration, à l'intégration
et à la nationalité

Inscrivez-vous à « Gisti-info »

Pour être tenu-e informé-e de l'actualité du droit des étrangers, inscrivez-vous à la liste de diffusion électronique du Gisti.

Vous recevrez ainsi la lettre d'information sur l'activité du site, les communiqués et les pétitions de l'association, les informations sur les campagnes lancées et/ou soutenues par le Gisti, les annonces des nouvelles publications et des sessions de formation. Bien évidemment, le Gisti s'engage à ne pas diffuser votre adresse électronique.

Rendez-vous à la page www.gisti.org/gisti-info

Photocopier ce document, c'est mettre en péril le Gisti

Si vous photocopiez ce document et si vous le diffusez sous forme de copies, sachez que vous contribuez à tarir une des sources d'autofinancement du Gisti et que vous le fragilisez.

Si vous voulez aider le Gisti, abonnez-vous à ses publications et incitez vos proches à s'y abonner.

Si vous voulez soutenir le Gisti, vous pouvez aussi lui faire un don.

Pour plus d'informations > www.gisti.org/aider

Entrée, séjour et éloignement Ce que change la loi du 16 juin 2011

Sommaire

Avant-propos	5
Chapitre I. La zone d'attente	7
I. Nouvelle définition	7
A. Une zone d'attente « extensible » et « transportable » – B. La conformité avec la directive « retour »	
II. Notification des droits en zone d'attente	8
III. Le contrôle du juge judiciaire	9
A. Délai pour statuer – B. Garanties de représentation et contrôle juridictionnel – C. La purge des nullités – D. Allongement du maintien en zone d'attente et délai d'appel – E. Violation des droits et contrôle du juge	
Chapitre II. Séjour	12
I. Carte bleue européenne	12
A. Conditions de délivrance et régime – B. Droit au séjour des membres de famille – C. Mobilité – D. Passage à la carte de résident de longue durée-CE – E. Remise aux autorités d'un État membre	
II. Étrangers malades	14
III. Contrat d'accueil et d'intégration	15
IV. Admission au séjour des jeunes confiés à l'ASE entre 16 et 18 ans	16
V. Conjoints de Français	16
A. Carte de résident et mariage « de complaisance » – B. Condition de régularité du séjour – C. Renouvellement du titre de séjour en cas de décès du conjoint français – D. Pénalisation des mariages « gris »	
VI. Victimes de violences conjugales	18
VII. Membres de famille des titulaires de certains titres de séjour	18
A. Carte « scientifique-chercheur » – B. Carte « salarié en mission » – C. « Carte bleue européenne », « salarié en mission » ou « compétences et talents » – D. Carte de résident pour contribution économique exceptionnelle	
VIII. Autres modifications	19
A. Carte « scientifique-chercheur » – B. Carte « compétences et talents »	
VIII. Admission exceptionnelle au séjour [renvoi]	20
Chapitre III. Travail	21
I. Droits des travailleuses et des travailleurs sans papiers	21
A. Augmentation de l'indemnisation – B. Garantie de versement des sommes dues	
II. Lutte contre le travail illégal	23
A. Extension de l'infraction d'emploi d'un étranger non autorisé à travailler – B. Solidarité financière des cocontractants étendue mais facilement écartée – C. Des sanctions administratives plus sévères – D. Agents et moyens nouveaux pour interpeller les « sans-papiers »	
III. Suppression de la liste des métiers pour l'admission exceptionnelle au séjour	26
IV. Carte bleue européenne [renvoi]	27
Chapitre IV. Les mesures d'éloignement	28
I. La nouvelle articulation entre OQTF et APRF	28
A. L'OQTF, mesure d'éloignement principale – B. Le maintien résiduel de l'APRF	
II. Deux modalités d'OQTF	31
A. L'OQTF avec délai de départ volontaire – B. L'OQTF sans délai de départ volontaire	
III. L'interdiction de retour	33
IV. Protection contre l'éloignement	34
V. Recours contre une OQTF : réforme de la procédure administrative et contentieuse	35
A. Recours contre une OQTF avec délai de départ volontaire – B. Recours contre une OQTF sans délai de départ volontaire – C. Procédure en cas de placement en rétention ou d'assignation à résidence – D. Autres modifications procédurales	
VI. Exécution des OQTF et des IRTF	40

Chapitre V. Rétention et assignation à résidence	41
I. Assignation à résidence par décision administrative	41
A. Assignation à résidence en cas d'impossibilité d'exécution de la mesure d'éloignement – B. Assignation à résidence comme alternative à la rétention – C. Assignation à résidence avec surveillance électronique	
II. Rétention	43
A. Placement en rétention – B. Notification de la décision de placement et notification des droits – C. Allongement à cinq jours du délai de saisine du JLD – D. Allongement du délai d'appel suspensif du parquet – E. Assignation à résidence prononcée par le JLD – F. Prorogation de la durée de la rétention jusqu'à 45 jours – G. Prorogation de la rétention en cas d'actes ou d'activités à caractère terroriste – H. Restrictions apportées à l'étendue du contrôle du juge judiciaire – I. Officialisation de la rétention des mineurs – J. Visite d'organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales	
Chapitre VI. Citoyennes et citoyens de l'Union européenne	50
I. Séjour de moins de trois mois	50
II. Éloignement: une nouvelle OQTF	50
A. Nouvelles hypothèses d'éloignement des communautaires – B. Spécificités des OQTF prises à l'égard d'un communautaire	
III. Encadrement de l'expulsion	52
Chapitre VII. Asile	53
I. Modifications touchant à la procédure	53
A. Aide juridictionnelle – B. Visioconférence – C. Question préjudicielle – D. Extension de la notion de « fraude délibérée »	
II. Modifications ayant des incidences sur le droit d'asile	55
A. Zone d'attente – B. Interdiction de retour – C. Protection contre l'éloignement	
Chapitre VIII. Outre-mer	57
I. Portée géographique	57
A. Le Ceseda applicable aux DOM mais pas à Mayotte – B. Les autres textes	
II. Non-admission et éloignement	58
A. Une zone d'attente le long des fleuves frontaliers de la Guyane – B. OQTF sans recours suspensif	
III. Contrôles dérogatoires de véhicules	59
IV. L'asile	60
A. Audience audiovisuelle de la CNDA – B. Droit au séjour restreint du demandeur d'asile à Saint-Barthélemy ou Saint-Martin	
Chapitre IX. Nationalité	62
I. Conditions de la naturalisation	62
A. Réduction de la durée du stage – B. Critères et évaluation de la condition d'assimilation – C. Obligation de déclarer la pluralité de nationalités – D. Allongement du délai de retrait des acquisitions de la nationalité française	
II. Acquisition de la nationalité par mariage	64
A. Évaluation de la connaissance de la langue française – B. Allongement du délai de refus d'enregistrement	
Chapitre X. Délit de solidarité	65
I. Cas d'immunité	65
II. Entrée et séjour irréguliers (mise en conformité)	65
Annexes	67
I. Textes mentionnés	67
A. Droit international et communautaire – B. Droit français	
II. Documents du Gisti	68
III. Sigles	68

Un cahier juridique « genré » ?

Vous allez lire une publication « genrée » du Gisti. « Genrée », c'est-à-dire que le masculin n'y est pas, comme il est d'usage, le mode d'expression du mixte.

L'exhumation du féminin de sa gangue masculine ne facilite ni l'écriture, ni la lecture. Du point de vue politique, le jeu nous semble cependant en valoir la chandelle.

C'est le fruit d'une réflexion et d'un engagement qui vont se poursuivre.

Avant-propos

La loi du 16 juin 2011 a connu une longue gestation. C'est en janvier 2010 qu'Éric Besson, alors ministre de l'immigration, a annoncé le futur dépôt d'un projet de loi destiné à transposer trois directives européennes – d'où le nom de « loi Besson » qui lui est resté accolé, même si deux autres ministres lui ont succédé jusqu'à la promulgation définitive de la loi. Le projet adopté en conseil des ministres et déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 31 mars 2010 manifestait déjà l'ambition du gouvernement d'introduire des bouleversements législatifs allant bien au-delà de cette transposition. Au gré des amendements déposés par l'exécutif et par les parlementaires, le texte s'est encore durci et « enrichi » d'une foule de dispositions inspirées par le « toujours plus » répressif. La résistance du Sénat a permis d'éliminer celle qui, pourtant, tenait le plus à cœur au président de la République et sur laquelle les médias se sont focalisés : le fameux amendement permettant de déchoir de la nationalité française les étrangers récemment naturalisés coupables d'agressions sur des gendarmes ou des policiers. Mais les sénateurs ont accepté de céder sur le reste, notamment sur la neutralisation des garanties judiciaires ou sur le sort des étrangers malades.

La loi s'inscrit dans le droit fil de celles qui l'ont précédée, qu'il s'agisse de la restriction des droits et garanties précédemment reconnus ou du perfectionnement des dispositifs répressifs. On relève malgré tout quelques innovations : des innovations conceptuelles qui témoignent de l'imagination sans bornes du législateur, comme les mariages « gris » ou la zone d'attente virtuelle ; des innovations procédurales comme l'interdiction de retour sur le territoire français – qui est en réalité une interdiction de retour sur l'ensemble du territoire européen – ou l'assignation à résidence sous surveillance électronique.

La complexité et l'opacité sont plus que jamais au rendez-vous. Le nouveau dispositif d'éloigne-

ment, en particulier, apparaît comme une véritable usine à gaz, un dédale procédural où même les juristes les plus expérimentés risquent d'avoir du mal à se retrouver et qui rendra ineffectives les quelques garanties qui subsistent formellement. Les règles applicables, les délais de recours varieront selon qu'on fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire (OQTF) avec ou sans délai de départ volontaire, avec ou sans placement en rétention. En pratique, il est vrai, cette complexité pourrait bien faire place à la plus grande simplicité si, comme on peut le craindre, les préfetures choisissent dans 90 % des cas de prononcer des OQTF sans délai de départ volontaire et avec placement en rétention...

Le Conseil constitutionnel, on le sait, a validé sans sourciller ces nouvelles atteintes aux libertés fondamentales des étrangers. À force, on ne s'en étonne plus. On apprend malgré tout, en lisant sa décision du 9 juin, que l'assignation à résidence ne comporte « aucune privation de la liberté individuelle »... – affirmation pour le moins surprenante tant pour le sens commun qu'au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel n'hésite pas par ailleurs à proclamer que « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public » là où jusqu'à présent il s'était contenté de qualifier la maîtrise des flux migratoires d'objectif d'intérêt général. Outre que cette innovation discursive lui permet de justifier plus facilement la diminution des garanties entourant la privation de liberté des étrangères et des étrangers, elle en dit long sur la contamination des juges par l'idéologie ambiante.

*

La lecture des analyses et commentaires réunis dans ce *cabier juridique* devrait permettre d'y voir plus clair dans le maquis législatif en soulignant à chaque fois les risques que comportent les nouvelles mesures et auxquels il convient d'être particulièrement attentif.

La loi du 16 juin 2011 modifie les parties législatives du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda), du code du travail et du code civil.

Pour éviter à nos lecteurs et nos lectrices d'avoir à se reporter aux textes et pour aider à comprendre l'impact des changements apportés à la législation, nous avons reproduit en tête de chaque commentaire l'article correspondant du code actualisé. Les ajouts introduits par la nouvelle loi y figurent en gras et les portions d'articles supprimées sont barrées avec, entre parenthèses, l'indication de l'article de la loi qui est à l'origine des modifications.

Les commentaires tiennent compte des précisions apportées sur les procédures d'éloignement par les deux décrets du 8 juillet 2011 qui ont modifié respectivement la partie réglementaire du Ceseda et le code de justice administrative.

Les autres décrets d'application n'étaient pas encore parus lorsque ce *Cahier juridique* a été mis sous presse : nous signalons les incertitudes qui peuvent en résulter sur la portée de telle ou telle disposition nouvelle. Mais tout autant que les décrets, ce sont les pratiques de l'administration et l'interprétation des juges qui permettront de lever ces incertitudes.

On trouvera en annexe, p. 67, la liste des textes juridiques mentionnés dans ce *Cahier* avec leurs références précises. Dans le commentaire, ils sont cités de manière abrégée par leur date ou par leur dénomination usuelle telle que celle de la directive « retour ».

Chapitre I. La zone d'attente

I. Nouvelle définition

Ceseda, article L. 221-2 (modifié par art. 10, II)

La zone d'attente est délimitée par l'autorité administrative compétente. Elle s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes. Elle peut inclure, sur l'emprise, ou à proximité, de la gare, du port ou de l'aéroport ou à proximité du lieu de débarquement, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier. Dans ces lieux d'hébergement, un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers est prévu. À cette fin, sauf en cas de force majeure, il est accessible en toutes circonstances sur demande de l'avocat.

Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend, pour une durée maximale de vingt-six jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche.

[...]

La zone d'attente est un espace qui peut inclure un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant des prestations « *de type hôtelier* » où peut être maintenu l'étranger ou l'étrangère qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui soit n'est pas admis à y entrer, soit demande son admission au titre de l'asile.

Jusqu'à 2003, cet espace s'étendait à l'emprise ou à proximité de la gare, du port ou de l'aéroport. Puis la loi du 26 novembre 2003 l'a étendu « *à proximité du lieu de débarquement* ». Il s'agissait alors de s'adapter à des situations telles que l'échouage du navire *East Sea* sur la côte varoise en février 2001 suivi de la création dans l'urgence d'une zone d'attente *ad hoc*.

En janvier 2010, 123 Kurdes débarquaient sur les côtes corses; interpellés et considérés comme « sans-papiers », ils ont été dispersés dans des centres de rétention et presque tous libérés pour irrégularité de la procédure. Cela ne se serait pas produit si, au lieu d'aller en centre de rétention, les personnes avaient pu être considérées comme « non admises à entrer en France » et maintenues en

zone d'attente; en effet, elles auraient pu alors être éloignées sans aucune voie de recours suspensive d'exécution (sauf dans le cas où elles auraient été informées de la possibilité de demander l'asile).

L'article 10 de la loi du 16 juin 2011 prévoit d'abord une zone d'attente étendue tout au long des frontières fluviales ou terrestres de la Guyane (article L. 221-1 du Ceseda modifié par art. 10, I; v. p. 58).

Mais le dispositif de la loi le plus original est inspiré par l'épisode corse: la zone d'attente peut devenir un espace virtuel extensible et « transportable » ou « sac à dos ».

A. Une zone d'attente « extensible » et « transportable »

La durée de cette zone d'attente est limitée à 26 jours, durée maximale du séjour en zone d'attente (v. p. 9). Sa création est possible sous les conditions suivantes: arrivée d'un « groupe » d'au moins dix étrangers ou étrangères, qui viennent manifestement d'arriver en France et qui se trouvent dans un même lieu ou dans des lieux distants de moins de dix kilomètres.

Elle s'étend alors du lieu de découverte du groupe au point de passage frontalier le plus proche... ce qui peut couvrir une surface très importante. Et le groupe devient dès lors « non admis » alors qu'il est déjà sur le sol français avec la possibilité d'être refoulé immédiatement.

Selon la circulaire du 17 juin 2011, « *ce dispositif a vocation à être utilisé de manière exceptionnelle* »; mais les conditions requises par la loi ne permettent pas de penser que le dispositif ne vise que des cas isolés.

Au-delà, cette nouvelle disposition pose des questions concrètes:

– L'article L. 221-2 parle d'« *un groupe d'au moins dix étrangers* » qui « *vient d'arriver* ». Pendant combien de temps la police va-t-elle considérer que l'étranger ou l'étrangère « vient » d'arriver? Un jour, une semaine, un mois?

– Quels critères seront appliqués par la police pour identifier ou considérer comme constitué un groupe d'au moins dix personnes?

Rappelons que le contrôle d'identité est encadré par les dispositions du code de procédure pénale et que, si elles sont transgressées, les contrôles pourraient faire l'objet de recours ;

– Les conditions de maintien et le respect des droits des étrangers et des étrangères sont déjà très malmenés et critiqués. Que se passera-t-il si des zones d'attente *ad hoc* sont créées pendant quelques heures, pour disparaître juste après ? *Quid* de l'intervention des avocats et des avocates, qui doit pouvoir être immédiate ? De l'accès aux droits ? De l'accès des associations et des parlementaires, prévu par la loi ? Que va-t-il se passer pour les mineurs isolés ?

Le Conseil constitutionnel considère que cette nouvelle disposition ne peut concerner que des personnes qui ont franchi les frontières extérieures de la France, mais en dehors des points de passage frontaliers où s'effectuent en général les contrôles des documents d'identité. La circulaire du 17 juin 2011 précise d'ailleurs que le placement dans cette zone d'attente extensible ne peut être envisagé que pour des personnes qui auraient franchi des frontières extérieures à l'espace « Schengen ».

Le texte est très flou. Néanmoins, le juge judiciaire comme le juge administratif devraient être amenés à annuler des placements en zone d'attente abusifs, notamment concernant l'identification imprécise des membres d'un groupe, le caractère non récent de leur arrivée en France ou encore un périmètre de « découverte » qui pourrait être jugé excessif. Il pourra être également soutenu que le placement dans cette zone d'attente « transportable » ou « sac à dos » est contraire à l'article 5.1.f de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales car l'imprécision du texte fait courir le risque d'une détention arbitraire.

B. La conformité avec la directive « retour »

Les dispositions de la nouvelle loi sur la zone d'attente « sac à dos » semblent aussi ne pas correspondre à l'esprit de l'article 18 de la directive du 16 décembre 2008 sur les situations d'urgence qui dispose :

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.*

Aux termes de la directive, le caractère exceptionnel des dérogations consenties suppose qu'un « *nombre exceptionnellement élevé* » d'étrangers soit concerné. De plus, ces dérogations ne peuvent porter que sur les délais de contrôle juridictionnel accéléré et la rétention des familles. Limitées aux situations d'urgence et exceptionnelles, elles ne permettent en aucun cas à l'État de s'affranchir de ses obligations dans la durée.

Même si la loi précise « *qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver* », cela ne suffit pas à la mettre en conformité avec la directive qui dispose : « *lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue* » pour les autorités d'un État membre, celui-ci peut recourir à des mesures dérogatoires « *aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste* ». La loi ne reprend pas cet encadrement, et prévoit un système qui a vocation à exister de manière permanente, en raison non pas d'une situation exceptionnelle et urgente mais du seul fait de la présence d'un groupe d'étrangers ou d'étrangères en dehors d'un point de contrôle aux frontières.

Enfin, la directive prévoit que des dérogations sont possibles, mais seulement à l'égard de « *ressortissants d'États tiers soumis à une obligation de retour* » : ceci devrait exclure toutes les personnes qui demandent l'asile. Or la loi n'opère aucune distinction entre les personnes considérées.

II. Notification des droits en zone d'attente

- Ceseda, article L. 221-4 (modifié par art. 11)
- L'étranger maintenu en zone d'attente est informé,
- dans les meilleurs délais, qu'il peut demander
- l'assistance d'un interprète et d'un médecin,
- communiquer avec un conseil ou toute personne de
- son choix et quitter à tout moment la zone d'attente
- pour toute destination située hors de France. Ces
- informations lui sont communiquées dans une langue
- qu'il comprend. Mention en est faite sur le registre
- mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 221-3,
- qui est émarginé par l'intéressé.

En cas de maintien simultané en zone d'attente d'un nombre important d'étrangers, la notification des droits mentionnés au premier alinéa s'effectue dans les meilleurs délais, compte tenu du nombre d'agents de l'autorité administrative et d'interprètes disponibles. De même, dans ces mêmes circonstances particulières, les droits notifiés s'exercent dans les meilleurs délais.

Lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application de l'article L. 111-7.

La loi du 26 novembre 2003 avait déjà remplacé, s'agissant du moment où la notification des droits en zone d'attente devait être effectuée, le terme « *immédiatement* » par « *dans les meilleurs délais* ». De façon redondante, la loi ajoute un alinéa pour prévoir qu'en cas de « *maintien simultané en zone d'attente d'un nombre important d'étrangers* », la notification de ces droits doit bien être faite « *dans les meilleurs délais* ». Il s'agit sans doute d'insister sur le fait qu'une marge de manœuvre est octroyée à la police, afin notamment de lui éviter le risque d'être sanctionnée par la ou le juge des libertés et de la détention (JLD), garant de la liberté individuelle. La circulaire du 17 juin 2011 précise d'ailleurs qu'il faudra pour l'administration « *justifier avec précision l'existence éventuelle de circonstances particulières [...] pour démontrer le caractère proportionné du délai de notification des droits* » devant le JLD qui apprécie la légalité du placement en zone d'attente.

Quelle que soit la situation de l'étrangère ou de l'étranger placé en zone d'attente (non-admis, demandeur ou demandeuse d'asile ou en situation de « *transit interrompu* »), la police aux frontières lui notifie ses droits (accès à un ou une interprète, un ou une avocate, un ou une médecin et possibilité de communiquer avec toute personne de son choix, etc.). Ces droits doivent pouvoir être exercés de manière effective et immédiate lors du placement en zone d'attente. Cette nécessité découle du fait qu'entre le moment de son interpellation et celui du placement en zone d'attente, l'étrangère ou l'étranger, privé de l'ensemble de ces droits, a été exposé à un quasi-vide juridique et à un risque d'arbitraire de la part de l'administration qui pouvait procéder à un refoulement immédiat.

En cas d'arrivées massives et imprévisibles, l'administration doit pouvoir mettre en place les moyens nécessaires afin de pallier toute carence, notamment en matière d'intervention d'interprète et de délai de notification. La Cour de cassation est très exigeante sur ce point et veille à ce que cette durée de maintien jusqu'à la notification des droits soit la plus brève possible. Le délai écoulé doit être justifié par la nécessité pour l'administration de procéder aux diligences préalables au placement

en zone d'attente comme les vérifications de l'authenticité des documents de voyage. Le contrôle du JLD est donc réalisé *in concreto*, au cas par cas et de manière précise.

Rappelons, enfin, que l'article 5.2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui dispose que « *Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle* », doit être appliqué aux personnes privées de liberté en raison du refus de leur entrée sur le territoire ou de leur éloignement.

III. Le contrôle du juge judiciaire

Ceseda, article L. 222-3 (modifié par art. 12 et 13)

L'autorité administrative expose dans sa saisine les raisons pour lesquelles l'étranger n'a pu être rapatrié ou, s'il a demandé l'asile, admis, et le délai nécessaire pour assurer son départ de la zone d'attente.

Le juge des libertés et de la détention statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine ou, lorsque les nécessités de l'instruction l'imposent, dans les quarante-huit heures de celle-ci par ordonnance, après audition de l'intéressé, ou de son conseil s'il en a un, ou celui-ci dûment averti.

L'existence de garanties de représentation de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente.

[...]

À peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité antérieure à l'audience relative à la première prolongation du maintien en zone d'attente ne peut être soulevée lors de l'audience relative à la seconde prolongation.

Le ou la juge des libertés et de la détention (JLD) intervient au bout de quatre jours en zone d'attente. Il ou elle peut ensuite prolonger le maintien pour une durée de huit jours renouvelable une fois. Au total, l'étranger ou l'étrangère ne peut être maintenue plus de vingt jours (26 jours si une demande d'asile est déposée dans les six derniers jours selon l'article L. 222-2 du Ceseda).

A. Délai pour statuer

Le JLD, qui pouvait auparavant statuer sans délai, doit désormais le faire dans un délai imparti de vingt-quatre heures ou de quarante-huit heures « *lorsque les nécessités de l'instruction l'imposent* ». Cette mesure renforce la pression que l'on veut faire peser sur les juges que ce soit en matière judiciaire ou administrative.

B. Garanties de représentation et contrôle juridictionnel

Dans le cadre de l'appréciation portée au cas par cas, le ou la juge judiciaire évalue l'ensemble des éléments qui lui sont présentés par l'administration d'une part, et par l'étranger ou l'étrangère d'autre part.

La question qui se pose au JLD est de savoir, non pas si la mesure de maintien initialement prise par la police aux frontières est légale (cette appréciation revient au juge administratif, au nom du principe de la séparation des pouvoirs), mais si, pour les huit jours à venir, il est ou non justifié que l'étrangère ou l'étranger soit détenu en zone d'attente. Le JLD évalue également si les droits fondamentaux et le délai de notification n'ont pas été malmenés par l'administration (voir p. 9).

Dans le cadre de cette évaluation, il peut être notamment tenu compte des garanties de représentation – billet de retour, réservation hôtelière, famille en France, somme d'argent en espèces – mais ces éléments ne sont ni impératifs ni exhaustifs (Cass. 2^e civ., 21 février 2002, n^o 00-50.079, *Gassama*). Il s'agit là d'un critère parmi d'autres, et non d'une exigence telle que celle qui est prévue en matière de rétention administrative⁽¹⁾.

Parce que le nombre d'admissions sur le territoire sur ce motif était considéré comme excessif, la loi vient mettre un frein à cette jurisprudence, qui selon le gouvernement n'était pas justifiée. En effet, la circulaire du 17 juin 2011 précise que cet article « met fin à une imprécision de la loi qui a autorisé un développement jurisprudentiel consacrant la possibilité pour l'étranger placé en zone d'attente de se prévaloir avec succès devant le juge des libertés et de la détention de ses garanties de représentation sur le territoire français où il n'a pas été autorisé à entrer. Or, un tel raisonnement, transposant celui appliqué en matière de rétention, était contraire au principe de séparation des pouvoirs, dès lors que cette décision judiciaire aboutissait à faire automatiquement obstacle à la mesure administrative de non-admission, en conduisant à l'admission sur le territoire d'un étranger qui ne remplissait pas les conditions, notamment de visa ».

Il faut rappeler que, pour ce qui concerne la zone d'attente, la prolongation n'est pour le juge qu'une simple faculté, contrairement au régime de la rétention, et qu'en aucun cas le JLD ne portait atteinte

(1) La preuve en est que, statuant en opportunité au regard de ces prescriptions légales, le JLD peut aussi écarter le motif invoqué par l'administration tiré des contraintes liées à l'organisation du départ, même sans garanties de représentation (Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n^o 03-50.096, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Benouidren; Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n^o 03-50.059, Min. de l'Intérieur et a. c/Yao).

au principe de séparation des pouvoirs comme le prétend la circulaire. Pour contourner cette disposition législative, le JLD devra veiller à ne pas motiver sa décision sur le seul fondement de l'existence des garanties de représentation, mais sur le bien fondé de la justification de la prolongation de l'atteinte à la liberté, que ces garanties existent ou pas.

C. La purge des nullités

Enfin, le législateur limite les moyens qui peuvent être invoqués devant le JLD. Le dernier aliéna de l'article L. 222-3 empêche tout simplement de soulever des irrégularités qui touchent au placement en zone d'attente si ces irrégularités ne l'avaient pas été lors de la première audience, et ce à peine d'irrecevabilité. Or, les irrégularités qui touchent au placement en zone d'attente peuvent être nombreuses, et le premier passage devant le JLD a pu être plus ou moins bien préparé, notamment du fait de la brièveté des délais. La loi permet une purge des nullités après le premier passage devant le JLD, comme si la violation n'avait pas eu lieu.

D. Allongement du maintien en zone d'attente et délai d'appel

• Ceseda, article L. 222-4 (modifié par art. 15)

• [...]

• **L'étranger est maintenu à disposition de la justice dans des conditions fixées par le procureur de la République pendant le temps strictement nécessaire à la tenue de l'audience et au prononcé de l'ordonnance.**

• Ceseda, article L. 222-5 (modifié par art. 16)

• Si l'ordonnance met fin au maintien en zone d'attente, elle est immédiatement notifiée au procureur de la République. À moins que le procureur de la République n'en dispose autrement, l'étranger est alors maintenu à la disposition de la justice pendant un délai de ~~quatre~~ **six** heures à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République.

• Ceseda, article L. 222-6 (modifié par art. 16)

• L'ordonnance est susceptible d'appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué.

• [...]

• Toutefois, le ministère public peut demander au premier président de la cour d'appel ou à son délégué de déclarer son recours suspensif. Dans ce cas, l'appel, accompagné de la demande, est formé dans un délai de ~~quatre~~ **six** heures à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République et transmis au premier président de la cour d'appel ou à son délégué. [...]

Cette succession d'articles ouvre pour l'administration la possibilité de détenir l'étrangère ou l'étranger plus longtemps. Elle ou il peut être privé de liberté le temps que le JLD rende son ordonnance,

même si le délai de 96 heures est dépassé. Cette modification est essentielle car elle autorise une dérogation inquiétante en permettant à la police de maintenir une personne au-delà des 96 heures alors qu'auparavant ce délai était impératif.

Une fois que l'ordonnance aura été rendue, même si le juge décide de mettre fin au maintien, celui-ci sera encore prolongé pendant six heures (ce délai était de quatre heures auparavant) pour permettre au ministère public de demander au premier président de la cour d'appel que son appel ait un caractère suspensif. Selon la circulaire du 17 juin 2011, cet allongement du délai permettra « une meilleure appréciation de l'opportunité d'un appel ». En réalité il s'agit surtout de faire en sorte que les appels formés par le ministère public, sou-

vent à la limite du délai, conservent leur caractère suspensif.

E. Violation des droits et contrôle du juge

: Ceseda, article L. 222-8 (créé par art. 14)

: **En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de maintien en zone d'attente que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger.**

Sur cette disposition, qu'on retrouve à l'identique dans le cadre de la rétention, voir le commentaire de l'article L. 552-13 (p. 48).

Chapitre II. Séjour

I. Carte bleue européenne

Ce nouveau titre de séjour découle de la mise en œuvre de la directive du 25 mai 2009 « *établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié* » qui crée une « *carte bleue européenne* » destinée à faciliter la mobilité au sein de l'Union européenne. Une transposition partielle de la directive est effectuée par la loi ; elle sera complétée par un décret modifiant probablement les parties réglementaires du Ceseda et du code du travail. Dans l'attente de ce décret, ce dispositif n'est pas en vigueur et comporte quelques incertitudes.

Ceseda, article L. 313-10 (modifié par art. 17)

La carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité professionnelle est délivrée :

[...]

6° À l'étranger titulaire d'un contrat de travail visé conformément au 2° de l'article L. 5221-2 du code du travail, d'une durée égale ou supérieure à un an pour un emploi dont la rémunération annuelle brute est au moins égale à une fois et demie le salaire moyen annuel de référence, et qui est titulaire d'un diplôme sanctionnant au moins trois années d'études supérieures délivré par un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'État dans lequel cet établissement se situe ou qui justifie d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans d'un niveau comparable, sans que lui soit opposable la situation de l'emploi. Un arrêté du ministre chargé de l'immigration fixe chaque année le montant du salaire moyen annuel de référence.

Elle porte la mention « *carte bleue européenne* ».

Par dérogation aux articles L. 311-2 et L. 313-1, cette carte de séjour a une durée de validité maximale de trois ans et est renouvelable. Dans le cas où le contrat de travail est d'une durée égale ou supérieure à un an et inférieure à trois ans, la carte de séjour temporaire « *carte bleue européenne* » est délivrée ou renouvelée pour la durée du contrat de travail.

Le conjoint, s'il est âgé d'au moins dix-huit ans, et les enfants entrés mineurs en France dans l'année qui suit leur dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, d'un étranger titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention « *carte bleue européenne* » bénéficient de plein droit de la carte de séjour mentionnée au 3° de l'article L. 313-11.

L'étranger qui justifie avoir séjourné au moins dix-huit mois dans un autre État membre de l'Union européenne sous couvert d'une carte bleue européenne délivrée par cet État obtient la carte de séjour temporaire portant la mention « *carte bleue européenne* » sous réserve qu'il remplisse les conditions énumérées au premier alinéa et qu'il en fasse la demande dans le mois qui suit son entrée en France, sans que soit exigée la condition prévue à l'article L. 311-7.

Son conjoint et ses enfants tels que définis au quatrième alinéa du présent 6° lorsque la famille était déjà constituée dans l'autre État membre bénéficient de plein droit de la carte de séjour temporaire prévue au 3° de l'article L. 313-11 à condition qu'ils en fassent la demande dans le mois qui suit leur entrée en France, sans que soit exigé le respect de la condition prévue à l'article L. 311-7.

La carte de séjour accordée conformément aux quatrième et sixième alinéas du présent 6° est renouvelée de plein droit durant la période de validité restant à courir de la « *carte bleue européenne* ».

Le conjoint titulaire de la carte de séjour mentionnée au 3° de l'article L. 313-11 bénéficie de plein droit, lorsqu'il justifie d'une durée de résidence de cinq ans, du renouvellement de celle-ci indépendamment de la situation du titulaire de la carte de séjour temporaire portant la mention « *carte bleue européenne* » au regard du droit de séjour sans qu'il puisse se voir opposer l'absence de lien matrimonial.

Il en va de même pour les enfants devenus majeurs qui se voient délivrer de plein droit la carte de séjour mentionnée au 3° de l'article L. 313-11 lorsqu'ils justifient d'une durée de résidence de cinq ans.

La liste des cartes de séjour autorisant l'exercice d'une activité professionnelle qui figure à l'article L. 313-10 est complétée par un 6° qui prévoit les conditions de délivrance et le régime de la carte bleue européenne.

A. Conditions de délivrance et régime

La délivrance de la carte de séjour temporaire dite « *carte bleue européenne* » est soumise à des conditions de rémunération minimale et de qualification ou d'expérience. La personne concernée doit être titulaire d'un diplôme sanctionnant au moins trois années d'études supérieures délivré par un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'État dans lequel cet établissement se

situe ou justifier d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans d'un niveau comparable. Son employeur doit avoir établi un contrat de travail d'une durée égale ou supérieure à un an, pour un emploi hautement qualifié dont la rémunération annuelle brute est au moins égale à une fois et demie le salaire moyen annuel de référence; cela correspond à un salaire mensuel brut de l'ordre de 4 000 euros.

Ce contrat doit être visé par le service départemental de la main-d'œuvre étrangère de la direction régionale de l'entreprise, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) qui vérifie ces conditions et celles que prévoit le code du travail pour toute autorisation de travail, mais sans opposabilité de la situation de l'emploi. Sous réserve de précisions réglementaires, il semble que, sauf si on est dans le cadre de la mobilité au sein de l'Union européenne (v. *infra* C.), la procédure soit celle de l'introduction en France avec visa de long séjour et obtention préalable de l'autorisation de travail.

Remarques : 1. La loi n'a pas repris les dispositions de l'article 5 de la directive qui permettent d'assouplir la condition de ressources et d'en abaisser le seuil à 1,2 fois le salaire annuel brut moyen pour les professions caractérisées par un besoin particulier de main-d'œuvre : le gouvernement a invoqué la crainte d'un effet d'« appel d'air ».

2. En l'absence de disposition qui les en dispense expressément, les personnes concernées doivent produire un visa de long séjour lorsqu'elles arrivent pour la première fois sur le territoire de l'UE. Cette condition n'est pas exigée par la directive.

3. Sont exclus du champ d'application de la carte bleue européenne, par la directive elle-même, les bénéficiaires de la protection temporaire ou de toute autre protection internationale – donc les réfugiés et réfugiées –, les personnes séjournant en qualité de « chercheurs » ou « travailleurs saisonniers » ou détachées dans le cadre d'une prestation de services, les titulaires du statut « ressortissant de longue durée – CE » ainsi que les membres de famille des citoyens et citoyennes de l'UE.

La carte bleue européenne a une durée de validité maximale de trois ans renouvelable. Lorsque le contrat de travail a une durée de plus d'un an et de moins de trois ans, la carte est délivrée ou renouvelée pour la durée du contrat de travail.

Ce titre bénéficie d'un régime dérogatoire sur plusieurs points :

- la situation de l'emploi n'est pas opposable (v. *supra*);
- aucune taxe de délivrance du premier titre de séjour n'est versée à l'Ofii (Ceseda, art. L. 311-3 modifié par art. 17);

– la signature d'un contrat d'accueil et d'intégration n'est pas imposée (Ceseda, art. L. 311-9 modifié par art. 18);

– le titre ne peut être retiré au motif que son titulaire s'est trouvé involontairement privé d'emploi (Ceseda, art. L. 311-8 modifié par art. 18).

B. Droit au séjour des membres de famille

L'époux ou l'épouse et les enfants mineurs entrent en France sans être soumis aux formalités du regroupement familial, par la procédure de famille accompagnante. Ils ou elles bénéficient de plein droit d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale », renouvelée également de plein droit pendant la période de validité restant à courir de la « carte bleue européenne » du bénéficiaire. La signature d'un contrat d'accueil et d'intégration ne leur est pas imposée.

En outre, les membres de famille peuvent obtenir un droit de séjour autonome. Le conjoint ou la conjointe titulaire de la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » bénéficie de plein droit du renouvellement de ce titre, indépendamment du droit au séjour du ou de la titulaire de la carte bleue européenne, après une durée de résidence de cinq ans, même si la communauté de vie a cessé. Les enfants majeurs qui justifient d'une durée de résidence de cinq ans bénéficient de plein droit de la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale ».

[sur l'accès à la carte de résident : v. *infra*, D]

C. Mobilité

L'étranger ou l'étrangère qui justifie avoir séjourné au moins dix-huit mois dans un autre État membre de l'Union européenne sous couvert d'une carte bleue européenne délivrée par cet État obtient une carte bleue européenne en France, sous réserve de remplir les conditions requises et d'en faire la demande dans le mois de son entrée en France. Le visa de long séjour n'est pas exigé dans ce cas. Lorsque la famille était déjà constituée dans l'autre État membre, le conjoint ou la conjointe et les enfants bénéficient de plein droit de la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » si la demande est faite dans le mois suivant leur entrée en France, sans avoir à produire un visa de long séjour.

D. Passage à la carte de résident de longue durée-CE

- Ceseda, article L. 314-8-1 (créé par art. 19)
- **L'étranger titulaire de la carte de séjour temporaire prévue au 6° de l'article L. 313-10 peut se voir délivrer**

une carte de résident portant la mention « résident de longue durée-CE » s'il justifie d'une résidence ininterrompue, conforme aux lois et règlements en vigueur, d'au moins cinq années sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne sous couvert d'une carte bleue européenne, dont, en France, les deux années précédant sa demande de délivrance de la carte de résident.

Les absences du territoire de l'Union européenne ne suspendent pas le calcul de la période mentionnée à l'alinéa précédent si elles ne s'étendent pas sur plus de douze mois consécutifs et ne dépassent pas au total dix-huit mois sur l'ensemble de cette période de résidence ininterrompue d'au moins cinq années.

L'étranger titulaire de la carte de séjour temporaire prévue au même 6° doit également justifier de son intention de s'établir durablement en France dans les conditions prévues à l'article L. 314-8.

Son conjoint et ses enfants dans l'année qui suit leur dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, admis en France conformément au 6° de l'article L. 313-10, peuvent se voir délivrer une carte de résident portant la mention « résident de longue durée-CE » dans les conditions prévues à l'article L. 314-8.

L'accès à la carte « résident de longue durée-CE » est ouvert à la personne titulaire de la carte bleue européenne qui justifie de son intention de s'établir durablement en France dans les conditions prévues par l'article L. 314-8 du Ceseda (seront donc prises en considération les conditions de son activité professionnelle et ses moyens d'existence). Les années de résidence dans un autre État membre sont prises en compte: il faut justifier d'une résidence ininterrompue d'au moins cinq années sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne sous couvert d'une carte bleue européenne, dont, en France, les deux années précédant sa demande de carte de résident. Les absences du territoire de l'Union européenne ne suspendent pas le calcul de cette période si elles ne s'étendent pas sur plus de douze mois consécutifs et ne dépassent pas au total dix-huit mois sur l'ensemble de la période de résidence ininterrompue de cinq ans.

La conjointe ou le conjoint et les enfants obtiennent une carte de « résident de longue durée-CE » sous réserve de remplir les conditions de droit commun prévues pour les membres de famille à l'article L. 314-8. Il leur faut donc justifier d'une durée de résidence de cinq ans sur le territoire national, sans que soient prises en compte les années passées dans un autre pays de l'Union: sur ce point encore la loi ne reprend pas les dispositions plus souples de la directive qui permettent de tenir compte de ces années, comme pour la personne titulaire de la carte bleue européenne elle-même.

E. Remise aux autorités d'un État membre

Ceseda, article L. 531-2 (modifié par art. 20)

Les dispositions de l'article L. 531-1 [remise aux autorités d'un État membres] sont applicables [...].

Il en est également de même de l'étranger détenteur d'une carte de séjour temporaire portant la mention « carte bleue européenne » en cours de validité accordée par un autre État membre de l'Union européenne lorsque lui est refusée la délivrance de la carte de séjour temporaire prévue au 6° de l'article L. 313-10 ou bien lorsque la carte de séjour temporaire portant la mention « carte bleue européenne » dont il bénéficie expire ou lui est retirée durant l'examen de sa demande, ainsi que des membres de sa famille. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent alinéa.

La procédure de remise aux autorités d'un État membre est applicable: la ou le titulaire d'une carte bleue européenne accordée par un autre État membre qui s'est vu refuser la délivrance de ce même titre en France – ou dont la « carte bleue européenne » expire ou lui est retirée durant l'examen de sa demande – peut être remis aux autorités de l'État qui lui a délivré son titre, de même que les membres de sa famille.

II. Étrangers malades

Ceseda, article L. 313-11, 11° (modifié par art. 26)

Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit:

[...]

11° À l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve ~~qu'il ne puisse effectivement bénéficier~~ **de l'absence** d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire, **sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé**, sans que la condition prévue à l'article L. 311-7 soit exigée. [...]

Les conditions de délivrance de la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » aux étrangers et étrangères malades sont modifiées, dans un sens très restrictif. Cette disposition a donné lieu à des débats très vifs. Les députés avaient proposé de remplacer l'expression « sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier [...] » par les mots: « sous réserve de l'indisponibilité d'un traitement approprié ». Le Sénat avait résisté en première lecture mais, en seconde lecture, il a proposé la rédaction à laquelle s'est finalement ralliée l'Assemblée nationale et qui figure dans la version finale de la loi.

L'objectif de cette modification n'a pas été dissimulé : il s'agit de contrer la jurisprudence du Conseil d'État dont le gouvernement prétendait qu'elle « *faisait peser une obligation déraisonnable sur le système de santé français* ». Alors que le Conseil d'État avait jusque-là considéré que le coût des traitements n'avait pas à entrer en ligne de compte pour apprécier la possibilité de bénéficier d'un traitement dans le pays d'origine, il s'était récemment résolu à affirmer « *que si de telles possibilités existent mais que l'étranger fait valoir qu'il ne peut en bénéficier, soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement* », la préfecture devait prendre en compte l'ensemble de ces éléments pour vérifier que l'étranger ou l'étrangère aurait effectivement accès aux soins requis dans son pays (CE, 7 avril 2010, n° 316625, *min. de l'Immigration c/M^{me} Kadidia A., ép. B.*). Ce en quoi il ne faisait que revenir à la lettre et à l'esprit de la loi : ce n'est pas parce qu'un traitement existe dans un pays que les malades peuvent *effectivement* en bénéficier.

Avec la nouvelle rédaction de l'article L. 313-11, 11°, la délivrance de la carte de séjour temporaire sera conditionnée à « *l'absence d'un traitement approprié* » dans le pays d'origine, ce qui ne garantit en rien, comme on vient de le montrer, l'accès aux soins dont il ou elle a impérativement besoin. La loi envisage toutefois la possibilité de délivrer le titre de séjour sollicité en cas de « *circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé* ». Mais ces termes sont très flous et autorisent toutes les interprétations. L'administration conservera un entier pouvoir d'appréciation puisque l'avis du directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) – dont on ne sait pas au demeurant sur quels critères il devra fonder ledit avis – ne la liera pas. La circulaire du 17 juin 2011 ne rassure pas sur les modalités d'appréciation des nouveaux critères. Elle indique que « *l'absence de traitement, condition de l'attribution du titre, est une donnée objective qui sera appréciée par le médecin de l'ARS, au vu de l'information médicale en sa possession* ». D'après ce même texte, les circonstances humanitaires pourraient se rapporter soit à la situation dans le pays d'origine, soit à la situation du ou de la malade en France. Quoi qu'il en soit, le mot « *exceptionnel* » montre bien que le but est désormais d'accorder le plus rarement possible des titres de séjour aux personnes étrangères gravement malades.

III. Contrat d'accueil et d'intégration

Ceseda, article L. 311-9 (modifié par art. 8)

[...] La formation civique comporte une présentation des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité, **ainsi que de la place de la France en Europe.** [...]

Lors du premier renouvellement de la carte de séjour, l'autorité administrative tient compte du non-respect, manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger, des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration. Lors du renouvellement de la carte de séjour intervenant au cours de l'exécution du contrat d'accueil et d'intégration, ou lors du premier renouvellement consécutif à cette exécution, l'autorité administrative tient compte du non-respect, manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger, des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration, s'agissant des valeurs fondamentales de la République, de l'assiduité de l'étranger et du sérieux de sa participation aux formations civiques et linguistiques, à la réalisation de son bilan de compétences professionnelles et, le cas échéant, à la session d'information sur la vie en France. [...]

Ceseda, article L. 311-9-1 (modifié par art. 8)

[...] Lors du renouvellement ~~de leur carte de séjour de~~ **la carte de séjour intervenant au cours de l'exécution du contrat d'accueil et d'intégration pour la famille, ou lors du premier renouvellement consécutif à cette exécution**, l'autorité administrative tient compte du non-respect manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger et son conjoint, des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration pour la famille et, le cas échéant, des mesures prises en application du deuxième alinéa.

Ceseda, article L. 314-2 (modifié par art. 8)

[...] Pour l'appréciation de la condition d'intégration, l'autorité administrative, tient compte ~~de la souscription~~ **et, lorsqu'il a été souscrit**, du respect, par l'étranger, de l'engagement défini à l'article L. 311-9 [...].

Concernant le contrat d'accueil et d'intégration (CAI) et le contrat d'accueil et d'intégration pour la famille, la loi apporte au texte en vigueur plusieurs modifications de portée limitée.

1° – Elle ajoute au contenu de la formation civique la présentation de « *la place de la France en Europe* ».

2° – Elle modifie la définition du moment où s'apprécie le non-respect éventuel du contrat. Le texte en vigueur prévoyait que le préfet devait tenir compte du non-respect des stipulations du CAI lors du premier renouvellement de la carte de séjour, sans distinguer selon que le contrat était encore en cours ou déjà terminé. Désormais, l'appréciation a lieu non pas lors du premier renouvellement mais « *lors du renouvellement de la carte de séjour intervenant au cours de l'exécution du CAI ou lors du*

premier renouvellement consécutif à cette exécution » (art. L. 311-9). Les auteurs de cet amendement ont fait valoir qu'on ne pouvait pas reprocher de ne pas respecter un contrat qui n'est plus en cours d'application.

Les mêmes modifications sont introduites s'agissant du contrat d'accueil et d'intégration pour la famille : c'est lors du renouvellement de la carte de séjour intervenant au cours de l'exécution du contrat d'accueil et d'intégration pour la famille, ou lors du premier renouvellement consécutif à cette exécution, que le préfet tiendra compte du non-respect de ses stipulations (art. L. 311-9-1).

3° – La loi détaille les éléments à prendre en compte pour apprécier le respect ou le non-respect des stipulations du CAI : valeurs fondamentales de la République, assiduité et sérieux de la participation aux formations civiques et linguistiques, à la réalisation du bilan de compétences professionnelles et, le cas échéant, à la session d'information sur la vie en France (art. L. 311-9). Cet ajout a été justifié par la nécessité de « *lier plus étroitement le renouvellement des titres de séjour et l'effectivité du suivi, par chaque signataire, des actions prévues par le CAI* ». Les statistiques de l'Ofii montrent en effet un certain taux d'absentéisme aux formations prévues par le contrat (21,8 % en 2009 pour la formation linguistique).

Mais la condition d'assiduité était déjà présente dans le texte réglementaire : le décret d'application précisait que le contrat est considéré comme respecté « *dès lors que les actions de formation ou d'information qu'il prévoit ont été suivies par l'étranger signataire et attestées ou validées dans les conditions prévues* » (Ceseda, art. R. 311-29). On peut penser, par conséquent, que le principal objet de la modification législative est moins d'insister sur l'exigence d'assiduité que de poser en principe que l'assiduité ne suffit pas pour considérer que le contrat a été respecté.

4° – La délivrance d'une première carte de résident est en règle générale subordonnée à l'intégration républicaine dans la société française. Le texte en vigueur indiquait que « *le préfet tient compte de la souscription et du respect par l'étranger du CAI* », alors que la souscription du contrat est dans ce cas facultative. La loi corrige cette incohérence en précisant que le préfet tient compte du respect du CAI lorsqu'il a été souscrit (art. L. 314-2).

On peut toutefois se demander si, dans la pratique, la souscription du contrat ne devient pas une condition nécessaire, quoique non suffisante, pour avoir quelques chances d'obtenir une carte de résident.

IV. Admission au séjour des jeunes confiés à l'ASE entre 16 et 18 ans

- Ceseda, article L. 313-15 (créé par art. 28)
- À titre exceptionnel et sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire prévue au 1° de l'article L. 313-10 portant la mention « salarié » ou la mention « travailleur temporaire » peut être délivrée, dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire, à l'étranger qui a été confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans et qui justifie suivre depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle, sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de cette formation, de la nature de ses liens avec sa famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française. Le respect de la condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigé.

La loi met en place un nouveau cas d'admission exceptionnelle au séjour en faveur des mineures étrangères ou des mineurs étrangers isolés confiés à l'aide sociale à l'enfance (ASE) entre seize et dix-huit ans. L'article L. 313-11, 2° *bis* prévoyait déjà de délivrer de plein droit une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale », mais seulement pour des jeunes confiés à l'ASE avant l'âge de seize ans et sous certaines conditions. Ceux qui avaient été confiés à l'ASE entre seize et dix-huit ans voyaient leur situation examinée à leur majorité sur le fondement de l'article L. 313-11, 7° (respect de la vie privée et familiale).

Cette disposition nouvelle peut donc apparaître comme une avancée. Mais outre que la délivrance de la carte de séjour est subordonnée à des conditions dont certaines sont difficiles à remplir (notamment les exigences relatives à la durée et à la nature de la formation), elle reste soumise au pouvoir discrétionnaire de la préfecture et la loi elle-même ne l'envisage qu'« à titre exceptionnel ». On peut donc douter que la réforme permette de résoudre les problèmes rencontrés par ces jeunes pour se maintenir en France après l'âge de dix-huit ans.

Pour un commentaire détaillé de cette disposition, v. le *cabier juridique* du Gisti : « Les droits des mineurs étrangers isolés et des mineures étrangères isolées », juillet 2011.

V. Conjoints de Français

A. Carte de résident et mariage « de complaisance »

- Ceseda, article L. 314-8 (modifié par art. 32)
- Tout étranger qui justifie d'une résidence ininterrompue d'au moins cinq années en France,

conforme aux lois et règlements en vigueur, sous couvert de l'une des cartes de séjour mentionnées aux articles L. 313-6, L. 313-8 et L. 313-9, aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 313-10, aux articles L. 313-11, L. 313-11-1 L. 313-14 et L. 314-9, aux 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° et 9° de l'article L. 314-11 et aux articles L. 314-12 et L. 315-1 peut obtenir une carte de résident portant la mention « résident de longue durée-CE » s'il dispose d'une assurance maladie. **Les années de résidence sous couvert d'une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » retirée par l'autorité administrative sur le fondement d'un mariage ayant eu pour seules fins d'obtenir un titre de séjour ou d'acquérir la nationalité française, ne peuvent être prises en compte pour obtenir la carte de résident.**

[...]

Le législateur a jugé bon de préciser que, dans le calcul des cinq années de résidence exigées pour pouvoir solliciter la délivrance d'une carte de résident, il n'est pas tenu compte des années de résidence sous couvert d'une carte de séjour qui aurait été retirée par l'autorité administrative sur le fondement d'un mariage de complaisance.

Pour que cette situation se présente, il faut supposer que le conjoint ou la conjointe étrangère s'est vu remettre, suite au retrait d'un premier titre obtenu par fraude aux yeux de l'administration, un autre titre de séjour, ce qui est une hypothèse assez improbable. On peut de surcroît douter que, sans cette disposition expresse, l'administration aurait accepté de tenir compte des années de séjour sous couvert de cette carte obtenue par fraude. À quoi bon, par conséquent, cet ajout inutile, sinon pour consolider encore un peu plus la figure de l'étranger fraudeur ? D'autant que, selon le rapporteur du projet de loi au Sénat, le nombre de cartes de séjour temporaire « vie privée et familiale » retirées sur ce fondement est extrêmement réduit, d'environ une dizaine par an.

B. Condition de régularité du séjour

Ceseda, article L. 314-9 (modifié par art. 29)

La carte de résident peut être accordée :

[...]

3° À l'étranger marié depuis au moins trois ans avec un ressortissant de nationalité française, à **condition qu'il séjourne régulièrement en France**, que la communauté de vie entre les époux n'ait pas cessé depuis le mariage, que le conjoint ait conservé la nationalité française et, lorsque le mariage a été célébré à l'étranger, qu'il ait été transcrit préalablement sur les registres de l'état civil français.

La loi précise que « l'étranger marié [...] avec un ressortissant de nationalité française » devait remplir une condition de séjour régulier en France pour pouvoir prétendre à la carte de résident.

En effet, lors du vote de la loi du 24 juillet 2006 qui a supprimé l'accès de plein droit à la carte de résident au bout de deux ans de mariage pour le conjoint ou la conjointe d'une Française ou d'un Français sous réserve de la régularité du séjour, cette dernière exigence n'avait pas été reprise à l'article L. 314-9.

Il s'agit en somme de réparer une omission. Comme le fait remarquer la circulaire du 17 juin 2011, la modification est strictement rédactionnelle et explicite une condition qui se déduisait jusqu'ici de l'intitulé de la sous-section I de la section II du chapitre IV du titre premier du livre troisième du Ceseda intitulée « *Délivrance subordonnée à une durée de séjour régulier* ».

C. Renouvellement du titre de séjour en cas de décès du conjoint français

Ceseda, article L. 313-12 (modifié par art. 35)

La carte délivrée au titre de l'article L. 313-11 donne droit à l'exercice d'une activité professionnelle.

Le renouvellement de la carte de séjour délivrée au titre du 4° de l'article L. 313-11 est subordonné au fait que la communauté de vie n'ait pas cessé, **sauf si elle résulte du décès du conjoint français.** [...]

La personne mariée à un Français ou une Française peut prétendre au renouvellement de plein droit de sa carte de séjour temporaire en cas de décès de sa ou de son partenaire. Jusqu'à présent, le décès était considéré comme un cas de rupture de vie commune entraînant normalement le non-renouvellement du titre de séjour (sauf décision plus favorable mais discrétionnaire du préfet).

D. Pénalisation des mariages « gris »

Ceseda, article L. 623-1 (modifié par art. 33)

Le fait de contracter un mariage, ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Ces mêmes peines sont applicables en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage ou d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins. **Ces peines sont également encourues lorsque l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint.**

Les sanctions encourues en cas de mariages franco-étrangers dits « de complaisance » sont étendues à l'hypothèse où le mariage a été obtenu en profitant de la confiance et de la bonne foi du Français ou de la Française, autrement dit lorsque l'épouse étrangère ou l'époux étranger a dissimulé ses véritables intentions.

Si l'objectif est la lutte contre la fraude, on peut s'interroger sur la façon dont sera concrètement détectée la véritable intention matrimoniale. La disposition risque surtout de trouver application comme instrument de pression dans un conflit conjugal, puisque la seule façon de débusquer la tromperie découlera des déclarations du conjoint ou de la conjointe supposément trompée.

VI. Victimes de violences conjugales

· Ceseda, article L. 316-3 (modifié par art. 21)

· **Sauf si sa présence constitue une menace à l'ordre public, l'autorité administrative délivre dans les plus brefs délais une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » à l'étranger qui bénéficie d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil, en raison des violences commises par son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin. La condition prévue à l'article L. 311-7 du présent code n'est pas exigée. Cette carte de séjour temporaire ouvre droit à l'exercice d'une activité professionnelle.**

· **Le titre de séjour arrivé à expiration de l'étranger qui bénéficie d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil, en raison des violences commises par son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, est renouvelé.**

La loi du 9 juillet 2010 « *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants* » a modifié les règles de délivrance et de renouvellement des titres de séjour accordées aux personnes victimes de violences conjugales et bénéficiant d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil. Elle avait initialement introduit des dispositions spécifiques aux articles L. 313-12 et L. 431-2 portant sur le renouvellement, en cas de violences conjugales, d'une carte de séjour « vie privée et familiale » qui avait été délivrée en tant que conjointe de Français ou dans le cadre d'un regroupement familial.

Mais, dans la mesure où la loi du 9 juillet 2010 incluait dans son champ de la protection tous les couples, aussi bien liés par un mariage ou par un pacs qu'en concubinage, ses effets sur le Ceseda n'étaient pas véritablement à leur place dans des articles qui ne concernent que les époux. Le dispositif est donc réécrit et inséré dans l'article L. 316-3.

Pour en savoir plus, voir la *note pratique* du Gisti « Droit au séjour et violences au sein du couple », juin 2011.

VII. Membres de famille des titulaires de certains titres de séjour

A. Carte « scientifique-chercheur »

· Ceseda article L. 313-8 (modifié par art. 23)

· La carte de séjour temporaire délivrée à l'étranger aux fins de mener des travaux de recherche ou de dispenser un enseignement de niveau universitaire dans le cadre d'une convention d'accueil signée avec un organisme public ou privé ayant une mission de recherche ou d'enseignement supérieur préalablement agréé dans les conditions définies par décret en Conseil d'État porte la mention « ~~scientifique~~ » « scientifique-chercheur ».

· [...]

· **Le conjoint, s'il est âgé d'au moins dix-huit ans, et les enfants entrés mineurs en France dans l'année qui suit leur dix-huitième anniversaire ou remplissant les conditions prévues par l'article L. 311-3, d'un étranger titulaire d'une carte « scientifique-chercheur » bénéficient de plein droit de la carte de séjour mentionnée au 3° de l'article L. 313-11. La carte de séjour ainsi accordée est renouvelée de plein droit durant la période de validité restant à courir de la carte « scientifique-chercheur » susmentionnée.**

Jusqu'à présent, les textes n'évoquaient que la situation de l'époux ou de l'épouse qui, sur le fondement de l'article L. 313-11, 5°, obtenait de plein droit une carte « vie privée et familiale ». Cette disposition est abrogée et remplacée par un nouvel alinéa introduit à l'article L. 313-8 qui précise que le conjoint ou la conjointe de la ou du titulaire de la carte « scientifique-chercheur » bénéficie de plein droit d'une carte de séjour « vie privée et familiale », de même que les enfants entrés mineurs en France (à leur majorité ou, entre seize et dix-huit ans, s'ils veulent exercer une activité professionnelle salariée). Cette carte est renouvelée, également de plein droit, durant la période de validité restant à courir de la carte « scientifique-chercheur ».

B. Carte « salarié en mission »

· Ceseda, article L. 313-10, 5° (modifié par art. 24)

· [...]

· Le conjoint, s'il est âgé d'au moins dix-huit ans, et les enfants entrés mineurs en France dans l'année qui suit leur dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3 du présent code, d'un étranger titulaire d'une carte « salarié en mission » *qui réside de manière ininterrompue depuis plus de six mois en France* bénéficient de plein droit de la carte de séjour mentionnée au 3° de l'article L. 313-11 **dès lors que le contrat de travail du salarié en mission prévoit une résidence ininterrompue en France de plus de six mois.**

Jusqu'à présent le ou la titulaire d'une carte de séjour temporaire « salarié en mission » devait avoir résidé en France de façon ininterrompue depuis plus de six mois pour que les membres de sa famille puissent obtenir de plein droit une carte « vie privée et familiale ». Désormais ceux-ci pourront y prétendre immédiatement dès lors que le contrat de travail du salarié en mission prévoit une résidence ininterrompue en France de plus de six mois. Le regroupement de la famille pourra donc intervenir plus rapidement.

C. « Carte bleue européenne », « salarié en mission » ou « compétences et talents »

Ceseda, article L. 313-11, 3° (modifié par art. 18-III et 25)
Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit :

[...]

3° À l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, dont l'un des parents est titulaire de la carte de séjour « compétences et talents », ~~ou~~ de la carte de séjour temporaire portant la mention « salarié en mission » ou « carte bleue européenne », ainsi qu'à l'étranger dont le conjoint est titulaire de l'une de ces cartes.

La carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » délivrée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent a une durée de validité identique à la durée de la carte de séjour du parent ou du conjoint titulaire d'une carte de séjour portant la mention « carte bleue européenne », « compétences et talents » ou « salarié en mission ». La carte de séjour est renouvelée dès lors que son titulaire continue à remplir les conditions définies par le présent code.

La durée de validité du titre de séjour délivré à l'époux ou l'épouse et aux enfants du ou de la titulaire d'une carte de séjour mention « compétences et talents », « salarié en mission » ou « carte bleue européenne » est alignée sur la durée de validité de ces titres. Jusqu'à présent, la carte délivrée à la famille du ou de la titulaire de la carte « compétences et talents » ou « salarié en mission » avait une durée limitée à un an.

D. Carte de résident pour contribution économique exceptionnelle

Ceseda, article L. 314-15 (modifié par art. 30)
L'étranger qui apporte une contribution économique exceptionnelle à la France peut, sous réserve de la régularité du séjour, se voir délivrer la carte de résident.

Le conjoint, s'il est âgé d'au moins dix-huit ans, d'un étranger titulaire du titre de séjour mentionné au

premier alinéa bénéficie de plein droit de la carte de résident susmentionnée.

Il s'agit d'une mesure supplémentaire visant à favoriser l'immigration économique, et plus particulièrement, comme il est rappelé dans la circulaire du 17 juin 2011, « *l'attractivité du territoire pour les investisseurs internationaux participant activement à la croissance de l'économie française* » : l'époux ou l'épouse d'une étrangère ou d'un étranger titulaire de la carte de résident délivrée pour contribution économique exceptionnelle à la France bénéficie désormais de plein droit de la même carte de résident. Cette disposition aura une portée très limitée dans la mesure où un tout petit nombre de cartes de résident sont délivrées à ce titre.

VIII. Autres modifications

A. Carte « scientifique-chercheur »

Ceseda, article L. 313-4 (modifié par art. 23)

Par dérogation aux articles L. 311-2 et L. 313-1, l'étranger titulaire d'une carte de séjour temporaire au titre des articles L. 313-7 ou L. 313-8 depuis au moins un an **ou, pour l'étranger demandant une carte de séjour temporaire au titre de l'article L. 313-8, d'un visa délivré pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois octroyant à son titulaire les droits attachés à la carte de séjour temporaire susmentionnée**, peut, à l'échéance de la validité de ce titre, en solliciter le renouvellement pour une durée supérieure à un an et ne pouvant excéder quatre ans.

Cette dérogation est accordée à l'étudiant étranger admis à suivre, dans un établissement d'enseignement supérieur habilité au plan national, une formation en vue de l'obtention d'un diplôme au moins équivalent au master.

Elle peut également être accordée au titulaire de la carte de séjour temporaire portant la mention « ~~scientifique~~ » « **scientifique-chercheur** » en tenant compte de la durée de ses travaux de recherche.

La loi substitue la mention « scientifique-chercheur » à la mention « scientifique » apposée sur la carte de séjour temporaire délivrée aux chercheurs et chercheuses de pays tiers, conformément à la directive du 12 octobre 2005.

Elle assouplit par ailleurs les conditions d'accès à un titre pluriannuel. En effet, ce titre ne pouvait être demandé jusqu'à présent qu'à l'expiration d'un premier titre de séjour d'un an. Désormais, la personne entrée en France comme « scientifique-chercheur » avec un visa de long séjour donnant à son titulaire les droits attachés à une carte de séjour peut solliciter immédiatement la délivrance d'une carte de séjour pluriannuelle c'est-à-dire d'une durée comprise entre un et quatre ans.

Notons toutefois que les scientifiques ne figurent pas dans la liste issue du décret du 27 avril 2009 des personnes auxquelles un visa de long séjour dispensant de titre de séjour peut être délivré. Logiquement, l'article R. 311-3 du Ceseda qui donne la liste des dispenses de demande de carte de séjour devrait être modifié pour inclure les scientifiques.

B. Carte « compétences et talents »

∴ Ceseda, articles L. 315-4 et L. 315-6 abrogés par art. 31

La référence à la Commission nationale des compétences et des talents chargée de définir les critères permettant de délivrer la carte est supprimée : le législateur a estimé que ces dispositions n'étaient pas de nature législative et qu'il appartenait au pouvoir réglementaire de définir les conditions dans lesquelles doivent être appréciés lesdits critères. Ceci n'implique donc pas que la commission soit supprimée : plus probablement, elle continuera à

être régie par la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers (Ceseda, art. R. 315-1 à R. 315-3).

Sont en revanche purement et simplement abrogées les dispositions spécifiques applicables aux personnes originaires de pays de la zone de solidarité prioritaire qui obligeaient ces dernières à apporter leur concours, pendant la durée de validité de la carte, à une action de coopération ou d'investissement économique définie par la France avec le pays d'origine. Ces conditions trop contraignantes entravaient l'attractivité de la carte « compétences et talents », a-t-on fait valoir pour justifier cette abrogation.

VIII. Admission exceptionnelle au séjour [renvoi]

[voir page 26 dans le chapitre III : « Travail »]

Chapitre III. Travail

En matière de travail, la loi transpose deux directives européennes : la directive du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié dite « carte bleue » (v. p. 12 à 14) et la directive du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Comme le précise son article 1^{er} : « *la présente directive interdit l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier afin de lutter contre l'immigration illégale* », elle ne concerne que l'emploi d'étrangères et d'étrangers non autorisés à travailler, et non pas les différentes formes du travail dit illégal.

Au prétexte de la transposition, la loi Besson introduit de nombreuses modifications qui dépassent le cadre de la directive (notamment en matière de travail dissimulé et d'encadrement de la sous-traitance) et permet en particulier d'ouvrir à un ensemble d'agents et d'agentes de contrôle des possibilités inédites en matière de lutte contre l'immigration illégale. Les agents et les agentes compétentes en matière de recherche de l'infraction d'emploi d'étranger sans titre (à savoir la police, la gendarmerie, les douanes et l'inspection du travail) ont ainsi le droit de demander l'identité et l'adresse de toute personne se trouvant sur le lieu du contrôle. Ce droit, prévu à l'origine uniquement dans le cadre du contrôle du travail dissimulé, est étendu à l'ensemble des enquêtes relatives au travail illégal (emploi d'un étranger ou d'une étrangère sans titre, marchandage...).

I. Droits des travailleuses et des travailleurs sans papiers

A. Augmentation de l'indemnisation

Code du travail, article L. 8252-2 (modifié par art. 76)

Le salarié étranger a droit au titre de la période d'emploi illicite :

1° Au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci, conformément aux dispositions légales, **conventionnelles** et aux stipulations contractuelles applicables à son emploi, déduction faite des sommes antérieurement perçues au titre de la

période considérée. **À défaut de preuve contraire, les sommes dues au salarié correspondent à une relation de travail présumée d'une durée de trois mois. Le salarié peut apporter par tous moyens la preuve du travail effectué ;**

2° En cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à **trois** mois de salaire, à moins que l'application des règles figurant aux articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1243-4 et L. 1243-8 ou des stipulations contractuelles correspondantes ne conduise à une solution plus favorable.

3° Le cas échéant, à la prise en charge par l'employeur de tous les frais d'envoi des rémunérations impayées vers le pays dans lequel il est parti volontairement ou a été reconduit.

Lorsque l'étranger employé sans titre l'a été dans le cadre d'un travail dissimulé, il bénéficie, soit des dispositions de l'article L. 8223-1, soit des dispositions du présent chapitre si celles-ci lui sont plus favorables.

Le conseil de prud'hommes saisi peut ordonner par provision le versement de l'indemnité forfaitaire prévue au 2°.

Ces dispositions ne font pas obstacle au droit du salarié de demander en justice une indemnisation supplémentaire s'il est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé au titre de ces dispositions.

Cette disposition, apparue avec la loi du 17 octobre 1981, entend accorder une protection aux travailleuses et aux travailleurs « sans papiers » en les assimilant à des personnes salariées normalement engagées pendant le déroulement de la relation de travail. Elle répond à une situation concrète : celui ou celle qui les a embauchés a profité de leur prestation quelle que soit leur situation administrative irrégulière au regard du travail ; il est normal qu'il ou elle en assume la contrepartie notamment en matière salariale.

La loi entend améliorer le sort du salarié ou de la salariée « sans papiers », ce qui correspond aux exigences de la directive.

1° – Elle tient compte des difficultés de preuve auxquelles la salariée ou le salarié est en pratique confronté (comment prouver la durée de la relation de travail alors que la situation est a priori cachée ?) en posant le principe suivant : en l'absence de tout élément probant permettant d'établir la durée de l'emploi, la personne « sans papiers » percevra

trois mois de salaire (sur la base d'un temps plein et des minima salariaux, selon toute vraisemblance). Reste qu'il lui appartiendra toujours de démontrer avoir travaillé (et n'avoir rien reçu en échange, ou une rémunération sans lien avec la durée de l'emploi), ce qui est loin d'être évident. Par ailleurs, cette présomption est évidemment « simple » : elle tombe en cas de preuve du contraire. La portée de la règle dépend donc d'abord du pouvoir d'appréciation du ou de la juge sur les éléments de preuve. Elle doit être également évaluée à la lumière d'un contentieux prud'homal qui, même s'il a augmenté, demeure faible au regard des infractions dont on peut soupçonner l'existence.

Notons qu'en matière de temps de travail, le code du travail met en place un système de preuve spécifique (preuve pesant sur les deux parties... mais en réalité, en vertu d'une jurisprudence discutable et restrictive, il appartient à la salariée ou au salarié d'apporter préalablement « *des éléments de nature à étayer sa demande* »).

2° – La loi augmente également l'indemnité forfaitaire de rupture qui passe de un à trois mois. À la différence du rappel de salaire, elle est systématiquement due dès lors que les relations de travail sont rompues. Le salarié ou la salariée ne peut pas cumuler les indemnités prévues par cette disposition et l'indemnisation minimale de six mois de salaire prévue en cas de travail dissimulé ; mais il ou elle peut prétendre à l'indemnisation la plus favorable.

Ce non-cumul est contestable car les dommages sont juridiquement différents. De plus, dans l'hypothèse où la personne n'aurait pas été normalement rémunérée, il rend sans véritable enjeu le choix entre l'indemnisation du travail dissimulé (6 mois) et celle au titre de l'emploi sans titre (3+3 mois). En tout état de cause, cette amélioration des droits pécuniaires versés aux travailleuses et aux travailleurs « sans papiers » est sans commune mesure avec le préjudice subi du fait de la précarité de leur situation administrative.

B. Garantie de versement des sommes dues

Code du travail, article L. 8252-4 (créé par art. 77)

Les sommes dues à l'étranger sans titre, dans les cas prévus aux 1° à 3° de l'article L. 8252-2, lui sont versées par l'employeur dans un délai de trente jours à compter de la constatation de l'infraction. Lorsque l'étranger est placé en rétention administrative en application de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du même code ou lorsqu'il n'est plus sur le territoire national, ces sommes sont déposées sous le même

délai auprès d'un organisme désigné à cet effet, puis reversées à l'étranger.

Lorsque l'employeur ne s'acquitte pas des obligations mentionnées au premier alinéa, l'organisme recouvre les sommes dues pour le compte de l'étranger.

Les modalités d'application de ces dispositions relatives à la consignation, au recouvrement et au reversement des sommes dues à l'étranger sans titre ainsi que les modalités d'information de celui-ci sur ses droits sont précisées par décret en Conseil d'État.

Cette nouvelle disposition pose l'obligation pour la personne qui emploie, auteure de l'infraction constatée, de verser dans un délai de trente jours les sommes dues *a minima* à la travailleuse ou au travailleur démuné de titre de travail. En cas de défaillance de sa part, un organisme (on suppose qu'il s'agira de l'Office français de l'immigration et de l'intégration – Ofii) est chargé de recouvrer ces sommes. Si l'étrangère ou l'étranger est empêché, cet organisme consigne puis réserve les sommes dues.

On ne sait pas comment cette procédure s'articulera avec une procédure contentieuse. Dans le projet de loi, une disposition prévoyait que le jugement du conseil des prud'hommes décidant des montants dus à la salariée ou au salarié serait notifié à l'organisme. Cette disposition a disparu dans la loi, ce qui laisse penser que l'organisme tranchera seul sur le montant dû. Comment celui-ci pourra-t-il être contesté ? La réponse n'est pas dans la directive « sanctions », caractérisée par le même flou.

On reste dubitatif sur le caractère réellement protecteur de cette mesure pour les étrangères et les étrangers dépourvus d'autorisation de travail. On a tout lieu de s'interroger sur les possibilités effectives d'envoi des sommes consignées aux personnes éloignées du territoire, dont il faudra connaître l'adresse, qui pourront se trouver loin de toute infrastructure de communication ou de transport et n'auront fréquemment aucun compte bancaire.

Dans la directive, la responsabilisation financière de l'entreprise qui emploie est conçue comme une condition pour que la lutte contre l'immigration illégale soit efficace. Ceci suppose que soit organisée en amont l'information des travailleuses et des travailleuses sur leurs droits. La loi renvoie à un décret d'application le droit à l'information du salarié ou de la salariée sans titre, dont on ignore encore les modalités. Mais il est peu probable que le défaut d'information puisse être utilisé pour bloquer le processus d'éloignement : le nouveau dispositif risque d'être sans portée réelle.

Les décrets d'application en la matière seront déterminants pour garantir une certaine effectivité des droits.

II. Lutte contre le travail illégal

A. Extension de l'infraction d'emploi d'un étranger non autorisé à travailler

Code du travail, article L. 8251-1 (modifié par art. 74)

Nul ne peut, directement ou ~~par personne interposée~~ **indirectement**, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France.

Code du travail, article L. 8251-2 (créé par art. 75)

Nul ne peut, directement ou indirectement, recourir sciemment aux services d'un employeur d'un étranger sans titre.

Code du travail, article L. 8256-2 (modifié par art. 74 et 81)

Le fait pour toute personne, directement ou par personne interposée, d'embaucher, de conserver à son service ou d'employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France en méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L. 8251-1, est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 15 000 euros.

Le fait de recourir sciemment, directement ou indirectement, aux services d'un employeur d'un étranger sans titre, est puni des mêmes peines.

Ces peines sont portées à un emprisonnement de dix ans et une amende de 100 000 euros lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

Le premier alinéa n'est pas applicable à l'employeur qui, sur la base d'un titre frauduleux ou présenté frauduleusement par un étranger salarié, a procédé sans intention de participer à la fraude et sans connaissance de celle-ci à la déclaration auprès des organismes de sécurité sociale prévue à l'article L. 1221-10, à la déclaration unique d'embauche et à la vérification auprès des administrations territorialement compétentes du titre autorisant cet étranger à exercer une activité salariée en France.

L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a d'étrangers concernés.

L'interdiction de recourir aux services d'une salariée ou d'un salarié étranger non autorisé à travailler en France est étendue à ceux d'une entreprise employant illégalement des travailleurs ou des travailleuses dépourvues de titre de travail : dans les deux cas l'infraction sera pénalement punie. Cette extension vise l'ensemble des contrats commerciaux (prestations, fourniture de services ou de biens...) et en particulier la sous-traitance en cascade.

Il faut évaluer cette extension à l'aune du contentieux mettant en cause les donneurs et les donneuses d'ordre en matière de travail dissimulé, qui demeure marginal : en application de l'article L. 8221-1 du code du travail, est interdit « *le fait*

de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé ». Mais en pratique la mise en œuvre de la responsabilité pénale du donneur ou de la donneuse d'ordre est très difficile en cas de sous-traitance. Il faut en effet démontrer la constitution de l'infraction d'emploi d'une étrangère ou d'un étranger sans titre et surtout l'intention frauduleuse du donneur ou de la donneuse d'ordre (en prouvant qu'il ou elle a connaissance et conscience de la violation de la réglementation et que l'infraction est commise volontairement).

Par exemple, la preuve de l'élément intentionnel de l'infraction commise peut s'appuyer sur le fait que le donneur ou la donneuse d'ordre n'a pas exigé de son ou sa prestataire les documents obligatoires prévus par la loi (pour les contrats portant sur une somme de plus de 3 000 euros, il lui faut obtenir de l'entreprise la liste nominative des salariés étrangers). Il ou elle n'a toutefois pas l'obligation de vérifier la sincérité et l'authenticité des documents qui lui sont remis. En pratique, les juges sont très exigeants pour retenir le caractère intentionnel de l'infraction.

La loi précise que la pénalité n'est pas applicable lorsque, sur la base d'un titre frauduleux ou présenté frauduleusement, il a été recouru aux services d'une étrangère ou d'un étranger sans titre sans intention de participer à la fraude et sans connaissance de celle-ci.

B. Solidarité financière des cocontractants étendue mais facilement écartée

Code du travail, article L. 8254-2 (modifié par art. 78)

La personne qui méconnaît les dispositions de l'article L. 8254-1 est tenue solidairement avec son cocontractant, sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 8222-1 à L. 8222-6, au paiement de la contribution spéciale prévue à l'article L. 8253-1 et de la contribution forfaitaire prévue à l'article L. 626-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

La personne qui méconnaît les dispositions de l'article L. 8254-1⁽²⁾ est tenue solidairement avec son cocontractant, sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 8222-1 à L. 8222-6, au paiement :

1° Du salaire et des accessoires de celui-ci dus à l'étranger sans titre, conformément au 1° de l'article L. 8252-2 ;

2° Des indemnités versées au titre de la rupture de la relation de travail, en application soit du 2° de

(2) *Obligation de vérifier tout le long du contrat que son contractant ou sa contractante n'emploie pas de travailleur sans titre (demander une liste des salariés ou salariées étrangères, de leurs dates d'embauche, nationalité et numéro du titre).*

l'article L. 8252-2, soit des articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1243-4 et L. 1243-8 ou des stipulations contractuelles, lorsque celles-ci conduisent à une solution plus favorable pour le salarié;

3° De tous les frais d'envoi des rémunérations impayées vers le pays dans lequel l'étranger est parti volontairement ou a été reconduit, mentionnés au 3° de l'article L. 8252-2.

4° De la contribution spéciale prévue à l'article L. 8253-1 du présent code et de la contribution forfaitaire prévue à l'article L. 626-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Code du travail, article L. 8254-2-1 (créé par art. 80)

Toute personne mentionnée à l'article L. 8254-1, informée par écrit par un agent mentionné à l'article L. 8271-1-2, par un syndicat de salariés, un syndicat ou une association professionnels d'employeurs ou une institution représentative du personnel que son cocontractant ou un sous-traitant direct ou indirect de ce dernier emploie un étranger sans titre enjoint aussitôt à son cocontractant de faire cesser cette situation.

L'employeur mis ainsi en demeure informe la personne mentionnée au premier alinéa des suites données à l'injonction. Si celle-ci n'est pas suivie d'effet, la personne mentionnée au premier alinéa peut résilier le contrat aux frais et risques du cocontractant.

La personne qui méconnaît le premier alinéa ainsi que son cocontractant sont tenus, solidairement avec le sous-traitant employant l'étranger sans titre, au paiement des rémunérations et charges, contributions et frais mentionnés à l'article L. 8254-2.

Code du travail, article L. 8254-2-2 (créé par art. 80)

Toute personne condamnée en vertu de l'article L. 8256-2 pour avoir recouru sciemment aux services d'un employeur d'un étranger sans titre est tenue solidairement avec cet employeur au paiement des rémunérations et charges, contributions et frais mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 8254-2.

Cette disposition vise à étendre la responsabilité pécuniaire dans le cadre de contrats commerciaux et/ou de chaînes de sous-traitance. Toutes les entreprises intervenantes dans une chaîne de sous-traitance sont fortement incitées à contrôler la situation administrative de l'ensemble des salariés.

La solidarité financière, qui existait déjà, est étendue, au-delà de la solidarité en matière de paiement de la contribution spéciale à l'Ofii, aux paiements des salaires, des indemnités de rupture et frais d'envoi éventuels à la salariée ou au salarié sans titre. Mais la loi introduit dans le même temps une cause d'exonération pour échapper à la condamnation *in solidum* (cette exonération existait aussi dans le cadre du travail dissimulé, mais pas pour l'emploi d'étrangères ou d'étrangers sans titre) : l'entreprise intervenant dans une chaîne de sous-traitance – et principalement, dans les faits, le donneur ou la don-

neuse d'ordre –, informée de l'emploi illégal d'un étranger ou d'une étrangère à l'un des niveaux de la chaîne, doit enjoindre au ou à la responsable de faire cesser la situation délictueuse. Cette injonction formalisée par écrit l'exonérera de toute solidarité financière.

Grâce à une telle possibilité d'exonération, il sera facile, en pratique, d'échapper à la solidarité prévue par la loi.

En tout état de cause, quand bien même certaines entreprises seraient condamnées civilement, l'étendue de la responsabilité pécuniaire demeure peu dissuasive au regard des bénéfices engrangés (directs et indirects) par le recours à une main-d'œuvre précaire.

C. Des sanctions administratives plus sévères

Code du travail, article L. 8272-1 (modifié par art. 85)

Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal relevant une des infractions constitutives de travail illégal mentionnées à l'article L. 8211-1⁽³⁾, elle peut, eu égard à la gravité des faits constatés, à la nature des aides sollicitées et à l'avantage qu'elles procurent à l'employeur, refuser d'accorder, pendant une durée maximale de cinq ans, ~~les aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle~~ **certaines des aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture** à la personne ayant fait l'objet de cette verbalisation.

~~Il en est de même pour les subventions et les aides à caractère public attribuées par le ministère de la culture et de la communication, y compris par les directions régionales des affaires culturelles, le Centre national du cinéma et de l'image animée, l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1.~~

Cette décision de refus est prise sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent être engagées.

L'autorité administrative peut également demander, eu égard aux critères mentionnés au premier alinéa, le remboursement de tout ou partie des aides publiques mentionnées au premier alinéa et perçues au cours des douze derniers mois précédant le procès-verbal.

Un décret fixe la nature des aides ~~et subventions~~ concernées et les modalités de la prise de décision relative au refus de leur attribution **ou à leur remboursement.**

Code du travail, article L. 8272-2 (créé par art. 86)

Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction prévue aux 1° à 4° de l'article L. 8211-1, elle peut, eu égard à la répétition et à la gravité des faits constatés et à la proportion de salariés concernés, ordonner par

(3) Travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre et emploi d'étranger sans titre

décision motivée la fermeture de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction, à titre provisoire et pour une durée ne pouvant excéder trois mois. Elle en avise sans délai le procureur de la République.

La mesure de fermeture provisoire est levée de plein droit en cas de classement sans suite de l'affaire, d'ordonnance de non-lieu et de décision de relaxe ou si la juridiction pénale ne prononce pas la peine complémentaire de fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés, mentionnée au 4° de l'article 131-39 du code pénal.

La mesure de fermeture provisoire peut s'accompagner de la saisie à titre conservatoire du matériel professionnel des contrevenants.

Les modalités d'application du présent article ainsi que les conditions de sa mise en œuvre aux chantiers du bâtiment et des travaux publics sont fixées par décret en Conseil d'État.

Code du travail, article L. 8272-3 (créé par art. 86)

La décision de fermeture provisoire de l'établissement par l'autorité administrative prise en application de l'article L. 8272-2 n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement.

Code du travail, article L. 8272-4 (créé par art. 87)

Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction prévue aux 1° à 4° de l'article L. 8211-1, elle peut, eu égard à la répétition et à la gravité des faits constatés et à la proportion de salariés concernés, ordonner, par décision motivée prise à l'encontre de la personne ayant commis l'infraction, l'exclusion des contrats administratifs mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative, pour une durée ne pouvant excéder six mois. Elle en avise sans délai le procureur de la République.

La mesure d'exclusion est levée de plein droit en cas de classement sans suite de l'affaire, d'ordonnance de non-lieu et de décision de relaxe ou si la juridiction pénale ne prononce pas la peine complémentaire d'exclusion des marchés publics mentionnée au 5° de l'article 131-39 du code pénal.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État.

La loi renforce les sanctions de nature administrative.

1° – En plus du refus d'accorder des aides publiques à l'emploi, à la formation professionnelle et à la culture en cas de condamnation pour une des infractions constitutives de travail illégal, qui existait déjà, la loi prévoit le remboursement de ces aides quand elles auront été perçues (au cours des douze derniers mois).

2° – La loi prévoit deux nouvelles sanctions à l'encontre des personnes verbalisées pour le délit,

notamment, d'emploi d'étranger ou d'étrangère sans titre :

- l'exclusion des marchés publics pour une durée de six mois au plus ;
- la fermeture provisoire de l'établissement pour une durée de trois mois au plus.

La loi ne dit pas qui prend l'initiative de ces décisions. Est-ce la préfecture de région ou la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) qui ordonnera, par exemple, la fermeture temporaire d'une entreprise ?

Dans tous les cas, cette administration, quelle qu'elle soit, ne pourra prendre ces sanctions que sous certaines conditions, variables selon la mesure envisagée :

- pour la fermeture provisoire de l'établissement et l'exclusion des marchés publics, il faudra que les faits soient graves et répétés, et prendre en compte le nombre de salariés concernés par l'infraction. Le procureur devra en être informé ;
- la fermeture de l'entreprise est censée ne pas affecter les contrats de travail en cours d'exécution ; autrement dit les employeurs devront continuer à verser les salaires. Si l'on en croit le rapporteur du projet de loi, Thierry Mariani, ne seront protégées que les personnes régulièrement employées. De fait, dans la mesure où il doit être mis fin immédiatement à la relation de travail, il est difficile de prétendre au maintien des salaires pour les salariées et les salariés sans titre.

Ce sont des sanctions qui se veulent vraiment dissuasives. Seront-elles utilisées dans le contexte économique actuel ? On peut en douter. La volonté de sauvegarde de l'emploi, surtout dans les secteurs connus pour employer une main-d'œuvre sans papiers, laisse à penser que ces mesures ne seront appliquées qu'avec parcimonie, tant il paraîtra difficile à des petites ou moyennes entreprises de continuer à verser des salaires sans que le travail se poursuive après la fermeture. Les sanctions cessent de plein droit si les poursuites pénales sont abandonnées ou ne donnent lieu à aucune condamnation. Il en est de même si la société, en tant que personne morale, n'a pas été condamnée, selon les cas, à la peine soit de fermeture temporaire de l'établissement, soit d'exclusion des contrats de marchés publics, comme le prévoit le code pénal.

On peut penser, à vrai dire, que la seule sanction véritablement dissuasive en la matière est le quintuplement du montant de la contribution spéciale due à l'Ofii en cas d'emploi d'un étranger ou d'une étrangère sans titre, prévue par la loi de finances

pour 2011 du 29 décembre 2010, qui passe de 1000 à 5000 fois le taux horaire (soit 45 000 euros) et en cas de réitération de 5 000 à 25 000 fois (soit 225 000 euros) – la somme étant due pour chaque salarié ou salariée employée illégalement (code du travail, art. L. 8253-1).

D. Agents et moyens nouveaux pour interpellier les « sans-papiers »

Code du travail article L. 8271-1-2 (créé par art. 84)

Les agents de contrôle compétents en application de l'article L. 8271-1 sont :

1° Les inspecteurs et les contrôleurs du travail ;

2° Les officiers et agents de police judiciaire ;

3° Les agents des impôts et des douanes ;

4° Les agents des organismes de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole agréés à cet effet et assermentés ;

5° Les officiers et les agents assermentés des affaires maritimes ;

6° Les fonctionnaires des corps techniques de l'aviation civile commissionnés à cet effet et assermentés ;

7° Les fonctionnaires ou agents de l'État chargés du contrôle des transports terrestres ;

8° Les agents de l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1, chargés de la prévention des fraudes, agréés et assermentés à cet effet.

Code du travail, article L. 8271-6-1 (créé par art. 84)

Les agents de contrôle mentionnés à l'article L. 8271-1-2 sont habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, tout employeur ou son représentant et toute personne rémunérée, ayant été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant, afin de connaître la nature des activités de cette personne, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature. De même, ils peuvent entendre toute personne susceptible de fournir des informations utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal.

Ces auditions peuvent faire l'objet d'un procès-verbal signé des agents mentionnés au premier alinéa et des personnes entendues.

Ces agents sont en outre habilités à demander aux employeurs, aux travailleurs indépendants, aux personnes employées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ainsi qu'à toute personne dont ils recueillent les déclarations dans l'exercice de leur mission, de justifier de leur identité et de leur adresse.

Code du travail, article L. 8271-6-2 (créé par art. 84)

Pour la recherche et la constatation des infractions constitutives de travail illégal, les agents de contrôle mentionnés à l'article L. 8271-1-2 peuvent se faire présenter et obtenir copie immédiate des documents justifiant du respect des dispositions du présent livre.

Code du travail, article L. 8271-17 (modifié par art. 75)

Outre les inspecteurs et contrôleurs du travail, les agents et officiers de police judiciaire, les agents de la direction générale des douanes sont compétents pour rechercher et constater, au moyen de procès-verbaux transmis directement au procureur de la République, les infractions aux dispositions de l'article L. 8251-1 relatif à l'emploi d'un étranger sans titre de travail et de l'article L. 8251-2 interdisant le recours aux services d'un employeur d'un étranger sans titre.

L'article L. 8271-6-1 vise à étendre à la lutte contre l'ensemble du travail illégal les pouvoirs déjà accordés aux agents et aux agentes dans le cadre d'enquête relative au travail dissimulé⁽⁴⁾. Cela permettra à l'inspection du travail et à la police judiciaire comme à la douane et à l'Urssaf de rechercher et d'interpeller plus facilement des travailleurs et des travailleuses sans papiers, sans craindre que la procédure ne soit remise en cause : pour les appréhender, les agents et agentes de police n'auront plus besoin de se placer dans le cadre d'une enquête relative au travail dissimulé.

Toutes et tous peuvent désormais entrer dans les lieux de travail, interroger les personnes présentes et leur demander immédiatement de justifier de la régularité de leur situation administrative. Le texte permet a priori de vérifier la régularité du séjour de toutes les personnes présentes sur les lieux lorsqu'ils sont ouverts au public, des restaurants ou des cafés par exemple.

III. Suppression de la liste des métiers pour l'admission exceptionnelle au séjour

Ceseda, article L. 313-14 (modifié par art. 27)

La carte de séjour temporaire mentionnée à l'article L. 313-11 ou la carte de séjour temporaire mentionnée au 1° de l'article L. 313-10 ~~sur le fondement du troisième alinéa de cet article~~ peut être délivrée, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir, sans que soit opposable la condition prévue à l'article L. 311-7.

~~La Commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour exprime un avis sur les critères d'admission exceptionnelle au séjour mentionnés au premier alinéa. Cette commission présente chaque année un rapport évaluant les conditions d'application en France de l'admission exceptionnelle au séjour. Ce rapport est annexé au rapport mentionné à l'article L. 111-10.~~

(4) *Dissimulation d'une activité et de l'emploi d'un salarié ou d'une salariée (absence de déclaration à l'Urssaf, non remise de bulletin de salaire...).*

· L'autorité administrative est tenue de soumettre pour
· avis à la commission mentionnée à l'article L. 312-1, la
· demande d'admission exceptionnelle au séjour formée
· par l'étranger qui justifie par tout moyen résider en
· France habituellement depuis plus de dix ans.

· Un décret en Conseil d'État définit les modalités
· d'application du présent article ~~et en particulier~~
· ~~la composition de la commission, ses modalités de~~
· ~~fonctionnement ainsi que les conditions dans lesquelles~~
· ~~l'autorité administrative, saisie d'un recours hiérarchique~~
· ~~contre un refus d'admission exceptionnelle au séjour, peut~~
· ~~prendre l'avis de la commission.~~

Une carte de séjour temporaire « salarié » ou « travailleur temporaire » peut être délivrée au titre de l'admission exceptionnelle au séjour. La loi supprime la mention « *sur le fondement du 3^e alinéa de cet article [L. 313-10]* », qui renvoyait aux listes des métiers en tension et restreignait le champ

d'application de cette procédure. Le Conseil d'État avait déjà considéré que les conditions de délivrance exposées par une circulaire du 20 décembre 2007 (abrogée depuis) et renvoyant à ces listes étaient trop restrictives et qu'il était ainsi porté atteinte au pouvoir discrétionnaire reconnu à la préfecture en matière de régularisation (CE, 23 oct. 2009, n° 314397, *Gisti*).

La référence à la commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour chargée d'exprimer un avis sur les critères d'admission exceptionnelle au séjour est supprimée.

IV. Carte bleue européenne [renvoi]

[Voir p. 12 à 14 dans le chapitre II : « Séjour »]

Chapitre IV. Les mesures d'éloignement

Le livre V du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (« Les mesures d'éloignement ») a fait l'objet de très importantes modifications.

Son titre I^{er} intitulé jusque-là « *L'obligation de quitter le territoire français et la reconduite à la frontière* » devient désormais : « *L'obligation de quitter le territoire français et l'interdiction de retour sur le territoire français* » (art. 36 de la loi), cependant que le chapitre I^{er} de ce titre I^{er} « *Cas dans lesquels un étranger peut faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une mesure de reconduite à la frontière* » s'intitule maintenant : « *Cas dans lesquels un étranger peut faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et d'une interdiction de retour sur le territoire français* » (*id.*).

Ces changements d'intitulé mettent en lumière deux importantes nouveautés de la loi :

1° – L'obligation de quitter le territoire français (OQTF) devient en effet la mesure administrative de droit commun en matière d'éloignement. Toutefois, cette mesure peut faire l'objet de deux modalités distinctes, suivant que l'étranger ou l'étrangère dispose d'un délai de trente jours, dit « *délai de départ volontaire* », pour satisfaire à l'obligation qui lui a été notifiée ou, au contraire, doit quitter sans délai le territoire français.

2° – Cette mesure d'éloignement peut être accompagnée d'une « *interdiction de retour sur le territoire français* ».

I. La nouvelle articulation entre OQTF et APRF

L'OQTF devient la mesure d'éloignement quasi-exclusive, l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (APRF) ne concernant plus que des cas résiduels.

A. L'OQTF, mesure d'éloignement principale

· Ceseda, article L. 511-1 (modifié par art. 37)

· **I. – L'autorité administrative peut obliger à quitter le territoire français un étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen**

· ou de la Confédération suisse et qui n'est pas membre de la famille d'un tel ressortissant au sens des 4° et 5° de l'article L. 121-1, lorsqu'il se trouve dans l'un des cas suivants :

· 1° Si l'étranger ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ;

· 2° Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée sur le territoire sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré ;

· 3° Si la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé à l'étranger ou si le titre de séjour qui lui avait été délivré lui a été retiré ;

· 4° Si l'étranger n'a pas demandé le renouvellement de son titre de séjour temporaire et s'est maintenu sur le territoire français à l'expiration de ce titre ;

· 5° Si le récépissé de la demande de carte de séjour ou l'autorisation provisoire de séjour qui avait été délivré à l'étranger lui a été retiré ou si le renouvellement de ces documents lui a été refusé.

· La décision énonçant l'obligation de quitter le territoire français est motivée. Elle n'a pas à faire l'objet d'une motivation distincte de celle de la décision relative au séjour dans les cas prévus aux 3° et 5° du présent I, sans préjudice, le cas échéant, de l'indication des motifs pour lesquels il est fait application des II et III.

· L'obligation de quitter le territoire français fixe le pays à destination duquel l'étranger est renvoyé en cas d'exécution d'office.

L'article L. 511-1 dans sa rédaction antérieure comprenait de façon significative deux « blocs », I et II, correspondant le premier à l'OQTF, le second à l'APRF. Dans la nouvelle rédaction de cet article, cette dichotomie disparaît et il n'est plus question que d'OQTF.

Les cinq cas dans lesquels une OQTF peut être prononcée regroupent les cas correspondant à l'APRF et ceux correspondant à l'OQTF dans l'ancienne version.

1. Cas correspondants à l'ancien APRF

L'étrangère ou l'étranger :

– ne peut justifier être entré régulièrement en France et n'est pas titulaire d'un titre de séjour

(ancien 1° du II de la rédaction antérieure) ; en vertu de l'article L. 511-2 du Ceseda, ce cas englobe celui de la personne qui ne remplit pas les conditions d'entrée dans l'espace Schengen ou qui, en provenance directe d'un État partie à la convention de Schengen, ne peut justifier être entré sur le territoire français (métropolitain) en se conformant aux stipulations de ladite convention ;

– s'est maintenu sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou, si elle ou il n'est pas soumis à l'obligation du visa, au-delà d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, et n'est pas titulaire d'un titre de séjour (ancien 2° du II) ; de même, ce cas inclut, en vertu de l'article L. 511-3 du Ceseda, celui de l'étranger qui, en provenance directe d'un État partie à la convention de Schengen, s'est maintenu irrégulièrement sur le territoire français (métropolitain) ;

– n'a pas demandé le renouvellement de son titre de séjour temporaire et s'est maintenu sur le territoire français à l'expiration de ce titre. L'ancien 4° du II indiquait : « *qui s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai d'un mois suivant l'expiration de ce titre* » ; désormais, une mesure d'éloignement peut, donc, être prise dès le lendemain de la date d'expiration du titre, sans aucun délai supplémentaire.

Dans ces trois cas, l'irrégularité du séjour sera révélée à l'occasion d'un contrôle d'identité et l'obligation de quitter le territoire français, comme auparavant l'arrêté de reconduite à la frontière, sera presque toujours accompagnée d'une décision de placement en rétention pour s'assurer de l'exécution de l'éloignement.

2. Cas correspondants à l'ancienne OQTF

L'étrangère ou l'étranger :

– s'est vu refuser la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour ou son titre de séjour lui a été retiré. Le refus de délivrance ou de renouvellement de titre peut être motivé par l'existence d'une menace à l'ordre public ; dans la rédaction antérieure, il fallait prendre dans ce cas, en sus de la décision de refus de titre de séjour, un APRF (7° du II de l'ancienne version de l'article L. 511-1) ;

– s'est vu retirer son récépissé de demande de titre de séjour ou son autorisation provisoire de séjour (APS) ou bien le renouvellement de son récépissé ou de son APS lui a été refusé. Notons que l'article L. 511-1, I dans sa version antérieure n'envisageait que le retrait et non le refus de renouvellement de l'un de ces documents, refus de renouvellement qui peut d'ailleurs ne

pas faire l'objet d'une décision écrite. Le motif de menace pour l'ordre public peut être retenu, alors qu'il était exclu dans la version antérieure : bien que cela ne fût pas précisé par le code, il fallait donc, dans ce cas aussi, compléter la décision de retrait par un APRF.

Dans ces deux derniers cas, l'OQTF accompagne nécessairement une décision concernant le séjour et s'ajoute donc à celle-ci, comme c'était déjà la pratique.

L'article L. 511-1 nouveau ne concerne ni les communautaires et assimilés, ni les membres de leur famille ; toutefois, ils ou elles peuvent faire l'objet d'une OQTF dans des conditions précisées à l'article L. 511-3-1 nouveau (v. p. 50).

Comme précédemment, l'OQTF n'a pas à faire l'objet d'une motivation distincte, lorsqu'elle accompagne une décision de refus de délivrance, de refus de renouvellement ou de retrait d'un titre de séjour, d'un récépissé ou d'une APS (cas 3° et 5° de la nouvelle rédaction correspondant aux « anciennes » OQTF), ainsi que le législateur l'avait décidé dans la loi du 20 novembre 2007 après que le Conseil d'État avait émis un avis dans le même sens (CE, 19/10/2007, *M. Hammou et M. Benabdelhak*, n° 306821 et 306822).

Elle doit en revanche être motivée dans les autres cas, c'est-à-dire dans les hypothèses où elle se substitue à l'ancien APRF.

Enfin, toujours comme auparavant, l'OQTF « *fixe le pays à destination duquel l'étranger est renvoyé en cas d'exécution d'office* ».

En définitive, le changement est surtout sémantique : depuis l'intervention de la loi du 24 juillet 2006 qui a créé les OQTF, les décisions d'éloignement accompagnant une décision concernant un titre de séjour portaient le nom d'« obligation de quitter le territoire français », tandis qu'on continuait à appeler « arrêtés de reconduite à la frontière » celles qui visaient un étranger sans titre de séjour. Désormais l'OQTF recouvre l'ensemble de ces hypothèses.

B. Le maintien résiduel de l'APRF

Un APRF peut être pris dans deux hypothèses.

1. Une faculté déjà reconnue à l'administration à laquelle est conféré un champ d'application beaucoup plus étendu

: Ceseda, article L. 533-1 (créé par art. 65)
 : **L'autorité administrative compétente peut, par arrêté motivé, décider qu'un étranger, sauf s'il est au nombre de ceux visés à l'article L. 121-4, doit être reconduit à la frontière :**

1° Si son comportement constitue une menace pour l'ordre public.

La menace pour l'ordre public peut s'apprécier au regard de la commission des faits passibles de poursuites pénales sur le fondement des articles du code pénal cités au premier alinéa de l'article L. 313-5 du présent code, ainsi que des 1°, 4°, 6° et 8° de l'article 311-4, de l'article 322-4-1 et des articles 222-14, 224-1 et 227-4-2 à 227-7 du code pénal;

2° Si l'étranger a méconnu l'article L. 5221-5 du code du travail.

Le présent article ne s'applique pas à l'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de trois mois.

Les articles L. 511-4, L. 512-1 à L. 512-3, le premier alinéa de l'article L. 512-4, le premier alinéa du I de l'article L. 513-1 et les articles L. 513-2, L. 513-3, L. 514-1, L. 514-2 et L. 561-1 du présent code sont applicables aux mesures prises en application du présent article.

Ces dispositions ne sont pas applicables aux communautaires ou assimilés et membres de leurs familles – auxquels s'applique l'article L. 121-4 (v. p. 50), ni aux étrangers ou étrangères résidant légalement en France depuis plus de trois mois. Elles concernent uniquement ceux ou celles qui se trouvent en France depuis moins de trois mois, éventuellement sous couvert d'un visa de court séjour, ou qui y résident depuis plus de trois mois mais en situation irrégulière.

L'ancien 8° du II de l'article L. 511-1 prévoyait déjà la possibilité de prendre un APRF pour menace à l'ordre public ou travail sans autorisation, mais seulement pendant la durée de validité du visa ou dans les trois mois suivant l'entrée en France. Sous couvert d'une modification rédactionnelle, il s'agit là d'un changement important. Car désormais la préfecture pourra prendre un APRF fondé sur une menace (simple) à l'ordre public à l'encontre d'un étranger ou d'une étrangère en situation irrégulière, quelle que soit la durée de sa présence en France. C'est une façon de contourner les conditions plus strictes de l'expulsion, qui ne peut être prononcée que pour menace grave à l'ordre public et qui est entourée de certaines garanties.

a. Sont concernés en premier lieu ceux ou celles dont le comportement « constitue une menace pour l'ordre public ».

Ce comportement « peut s'apprécier au regard de la commission de faits passibles de poursuites pénales » sur le fondement d'une grande variété d'articles du code pénal énumérés par renvoi à l'article L. 313-5 du Ceseda (qui donne la liste des infractions pouvant entraîner le retrait de la carte de séjour) ou directement. La formulation utilisée : « peut s'apprécier » est obscure, mais elle laisse entendre que la commission des faits visés fera pré-

sumer l'existence d'une menace pour l'ordre public. Et comme il n'est pas nécessaire que ces faits aient entraîné une condamnation, c'est en pratique à la préfecture qu'il reviendra de les qualifier.

Les infractions énumérées sont les suivantes : trafic de stupéfiants (art. 222-39 du code pénal); infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci (art. 321-6-1); traite des êtres humains et tentative (art. 225-4-1 à 225-4-4 et 225-4-7); proxénétisme et racolage (art. 225-5 à 225-11); exploitation de la mendicité (art. 225-12-5 à 225-12-7); vol commis dans un transport en commun (art. 311-4, 7°); demande de fonds sous contrainte (art. 312-12-1); vol aggravé (art. 311-4, 1°, 4°, 6°, 8°); fait de s'installer en réunion sur un terrain public ou privé (art. 322-4-1); violences sur mineur de 15 ans ou personne vulnérable (art. 222-14); enlèvement et séquestration de personne (art. 224-1); non-respect des obligations et interdictions résultant d'une ordonnance de protection et atteintes à l'autorité parentale (art. 227-4-2 à 227-7).

L'étranger ou l'étrangère passible de poursuites pénales sur le fondement de l'une des infractions énumérées, dont la liste est très éclectique et mêle des infractions de gravité très variable, peut faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière.

b. Peut également faire l'objet d'un APRF l'étranger ou l'étrangère qui a travaillé sans détenir une autorisation de travail en violation de l'article L. 5221-5 du code du travail.

Les cas de protection contre l'éloignement (art. L. 511-4 du Ceseda), la procédure administrative et contentieuse (sauf l'aide au retour), les conditions d'exécution et l'assignation à résidence en cas d'impossibilité d'exécution (art. L. 561-1) sont applicables à ces APRF « résiduels ».

2. Dispositif qui existait déjà et modifié très marginalement

Ceseda, article L. 531-3 (modifié par art. 70)

Lorsqu'un étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne a fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en vertu d'une décision exécutoire prise par l'un des autres États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et qu'il se trouve irrégulièrement sur le territoire métropolitain, l'autorité administrative peut décider qu'il sera d'office reconduit à la frontière.

Il en est de même lorsqu'un étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, qui se trouve en France, a fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire prise par l'un des autres États membres de l'Union européenne.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du précédent alinéa.

· Pour l'exécution des mesures prévues au présent
· article, les dispositions de l'article L. 513-2, du premier
· alinéa de l'article L. 513-3 et de l'article ~~L. 513-4~~ L. 561-1
· sont applicables.

Cet article vise la personne étrangère ayant fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans le fichier SIS par un autre État de l'espace Schengen ou sous le coup d'une décision d'éloignement exécutoire prise par un autre État membre de l'Union européenne. L'administration peut alors exécuter d'office la reconduite à la frontière sans avoir à prendre une autre décision que celle prise par cet autre État et selon les modalités de l'exécution d'une OQTF (v. p. 40). La référence à l'applicabilité de l'article L. 561-1 vise la possibilité de prononcer une assignation à résidence (v. p. 41).

De même, le nouveau texte prévoit la reconduite à la frontière d'office, donc sans qu'il soit nécessaire de prendre une nouvelle décision, de celle ou celui qui fait l'objet d'une interdiction de retour sur le territoire français et qui y est revenu (art. L. 513-1, II, v. p. 40).

II. Deux modalités d'OQTF

· Ceseda, article L. 511-1 (suite) (modifié par art. 37) :

· II. – Pour satisfaire à l'obligation qui lui a été faite de
· quitter le territoire français, l'étranger dispose d'un
· délai de trente jours à compter de sa notification
· et peut solliciter, à cet effet, un dispositif d'aide au
· retour dans son pays d'origine. Eu égard à la situation
· personnelle de l'étranger, l'autorité administrative
· peut accorder, à titre exceptionnel, un délai de départ
· volontaire supérieur à trente jours.

· Toutefois, l'autorité administrative peut, par une
· décision motivée, décider que l'étranger est obligé
· de quitter sans délai le territoire français :

· 1° Si le comportement de l'étranger constitue une
· menace pour l'ordre public ;

· 2° Si l'étranger s'est vu refuser la délivrance ou le
· renouvellement de son titre de séjour, de son récépissé
· de demande de carte de séjour ou de son autorisation
· provisoire de séjour au motif que sa demande était ou
· manifestement infondée ou frauduleuse ;

· 3° S'il existe un risque que l'étranger se soustraie à
· cette obligation. Ce risque est regardé comme établi,
· sauf circonstance particulière, dans les cas suivants :

· a) Si l'étranger, qui ne peut justifier être entré
· régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité
· la délivrance d'un titre de séjour ;

· b) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français
· au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est
· pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un
· délai de trois mois à compter de son entrée en France,
· sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;

· c) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français
· plus d'un mois après l'expiration de son titre de

· séjour, de son récépissé de demande de carte de
· séjour ou de son autorisation provisoire de séjour,
· sans en avoir demandé le renouvellement ;

· d) Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une
· précédente mesure d'éloignement ;

· e) Si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous
· un autre nom que le sien un titre de séjour ou un
· document d'identité ou de voyage ;

· f) Si l'étranger ne présente pas de garanties de
· représentation suffisantes, notamment parce qu'il
· ne peut justifier de la possession de documents
· d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il
· a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il
· n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou
· permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait
· aux obligations prévues par les articles L. 513-4,
· L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2.

· L'autorité administrative peut faire application du
· deuxième alinéa du présent II lorsque le motif apparaît
· au cours du délai accordé en application du premier
· alinéa.

Ces dispositions nouvelles entendent transposer dans le droit français la directive « retour » du 16 décembre 2008.

Auparavant, la personne sous le coup d'une OQTF disposait, dans tous les cas, d'un délai d'un mois à compter de sa notification pour satisfaire à l'obligation de quitter le territoire. Par contre, celle à qui était notifié un APRF ne disposait d'aucun délai pour s'y conformer. Or la directive (art. 7) énonce le principe suivant lequel : « *La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire* », tout en prévoyant des cas dans lesquels « *les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours* ».

La nouvelle loi définit donc, deux modalités distinctes d'OQTF, selon qu'un délai de départ volontaire a été ou non accordé.

A. L'OQTF avec délai de départ volontaire

Désormais, celle ou celui qui a fait l'objet d'une OQTF dispose d'un délai normal de trente jours (et non d'un mois comme précédemment) ; toutefois, un délai de départ volontaire supérieur à trente jours (sans limite maximale de durée) peut lui être accordé par l'autorité administrative, à titre exceptionnel, et de façon quasiment discrétionnaire puisqu'elle se prononce « *eu égard à la situation personnelle de l'étranger* », ce qui est particulièrement vague. La directive « retour », elle, indique que la décision est prise « *en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux* » (art. 7, point 2).

Il n'est pas non plus précisé dans la loi selon quelles modalités le bénéfice de ce délai exceptionnel pourra être demandé.

B. L'OQTF sans délai de départ volontaire

La directive « retour » prévoit, au point 4 de l'article 7, que les États membres peuvent « *s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours [...] s'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale* ».

La loi prétend transposer cette stipulation en précisant que l'administration pourra décider, en motivant sa décision, que l'étrangère ou l'étranger est obligé de quitter la France sans délai dans trois cas :

- 1° – si son comportement constitue une menace pour l'ordre public ;
- 2° – si elle ou il s'est vu refuser la délivrance ou le renouvellement de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour au motif que sa demande était ou manifestement infondée ou frauduleuse ;
- 3° – s'il existe un risque qu'elle ou il se soustraie à son obligation de quitter le territoire français.

C'est sur ce troisième point que la loi française – qui ne reprend pas exactement les termes de la directive qui parle de « risque de fuite » – est le plus contestable. Le risque est regardé comme établi, « *sauf circonstance particulière* », dans six cas, ce qui signifie que la loi crée une présomption de risque de soustraction à l'éloignement et que ce sera donc à la personne qui se trouve dans l'une des situations énumérées de faire la preuve (ou de tenter de la faire) qu'il n'existe pas de risque qu'il ou elle prenne la fuite et se soustraie à son obligation.

Les trois premiers cas concernent les personnes qui n'ont pas demandé la régularisation de leur situation en sollicitant la délivrance d'un titre de séjour :

- soit elles sont entrées en France irrégulièrement : cas a) ;
- soit elles se sont maintenues sur le territoire au-delà de la durée de validité de leur visa ou d'une durée de trois mois à compter de leur entrée : cas b) ;
- soit encore elles n'ont pas demandé le renouvellement de leur titre de séjour, de leur récépissé ou de leur APS dans le délai d'un mois suivant l'expiration de l'un de ces documents : cas c).

Ces trois cas reprennent quasiment mot pour mot ceux prévus au 1°, 2° et 4° du I de l'article L. 511-1 (qui énumère les hypothèses où une OQTF peut être prise), à la seule différence, dans le cas c), de la mention du délai d'un mois suivant l'expiration du titre, alors que le 4° du I indique « *à l'expiration de ce titre* ». Même s'il s'agit là d'une probable inattention du législateur, on en déduit qu'une OQTF pourra être prise à l'encontre de la personne qui a omis de demander le renouvellement de son titre dès l'expiration de celui-ci, mais que cette OQTF ne pourra être « sans délai » que si le titre est expiré depuis plus d'un mois.

Quoi qu'il en soit, la similitude des termes employés laisse présager que dans ces cas a), b) et c) (qui incluent également les personnes qui, en provenance directe d'un État partie à la convention de Schengen, sont entrées ou se sont maintenues sur le territoire métropolitain sans se conformer aux stipulations de ladite convention : art. L. 511-2 et L. 511-3), l'OQTF sera normalement sans délai.

Le cas d) vise celle ou celui qui s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement.

Le cas e) vise celle ou celui qui « *a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage* ».

Le cas f) vise celle ou celui qui « *ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513-4, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2* » (il s'agit des mesures de contrôle imposées pendant le délai de départ volontaire ou de l'assignation à résidence ordonnée par l'administration ou par le juge des libertés et de la détention).

Enfin, le dernier alinéa du II de cet article L. 511-1 permet de transformer une OQTF avec délai en OQTF sans délai lorsque, pendant le délai accordé, apparaît un motif justifiant la suppression de ce délai. Dans ce cas, une décision autonome, notifiée par la voie administrative (art. R. 511-2 du Ceseda résultant du décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011), sera prise, alors que, dans la plupart des cas, la décision de refuser un délai de départ volontaire sera annexée à une décision d'OQTF (elle-même liée ou non à une décision de refus de titre de séjour). Le même article R. 511-2 prévoit que celui ou celle qui bénéficie d'un délai de départ volontaire doit être averti de cette possibilité de suppression du délai.

Remarque : on ne voit pas en quoi les critères retenus au 3° du II de l'article L. 511-1, à l'exception des d) et e), établiraient un « *risque de fuite* ».

Plus généralement, la plupart des personnes en situation irrégulière sont susceptibles de se voir refuser un délai de départ volontaire. En effet : soit elles n'ont jamais demandé de titre de séjour sachant qu'elles n'avaient aucune chance de l'obtenir et elles seront présumées vouloir se soustraire à leur obligation de quitter le territoire ; soit elles ont présenté une telle demande, mais l'administration estimera alors que celle-ci était « manifestement infondée ».

L'OQTF sans délai pourrait ainsi devenir la norme et non l'exception, y compris après un refus de séjour.

III. L'interdiction de retour

Ceseda, article L. 511-1 (suite) (modifié par art. 37)

III. – L'autorité administrative peut, par une décision motivée, assortir l'obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de retour sur le territoire français.

L'étranger à l'encontre duquel a été prise une interdiction de retour est informé qu'il fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen, conformément à l'article 96 de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990. Les modalités de suppression du signalement de l'étranger en cas d'annulation ou d'abrogation de l'interdiction de retour sont fixées par voie réglementaire.

Lorsque l'étranger ne faisant pas l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire, l'autorité administrative peut prononcer une interdiction de retour pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification.

Lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour pour une durée maximale de trois ans à compter de sa notification.

Lorsqu'un délai de départ volontaire a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour, prenant effet à l'expiration du délai, pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification.

Lorsque l'étranger faisant l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire ou alors qu'il était obligé de quitter sans délai le territoire français ou, ayant déféré à l'obligation de quitter le territoire français, y est revenu alors que l'interdiction de retour poursuit ses effets, l'autorité administrative peut prolonger cette mesure pour une durée maximale de deux ans.

L'interdiction de retour et sa durée sont décidées par l'autorité administrative en tenant compte de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet ou

non d'une mesure d'éloignement et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français.

L'autorité administrative peut à tout moment abroger l'interdiction de retour. Lorsque l'étranger sollicite l'abrogation de l'interdiction de retour, sa demande n'est recevable que s'il justifie résider hors de France. Cette condition ne s'applique pas :

1° Pendant le temps où l'étranger purge en France une peine d'emprisonnement ferme ;

2° Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence prise en application des articles L. 561-1 ou L. 561-2.

Lorsqu'un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français avec délai de départ volontaire assortie d'une interdiction de retour justifie, selon des modalités déterminées par voie réglementaire, avoir satisfait à cette obligation dans le délai imparti, au plus tard deux mois suivant l'expiration de ce délai de départ volontaire, l'interdiction de retour est abrogée. Toutefois, par décision motivée, l'autorité administrative peut refuser cette abrogation au regard de circonstances particulières tenant à la situation et au comportement de l'intéressé.

Renvoyer les étrangères et les étrangers chez eux ne suffisait pas ; le législateur a imaginé de leur imposer une mesure qui équivaut à un véritable bannissement puisqu'elle les empêchera, de façon plus ou moins durable, de revenir non seulement sur le territoire français mais dans l'ensemble des États de l'espace Schengen.

La loi crée donc l'« interdiction de retour sur le territoire français » (IRTF) qui peut accompagner une OQTF. On peut s'interroger sur l'usage qui sera fait de cette nouveauté par les préfetures et craindre que la possibilité qui leur est offerte ne soit systématiquement mise en œuvre, de la même façon que l'OQTF, simple « possibilité » elle aussi, a accompagné quasiment toutes les décisions de refus de titre de séjour à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 2006.

En tout cas, celui ou celle qui se voit notifier une interdiction de retour sur le territoire français est automatiquement signalée aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen (fichier SIS) ; il ou elle ne pourra donc obtenir de visa ni pour la France, ni pour aucun autre des États faisant partie de l'espace « Schengen »⁽⁵⁾ ni entrer légalement dans aucun de ces États. L'interdiction de retour ne se limite donc pas, on le voit, au territoire français.

(5) L'espace Schengen inclut les États membres de l'Union européenne à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande et, pour l'instant, de Chypre, de la Bulgarie et de la Roumanie. Il inclut en revanche aussi l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse.

L'article R. 511-3 du Ceseda, créé par le décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011, renvoie pour les modalités de suppression du signalement au SIS à celles qui s'appliquent, en vertu de l'article 7 du décret du 28 mai 2010, aux cas d'extinction du motif d'inscription au fichier des personnes recherchées. Ce texte se contente de préciser que « *les données à caractère personnel enregistrées dans le fichier sont effacées sans délai en cas [...] d'extinction du motif de l'inscription [...] par les services ayant procédé à l'enregistrement des données* ». On peut émettre quelque doute sur le caractère automatique de cet effacement et il existe un risque que des personnes qui devraient pouvoir revenir en France en soient empêchées du fait de la non-radiation de leur nom dans le fichier SIS.

L'interdiction de retour peut être prononcée à différents moments et pour différentes durées :

1° – en complément d'une OQTF avec délai de départ volontaire (deux ans maximum) ou sans délai (trois ans maximum). L'IRTF figure alors dans la même décision que l'OQTF ;

2° – en cas d'une OQTF prononcée avec un délai de départ et initialement sans IRTF, une IRTF (deux ans maximum à compter de cette nouvelle décision) peut être prononcée si la personne s'est maintenue en France au-delà de ce délai ;

3° – lorsqu'une IRTF a déjà été décidée en complément à l'OQTF, une prolongation de sa durée (d'un maximum de deux ans) peut être prononcée par une nouvelle décision postérieure lorsque l'étrangère ou l'étranger :

- soit n'est pas parti (OQTF avec ou sans délai) ;
- soit est revenu en France avant la fin de son IRTF.

Cette décision postérieure à l'OQTF allonge la durée initiale de l'IRTF, qui peut atteindre ainsi une durée maximum de cinq ans.

Or, ici encore, les critères qui permettront à l'administration de décider du principe et de la durée d'une IRTF sont particulièrement peu précis, puisqu'elle devra tenir compte de « *la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet ou non d'une mesure d'éloignement et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français* ».

L'administration peut abroger à tout moment – y compris de son propre chef, même si l'hypothèse paraît peu probable – une IRTF.

Par contre, une demande d'abrogation formée par la personne concernée n'est recevable que si elle se trouve dans l'une des trois situations suivantes :

1° – elle justifie résider hors de France (elle a donc satisfait à l'OQTF qui lui a été notifiée) ;

2° – elle est en prison pour y purger une peine ;
3° – elle est assignée à résidence à la suite d'une décision administrative prise en vertu des articles L. 561-1 ou L. 561-2 du Ceseda (v. p. 41 et 42).

Si la personne ayant fait l'objet d'une OQTF avec délai de départ volontaire justifie qu'elle a bien satisfait à son obligation de quitter le territoire français, dans le délai qui lui a été imparti, l'administration doit, en principe, abroger l'IRTF. Mais elle doit justifier son départ « *au plus tard deux mois suivant l'expiration du délai de départ volontaire* ». L'article R. 511-4 du Ceseda résultant du décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011 précise que l'étranger ou l'étrangère peut apporter la preuve de son départ par tout moyen notamment en produisant un document de voyage (passeport) revêtu d'un cachet délivré conformément aux prescriptions du code frontières Schengen, ou en se présentant personnellement aux consulats de France ou à la délégation de l'Ofii dans son pays de retour. Quant à la préfecture, elle peut refuser cette abrogation, par une décision motivée, « *au regard de circonstances particulières tenant à la situation et au comportement de l'intéressé* », critères encore une fois flous et laissant à l'administration un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Cette abrogation de l'IRTF en cas de départ dans le délai prévu est donc loin d'être automatique.

Au-delà de ce délai, particulièrement court, l'abrogation peut, semble-t-il, encore être demandée, mais celle-ci n'est plus « de droit » (dans les limites que l'on a rappelées) et elle est entièrement laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'administration.

IV. Protection contre l'éloignement

· Ceseda, article L. 511-4 (modifié par art. 40)

· Ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ~~ou d'une mesure de reconduite à la frontière en application du présent chapitre :~~

· [...]

· 10° L'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve ~~qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi~~ **d'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé ;**

· 11° Le ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, ainsi que les membres de sa famille, qui bénéficient du droit au séjour permanent prévu par l'article L. 122-1.

· ~~En outre, ne peut faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière pour l'un des motifs prévus aux 1°, 2° et 4°~~

~~du II de l'article L. 511-1 l'étranger ressortissant d'un pays tiers qui est membre, tel que défini à l'article L. 121-3, de la famille d'un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse.~~

L'article L. 511-4 n'a été modifié qu'à la marge, notamment en supprimant la référence à une mesure de reconduite à la frontière.

Les onze catégories protégées demeurent les mêmes. Le 10°, concernant les étrangers et étrangères malades, a été modifié pour le mettre en conformité avec la nouvelle rédaction du 11° de l'article L. 313-11 (v. p. 14).

Remarque: l'abrogation du dernier alinéa ne fait que tirer la conséquence de la suppression de la mesure de reconduite à la frontière. (Sur la protection accordée aux ressortissants communautaires et aux membres de familles, v. le chapitre VI).

V. Recours contre une OQTF : réforme de la procédure administrative et contentieuse

Le chapitre II du titre I^{er} du livre V du Ceseda, intitulé « Procédure administrative et contentieuse », a fait l'objet d'une réécriture complète par l'article 48 de la loi. Le décret n° 2011-819 du 8 juillet 2011 a introduit les modifications correspondantes dans le code de justice administrative (CJA).

A. Recours contre une OQTF avec délai de départ volontaire

Ceseda, article L. 512-1 (modifié par art. 48) :

I. – L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et qui dispose du délai de départ volontaire mentionné au premier alinéa du II de l'article L. 511-1 peut, dans le délai de trente jours suivant sa notification, demander au tribunal administratif l'annulation de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision relative au séjour, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant. L'étranger qui fait l'objet de l'interdiction de retour prévue au troisième alinéa du III du même article L. 511-1 peut, dans le délai de trente jours suivant sa notification, demander l'annulation de cette décision.

L'étranger peut demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle au plus tard lors de l'introduction de sa requête en annulation. Le tribunal administratif statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine.

Toutefois, si l'étranger est placé en rétention en application de l'article L. 551-1 ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans le délai prévu au III du présent article.

On retrouve ici la procédure prévue à l'article L. 512-1 dans sa version antérieure pour contester une OQTF (qui, rappelons-le, était nécessairement accompagnée d'une décision concernant un titre de séjour) : l'étranger ou l'étrangère dispose d'un délai de 30 jours (au lieu d'un mois) pour demander au tribunal administratif l'annulation de l'OQTF ; il ou elle peut, par la même requête, s'il y a lieu, demander également l'annulation de la décision relative au séjour, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision lui imposant une IRTF. Il peut donc y avoir jusqu'à quatre décisions distinctes contestées par une seule requête.

Remarque: l'article L. 512-1 emploie le terme « décision mentionnant le pays d'origine », alors que l'article L. 511-1 continue de déclarer que « l'obligation de quitter le territoire français fixe le pays à destination duquel l'étranger est renvoyé en cas d'exécution d'office ». Le terme « mentionnant » est plus conforme à la pratique préfectorale, qui se contente de reprendre les termes de l'article L. 513-2 du Ceseda sans désigner nommément un pays précis.

En cas de décision prononçant une IRTF postérieurement à la décision initiale d'OQTF, la personne concernée dispose également d'un délai de trente jours à compter de sa notification pour en demander l'annulation.

Elle peut demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle au plus tard lors de l'introduction de sa requête en annulation. Le tribunal doit statuer, en principe, dans les trois mois à compter de sa saisine. Comme auparavant, le recours initial peut être sommaire et annoncer la production d'un mémoire complémentaire. Dans ce cas, si ce mémoire n'est pas communiqué dans un délai de 15 jours, la requérante ou le requérant est réputé s'être désisté de sa requête (art. R. 776-12 du CJA dans sa version issue du décret n° 2011-819 du 8 juillet 2011).

Toutefois, en cas de placement en rétention ou d'assignation à résidence après la saisine du tribunal administratif, c'est la procédure beaucoup plus rapide, voire expéditive, décrite au III du même article qui s'applique (v. p. 36 et 37).

Si le bénéfice du délai de départ volontaire est retiré avant l'expiration de celui-ci et avant que le tribunal administratif ait été saisi d'un recours en annulation, le délai pour le saisir est alors de 48 heures à compter de la notification de la décision retirant ce délai de départ volontaire (art. R. 776-2 nouveau, I, al. 2 du CJA), comme dans le cas qui suit.

B. Recours contre une OQTF sans délai de départ volontaire

Ceseda, article L. 512-1 (suite) (modifié par art. 48) :

II. – L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire sans délai peut, dans les

quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative, demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision relative au séjour, de la décision refusant un délai de départ volontaire, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant.

Il est statué sur ce recours selon la procédure et dans les délais prévus au I.

Toutefois, si l'étranger est placé en rétention en application de l'article L. 551-1 ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans le délai prévu au III du présent article.

Quand l'étranger ou l'étrangère fait l'objet d'une OQTF sans délai de départ volontaire, notifiée par voie administrative (pas de notification par voie postale par conséquent), il ou elle doit saisir le président du tribunal administratif d'un recours contre cette décision dans le délai très bref de 48 heures suivant cette notification, alors même que le tribunal disposera de trois mois pour statuer. Ce délai de 48 heures ne peut être prorogé en aucun cas, même s'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé (art. R. 776-5 nouveau, II, al. 2 du CJA).

Par la même requête peut être également demandée, le cas échéant, l'annulation de la décision concernant le séjour, de la décision lui refusant un délai, de la décision fixant le pays de destination et de la décision d'IRTF – soit cinq décisions concernées dans une même requête...

Compte tenu de la brièveté du délai pour saisir le tribunal, le pouvoir réglementaire a prévu la possibilité de soulever des moyens nouveaux après l'expiration du délai de recours et également, jusqu'à la clôture des débats, de demander l'annulation d'une ou des décisions qui n'auraient pas été visées dans ses conclusions (art. R. 776-5 nouveau du CJA). Autrement dit, il n'y a pas obligation de saisir le tribunal d'une requête exposant tous les griefs et d'autres peuvent être ajoutés à l'audience jusqu'à la clôture des débats.

Le II de l'article L. 512-1 indique qu'« *il est statué sur ce recours selon la procédure et dans les délais prévus au I* », donc dans un délai de trois mois à compter de l'enregistrement de la requête, le requérant a droit au bénéfice de l'aide juridictionnelle dans les conditions présentées p. 35. Mais il est difficile de déposer un dossier de demande d'aide juridictionnelle dans le délai de 48 heures, surtout si la décision est notifiée un vendredi après midi. En fait, les intéressés devront saisir le TA d'un recours sommaire dans lequel ils indiqueront clairement demander l'aide juridictionnelle.

Cette disparité dans les délais de recours est particulièrement grave en ce qui concerne l'étrangère ou l'étranger à qui la délivrance ou le renouvellement de

son titre de séjour a été refusé : il suffira que le préfet estime que sa demande de titre était « *manifestement infondée* » (article L. 511-1, II, 1°) pour qu'il prenne une décision de refus accompagnée d'une OQTF sans délai de départ volontaire ; dès lors, le délai pour présenter son recours n'est que de 48 heures au lieu de trente jours dans le cas « normal » (mais dont on a montré plus haut qu'il risquait d'être l'exception) où un délai de départ volontaire a été accordé.

Par contre, si une personne s'abstient de demander un titre de séjour, de crainte que sa demande ne soit jugée « *infondée* », cette abstention pourra également constituer un motif de lui refuser un délai de départ volontaire (art. L. 511-1, II 3° a) et b)).

L'OQTF sans délai de départ volontaire, lorsqu'elle n'accompagne pas une décision concernant le séjour, sera le plus souvent notifiée en même temps qu'une décision de placement en rétention. Dans ce cas, c'est le III du même article qui s'applique.

C. Procédure en cas de placement en rétention ou d'assignation à résidence

Ceseda, article L. 512-1 (suite) (modifié par art. 48) :

III. – En cas de décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence en application de l'article L. 561-2, l'étranger peut demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision dans les quarante-huit heures suivant sa notification. Lorsque l'étranger a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, le même recours en annulation peut être également dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français et contre la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant, lorsque ces décisions sont notifiées avec la décision de placement en rétention ou d'assignation. Toutefois, si l'étranger est assigné à résidence en application du même article L. 561-2, son recours en annulation peut porter directement sur l'obligation de quitter le territoire ainsi que, le cas échéant, sur la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français.

Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin parmi les membres de sa juridiction ou les magistrats honoraires inscrits sur la liste mentionnée à l'article L. 222-2-1 du code de justice administrative statue au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine. Il peut se transporter au siège de la juridiction judiciaire la plus proche du lieu où se trouve l'étranger si celui-ci est retenu en application de l'article L. 551-1 du présent code. Si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il peut statuer dans cette salle.

L'étranger peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin le concours d'un interprète et la communication du dossier contenant les pièces sur la base desquelles la décision contestée a été prise.

L'audience est publique. Elle se déroule sans conclusions du rapporteur public, en présence de l'intéressé, sauf si celui-ci, dûment convoqué, ne se présente pas. L'étranger est assisté de son conseil s'il en a un. Il peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin qu'il lui en soit désigné un d'office.

Il est également statué selon la procédure prévue au présent III sur le recours dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français par un étranger qui est l'objet en cours d'instance d'une décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence en application de l'article L. 561-2. Le délai de soixante-douze heures pour statuer court à compter de la notification par l'administration au tribunal de la décision de placement en rétention ou d'assignation.

On retrouve, ici, la procédure qui était prévue pour contester les APRF à l'article L. 512-2 dans sa version antérieure.

Deux hypothèses sont à distinguer :

1° – L'étrangère ou l'étranger est interpellé lors d'un contrôle, placé en centre de rétention ou assigné à résidence ; lui sont notifiées en même temps la décision de placement en centre de rétention ou la décision d'assignation à résidence, la décision contenant l'OQTF, la mention du pays de destination, le refus d'accorder un délai de départ, l'IRTF éventuelle.

Elle ou il disposera d'un délai de 48 heures pour demander au président du tribunal administratif dans le ressort duquel est situé le lieu de rétention ou d'assignation à résidence l'annulation de la décision de placement en centre de rétention ; pourront également être demandées, dans le même recours, l'annulation de l'OQTF et celle des décisions qui l'accompagnent.

En cas de transfert dans un autre centre de rétention avant l'audience, le tribunal administratif initialement saisi peut transférer son dossier au tribunal administratif dans le ressort duquel se situe le nouveau lieu de rétention (art. R. 776-16 nouveau du CJA).

En cas d'assignation à résidence, il est possible de choisir de ne demander que l'annulation de l'OQTF et des décisions qui lui sont liées.

Contrairement aux recours exercés contre les OQTF avec délai, en cas de placement en rétention ou d'assignation à résidence, le recours contre les différentes décisions peut être présenté en un seul exemplaire. C'est à l'administration de communiquer au tribunal les décisions attaquées (art. R. 776-18 nouveau du CJA). Le décret d'application a prévu également la possibilité de faire

enregistrer son recours au bureau de la gestion (greffe) du centre de rétention. Il en est fait mention sur un registre « ouvert à cet effet ». Un récépissé portant date et heure du dépôt est remis (art. R. 776-19 nouveau du CJA) ;

2° – Le placement en rétention (ou l'assignation à résidence) intervient postérieurement à l'OQTF (avec ou sans délai) et à l'introduction d'un recours devant le tribunal administratif ou à une demande du bénéfice de l'aide juridictionnelle.

La nouvelle décision est notifiée par l'administration (la préfecture qui a pris la décision de placement en rétention, qui n'est pas nécessairement celle qui a décidé l'OQTF) au tribunal territorialement compétent (celui dans le ressort duquel se trouve le centre de rétention), lequel dispose d'un délai de 72 heures à compter de cette notification pour statuer sur l'OQTF et les décisions associées. La personne retenue, de son côté, conserve la possibilité de demander au même tribunal l'annulation de la décision de placement en rétention.

Si ce tribunal n'est pas celui auprès duquel a été introduit le recours contre l'OQTF, le dossier est transmis par ce dernier au tribunal qui devient compétent du fait du placement en rétention (art. R. 776-17 nouveau, al. 3 du CJA).

Par contre, dans ce cas, le tribunal saisi en premier reste compétent pour juger, en formation collégiale, les conclusions dirigées contre la décision relative au séjour (art. R. 776-17 nouveau du CJA).

En pratique, le juge de l'OQTF est lui-même amené à se prononcer sur la décision de refus de séjour par le jeu de l'exception d'illégalité et peut l'écarter autorisant ainsi l'éloignement de la personne concernée. La formation collégiale statuant ultérieurement peut, au contraire, annuler le refus de séjour ; dans ce cas, la personne éloignée doit pouvoir obtenir un visa pour revenir en France.

En tout cas, comme précédemment, en cas de placement en rétention ou d'assignation à résidence, c'est un ou une juge unique déléguée par le président ou la présidente du tribunal administratif qui statue seule en audience publique, sans conclusions de la rapporteure ou du rapporteur public, dans un délai de 72 heures à compter de sa saisine effectuée soit par la personne concernée (hypothèse n° 1), soit par l'administration qui a pris la décision de placement en centre de rétention ou d'assignation à résidence (hypothèse n° 2).

La personne concernée peut demander l'assistance d'un ou d'une interprète et, si elle n'a pas d'avocat personnel, celle d'une avocate ou d'un avocat désigné d'office (en pratique, il existe un système d'avocats et d'avocates de permanence, à la disposition des requérants et requérantes qui

en ont fait la demande, dans les locaux du tribunal administratif). Elle a droit, sur sa demande, à la communication de son dossier administratif ; le greffe du tribunal doit l'informer de ces possibilités lors du dépôt de sa requête. Si elle avait déjà présenté une demande d'aide juridictionnelle en vue d'introduire un recours contre une OQTF, et si elle est placée en rétention, elle pourra se voir attribuer un avocat d'office sans avoir à attendre la décision du bureau d'aide juridictionnelle.

Importante nouveauté, qui a fait l'objet de vives critiques, notamment de la part des membres de la juridiction administrative : les audiences pourront avoir lieu soit au sein de la juridiction judiciaire la plus proche du lieu de la rétention, soit même dans une salle d'audience aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, ceci dans l'objectif avoué de faire faire des économies au ministère de l'intérieur sur les escortes policières. Les juges dénoncent, eux, une atteinte au caractère solennel et public de la justice.

La mise en œuvre de cette disposition est toutefois subordonnée à l'intervention de mesures réglementaires d'application.

L'objectif du nouveau dispositif a été clairement affiché par le gouvernement dès la présentation du projet de loi : il s'agit de permettre l'éloignement effectif des personnes sous le coup d'une OQTF, le plus rapidement possible, de préférence avant leur comparution devant le juge des libertés et de la détention (JLD) qui n'intervient désormais que cinq jours après la notification de la décision de placement en centre de rétention et non au bout de 48 heures (v. p. 45 et 46).

En effet, dans le dispositif antérieur, il arrivait fréquemment que la personne soit libérée par le JLD pour un motif tenant à l'irrégularité des conditions de son interpellation et de sa garde à vue, avant que le juge administratif ait statué. Ainsi, même si ce dernier confirmait la légalité de la mesure d'éloignement, elle ne pouvait être exécutée en pratique. Dans le nouveau schéma, le JLD ne sera saisi – s'il l'est – que si le juge administratif a déjà validé la mesure d'éloignement.

Le risque d'une annulation par le juge administratif du placement en rétention est par ailleurs minimisé du fait que celui-ci, contrairement au juge judiciaire, se refuse à exercer un contrôle sur la régularité de la procédure ayant précédé l'édiction de la mesure d'éloignement, en vertu d'une jurisprudence ancienne et critiquée (CE, 23/02/1990, *Sioui*, n° 92973, Lebon p. 776).

En pratique, néanmoins, il n'est pas sûr que l'objectif poursuivi par le gouvernement pourra être atteint : il faudrait, pour cela, que le recours contre l'OQTF notifiée simultanément à un placement

en rétention intervienne dans les toutes premières heures qui suivent un tel placement et que le juge administratif respecte scrupuleusement le délai de 72 heures qui lui est imparti (mais sans sanction en cas de dépassement), en supposant bien entendu par ailleurs que l'étranger ou l'étrangère dispose de documents d'identité lui permettant de voyager et qu'un moyen de transport vers le pays de renvoi soit immédiatement disponible...

D. Autres modifications procédurales

1. Droits en cas de notification d'une OQTF sans délai

- Ceseda, article L. 512-2 (modifié par art. 48)
- **Dès notification de l'obligation de quitter le territoire français, l'étranger auquel aucun délai de départ volontaire n'a été accordé est mis en mesure, dans les meilleurs délais, d'avertir un conseil, son consulat ou une personne de son choix. L'étranger est informé qu'il peut recevoir communication des principaux éléments des décisions qui lui sont notifiées en application de l'article L. 511-1. Ces éléments lui sont alors communiqués dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend.**

Cet article crée des obligations analogues à celles qui figurent à l'article L. 551-2 au profit des personnes placées en centre de rétention. Dans le cas le plus fréquent où l'OQTF sans délai est notifiée en même temps que le placement en rétention, elles sont par conséquent redondantes.

Les mesures prévues à cet article ont donc surtout un intérêt pour les personnes auxquelles une décision d'OQTF sans délai (accompagnant normalement un refus ou un retrait de titre de séjour) est notifiée par voie administrative.

Outre la possibilité d'avertir un conseil, son consulat ou une personne de son choix, qui figurait dans le texte antérieur (art. L. 512-1-1 ancien), il est ajouté que « *l'étranger est informé qu'il peut obtenir la communication des principaux éléments des décisions qui lui sont notifiées en application de l'article L. 511-1* », qui « *lui sont alors communiqués dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend* ».

Ce texte est peu clair : par qui seront communiquées ces informations aux intéressés ? sous quelle forme (écrite ou verbale) ? Cela n'est pas précisé.

2. Caractère suspensif du recours

- Ceseda, article L. 512-3 (modifié par art. 48)
- **Les articles L. 551-1 et L. 561-2 sont applicables à l'étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français dès l'expiration du délai de départ volontaire qui lui a été accordé ou, si aucun délai n'a été accordé, dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français.**

L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office ni avant l'expiration du délai de départ volontaire ou, si aucun délai n'a été accordé, avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative, ni avant que le tribunal administratif n'ait statué s'il a été saisi. L'étranger en est informé par la notification écrite de l'obligation de quitter le territoire français.

L'étrangère ou l'étranger sous le coup d'une OQTF avec ou sans délai de départ volontaire peut à tout moment après l'expiration du délai de départ volontaire – ou dès sa notification si l'OQTF n'est pas assortie d'un tel délai – être placé en rétention administrative ou assigné à résidence et ce, même si un recours a été déposé dans les délais (v. p. 42 et 43).

Par contre, l'OQTF ne peut être exécutée d'office avant l'expiration du délai de départ volontaire, ni avant l'expiration du délai de 48 heures après sa notification s'il n'y a pas de délai de départ volontaire – délai pendant lequel la personne concernée peut exercer un recours –, ni avant que le tribunal administratif saisi ait statué s'il a été saisi. Le recours a donc un caractère suspensif.

Ces règles existaient déjà (on les trouvait à l'article L. 511-1 I pour les OQTF et aux articles L. 512-3 et L. 513-1 pour les APRF) mais elles sont réécrites pour tenir compte de la suppression des APRF (dont on a vu qu'elle n'était pas totale).

3. Conséquences des décisions du tribunal administratif

Ceseda, article L. 512-4 (modifié par art. 48)

Si l'obligation de quitter le territoire français est annulée, il est immédiatement mis fin aux mesures de surveillance prévues aux articles L. 513-4, L. 551-1, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 et l'étranger est muni d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce que l'autorité administrative ait à nouveau statué sur son cas.

Si la décision de ne pas accorder de délai de départ volontaire, la décision de placement en rétention ou la décision d'assignation à résidence est annulée, il est immédiatement mis fin aux mesures de surveillance prévues aux articles L. 551-1, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 et le président du tribunal administratif ou le magistrat désigné à cette fin rappelle à l'étranger son obligation de quitter le territoire français dans le délai qui lui sera fixé par l'autorité administrative en application du II de l'article L. 511-1 ou du sixième alinéa de l'article L. 511-3-1. Ce délai court à compter de sa notification.

Le premier alinéa reprend les dispositions de l'article L. 512-4 ancien qui ne s'appliquaient qu'aux APRF en précisant les mesures de surveillance auxquelles il est mis fin (article L. 513-4: mesures de contrôle auxquelles peut être astreint l'étranger ou l'étrangère sous le coup d'une OQTF sans délai;

article L. 551-1: placement en centre de rétention; article L. 552-4: assignation à résidence par le juge des libertés et de la détention; articles L. 561-1 et L. 561-2: assignation à résidence par l'autorité administrative).

Le second alinéa est nouveau: dans les cas où seules la décision de refus d'accorder un délai de départ volontaire et/ou la décision de placement ou d'assignation à résidence sont annulées (on se situe donc dans le cadre du III de l'article L. 512-1), l'OQTF ne l'étant pas, il est mis fin au placement en rétention ou à l'assignation à résidence, et le juge unique lui rappelle qu'il ou elle doit quitter le territoire français « *dans le délai qui lui sera fixé par l'autorité administrative* ». La préfecture est donc amenée à prendre une nouvelle décision fixant un délai de départ volontaire.

4. Aide au retour

Ceseda, article L. 512-5 (créé par art. 48)

L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français peut solliciter un dispositif d'aide au retour dans son pays d'origine, sauf s'il a été placé en rétention.

La possibilité de solliciter une aide au retour pour les personnes sous le coup d'une OQTF existait déjà (art. L. 511-1, I, dans sa version antérieure). Elle n'était pas prévue pour celles faisant l'objet d'un APRF.

Les dispositions de l'article L. 512-5 actuel ne font pas de distinction entre OQTF avec délai de départ volontaire ou sans délai. Toutefois, l'exclusion des personnes placées en rétention du dispositif aura pour conséquence que la grande majorité de celles et ceux qui sont sous le coup d'une OQTF sans délai ne pourront en bénéficier.

Les communautaires et assimilés ne peuvent pas non plus solliciter une aide au retour (v. p. 52).

5. Abrogation automatique de la décision d'IRTF

Ceseda, article L. 512-6 (créé par art. 48)

L'annulation de la décision relative au séjour emporte abrogation de la décision d'interdiction de retour qui l'accompagne le cas échéant, y compris lorsque le recours dirigé contre celle-ci a été rejeté selon la procédure prévue au III de l'article L. 512-1.

Le deuxième membre de phrase concerne l'étrangère ou l'étranger qui avait déposé un recours contre une décision de refus de titre de séjour, accompagnée d'une OQTF et d'une IRTF, puis qui a été placé en rétention ou assigné à résidence: elle ou il a donc comparu devant le juge unique suivant la procédure « *accélérée* » prévue au III de l'article L. 512-1 mais le recours dirigé contre l'OQTF et l'IRTF a été rejeté.

Toutefois, si la formation collégiale du tribunal administratif – qui reste saisie (v. p. 37) et qui a trois mois pour statuer – annule ultérieurement le refus de délivrance, le retrait ou le refus de renouvellement du titre de séjour, toutes les autres décisions liées (IRTF, mais aussi OQTF, refus d'accorder un délai de départ volontaire, pays de destination) sont également annulées.

Concrètement, si la personne concernée n'est pas partie, elle peut légalement rester en France; et si elle a quitté le territoire, elle doit pouvoir y revenir, ce qui signifie que les autorités consulaires françaises doivent lui délivrer un visa à cet effet.

VI. Exécution des OQTF et des IRTF

Tel est le nouvel intitulé du chapitre III du livre V du Ceseda (art. 41 de la loi).

· Ceseda, article L. 513-1 (modifié par art. 42)

· I. – **L'obligation de quitter sans délai le territoire français, qui n'a pas été contestée devant le président du tribunal administratif dans le délai prévu au II de l'article L. 512-1 ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation, peut être exécutée d'office.**

· **L'obligation de quitter le territoire français avec un délai de départ volontaire, qui n'a pas été contestée devant le tribunal administratif dans le délai prévu au I du même article L. 512-1 ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation, peut être exécutée d'office à l'expiration du délai de départ volontaire.**

· II. – **Sous réserve des dispositions de l'article L. 512-3, l'étranger faisant l'objet d'une interdiction de retour sur le territoire français peut être d'office reconduit à la frontière.**

Cet article précise les conditions dans lesquelles une OQTF peut être exécutée, en distinguant les deux hypothèses : avec ou sans délai.

Le II permet la reconduite d'office à la frontière d'une personne sous le coup d'une IRTF, alors que l'OQTF prise à son encontre est devenue définitive (en l'absence de recours dans les délais ou de rejet de ce recours). Apparemment, il n'y aura pas besoin de prendre une nouvelle décision et le placement en rétention sera possible sur le fondement de la décision d'IRTF antérieure.

· Ceseda, article L. 513-2 (modifié par art. 61)

· **L'étranger qui est obligé de quitter le territoire français ou qui doit être reconduit à la frontière fait l'objet d'une mesure d'éloignement est éloigné :**

· 1° **À destination du pays dont il a la nationalité, sauf si l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou la Cour nationale du droit d'asile lui a reconnu le statut de réfugié ou lui a accordé le bénéfice de la protection subsidiaire** ou s'il n'a pas encore été statué sur sa demande d'asile;

· [...]

L'article L. 513-2 relatif au pays vers lequel la personne étrangère sous le coup d'une mesure d'éloignement (OQTF ou APRF) peut être éloignée n'est que légèrement modifié, en précisant que la ou le bénéficiaire de la protection subsidiaire, accordée par l'Ofpra ou la CNDA, ne peut, à l'instar des réfugiés statutaires, être reconduit vers le pays dont il ou elle a la nationalité (en pratique, la mesure d'éloignement ne sera pas exécutée et elle sera convertie en assignation à résidence).

· Ceseda, article L. 513-3 (modifié par art. 49)

· **La décision fixant le pays de renvoi constitue une décision distincte de la mesure d'éloignement elle-même.**

· *Lorsque la décision fixant le pays de renvoi vise à exécuter une mesure de reconduite à la frontière, le recours contentieux contre cette décision n'est suspensif d'exécution, dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 512-3, que s'il est présenté au président du tribunal administratif en même temps que le recours contre la mesure de reconduite à la frontière qu'elle vise à exécuter. **Le recours contentieux contre la décision fixant le pays de renvoi n'est suspensif d'exécution, dans les conditions prévues au second alinéa de l'article L. 512-3, que s'il est présenté en même temps que le recours contre l'obligation de quitter le territoire français ou l'arrêt de reconduite à la frontière qu'elle vise à exécuter.***

L'article L. 513-3 concernant la décision fixant le pays de renvoi est réécrit pour englober à la fois l'OQTF et l'APRF.

· Ceseda, article L. 513-4 (modifié par art. 43)

· **L'étranger auquel un délai de départ volontaire a été accordé en application du II de l'article L. 511-1 peut, dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français, être astreint à se présenter à l'autorité administrative ou aux services de police ou aux unités de gendarmerie pour y indiquer ses diligences dans la préparation de son départ.**

· **Un décret en Conseil d'État prévoit les modalités d'application du présent article.**

En principe, si un délai de départ volontaire a été accordé à un étranger ou une étrangère, c'est que la préfecture a estimé qu'il ou elle ne présentait pas de risque de vouloir se soustraire à son obligation de quitter le territoire. Le législateur a, néanmoins, trouvé bon de prévoir la possibilité de l'astreindre à un régime de contrôle assez proche de celui de l'assignation à résidence : en effet, aux termes des dispositions de l'article R. 513-3 créé par le décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011, cette personne peut être astreinte à se présenter à la police ou à la gendarmerie jusqu'à trois fois par semaine; en outre, elle peut être tenue de remettre au service désigné l'original de son passeport et de tout autre document d'identité ou de voyage en sa possession contre remise d'un récépissé valant justification d'identité et portant la mention du délai qui lui a été accordé pour son départ.

Chapitre V. Rétention et assignation à résidence

I. Assignation à résidence par décision administrative

La nouvelle loi (art. 47) crée un titre VI : « Assignation à résidence » dans le livre V du Ceseda : « Les mesures d'éloignement ».

Jusqu'à présent, seul l'article L. 513-4 prévoyait, en alternative au placement en rétention, une possibilité d'assigner à résidence une personne étrangère sous le coup d'une mesure d'éloignement. Il fallait qu'elle justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français en établissant qu'elle ne pouvait ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays, sans que soit fixée une durée maximum à cette mesure.

Désormais figurent dans la loi trois hypothèses et trois procédures distinctes d'assignation à résidence par décision administrative : 1. en cas d'impossibilité d'exécution de la mesure d'éloignement ; 2. comme alternative à la rétention ; 3. avec placement sous surveillance électronique.

Remarque : *le ou la juge des libertés et de la détention (JLD) conserve de son côté, en vertu des dispositions des articles L. 552-4 et suivants, la faculté d'ordonner l'assignation à résidence d'un étranger, comme alternative au maintien en rétention (v. p. 46).*

A. Assignation à résidence en cas d'impossibilité d'exécution de la mesure d'éloignement

Ceseda, article L. 561-1 (créé par art. 47)

Lorsque l'étranger justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne peut ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays, l'autorité administrative peut, jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement sur le territoire français en l'assignant à résidence, par dérogation à l'article L. 551-1, dans les cas suivants :

1° Si l'étranger fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français sans délai ou si le délai de départ volontaire qui lui a été accordé est expiré ;

2° Si l'étranger doit être remis aux autorités d'un État membre de l'Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ;

3° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en application de l'article L. 531-3 ;

4° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction de retour ;

5° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal.

La décision d'assignation à résidence est motivée. Elle peut être prise pour une durée maximale de six mois, et renouvelée une fois ou plus dans la même limite de durée, par une décision également motivée. Par exception, cette durée ne s'applique ni aux cas mentionnés au 5° du présent article, ni à ceux mentionnés aux articles L. 523-3 à L. 523-5 du présent code.

L'étranger astreint à résider dans les lieux qui lui sont fixés par l'autorité administrative doit se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie. L'autorité administrative peut prescrire à l'étranger la remise de son passeport ou de tout document justificatif de son identité dans les conditions prévues à l'article L. 611-2. Si l'étranger présente une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, l'autorité administrative peut le faire conduire par les services de police ou de gendarmerie jusqu'aux lieux d'assignation.

Le non-respect des prescriptions liées à l'assignation à résidence est sanctionné dans les conditions prévues à l'article L. 624-4.

L'article L. 561-1 vise le cas déjà envisagé par l'ancien article L. 513-4 de la personne étrangère qui établit qu'elle est dans l'impossibilité de quitter le territoire français (maladie grave) ou qu'elle ne peut ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays (réfugié ou réfugiée, bénéficiaire de la protection subsidiaire).

Le champ d'application de cette mesure est très large, puisqu'elle est susceptible de concerner l'étrangère ou l'étranger :

1° – qui a fait l'objet d'une OQTF sans délai ou d'une OQTF avec délai après l'expiration de celui-ci ;

2° – qui fait l'objet d'une mesure de refoulement vers un autre État membre de l'Union européenne (art. L. 531-1 et L. 531-2 du Ceseda) ;

3° – qui est sous le coup d'un arrêté de reconduite à la frontière parce qu'il ou elle a fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans le SIS par un autre État partie à la convention de Schengen ou d'une décision

d'éloignement exécutoire prise par l'un de ces États (art. L. 531-3);

4° – qui doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction de retour (art. L. 513-1, II);

5° – qui doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal.

L'assignation à résidence est prise « *pour une durée maximale de six mois* », mais elle peut être « *renouvelée une fois ou plus dans la même limite de durée* ». En dépit de l'ambiguïté de la formulation adoptée, il ressort des travaux préparatoires que la durée totale ne pourra pas excéder une année.

Cette durée maximale de six mois ne s'applique pas aux personnes sous le coup d'une interdiction judiciaire du territoire français (cas 5° ci-dessus), non plus qu'à celles faisant l'objet d'une mesure d'assignation à résidence à la suite d'une décision d'expulsion (art. L. 523-3 à L. 523-5 du Ceseda). Comme c'était déjà le cas avant la loi du 16 juin 2011, l'assignation à résidence peut être prononcée dans ces hypothèses sans fixer de durée.

La décision d'assignation à résidence de même que son renouvellement doivent être motivés.

La personne assignée à résidence est astreinte à résider dans un lieu qui lui est fixé par l'administration et doit se présenter périodiquement aux services de police ou de gendarmerie. L'article R. 561-2 du Ceseda créé par le décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011 précise que le préfet désigne le service auquel elle doit se présenter au maximum une fois par jour, dimanches et jours fériés pouvant être compris ou non.

Toutefois, lorsqu'elle est sous le coup d'une interdiction du territoire ou d'une mesure d'expulsion, le nombre de présentations *quotidiennes* peut aller jusqu'à quatre, accompagnées d'une astreinte à ne pas sortir du local où elle est assignée pendant une plage horaire de dix heures consécutives par vingt-quatre heures! Même régime pour celui ou celle qui est sous le coup d'une « simple » mesure d'éloignement, mais dont « *le comportement constitue une menace pour l'ordre public* ».

Son passeport ou tout autre document justificatif de son identité peut lui être retiré par l'autorité administrative qui lui délivre, en échange, un récépissé valant justification de son identité et sur lequel est portée la mention de son assignation à résidence jusqu'à l'exécution de son éloignement (art. R. 561-3 du Ceseda créé par le décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011).

Les personnes « *présentant une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public* » peuvent être conduites par la police ou la gendarmerie jusqu'à

leur lieu d'assignation. Celles qui ne respectent pas leurs obligations, soit qu'elles ne rejoignent pas le lieu qui leur a été fixé, soit qu'elles le quittent sans autorisation, encourent une peine de trois ans d'emprisonnement (art. L. 624-4).

B. Assignation à résidence comme alternative à la rétention

• Ceseda article. L. 561-2 (créé par art. 47)

• **Dans les cas prévus à l'article L. 551-1, l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger pour lequel l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable et qui présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque, mentionné au II de l'article L. 511-1, qu'il se soustraie à cette obligation. Les trois derniers alinéas de l'article L. 561-1 sont applicables, sous réserve de la durée maximale de l'assignation qui ne peut excéder une durée de quarante-cinq jours, renouvelable une fois.**

Cette mesure d'assignation à résidence se présente comme une alternative au placement en rétention prévu à l'article L. 551-1 dans les cas où l'éloignement « *demeure une perspective raisonnable* » et où sont présentées des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque de soustraction à l'obligation de quitter le territoire.

La durée d'une telle assignation à résidence est limitée à 45 jours, renouvelable une fois, soit 90 jours au maximum.

La personne assignée peut ainsi voir sa liberté restreinte par décision de l'administration pendant 90 jours, alors que la personne placée en centre de rétention et qui n'a pu être éloignée est libérée au bout de 45 jours.

Les dispositions concernant la motivation des décisions, les obligations auxquelles est astreinte la personne assignée à résidence, les sanctions en cas de non-respect de celles-ci prévues à l'article L. 561-1 et précédemment exposées s'appliquent aussi.

C. Assignation à résidence avec surveillance électronique

• Ceseda, article L. 562-1 (créé par art. 47)

• **Dans les cas prévus à l'article L. 551-1, lorsque l'étranger est père ou mère d'un enfant mineur résidant en France dont il contribue effectivement à l'entretien et à l'éducation dans les conditions prévues à l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins deux ans et lorsque cet étranger ne peut pas être assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du présent code, l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence avec surveillance électronique, après accord de l'étranger.**

La décision d'assignation à résidence avec surveillance électronique est prise par l'autorité administrative pour une durée de cinq jours.

La prolongation de la mesure par le juge des libertés et de la détention s'effectue dans les mêmes conditions que la prolongation de la rétention administrative prévue au chapitre II du titre V du présent livre.

Ceseda, article L. 562-2 (créé par art. 47)

L'assignation à résidence avec surveillance électronique emporte, pour l'étranger, interdiction de s'absenter de son domicile ou de tout autre lieu désigné par l'autorité administrative ou le juge des libertés et de la détention en dehors des périodes fixées par ceux-ci.

Le contrôle de l'exécution de la mesure est assuré au moyen d'un procédé permettant de détecter à distance la présence ou l'absence de l'étranger dans le seul lieu désigné par le juge des libertés et de la détention pour chaque période fixée. La mise en œuvre de ce procédé peut conduire à imposer à la personne assignée le port, pendant toute la durée du placement sous surveillance électronique, d'un dispositif intégrant un émetteur.

Le procédé utilisé est homologué à cet effet par le ministre chargé de l'immigration et le ministre de la justice. Sa mise en œuvre doit garantir le respect de la dignité, de l'intégrité et de la vie privée de la personne.

Le contrôle à distance de la mesure est assuré par des fonctionnaires de la police ou de la gendarmerie nationales qui sont autorisés, pour l'exécution de cette mission, à mettre en œuvre un traitement automatisé de données nominatives.

La mise en œuvre du dispositif technique permettant le contrôle à distance peut être confiée à une personne de droit privé habilitée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Dans la limite des périodes fixées dans la décision d'assignation à résidence avec surveillance électronique, les agents chargés du contrôle peuvent se rendre sur le lieu de l'assignation pour demander à rencontrer l'étranger. Ils ne peuvent toutefois pénétrer au domicile de la personne chez qui le contrôle est pratiqué sans l'accord de celle-ci.

Le non-respect des prescriptions liées à l'assignation à résidence avec surveillance électronique est sanctionné dans les conditions prévues à l'article L. 624-4.

La loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « Loppsi 2 », a introduit un dispositif d'assignation à résidence avec surveillance électronique dans le Ceseda (art. L. 571-3) pour les personnes condamnées à l'interdiction du territoire pour actes de terrorisme ou sous le coup d'une expulsion pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste.

Ce dispositif est désormais étendu à la mère ou au père d'un enfant mineur à charge, comme mesure substitutive à une décision de placement en rétention,

lorsqu'elle ou il ne peut pas être placé sous le régime de l'assignation à résidence simple, notamment en l'absence de « garanties de représentation effective » propres à prévenir le risque de fuite.

La décision administrative, qui nécessite l'accord de la personne concernée est prise pour une durée de cinq jours et ne peut être prolongée que par le JLD dans les mêmes conditions qu'une décision de placement en rétention.

L'étrangère ou l'étranger est alors soumis à un contrôle étroit : elle ou il ne peut s'absenter de son domicile ou de tout autre lieu fixé par l'administration ou par le juge en dehors des périodes fixées par eux ; elle ou il est astreint au port d'un « dispositif intégrant un émetteur », communément appelé « bracelet électronique », qui permet de suivre à distance ses déplacements.

Cette surveillance à distance est assurée par « des fonctionnaires de la police ou de la gendarmerie nationales », « autorisés pour l'exécution de cette mission, à mettre en œuvre un traitement automatisé de données nominatives », mais la mise en œuvre du dispositif technique permettant le contrôle à distance peut être confiée à une personne de droit privé habilitée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

En outre, « les agents chargés du contrôle peuvent se rendre sur le lieu de l'assignation pour demander à rencontrer l'étranger ». « Ils ne peuvent toutefois pénétrer au domicile de la personne chez qui le contrôle est pratiqué sans l'accord de celle-ci. »

Ce dispositif extrêmement contraignant sera probablement présenté aux parents retenus comme une alternative souhaitable par rapport à la perspective soit d'être séparés de leurs enfants, soit de les emmener avec eux en rétention.

II. Rétention

En ce qui concerne la rétention, l'article 15.1 de la directive « retour » prévoit que :

À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque :

- a) il existe un risque de fuite, ou
- b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Il est encore précisé que :

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif

d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

Et enfin (art. 15-4) :

Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté.

En résumé, la personne doit être remise en liberté lorsque des mesures moins coercitives sont possibles, ou s'il n'existe plus de risque de fuite, ou si elle coopère pleinement avec les autorités. Mieux : même si un risque de fuite existe et que la rétention est la seule option pour garantir un éloignement, la personne doit être remise en liberté si cet éloignement n'est raisonnablement pas possible, pour des motifs juridiques (risques de traitement inhumains et dégradants par exemple) ou autres (absence de coopération des autorités consulaires ou absence de représentation consulaire). Cette interprétation de la directive a été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Kadzoev* du 30 novembre 2009 et à nouveau dans un arrêt *El Dridi* du 28 avril 2011 où elle réaffirme que la privation de liberté « doit être aussi brève que possible » et « n'être maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise ».

La transposition opérée par la loi du 16 juin 2011 apparaît à cet égard bien peu fidèle à la lettre et à l'esprit de la directive, bien que le Conseil constitutionnel ait rejeté tous les griefs tirés de la non-conformité manifeste de la loi à la directive. Le placement en rétention reste en effet la norme, et si la durée maximale de la rétention, allongée à 45 jours, reste inférieure à celle qu'envisage la directive (dix-huit mois), les conditions restrictives auxquelles la directive soumet la possibilité d'enfermer les étrangers et les étrangères ne sont pas correctement retranscrites dans la loi. Parallèlement, celle-ci diminue les garanties accordées aux personnes retenues ainsi que les pouvoirs de contrôle du juge des libertés et de la détention (JLD).

A. Placement en rétention

· Ceseda, article L. 551-1 (modifié par art. 44)

· **À moins qu'il ne soit assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français peut être placé en rétention par l'autorité administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pour une durée de cinq jours, lorsque cet étranger :**

· **1° Doit être remis aux autorités compétentes d'un État membre de l'Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ;**

· **2° Fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ;**

· **3° Doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction judiciaire du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal ;**

· **4° Fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission ou d'une décision d'éloignement exécutoire mentionnée à l'article L. 531-3 du présent code ;**

· **5° Fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois années auparavant en application de l'article L. 533-1 ;**

· **6° Fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français prise moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai pour quitter le territoire est expiré ou n'a pas été accordé ;**

· **7° Doit être reconduit d'office à la frontière en exécution d'une interdiction de retour ;**

· **8° Ayant fait l'objet d'une décision de placement en rétention au titre des 1° à 7°, n'a pas déferé à la mesure d'éloignement dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme de son précédent placement en rétention ou, y ayant déferé, est revenu en France alors que cette mesure est toujours exécutoire.**

L'article L. 551-1 est entièrement réécrit, de façon à prendre en compte la redéfinition des mesures d'éloignement (v. p. 28 à 32). La préfecture peut notamment décider un placement en rétention pour une durée de cinq jours lorsqu'elle ne peut pas exécuter immédiatement une des mesures d'éloignement suivantes :

– arrêté d'expulsion ou interdiction du territoire français (2° et 3°) ;

– décision de remise à un État de l'UE dans le cadre de la convention de Schengen et du règlement « Dublin 2 » (1°) ;

– signalement aux fins de non-admission par le fichier SIS ou décision d'éloignement prise par un autre État membre (4°) ;

– OQTF avec délai de départ volontaire prise moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai pour quitter le territoire est expiré (6°) ;

– OQTF sans délai (6°) ;

– IRTF en vue de son exécution d'office (7°) ;

– APRF « résiduel » pris depuis moins de trois ans sur le fondement de l'article L. 533-1 (c'est-à-dire pour motif d'ordre public ou pour avoir travaillé sans autorisation : v. p. 29 et 30) (5°).

Dans la version antérieure de la loi il fallait que l'APRF date de moins d'un an.

Lorsque l'étrangère ou l'étranger a été remis en liberté, alors qu'elle ou il est toujours sous le coup d'une mesure d'éloignement, un délai de sept jours lui est laissé pour quitter volontairement le territoire français ; à l'issue de cette période, un nouveau placement en rétention est possible. Il en est de même si, après avoir quitté le territoire français, elle ou il y est revenu alors que la mesure d'éloignement est toujours exécutoire.

Rappelons que la personne placée en rétention peut demander l'annulation de cette mesure au juge administratif dans un délai de 48 heures à compter de sa notification (v. p. 37).

B. Notification de la décision de placement et notification des droits

Ceseda, article L. 551-2 (modifié par art. 45)

La décision de placement est prise par l'autorité administrative, après l'interpellation de l'étranger et, le cas échéant, à l'expiration de sa garde à vue, ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention. Elle est écrite et motivée. ~~Un double est remis à l'intéressé.~~ **Elle prend effet à compter de sa notification à l'intéressé.** Le procureur de la République en est informé immédiatement.

L'étranger est informé dans une langue qu'il comprend et dans les meilleurs délais ~~que, pendant toute la période de la~~ **qu'à compter de son arrivée au lieu de rétention**, il peut demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil ainsi que d'un médecin. Il est également informé qu'il peut communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix. Un décret en Conseil d'État précise, en tant que de besoin, les modalités selon lesquelles s'exerce l'assistance de ces intervenants.

Les meilleurs délais, au sens du deuxième alinéa, s'entendent compte tenu du temps requis pour informer chaque étranger de ses droits lorsqu'un nombre important d'étrangers doivent être simultanément placés en rétention.

Lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application des dispositions de l'article L. 111-7.

Ceseda, article L. 552-2 (modifié par art. 52)

Le juge rappelle à l'étranger les droits qui lui sont reconnus ~~pendant la rétention~~ et s'assure, d'après les mentions figurant au registre prévu à l'article L. 553-1 émarginé par l'intéressé, que celui-ci a été, ~~au moment de la décision de placement,~~ **dans les meilleurs délais suivant la notification de la décision de placement en rétention**, pleinement informé de ses droits et placé en état de les faire valoir **à compter de son arrivée au lieu de rétention. Le juge tient compte des circonstances particulières liées notamment au placement en rétention simultanément d'un nombre important d'étrangers pour l'appréciation des délais relatifs à la notification de la décision, à l'information des droits et à leur prise d'effet. Il informe l'étranger** des possibilités et des délais de recours contre toutes les décisions le concernant. L'intéressé est maintenu à disposition de la justice, **dans des conditions fixées par le procureur de la République**, pendant le temps strictement nécessaire à la tenue de l'audience et au prononcé de l'ordonnance.

Les droits dont dispose la personne retenue (assistance d'un interprète, d'un conseil, d'un médecin) ne peuvent être exercés qu'à compter de l'arrivée au lieu de rétention, ce qui retarde le

moment à partir duquel elle pourra exercer effectivement ses droits. Le temps nécessaire pour faire un recours sera réduit d'autant.

L'information sur les droits ne doit plus avoir lieu au moment de la décision de placement mais « *dans les meilleurs délais suivant la notification de la décision de placement en rétention* ». L'administration pourra invoquer le fait qu'un nombre important de personnes ont été placées simultanément en rétention pour retarder la notification et la prise d'effet de leurs droits. Le JLD, lorsqu'il vérifie que l'étrangère ou l'étranger a été informé de ses droits, devra tenir compte de ces circonstances.

En subordonnant à l'arrivée au lieu de rétention l'exercice effectif des droits, le législateur a entendu mettre fin aux nullités liées à l'impossibilité, pour les personnes concernées, de faire valoir leurs droits dès le début de la mesure, ce qui imposait qu'un téléphone soit mis à disposition dès la notification de la mesure et durant toute la période de transfert entre les locaux de garde à vue et ceux de rétention. Toutefois, cette modification va obliger le JLD à vérifier si le délai de transfert, en tant qu'il suspend nécessairement, par autorisation de la loi, l'exercice des droits, n'est pas anormalement long, tout retard pris faisant nécessairement grief. Il appartiendra donc à l'administration de justifier par des circonstances insurmontables ou exceptionnelles un temps anormalement long de transfert.

C. Allongement à cinq jours du délai de saisine du JLD

Ceseda, article L. 552-1 (modifié par art. 51)

Quand un délai de ~~quarante-huit heures~~ **cinq jours** s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention. ~~Il statue.~~ **Le juge statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine** par ordonnance au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention de l'étranger, sauf exception prévue par voie réglementaire, après audition du représentant de l'administration, si celui-ci, dûment convoqué, est présent, et de l'intéressé ou de son conseil, s'il en a un.

[...]

Le délai pour saisir le JLD, qui était de 48 heures, est porté à cinq jours. Le législateur a entendu donner la priorité au juge administratif qui, saisi dans les quarante-huit heures, dispose d'un délai de soixante-douze heures pour statuer. Mathématiquement, le JLD devrait donc statuer après le juge administratif et même ne plus avoir à statuer si l'éloignement a eu lieu.

En pratique, toutefois, pour les raisons exposées plus haut (v. p. 38), il est probable que le juge administratif aura du mal à respecter le délai imparti si bien que le JLD pourra, comme aujourd'hui, libérer une personne avant que le juge administratif ait pris sa décision.

Toutefois, cette inversion de l'ordre d'intervention des juges pourra permettre l'éloignement sans contrôle de l'autorité judiciaire sur la régularité de la procédure pour les personnes qui ne feront pas de recours ou qui sont sous le coup de décisions anciennes, définitives et encore exécutoires.

Outre que le délai de cinq jours est peu compatible avec l'idée que le juge judiciaire est le gardien de la liberté individuelle, cet allongement risque d'augmenter de façon significative le nombre de cas dans lesquels la mesure d'éloignement aura été mise à exécution avant même que le JLD ait eu l'occasion d'apprécier si l'interpellation, la garde à vue, puis la rétention de la personne concernée ont été décidées et se sont déroulées dans des conditions exclusives de toute atteinte à sa liberté individuelle.

Le Conseil constitutionnel a toutefois émis ici une réserve d'interprétation qui oblige à prendre en considération la durée d'une éventuelle garde à vue préalable: l'application du nouveau dispositif ne saurait, a-t-il déclaré, « *permettre que l'étranger privé de sa liberté soit effectivement présenté à un magistrat du siège après l'expiration d'un délai de sept jours à compter du début de la garde à vue* ». Par conséquent, dans le cas où le placement en rétention a été précédé d'une garde à vue de 48 heures, le JLD devra non seulement être saisi mais aussi se prononcer effectivement au plus tard le cinquième jour de la rétention administrative.

D. Allongement du délai d'appel suspensif du parquet

Ceseda, article L. 552-6 (modifié par art. 55)

Lorsqu'une ordonnance met fin à la rétention ou assigne l'étranger à résidence, elle est immédiatement notifiée au procureur de la République. À moins que ce dernier n'en dispose autrement, l'étranger est alors maintenu à la disposition de la justice pendant un délai de *quatre* six heures à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République.

Ceseda, art. L. 552-10 (modifié par art. 58)

L'appel [de l'ordonnance du JLD] n'est pas suspensif. Toutefois, le ministère public peut demander au premier président de la cour d'appel ou à son délégué de déclarer son recours suspensif lorsqu'il lui apparaît que l'intéressé ne dispose pas de garanties de représentation effectives ou en cas de menace grave pour l'ordre public. Dans ce cas, l'appel, accompagné de la demande qui se réfère à l'absence de garanties de représentation effectives ou à la menace grave pour

l'ordre public, est formé dans un délai de *quatre* six heures à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République et transmis au premier président de la cour d'appel ou à son délégué.

Si le JLD ordonne la mainlevée de la rétention ou de l'assignation à résidence, le parquet dispose désormais de six heures, au lieu de quatre, pour demander que son appel ait un effet suspensif. Dans ce cas, la personne, qui aurait dû être libérée, reste en rétention dans l'attente de comparaître devant la cour d'appel.

E. Assignation à résidence prononcée par le JLD

Ceseda, article L. 552-4 (modifié par art. 46)

À titre exceptionnel, le juge peut ordonner l'assignation à résidence de l'étranger lorsque celui-ci dispose de garanties de représentation effectives, après remise à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport et de tout document justificatif de son identité, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité et sur lequel est portée la mention de la mesure d'éloignement en instance d'exécution. L'assignation à résidence concernant un étranger qui s'est préalablement soustrait à l'exécution **d'une obligation de quitter le territoire français en vigueur, d'une interdiction de retour sur le territoire français en vigueur**, d'une mesure de reconduite à la frontière en vigueur, d'une interdiction du territoire dont il n'a pas été relevé, ou d'une mesure d'expulsion en vigueur doit faire l'objet d'une motivation spéciale.

Ceseda, article L. 552-4-1 (créé par art. 47)

À titre exceptionnel, le juge peut ordonner l'assignation à résidence avec surveillance électronique dans les conditions prévues aux articles L. 562-1 à L. 562-3 lorsque l'étranger est père ou mère d'un enfant mineur résidant en France dont il contribue effectivement à l'entretien et à l'éducation dans les conditions prévues à l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins deux ans et ne peut pas être assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du présent code.

Si l'administration a désormais la faculté de prononcer une assignation à résidence plutôt qu'un placement en rétention (v. P. 42), le JLD conserve la possibilité d'ordonner « *à titre exceptionnel* » l'assignation à résidence de l'étranger ou de l'étrangère qui présente des garanties de représentation effectives. Le JLD doit motiver spécialement sa décision lorsqu'elle concerne une personne qui s'est préalablement soustraite à l'exécution d'une OQTF, d'une IRTF ou de toute autre mesure d'éloignement. Si les conditions de l'assignation à résidence ne sont pas remplies, le JLD peut néanmoins, lorsqu'il s'agit de parents d'un enfant mineur, ordonner leur assignation à résidence avec surveillance électronique (sur les modalités de ce dispositif qui peut aussi

être mis en place sur décision de l'administration (v. p. 42 et 43).

F. Prorogation de la durée de la rétention jusqu'à 45 jours

Ceseda, article L. 552-3 (modifié art. 54)

L'ordonnance de prolongation de la rétention court à compter de l'expiration du délai de ~~quarante-huit heures~~ **vingt jours** fixé à l'article L. 552-1.

Ceseda, article L. 552-7 (modifié par art. 56)

Quand un délai de ~~quinze~~ **vingt** jours s'est écoulé depuis l'expiration du délai de ~~quarante-huit heures~~ **vingt jours** mentionné à l'article L. 552-1 et en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement, le juge des libertés et de la détention est à nouveau saisi.

~~Le juge statue par ordonnance dans les conditions prévues aux articles L. 552-1 et L. 552-2. S'il ordonne la prolongation de la rétention, l'ordonnance de prolongation court à compter de l'expiration du délai de quinze jours mentionné à l'alinéa précédent, et pour une nouvelle période d'une durée maximale de quinze jours.~~

Le juge peut également être saisi lorsque, malgré les diligences de l'administration, la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport et qu'il est établi par l'autorité administrative compétente que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai. Il peut également être saisi aux mêmes fins lorsque la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration, pour pouvoir procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement dans le délai de vingt jours mentionné au premier alinéa.

Le juge statue par ordonnance dans les conditions prévues aux articles L. 552-1 et L. 552-2. S'il ordonne la prolongation de la rétention, l'ordonnance de prolongation court à compter de l'expiration du délai de ~~quinze~~ **vingt** jours mentionné au premier alinéa du présent article et pour une nouvelle période d'une durée maximale de ~~quinze~~ **vingt** jours.

[...]

Saisi au bout de cinq jours, le JLD se prononce dans un délai de vingt-quatre heures. Il peut soit autoriser la prolongation de la rétention pour une durée maximale de vingt jours (au lieu de quinze jours précédemment), soit, à titre exceptionnel, ordonner une assignation à résidence (v. *supra* E).

Au terme de ce délai de vingt jours, le ou la juge peut prolonger la rétention pour une nouvelle durée maximale de vingt jours (au lieu de quinze jours

précédemment) dans plusieurs hypothèses : « *en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement* », ainsi que « *lorsque la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration, pour pouvoir procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement* ».

La durée maximale de la rétention passe donc de trente-deux à quarante-cinq jours. Le Conseil constitutionnel, – après avoir admis, au fil du temps, l'allongement successif de cette durée, initialement de sept jours, à dix jours, quatorze jours, puis trente-deux jours – a validé sans sourciller ce nouvel allongement à quarante-cinq jours.

Ainsi que le démontrent notamment les rapports de la Cimade, une rétention supérieure à dix jours se solde en général par la libération de la personne retenue. Le rapport de M. Pierre Bernard-Reymond, sénateur UMP, sur la rétention administrative publié le 3 juillet 2009 constatait lui-même que « *l'allongement de la durée de rétention n'apparaît plus, en règle générale, comme un moyen d'améliorer l'efficacité du système alors que son coût n'est pas négligeable* ». L'allongement du délai de rétention de 32 à 45 jours n'aura que peu d'impact sur l'exécution effective des mesures d'éloignement. L'enfermement apparaît de plus en plus, dans ces conditions, comme une mesure dissuasive et punitive.

G. Prorogation de la rétention en cas d'actes ou d'activités à caractère terroriste

Ceseda, article L. 552-7 (suite) (modifié par art. 56)

[...] **Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, si l'étranger a été condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal ou si une mesure d'expulsion a été prononcée à son encontre pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées, le juge des libertés et de la détention près le tribunal de grande instance de Paris peut, dès lors qu'il existe une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement et qu'aucune décision d'assignation à résidence ne permettrait un contrôle suffisant de cet étranger, ordonner la prolongation de la rétention pour une durée d'un mois qui peut être renouvelée. La durée maximale de la rétention ne doit pas excéder six mois.**

[...]

La loi permet de maintenir en rétention pendant six mois les personnes condamnées à une peine d'interdiction du territoire ou sous le coup d'une mesure d'expulsion pour des activités à caractère terroriste, à deux conditions : qu'il existe une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement et que l'assignation à résidence ne permette pas un contrôle suffisant. La version votée par les parlementaires permettait de porter la durée de l'enfermement à dix-huit mois lorsque, « *malgré les diligences de l'administration, l'éloignement ne peut être exécuté en raison soit du manque de coopération de l'étranger, soit des retards subis pour obtenir du consulat dont il relève les documents de voyage nécessaires* ». Le Conseil constitutionnel a jugé que dans ce cas l'atteinte portée à la liberté individuelle était inconstitutionnelle et a censuré cette disposition.

H. Restrictions apportées à l'étendue du contrôle du juge judiciaire

· Ceseda, article L. 552-8 (modifié par art. 57)

· **À peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité antérieure à l'audience relative à la première prolongation de la rétention ne peut être soulevée lors de l'audience relative à la seconde prolongation.**

La loi précise que les irrégularités relatives à la procédure d'interpellation, de garde à vue et de placement en rétention administrative ne peuvent plus être soulevées après l'audience portant sur la première prolongation. C'est là la traduction législative d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle l'audience de première prolongation purge les irrégularités des actes antérieurs à la rétention et les conditions dans lesquelles l'étranger a été placé (Cass. civ. 2^e, 17 nov. 1997, n° 96-50101).

· Ceseda, article L. 552-13 (créé par art. 53)

· **En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger.**

Le texte adopté reprend une proposition du rapporteur de la commission des lois à l'Assemblée nationale visant à ce que les irrégularités ou nullités qui ont pu affecter la procédure de placement en rétention n'entraînent pas systématiquement la mainlevée de la rétention par le JLD, mais seulement si elles ont « *pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger* ».

On relève toutefois que, sans doute par inadvertance, l'article L. 552-13 commence par reconnaître

aux juges le pouvoir de soulever d'office les irrégularités visées : auparavant, ce pouvoir n'était reconnu que sur le contrôle des conditions d'information des droits et des conditions de leur exercice dès le début du placement en rétention.

Par ailleurs, si le législateur a tenté de limiter les conséquences que le ou la juge doit tirer des irrégularités qui ont affecté la procédure, même lorsqu'il s'agit de « *formes prescrites à peine de nullité* » ou de « *formalités substantielles* », cette tentative pourrait s'avérer vaine.

D'une part, en effet, elle ne peut faire obstacle au pouvoir du juge de sanctionner le non-respect des formalités lorsqu'il est de nature à compromettre l'exercice de son contrôle : par exemple, un procès-verbal de notification des droits non émargé ou ne portant pas la mention « *refuse de signer* », bien qu'il s'agisse là d'une exigence de forme, ne permet pas de vérifier si la personne a eu connaissance des mentions portées sur le document, de sorte que le ou la juge pourra considérer n'être pas en mesure d'exercer son office.

D'autre part et de façon plus générale, l'appréciation portée sur l'atteinte aux droits qui en résulte étant une question de fait qui relève du pouvoir souverain du juge, celui-ci devrait conserver ici une marge de manœuvre importante.

I. Officialisation de la rétention des mineurs

· Ceseda, article L. 553-1 (modifié par art. 66)

· Il est tenu, dans tous les lieux recevant des personnes placées ou maintenues au titre du présent titre, un registre mentionnant l'état civil de ces personnes ainsi que les conditions de leur placement ou de leur maintien. **Le registre mentionne également l'état civil des enfants mineurs accompagnant ces personnes ainsi que les conditions de leur accueil.**

· [...]

Alors que l'enfermement de mineurs devrait être proscrit par principe et par respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, la directive « retour » l'autorise. L'article 17 sur la rétention des familles et des mineurs de la directive « retour » va même jusqu'à l'organiser :

1. *Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible.*
2. *Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.*
3. *Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.*

L'article L. 553-1 vient préciser que le registre de rétention doit préciser l'état civil des enfants mineurs « accompagnant » le retenu. On peut trouver un peu ironique cette désignation des enfants enfermés comme « accompagnants » alors qu'ils sont eux aussi privés de liberté. Ce registre doit également mentionner les conditions d'accueil des enfants. Ceci pour éviter les libérations de familles prononcées par certains JLD lorsqu'ils estiment que les conditions d'accueil des enfants sont contraires à l'article 3 de la CEDH.

J. Visite d'organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales

• Ceseda, article L. 553-3 (modifié par art. 67)

• Pendant toute la durée de la rétention, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention peut se transporter sur les lieux, vérifier les conditions du maintien et se faire communiquer le registre prévu à l'article L. 553-1. Le procureur de la République visite les lieux de rétention chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par an.

• **Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'exercice du droit d'accès des associations humanitaires aux lieux de rétention.**

L'article 16 de la directive « retour » du 16 décembre 2008 prévoit que :

4. *Les organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes ont la possibilité de visiter les centres de rétention [...]. Ces visites peuvent être soumises à une autorisation.*

5. *Les ressortissants de pays tiers placés en rétention se voient communiquer systématiquement des informations expliquant le règlement des lieux et énonçant leurs droits et leurs devoirs. Ces informations portent notamment sur leur droit, conformément au droit national, de contacter les organisations et instances visées au paragraphe 4.*

La directive « retour » ouvre aux ONG un droit d'accès plus général qui n'existait pas, jusqu'à présent, dans le dispositif français de la rétention. Elle oblige les États à instituer de nouvelles modalités d'intervention de ces organisations dans les centres et locaux de rétention et à informer les personnes retenues de leur droit de contacter ces associations « compétentes » et les autres instances de protection des personnes privées de liberté (Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Comité de prévention de la torture, etc.).

Le décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011 précise les modalités selon lesquelles les associations sont autorisées à accéder aux lieux de rétention (art. R. 553-14-4 à R. 553-14-8 du Ceseda). Alors que l'article 16-4 de la directive pose comme seule

condition d'accès de justifier de la « compétence » de l'ONG, ce texte ajoute un ensemble de conditions restrictives qui semblent excessives.

Pour solliciter l'habilitation, l'association doit être régulièrement déclarée depuis au moins cinq années et prévoir dans ses statuts « *la défense des étrangers, la défense des droits de l'homme ou l'assistance médicale et sociale* ». Au regard des demandes, le ministre chargé de l'immigration fixe la liste des associations habilitées pour une durée de trois ans, renouvelable pour la même durée. L'habilitation peut être retirée par décision motivée. Elle ne peut être sollicitée par les associations assurant la prestation d'assistance des étrangères et des étrangers à l'accès effectif à leurs droits (Assfam, Cimade, FTDA, Forum réfugiés, Ordre de Malte). Le refus d'habilitation doit être motivé « *au regard notamment du nombre d'associations déjà habilitées* » (art. R. 553-14-4). On peut relever que cette même restriction avait été jugée illégale par le Conseil d'État en ce qui concerne les demandes d'habilitation pour accéder à la zone d'attente (CE, 6 nov. 2000, n° 214512, *Mrap*; CE, 28 déc. 2001, n° 233680, *Association Amnesty international*, groupe 151; CE, 3 juin 2002, n° 227020, *APSR*; CE, 28 déc. 2005, n° 253801, *Gisti et autres*).

Les associations habilitées doivent obtenir un agrément individuel pour chacune des cinq personnes qu'elles désignent pour effectuer les visites, agrément qui doit être renouvelé chaque année. Il peut être retiré sur demande de l'association ou par décision motivée de l'administration.

S'agissant des modalités d'accès aux locaux de rétention, les personnes qui représentent les associations peuvent s'entretenir avec le ou la chef de centre, le ou la responsable du local de rétention, les agents et agentes de l'Ofpra et de l'Ofii ainsi qu'avec ceux et celles qui, au nom des associations, assurent l'assistance des étrangers. L'entretien confidentiel avec une personne retenue ne peut être refusé que s'il entrave le fonctionnement du lieu de rétention et les activités de l'État ou de ces associations. La visite doit s'exercer dans le respect des opinions politiques, philosophiques ou religieuses des étrangers et des étrangères retenues. Les membres de plusieurs associations habilitées ne peuvent accéder le même jour au même lieu de rétention. En outre, l'administration doit être informée au moins vingt-quatre heures à l'avance et les modalités pratiques de la visite doivent être convenues avec elle. Enfin, comme pour la zone d'attente, une réunion est organisée annuellement entre les associations et le ministère dont le compte rendu est établi conjointement et rendu public.

Chapitre VI. Citoyennes et citoyens de l'Union européenne

I. Séjour de moins de trois mois

Ceseda, article L. 121-4-1 (créé par art. 22)

Tant qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale, les citoyens de l'Union européenne, les ressortissants d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, ainsi que les membres de leur famille tels que définis aux 4° et 5° de l'article L. 121-1, ont le droit de séjourner en France pour une durée maximale de trois mois, sans autre condition ou formalité que celles prévues pour l'entrée sur le territoire français.

Ce nouvel article porte sur le droit au séjour de moins de trois mois des citoyennes et des citoyens de l'Union européenne et des autres pays de l'espace économique européen (Islande, Liechtenstein, Norvège) et de la Suisse. Il reprend des dispositions figurant déjà à l'article R. 121-3 du Ceseda. Le Sénat en a toutefois supprimé les précisions sur le système d'assistance sociale : « *notamment l'assurance maladie, l'aide sociale et les prestations publiques à caractère social* », considérant que celles-ci sont de nature réglementaire. Tout comme la disposition réglementaire, ce nouvel article risque de rester lettre morte faute de trouver à s'appliquer.

Pour priver les personnes concernées de leur droit de libre circulation en deçà d'un délai de trois mois, il faut en effet démontrer qu'elles constituent pendant cette période une charge « *déraisonnable* » pour le système d'assistance sociale. Or, la plupart des prestations sociales ne sont pas accessibles avant d'avoir résidé en France au minimum trois mois. C'est le cas pour la couverture maladie universelle (CMU), l'aide médicale d'État (AME), le revenu de solidarité active (RSA), ou encore l'allocation adulte handicapé (AAH).

On relèvera par ailleurs que la loi ne transpose pas à la lettre la directive du 29 avril 2004, selon laquelle « *le recours au système d'assistance sociale par un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement* » (art. 14.3).

II. Éloignement : une nouvelle OQTF

Ceseda, article L. 511-3-1 (créé par art. 39)

L'autorité administrative compétente peut, par décision motivée, obliger un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, ou un membre de sa famille à quitter le territoire français lorsqu'elle constate :

1° Qu'il ne justifie plus d'aucun droit au séjour tel que prévu par les articles L. 121-1, L. 121-3 ou L. 121-4-1 ;

2° Ou que son séjour est constitutif d'un abus de droit. Constitue un abus de droit le fait de renouveler des séjours de moins de trois mois dans le but de se maintenir sur le territoire alors que les conditions requises pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois ne sont pas remplies. Constitue également un abus de droit le séjour en France dans le but essentiel de bénéficier du système d'assistance sociale ;

3° Ou que, pendant la période de trois mois à compter de son entrée en France, son comportement personnel constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société française.

L'autorité administrative compétente tient compte de l'ensemble des circonstances relatives à sa situation, notamment la durée du séjour de l'intéressé en France, son âge, son état de santé, sa situation familiale et économique, son intégration sociale et culturelle en France, et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine.

L'étranger dispose, pour satisfaire à l'obligation qui lui a été faite de quitter le territoire français, d'un délai qui, sauf urgence, ne peut être inférieur à trente jours à compter de sa notification. À titre exceptionnel, l'autorité administrative peut accorder un délai de départ volontaire supérieur à trente jours.

L'obligation de quitter le territoire français fixe le pays à destination duquel il est renvoyé en cas d'exécution d'office.

Les articles L. 512-1 à L. 512-4 sont applicables aux mesures prises en application du présent article.

L'article L. 121-4, qui est maintenu inchangé dans le Ceseda, prévoit la possibilité de soumettre les ressortissants et les ressortissantes communautaires ou assimilées et les membres de leur famille⁽⁶⁾ à une

(6) Au sens de l'article L. 121-1 du Ceseda, le terme de membres de la famille d'une ressortissante ou d'un ressortissant commu-

mesure d'éloignement, pour deux motifs : absence de justification d'un droit au séjour en application des articles L. 121-1 ou L. 121-3 ou menace à l'ordre public. Avant sa modification par la loi, l'article L. 511-1 permettait également de prendre une obligation de quitter le territoire français à l'égard des communautaires ne remplissant pas les conditions du droit au séjour.

A. Nouvelles hypothèses d'éloignement des communautaires

L'article L. 511-3-1 énumère l'ensemble des hypothèses dans lesquelles les communautaires et assimilés et les membres de leur famille peuvent faire l'objet d'une OQTF.

Outre les cas prévus à l'article L. 121-4 (perte du droit au séjour), à l'ancien article L. 511-1 (conditions de séjour non remplies) et à l'article L. 121-4-1 (voir ci-dessus, I), la loi ajoute deux hypothèses dans lesquelles une OQTF peut être prononcée.

1. Lorsque le séjour est constitutif d'un « abus de droit »

L'abus de droit est constitué :

– par « *le fait de renouveler des séjours de moins de trois mois dans le but de se maintenir sur le territoire alors que les conditions requises pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois ne sont pas remplies* » ;

– lorsque le séjour en France a pour « *but essentiel de bénéficier du système d'assistance sociale* ».

La notion d'abus de droit pose des questions d'ordre juridique et matériel :

– L'interdiction de l'abus de droit est un principe général du droit de l'Union européenne. Pour être constituée, cette notion requiert un élément subjectif qui consiste « *en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention* » (CJUE, 14 déc. 2000, Emsland-Stärke, affaire C-110/99). Appliquée au droit à la libre circulation, il faudrait prouver qu'il y a « abus » de ce droit dans le seul but de tirer un avantage. Mais de quel avantage s'agit-il ? S'agissant de l'exercice d'une liberté fondamentale, il ne peut y être porté atteinte que dans des cas très précis. À supposer même que la personne fasse des allers et retours pour des périodes de moins de trois mois afin de ne pas avoir à démontrer

des conditions relatives à son séjour en France, cela n'implique pas forcément que son but est d'en tirer un avantage, sauf à démontrer qu'elle constitue au minimum « *une charge déraisonnable pour le système d'aide sociale* ». Or, comme dit plus haut, il est très difficile, voire impossible de constituer une telle charge pendant un séjour de moins de trois mois du fait de la condition de résidence posée par la réglementation française.

– Par ailleurs, de l'aveu même du ministre et du rapporteur du projet de loi, cette disposition risque d'être matériellement très difficile à appliquer. La charge de la preuve reposant sur l'administration, celle-ci devra non seulement démontrer que la personne est en France depuis moins de trois mois, mais encore qu'elle fait des allers-retours en permanence et cela « *dans le but de se maintenir sur le territoire alors que les conditions requises pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois ne sont pas réunies* ».

On peut par conséquent s'interroger sur l'objectif réel d'une disposition aussi difficilement applicable, si ce n'est la stigmatisation d'une certaine catégorie de « citoyens de l'Union ».

2. En cas de « menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société française »

Une OQTF peut également intervenir lorsque, pendant la période de trois mois à compter de l'entrée en France, le comportement personnel de l'intéressé-e « *constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société française* ».

Cette notion, qui figure dans la directive du 29 avril 2004, est plus restrictive que la notion française de « *menace pour l'ordre public* ».

L'article précise que l'administration doit, pour prendre sa décision relative à l'éloignement, tenir compte « *de l'ensemble des circonstances relatives à sa situation, notamment la durée du séjour de l'intéressé en France, son âge, son état de santé, sa situation familiale et économique, son intégration sociale et culturelle en France, et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine* ». Cette disposition est la mise en œuvre de l'engagement pris par les autorités françaises à l'égard de la Commission européenne à la suite de la forte controverse de l'été 2010 lors de l'expulsion massive de ressortissants et de ressortissantes roumaines et bulgares d'origine Rom. La Commission estimait en effet que la France n'avait pas intégralement transposé les dispositions de la directive du 29 avril 2004, notamment les protections qu'elle prévoit contre l'éloignement forcé de citoyens et de citoyennes de l'Union.

nautaire ou assimilé désigne : son conjoint ou sa conjointe, ses descendantes et descendants directs âgés de moins de 21 ans ou à charge et ses ascendantes ou ascendants directs à charge.

B. Spécificités des OQTF prises à l'égard d'un communautaire

L'OQTF d'un communautaire ou assimilé ou d'un membre de sa famille est systématiquement assortie d'un délai de départ volontaire de trente jours au moins, éventuellement plus long; ce délai ne peut être réduit qu'en cas d'urgence, sans pouvoir, semble-t-il, être totalement annulé.

Aucune interdiction de retour sur le territoire français ne peut être prise à l'égard de ces personnes.

Enfin, les articles du Ceseda qui organisent la procédure administrative et contentieuse applicable contre une OQTF et contre les décisions qui lui sont associées s'appliquent, sauf les articles L. 512-5 (ce qui exclut pour ces personnes l'aide au retour) et L. 512-6 (qui traite de l'abrogation de l'IRTF).

En conclusion, il est clair que ces nouvelles dispositions traduisent un recul par rapport à ce qui apparaissait comme un des acquis communautaires les plus importants, à savoir la liberté de circulation et d'établissement à l'intérieur de l'Union européenne.

III. Encadrement de l'expulsion

- Ceseda, article L. 521-5 (créé par art. 63)
- **Les mesures d'expulsion prévues aux articles L. 521-1 à L. 521-3 peuvent être prises à l'encontre des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, ou d'un membre de leur famille, si leur comportement personnel représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société.**
- **Pour prendre de telles mesures, l'autorité administrative tient compte de l'ensemble des circonstances relatives à leur situation, notamment la durée de leur séjour sur le territoire national, leur âge, leur état de santé, leur situation familiale et économique, leur intégration sociale et culturelle dans la société française ainsi que l'intensité des liens avec leur pays d'origine.**

La loi introduit dans le Ceseda une disposition qui précise les conditions dans lesquelles il est possible d'expulser les communautaires et les membres de leur famille. Comme pour l'OQTF, elle transpose la notion communautaire d'ordre public telle que l'a dégagée la Cour de Justice de l'Union européenne et qui est reprise à l'article 27 de la directive de 2004 (v. p. 51).

Chapitre VII. Asile

I. Modifications touchant à la procédure

A. Aide juridictionnelle

Ceseda, article L. 731-2 (modifié par art. 95)

La Cour nationale du droit d'asile statue sur les recours formés contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, prises en application des articles L. 711-1, L. 712-1 à L. 712-3 et L. 723-1 à L. 723-3. À peine d'irrecevabilité, ces recours doivent être exercés dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de l'office.

Le bénéfice de l'aide juridictionnelle peut être demandé au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception par le requérant de l'avis de réception de son recours, lequel l'informe **dans une langue dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend** des modalités de cette demande.

Le bénéfice de l'aide juridictionnelle ne peut pas être demandé dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides rejetant une demande de réexamen lorsque le requérant a, à l'occasion d'une précédente demande, été entendu par l'office ainsi que par la Cour nationale du droit d'asile, assisté d'un avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle.

La loi introduit deux changements relatifs à l'aide juridictionnelle (AJ) devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA).

– Le premier, conforme à la directive du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié (art. 8), indique que le bureau de l'aide juridictionnelle de la CNDA devra désormais expliquer à qui veut bénéficier de cette aide les « modalités » de la prise en charge financière par l'État des honoraires des avocates et des avocats « *dans une langue dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend* ». Auparavant, toute la documentation était rédigée en français. Ce petit progrès vise l'explication des conditions de l'aide juridictionnelle. Il est relatif dans la mesure où, d'une part, il ne porte curieusement pas sur la notification de la décision – acceptation ou refus de cette aide –, et où, d'autre part, il limite l'éventail des langues aux principales.

– Le deuxième changement prive de l'aide juridictionnelle les étrangères et les étrangers qui veulent tenter des réexamens après avoir essuyé un ou plusieurs refus. Sous le régime antérieur, cette aide leur était accessible devant la CNDA, quel que soit le nombre de leurs requêtes. Sous le nouveau régime, elle pourra être obtenue une seule fois, en général pour la première comparution devant la CNDA. Si elle n'a pas été utilisée à cette occasion, il sera possible de demander l'AJ pour un seul réexamen devant la Cour.

Cette restriction nouvelle est conforme à l'article 15 de la directive déjà citée.

Il s'agit là d'une nouvelle entreprise de dissuasion à l'encontre des réexamens, pourtant déjà en baisse (- 15,8 % de 2009 à 2010, année où l'Ofpra en a enregistré 4 600), sous l'effet d'autres pénalisations, par exemple d'un taux d'entretien à l'Office de seulement 8,5 % (contre près de 96 % pour les premières demandes) avec, à ce niveau, un taux de succès de 4 %. Qu'en restera-t-il sous peu ?

Pour le Conseil constitutionnel, dans la mesure où existe la garantie que requérantes et requérants seront entendus une fois par la CNDA avec l'assistance d'un avocat ou d'une avocate, il n'y a pas méconnaissance du droit au recours effectif devant une juridiction.

Il n'est pas sûr que cette conception minimaliste des droits garantis aux victimes de persécutions soit conforme à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, selon lequel « *Toute personne a droit se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* », ou à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux termes duquel « *Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ».

B. Visioconférence

Ceseda, article L. 733-1 (modifié par art. 98)

Les intéressés peuvent présenter leurs explications à la Cour nationale du droit d'asile et s'y faire assister d'un conseil et d'un interprète.

Afin d'assurer une bonne administration de la justice et de faciliter la possibilité ouverte aux intéressés de présenter leurs explications à la cour, le président de cette juridiction peut prévoir que la salle d'audience de la cour est reliée, en direct, par un moyen de communication audiovisuelle qui garantit la confidentialité de la transmission avec une salle d'audience spécialement aménagée à cet effet ouverte au public et située dans des locaux relevant du ministère de la justice plus aisément accessibles par le demandeur, dans des conditions respectant les droits de l'intéressé prévus par le premier alinéa. Une copie de l'intégralité du dossier est mise à sa disposition. Si l'intéressé est assisté d'un conseil, ce dernier est physiquement présent auprès de lui. Ces opérations donnent lieu à l'établissement d'un procès-verbal dans chacune des salles d'audience ou à un enregistrement audiovisuel ou sonore. Le requérant qui, séjournant en France métropolitaine, refuse d'être entendu par un moyen de communication audiovisuelle est convoqué, à sa demande, dans les locaux de la cour.

Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du deuxième alinéa.

L'ample usage de la visioconférence risque de bouleverser de nombreuses audiences devant la CNDA puisqu'il concernera les requérantes et les requérants résidant dans les provinces métropolitaines et dans l'outre-mer.

Les visio-entretiens sont devenus coutumiers à l'Ofpra (3,5 % du total des auditions) qui, en 2010, les a utilisés 816 fois pour l'outre-mer (336 cas à Mayotte, 482 dans les départements français d'Amérique) ainsi qu'au centre de rétention de Lyon. Pour les audiences devant la CNDA, devant laquelle le débat est contradictoire, il n'existe pas de précédent. Jusqu'à présent, il fallait se déplacer à Montreuil, en Seine-Saint-Denis. Ce voyage est tout particulièrement problématique depuis l'outre-mer en raison de son caractère onéreux et aussi de difficultés fréquentes pour franchir les « frontières Schengen ». C'est pourquoi, au cours des dernières années, la Cour avait effectué quelques déplacements exceptionnels en Guyane, en Guadeloupe, en Martinique et à Mayotte. Ce ne sera probablement plus le cas désormais.

S'agissant des requérants et requérantes des régions métropolitaines, il leur sera possible de choisir le déplacement à Montreuil. Ce choix n'existe pas pour celles et ceux de l'outre-mer qui devront soit se résoudre à la visioconférence soit être jugés en leur absence.

Cette différence de traitement, qui rompt manifestement avec le principe d'égalité, n'a pas choqué le Conseil constitutionnel, pour lequel, d'une part, « *le législateur a entendu contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics* » (le deuxième objectif l'emportant manifestement, à ses yeux, sur le premier) et, d'autre part, « *la différence instaurée entre les personnes se trouvant sur le territoire métropolitain et les autres ne méconnaît pas le principe d'égalité* » à la faveur d'une vision archaïque du monde où les distances géographiques seraient restées infranchissables.

[voir aussi p. 60 dans le chapitre VIII : « Outre-mer »]

C. Question préjudicielle

Ceseda, article L. 733-3 (créé par art. 99)

Avant de statuer sur un recours soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, la Cour nationale du droit d'asile peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à l'avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai.

Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application du présent article.

Possibilité nouvelle de question « préjudicielle » de la CNDA au Conseil d'État (nouvel article L. 733-3 du Ceseda) : depuis que, par l'effet de la réforme de 2007, la CNDA est explicitement devenue une « juridiction administrative » (Ceseda, art. L. 731-1), les boulons ne cessent d'être resserrés entre les deux institutions. La nouvelle possibilité ouverte à la CNDA d'interroger le Conseil d'État « *avant de statuer* » sur tout dossier « *soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* » renforce l'autorité de la Haute Assemblée qui acquiert ainsi une influence renforcée sur l'élaboration de la jurisprudence en matière d'asile, même si sa réponse a le statut d'un « avis ». On voit mal la CNDA y résister.

Jusqu'à-là, le Conseil d'État pouvait être saisi d'un pourvoi en cassation, d'une part, par le requérant ou la requérante dont le recours avait été rejeté et, d'autre part, par l'Ofpra dont près de 30 % des décisions sont annulées par la Cour. C'est pourquoi l'Office forme également des pourvois devant le Conseil d'État. En 2008, sur un total de 76 pourvois, 14 émanaient de l'Ofpra. Quelque cinq jugements de la Cour ont ainsi été annulés. Les pouvoirs publics apprécient peu la générosité relative de la CNDA. Peut-être comptent-ils sur le

renforcement de l'autorité du Conseil d'État via les « questions préjudicielles » pour ramener la Cour à ce qu'ils estiment être la raison ?

Ces questions devront être examinées dans un délai de trois mois, délai au-delà duquel la Cour pourra rendre son jugement, que le Conseil d'État ait rendu ou non son avis.

D. Extension de la notion de « fraude délibérée »

Ceseda, article L. 741-4 (modifié par art. 96)

Sous réserve du respect des stipulations de l'article 33 de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, l'admission en France d'un étranger qui demande à bénéficier de l'asile ne peut être refusée que si :

[...]

4° La demande d'asile repose sur une fraude délibérée ou constitue un recours abusif aux procédures d'asile ou n'est présentée qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement prononcée ou imminente. Constitue, en particulier, un recours abusif aux procédures d'asile la présentation frauduleuse de plusieurs demandes d'admission au séjour au titre de l'asile sous des identités différentes. Constitue également un recours abusif aux procédures d'asile la demande d'asile présentée dans une collectivité d'outre-mer s'il apparaît qu'une même demande est en cours d'instruction dans un autre État membre de l'Union européenne. **Constitue une demande d'asile reposant sur une fraude délibérée la demande présentée par un étranger qui fournit de fausses indications, dissimule des informations concernant son identité, sa nationalité ou les modalités de son entrée en France afin d'induire en erreur les autorités.**

[...]

Sous le régime précédent comme sous le nouveau, trois motifs permettent de placer requérants et requérantes de l'asile en « procédure prioritaire » (accélérée, sans aide sociale et permettant un éloignement après un rejet de l'Ofpra) : l'appartenance à un pays dit « sûr », une présence en France jugée menaçante pour l'ordre public, et une demande d'asile considérée soit comme reposant sur une fraude délibérée soit jugée abusive soit présentée en vue de faire échec à une mesure d'éloignement.

La réforme précise ce qu'il faut entendre par « fraude délibérée ». C'est le cas si l'étranger ou l'étrangère fournit « *de fausses indications, dissimule des informations concernant son identité, sa nationalité ou les modalités de son entrée en France afin d'induire en erreur les autorités* ». Il y a fort à parier que le gouvernement entend ainsi notamment piéger davantage celles et ceux qui, pour tenter d'échapper aux conséquences du règlement « Dublin 2 » (schématiquement, renvoi dans le pays de l'UE qui, le premier, a signalé leur présence dans

la banque de données Eurodac), effacent leurs empreintes digitales.

Pour les pouvoirs publics, toute extension de la procédure prioritaire présente l'avantage de diminuer le nombre de personnes à prendre en charge dans les centres d'accueil de demandeurs d'asile (Cada), dont le nombre est, depuis des années, cruellement insuffisant. Cette condamnation légale à une survie à la rue est censée constituer une arme de dissuasion contre la demande d'asile, espoir dont il a pourtant été démontré qu'il est illusoire.

II. Modifications ayant des incidences sur le droit d'asile

A. Zone d'attente

L'article L. 221-1 du Ceseda modifié par l'article 10 de la loi prévoit la création d'une zone d'attente « élastique » (voir la présentation détaillée de ce dispositif p. 7 et 8). Dès lors qu'un groupe de dix étrangères et étrangers, rassemblés ou distants de moins de dix kilomètres, est supposé récemment arrivé en France, il génère l'apparition d'une zone d'attente.

Si ce groupe entend demander l'asile, il ne pourra plus le faire dans des conditions normales. Il devra préalablement subir la procédure de l'« asile à la frontière », dont le taux d'élimination est de l'ordre des trois quarts (voir ci-après, B). Bien que la nouvelle disposition soit muette sur l'asile, elle vise particulièrement celles et ceux qui souhaitent le demander. Elle est, en effet, largement liée à l'arrivée en Corse, le 22 janvier 2010, de plus d'une centaine de Kurdes de Syrie qui ont sollicité l'asile.

B. Interdiction de retour

Aux autres motifs qui empêchent l'accès au territoire français s'ajoute la nouvelle « interdiction de retour », d'une durée de deux à cinq ans, dont les mesures d'éloignement peuvent être assorties (voir une présentation détaillée p. 33 et 34). Cette interdiction peut frapper des étrangères et des étrangers qui ont subi un retour forcé dans des pays où l'évolution de la situation fait qu'ils doivent solliciter l'asile.

Interrogé sur le risque que leur retour en France et dans l'Union européenne dans ce but devienne plus problématique encore qu'auparavant, le Conseil constitutionnel a répondu que « *cette condition n'est pas de nature à porter atteinte au droit d'asile dès lors que le refus d'entrée sur le territoire ne fait pas obstacle [...] au dépôt d'une demande d'asile à la frontière* ». Une réponse qui ignore les statistiques de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (Ofpra), dont le rapport relatif à 2010 note qu'en matière d'asile à la frontière, « *le*

taux d'avis positif diminue légèrement en 2010 et s'élève à 25,8 % des avis rendus (26,8 % en 2009) ». Quelque 75 % ne franchissent donc pas la frontière.

Un autre obstacle s'ajoute à celui que nie, sur la base d'un raisonnement purement abstrait, le Conseil constitutionnel. Aux femmes et aux hommes déboutés de leur demande d'asile qui n'auraient pas exécuté une décision d'éloignement assortie d'une mesure d'interdiction de retour et qui voudraient déposer une nouvelle demande, il faudra préalablement obtenir l'abrogation de l'interdiction de retour et donc une assignation à résidence – condition nécessaire pour que la demande d'abrogation soit recevable lorsque la personne concernée se trouve toujours sur le territoire français (v. p. 34). Rien ne garantit qu'à l'occasion de cette démarche l'administration ne décidera pas d'exécuter d'office la mesure d'éloignement. Ainsi cette possibilité théorique d'arrangement pourrait-elle bien se métamorphoser en piège.

C. Protection contre l'éloignement

- Ceseda, article L. 513-2 (modifié par art. 61)
- L'étranger qui ~~est obligé de quitter le territoire français~~ ou qui doit être reconduit à la frontière **fait l'objet d'une mesure d'éloignement** est éloigné :
- 1° À destination du pays dont il a la nationalité, sauf si l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou la Cour nationale du droit d'asile lui a reconnu le statut de réfugié **ou lui a accordé le bénéfice de la protection subsidiaire** ou s'il n'a pas encore été statué sur sa demande d'asile ;

Les bénéficiaires de la protection subsidiaire, qui ne figuraient pas jusque-là sur la liste des personnes qu'il n'est pas possible d'éloigner de force dans leur pays d'origine, y font leur entrée. En pratique, l'innovation ne changera rien : l'administration s'abstenait de procéder à de tels éloignements que les juridictions administratives auraient logiquement annulés en cas de tentatives d'exécution.

Chapitre VIII. Outre-mer

Il est fréquent que, sur les terres ultramarines de la France, les adaptations du droit prévues par la Constitution française anticipent, aggravent ou rendent inutiles les réformes législatives. Ainsi :

- depuis onze ans, le contrôle des conditions de l'interpellation et de la rétention d'un étranger ou d'une étrangère par le JLD n'intervient à Mayotte qu'au bout de cinq jours (comme le prévoit la loi en 2011 pour l'ensemble du territoire, v. p. 45) ;
- la nouvelle possibilité d'audience audiovisuelle de la CNDA ne devient obligatoire, et probablement systématique, que lorsque la demande d'asile a été effectuée en Outre-mer (v. p. 54) ;
- le dispositif de recours suspensif spécifique à la reconduite à la frontière exclut, depuis sa mise en place en 1990, les personnes présentes sur une partie de l'Outre-mer. Sur ces territoires, la réforme du contentieux administratif est donc sans objet à quelques aménagements près.

I. Portée géographique

A. Le Ceseda applicable aux DOM mais pas à Mayotte

- Ceseda, article L. 111-2 (modifié par art. 101)
- Le présent code régit l'entrée et le séjour des étrangers en France métropolitaine, dans les départements d'outremer, à Saint-Pierre-et-Miquelon, à **Saint-Barthélemy et à Saint-Martin**.
- Il régit l'exercice du droit d'asile sur l'ensemble du territoire de la République.
- Ses dispositions s'appliquent sous réserve des conventions internationales.
- Les conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises demeurent régies par les textes ci-après énumérés :
- 1° Ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte [...].
- Ceseda, article L. 111-3 (modifié par art. 102)
- Au sens des dispositions du présent code, l'expression « en France » s'entend de la France métropolitaine,

- des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon, **de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin**.

Bien que Saint-Barthélemy et Saint-Martin, anciennes communes de la Guadeloupe, soient devenues en 2007 des collectivités d'outre-mer, le Ceseda continue à s'y appliquer. La loi « Hortefeux » de novembre 2007 n'y avait pas pensé, les articles 101 et 102 réparent cet oubli.

L'essentiel est ce qui est omis : le 31 mars 2011, Mayotte est devenu un département. L'ordonnance du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers continue pourtant à y régir l'entrée et le séjour des étrangers. Clairement, la « départementalisation » de Mayotte n'en fait pas un « département » en ce qui concerne les étrangers puisque le Ceseda et l'expression « en France » sont censés s'appliquer aux départements selon la première phrase de l'article L. 111-3. Dans le même sens, le Conseil d'État a récemment écarté une question sur l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir en France par une OQTF de l'Hexagone vers Mayotte : rien, selon lui, n'empêche la législation, de prévoir qu'un titre de séjour délivré à Mayotte ne donne pas le droit de prendre l'avion pour Paris sans visa (CE, n° 345661, 4 avril 2011).

Finalement, sans qu'il soit nécessaire de le préciser, le Ceseda et ses modifications apportées par la loi du 16 juin 2011 s'appliquent à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique, à la Réunion, à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin ; par exception, les dispositions relatives au droit d'asile s'appliquent sur tout le territoire national. Cela n'exclut pas des exceptions ultramarines lorsqu'elles sont explicitement mentionnées dans le Ceseda (voir les parties II, III et IV suivantes).

Remarque : malgré ce qui précède, l'article 109 fait un long inventaire des dispositions de la loi applicables à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin. Sa suppression a été défendue au Sénat avec l'argument de bon sens suivant : « pour vous épargner une longue énumération, j'indique seulement que sont concernés les articles du Ceseda, du code de justice administrative, du code de procédure pénale et de la loi relative à l'aide juridique »⁽⁷⁾. Cet article n'au-

(7) Marie-Agnès Labarre, sénatrice communiste, le 14 avril 2011 – défense de l'amendement n° 177, présenté par M^{mes} Assassi, Borvo Cohen-Seat, Mathon-Poinat

rait en effet de sens que si la vingtaine de dispositifs omis par l'inventaire n'entrait pas en vigueur sur ces seuls petits territoires – par exemple les modifications de l'accès au droit au séjour des étrangers malades et des femmes victimes de violences au sein de leur couple ou le délit de mariage « gris ». Bien entendu, les versions du Ceseda consolidées par le Conseil constitutionnel ou par Légifrance ignorent ces aberrations.

B. Les autres textes

1. Codes

Les articles de la loi du 16 juin 2011 portant sur les autres codes s'appliquent là où ceux-ci sont applicables. C'est le cas notamment :

- du titre du code civil relatif à la nationalité qui s'applique à l'ensemble du territoire national (art. 17-4 du code civil) ;
- du code du travail dont la portée géographique est la même que celle du Ceseda (art. L. 1511-1 du code du travail).

2. Ordonnances

La loi ne modifie les quatre ordonnances relatives à l'entrée et au séjour applicables à Mayotte et aux trois principaux territoires d'outre-mer (îles Wallis et Futuna, Polynésie française et Nouvelle-Calédonie) que sur un point : les commissions « compétences et talents » et de « l'admission exceptionnelle » disparaissent des ordonnances comme de la partie législative du Ceseda (v. p. 20 et p. 27). La plupart des autres réformes du Ceseda seront vraisemblablement transposées par ordonnance quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 2011.

II. Non-admission et éloignement

A. Une zone d'attente le long des fleuves frontaliers de la Guyane

· Ceseda, article L. 221-1 (modifié par art. 10, I)

· L'étranger qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui, soit n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français, soit demande son admission au titre de l'asile, peut être maintenu dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international figurant sur une liste définie par voie réglementaire, dans un port ou à proximité du lieu de débarquement, ou dans un aéroport, pendant le temps strictement nécessaire à son départ et, s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée. [...]

· **Le présent titre s'applique également à l'étranger qui arrive en Guyane par la voie fluviale ou terrestre.**

Une nouvelle zone d'attente s'étend désormais en Guyane tout au long des deux grands fleuves frontaliers (510 km le long du Surinam et 730 km le long du Brésil) que des pirogues traversent sans cesse. Désormais, toute personne interpellée en Guyane à proximité de l'un de ces fleuves sans preuve de sa nationalité française ou de son entrée régulière peut être considérée comme « non admise » en France même si, de fait, elle y réside depuis toujours ou depuis longtemps... Cette zone d'attente se prolonge le long de la frontière terrestre perdue dans une forêt amazonienne inhospitalière.

Inutile? Sans aucun doute, car la police aux frontières avait déjà le pouvoir d'interpeller et de reconduire d'office les personnes sans papiers le long de ces fleuves.

Surréaliste? Certes, car il est fréquent qu'une personne reconduite de l'autre côté de la frontière fluviale revienne aussitôt.

Mais c'est un moyen symbolique complémentaire de marquer l'isolement de la Guyane dans le continent qui l'entoure et de marginaliser les populations autochtones des fleuves implantées bien avant que la Guyane soit française.

B. OQTF sans recours suspensif

· Livre 1, titre I^{er}, chapitre IV intitulé « Dispositions propre à la Guyane, à la Guadeloupe, à **Saint-Barthélemy et à Saint-Martin** » (modifié par l'art. 103).

· Ceseda, article L. 514-1 (modifié par art. 104, I)

· Pour la mise en œuvre du présent titre, sont applicables en Guyane et à Saint-Martin, les dispositions suivantes :

· 1° Si l'autorité consulaire le demande, ~~la mesure de reconduite à la frontière~~ **l'obligation de quitter sans délai le territoire français** ne peut être mise à exécution avant l'expiration du délai d'un jour franc à compter de la notification de l'arrêté ;

· 2° Sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent, l'étranger qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et qui défère cet acte au tribunal administratif peut assortir son recours d'une demande de suspension de son exécution.

· En conséquence, les dispositions des articles L. 512-1, ~~L. 512-2~~ **L. 512-3** et L. 512-4 ne sont pas applicables en Guyane ni à Saint-Martin.

· Ceseda, article L. 514-2 (modifié par art. 104, II)

· Les dispositions de l'article L. 514-1 sont applicables dans le département de la Guadeloupe et à Saint-Barthélemy, pendant cinq ans à compter de la publication **de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011** relative à l'immigration, ~~et~~ à l'intégration **et à la nationalité.**

Sur certaines terres ultramarines, le législateur a prévu de priver les destinataires d'une obligation de quitter le territoire français de la possibilité

d'introduire un recours suspensif devant la justice administrative.

La loi du 16 juin 2011 adapte le dispositif dérogatoire antérieur à la nouvelle OQTF avec ou sans délai. En cas d'OQTF sans délai, la reconduite peut être exécutée d'office sauf en cas d'octroi d'un jour franc si un consulat en fait la demande. En cas d'OQTF avec délai de retour volontaire, la reconduite peut être effectuée d'office au bout de trente jours même si le tribunal administratif a été saisi auparavant. À ceux qui objectent l'absence de recours effectif, en infraction à la Convention européenne des droits de l'homme, le Ceseda, comme le Conseil constitutionnel⁽⁸⁾, rappellent la possibilité d'un référé suspension; mais celui-ci n'étant lui-même pas suspensif, il est rare qu'il puisse aboutir avant l'exécution de l'éloignement.

Deux départements et deux collectivités étaient déjà concernés: la Guyane et Saint-Martin, de manière pérenne depuis la loi pour la sécurité intérieure du 13 mars 2003; la Guadeloupe et Saint-Barthélemy, pendant les cinq années suivant la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration. Pour ces derniers, le dispositif est prolongé jusqu'au 16 juin 2016.

Remarque: les ordonnances relatives à Mayotte et aux trois principaux territoires d'outre-mer ne mentionnent aucun recours suspensif en cas de mesure de reconduite; ce sont donc, là aussi, les règles générales prévues par le droit administratif qui s'appliquent.

III. Contrôles dérogatoires de véhicules

Ceseda, article L. 611-11 (modifié par art. 105, I)

Pendant cinq ans à compter de la publication de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, les dispositions des **Les** articles L. 611-8 et L. 611-9* sont applicables, en Guadeloupe, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que sur les routes nationales 1 et 4. **Il en est de même à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà.**

* Dispositions concernant le voisinage des frontières Schengen: « Les officiers de police judiciaire, assistés des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints [...] peuvent procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République, à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique, à l'exclusion des voitures particulières, en vue de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France ».

Ceseda, article L. 622-10 (modifié par art. 106)

I. - En Guyane, le procureur de la République peut ordonner la destruction des embarcations fluviales non immatriculées qui ont servi à commettre les

infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2 [aide à l'entrée et au séjour irréguliers], constatées par procès-verbal, lorsqu'il n'existe pas de mesures techniques raisonnablement envisageables pour empêcher définitivement le renouvellement de ces infractions.

II. - En Guadeloupe, à Saint-Martin, à Saint-Barthélemy et en Guyane, le procureur de la République peut ordonner l'immobilisation des véhicules terrestres et des aéronefs qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2, constatées par procès-verbal, par la neutralisation de tout moyen indispensable à leur fonctionnement, lorsqu'il n'existe pas de mesures techniques raisonnablement envisageables pour empêcher définitivement le renouvellement de ces infractions.

Article 10-2 de l'ordonnance relative à l'entrée et au séjour à Mayotte (modifié par l'art. 105, II)

Pendant cinq ans à compter de la publication de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, dans **Dans** une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, les officiers de police judiciaire, assistés des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints mentionnés respectivement à l'article 20 et au 1° de l'article 21 du code de procédure pénale, peuvent procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République, à la visite sommaire de tout véhicule circulant sur la voie publique, à l'exclusion des voitures particulières, en vue de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers à Mayotte.

Ces contrôles dérogatoires de taxis ou de transports en commun susceptibles de transporter des étrangers ou des étrangères sans papiers s'appliquent également en Guyane (art. L. 611-10 du Ceseda). Ils devaient s'éteindre le 24 juillet 2011 en Guadeloupe et à Mayotte; ils deviennent pérennes.

Par ailleurs, ce dispositif est étendu à Saint-Barthélemy et Saint-Martin. Il en va de même pour le dispositif pérenne permettant, en Guyane et à la Guadeloupe, au procureur de la République d'ordonner la destruction ou l'immobilisation de véhicule ayant servi à l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers.

Remarque: sur l'essentiel des zones accessibles de la Guyane, la Guadeloupe, Mayotte, Saint-Barthélemy et Saint-Martin, la police est libre de contrôler l'identité et le droit au séjour des personnes sans réquisition préalable du procureur (code de procédure pénale, art. 78-2). Cette dérogation au droit commun était déjà pérenne en Guyane mais devait prendre fin en juillet 2011 pour les quatre autres territoires à défaut d'une modification législative. À la suite de l'oubli d'un amendement, cette pérennisation n'est pas issue de la loi du 16 juin 2011 mais d'un article glissé dans une loi du 27 juillet 2011 relative aux statuts de la Guyane et de la Martinique.

(8) Décision n° 2003-467 du 13 mars 2003

IV. L'asile

Le droit d'asile, fondamentalement régi par des normes internationales, ne saurait dépendre de la géographie. C'est pourquoi, par exception, le livre VII du Ceseda consacré au droit d'asile s'applique au demandeur d'asile sur l'ensemble du territoire national. Mais il n'est pas interdit d'y inscrire des exceptions dès qu'il s'agit soit de procédure, soit de droit au séjour ; la loi du 16 juin 2011 en prévoit deux.

A. Audience audiovisuelle de la CNDA

La légalisation nouvelle de l'usage de la technique de visioconférence par la Cour nationale du droit d'asile a été présentée plus haut (v. p. 54).

Lorsqu'il a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, cet article ne concernait que l'Outre-mer. Le Sénat devait étendre le dispositif à tout le territoire national et en préciser ou modérer les modalités ; cette audition audiovisuelle devenait optionnelle puisque « *le requérant qui refuse d'être entendu par un moyen de communication audiovisuelle est convoqué, à sa demande, dans les locaux de la cour* ». En seconde lecture, l'assemblée nationale a rejeté ce dernier point.

La commission mixte a finalement tranché en rétablissant la liberté de choix en France hexagonale, mais en en privant le requérant séjournant hors de la France métropolitaine. Saisi sur cette différence de traitement qui rompt avec le principe d'égalité, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu cette objection.

Ainsi, l'audience foraine de la CNDA qui se déroulera en décembre 2011 à Mayotte risque d'être la dernière audience foraine en Outre-mer. Certaines personnes bénéficiant d'une attention particulière seront convoquées à Montreuil. Mais la plupart des requérants et des requérantes ne pourront désormais s'exprimer devant la cour que sur un écran, comme c'est déjà le cas le plus souvent devant l'officier de protection de l'Ofpra (qui ne possède en Outre-mer qu'un seul bureau, à Basse-Terre, en Guadeloupe).

On trouvera plus haut (p. 54) des précisions sur le nombre important de visioconférences de l'Ofpra en outre-mer au cours de l'année 2010. « *La visioconférence ne permet pas la même qualité des débats et des échanges dans un contentieux où l'oralité joue un rôle essentiel. Ces déclarations portent sur des faits souvent particulièrement douloureux. Les aborder par le biais d'une caméra et d'un écran vidéo risque d'être une gageure pour les requérants* » (Roland Muzeau, Assemblée nationale, 10 mars 2011).

B. Droit au séjour restreint du demandeur d'asile à Saint-Barthélemy ou Saint-Martin

Ceseda, articles L. 766-1 [et L. 766-2] (créés par art. 108)

Adaptations à Saint-Barthélemy [et Saint-Martin] des articles L. 741-1 à 742-7 : extraits

L. 741-1 – Tout étranger présent **sur le territoire de Saint-Barthélemy [Saint-Martin]** qui, n'étant pas déjà admis à séjourner dans la collectivité de **Saint-Barthélemy [Saint-Martin]** sous couvert d'un des titres de séjour prévus par le présent code ou les conventions internationales, demande à séjourner **dans la collectivité de Saint-Barthélemy [Saint-Martin]** au titre de l'asile forme cette demande dans les conditions fixées au présent chapitre. [...]

L. 741-4 – Sous réserve du respect des stipulations de l'article 33 de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, l'admission **dans la collectivité de Saint-Barthélemy [Saint-Martin]** d'un étranger qui demande à bénéficier de l'asile ne peut être refusée que si :

1° [procédure « Dublin » qui n'est pas applicable en Outre-mer] ;

2° [applicable] ;

3° La présence sur le territoire de la République de l'étranger constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État ;

4° [applicable].

L. 742-1 – Lorsqu'il est admis à séjourner **dans la collectivité de Saint-Barthélemy [Saint-Martin]** en application des dispositions du chapitre 1^{er} du présent titre, l'étranger qui demande à bénéficier de l'asile se voit remettre un document provisoire de séjour lui permettant de déposer une demande d'asile auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. [...]

L. 742-3 – L'étranger admis à séjourner **dans la collectivité de Saint-Barthélemy [Saint-Martin]** bénéficie du droit de se maintenir **sur le territoire de Saint-Barthélemy [Saint-Martin]** jusqu'à la notification de la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou, si un recours a été formé, jusqu'à la notification de la décision de la Cour nationale du droit d'asile. [...]

L. 742-6 – L'étranger présent sur le territoire de **Saint-Barthélemy [Saint-Martin]** dont la demande d'asile entre dans l'un des cas visés aux 2° à 4° de l'article L. 741-4 bénéficie du droit de se maintenir **dans la collectivité de Saint-Barthélemy** jusqu'à la notification de la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, lorsqu'il s'agit d'une décision de rejet. En conséquence, aucune mesure d'éloignement mentionnée au livre V du présent code ne peut être mise à exécution avant la décision de l'office. **Si l'office décide d'entendre le demandeur d'asile hors de la collectivité de Saint-Barthélemy, celui-ci reçoit les autorisations nécessaires.** [...]

Lorsqu'une demande d'asile n'est pas instruite en procédure prioritaire, la personne bénéficie d'un droit au séjour jusqu'à la décision définitive par l'Ofpra ou par la CNDA. Si la demande est par exemple formulée en Guadeloupe, ce droit au séjour vaut « en France » au sens de l'article L. 112 du Ceseda. Mais la loi restreint, à Saint-Barthélemy et Saint-Martin, ce droit au séjour au seul territoire où la demande a été formulée : étant donné leurs tailles, il s'agit presque d'une assignation à résidence.

Tout au plus, une dérogation peut-elle être accordée en vue d'un entretien auprès des bureaux de l'Ofpra à Basse-Terre. Le rapport de Thierry Mariani au nom de la commission des lois de l'assem-

blée nationale avait pris en compte cette étroitesse de l'espace où le demandeur d'asile serait cantonné et l'avait étendu au territoire de la Guadeloupe ; le ministre de l'immigration s'était opposé à cette modification « *pour éviter qu'un étranger admis à séjourner sur le territoire de Saint-Barthélemy ou sur celui de Saint-Martin en tant que demandeur d'asile puisse se rendre en Guadeloupe en violation des règles de circulation entre un territoire à statut spécial et un département* » (7 octobre 2010).

On s'explique mal la restriction géographique du droit au séjour imposée aux personnes qui demandent l'asile sur ces deux petits territoires alors que le Ceseda s'y applique.

Chapitre IX. Nationalité

Les dispositions relatives à la nationalité n'apportent finalement que des modifications limitées – quoique hautement symboliques – aux textes en vigueur. Elles concernent d'une part la naturalisation, d'autre part l'acquisition de la nationalité par mariage.

La disposition qui avait suscité les débats les plus vifs et retenu à peu près seule l'attention des médias, au point d'éclipser le reste de la loi, a finalement été abandonnée au cours de la discussion parlementaire : il s'agit de l'amendement ajouté au projet initial après le discours du président de la République à Grenoble pendant l'été 2010, qui prévoyait la possibilité de déchoir de la nationalité française la personne « *d'origine étrangère* » coupable d'agression sur un policier ou un gendarme. Mais si l'on se fie aux déclarations de plus en plus nombreuses au sein de la classe politique réclamant des modifications du droit de la nationalité ainsi qu'aux travaux de la mission d'information parlementaire sur le droit de la nationalité mise en place à l'automne 2010, tout laisse à penser que des propositions de réforme plus radicales ne devraient pas tarder à voir le jour.

I. Conditions de la naturalisation

A. Réduction de la durée du stage

- Code civil, article 21-18 (modifié par art. 1^{er})
- Le stage mentionné à l'article 21-17 est réduit à deux ans :
- 1° Pour l'étranger qui a accompli avec succès deux années d'études supérieures en vue d'acquérir un diplôme délivré par une université ou un établissement d'enseignement supérieur français ;
- 2° Pour celui qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France.
- **3° Pour l'étranger qui présente un parcours exceptionnel d'intégration, apprécié au regard des activités menées ou des actions accomplies dans les domaines civique, scientifique, économique, culturel ou sportif.**

La modification apportée à l'article 21-18 du code civil vise, selon l'exposé des motifs du projet de loi, à « *mieux prendre en compte les efforts d'intégration du migrant pour le maintien sur le territoire français* » en assouplissant la condition de stage

pour celui ou celle qui satisfait manifestement à la condition d'assimilation.

La loi ajoute donc à la liste des personnes susceptibles de bénéficier d'une réduction de la durée du stage à deux ans – au lieu de cinq – celle « *qui présente un parcours exceptionnel d'intégration, apprécié au regard des activités menées ou des actions accomplies dans les domaines civique, scientifique, économique, culturel ou sportif* ».

Compte tenu de la formulation très restrictive du texte, on peut douter que la disposition trouve fréquemment à s'appliquer, sinon à des personnes qui auraient de toute façon pu bénéficier du 2° de l'article 21-18 : « *celui qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France* ».

B. Critères et évaluation de la condition d'assimilation

- Code civil, article 21-24 (modifié par art. 2)
- Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, **de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État**, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française **ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République.**
- **À l'issue du contrôle de son assimilation l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République.**
- Code civil, article 21-28 (modifié par art. 2)
- [...]
- **Au cours de la cérémonie d'accueil, la charte des droits et devoirs du citoyen français mentionnée à l'article 21-24 est remise aux personnes ayant acquis la nationalité française visées aux premier et troisième alinéas.**

Les modifications apportées au texte en vigueur élargissent les critères de l'assimilation, visent à fixer des critères plus précis pour vérifier que le candidat ou la candidate à la naturalisation remplit la condition d'assimilation, et enfin lui imposent la signature d'une « *charte des droits et devoirs* »

du citoyen français ». Ces dispositions font écho aux débats sur l'identité nationale et reflètent la méfiance à l'encontre des étrangères ou étrangers soupçonnés de ne pas respecter les « *principes et valeurs essentiels de la République* ».

1° – Outre la connaissance suffisante de la langue française, qui était déjà exigée, le candidat ou la candidate à la naturalisation devra justifier d'une connaissance suffisante de l'histoire, de la culture et de la société françaises ainsi que de son « *adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République* ». La loi ne précise pas comment sera vérifiée cette « adhésion » – sans doute par les habituelles enquêtes de police sur le comportement et le mode de vie des postulants.

2° – Le niveau et les modalités d'évaluation des connaissances exigées doivent être précisés par un décret en Conseil d'État. Le rapporteur de la commission des lois, auteur de l'amendement dont est issue cette disposition, l'a justifié par la nécessité d'inciter le pouvoir réglementaire à préciser le niveau de maîtrise linguistique requis, de façon à ce que la certification du niveau de connaissance de la langue française soit plus objective. Il évoquait même la possibilité de joindre à la demande de naturalisation une attestation du niveau linguistique obtenue auprès d'un organisme de certification linguistique agréé, de sorte que les agents chargés de l'entretien d'assimilation n'aient plus à évaluer eux-mêmes la connaissance suffisante du français mais seulement à contrôler la certification du niveau exigé. Rien n'indique que ces suggestions seront suivies. Mais dès lors que les connaissances à tester ne sont pas seulement linguistiques, le renvoi à un décret pour préciser le contenu des connaissances exigées et leurs modalités d'évaluation était inévitable. On peut craindre que le système mis en place, copié sur des systèmes étrangers, qui débouchera nécessairement sur une forme d'examen de passage, ne constitue un obstacle supplémentaire pour l'accès à la nationalité française des personnes de faible niveau scolaire, *a fortiori* si elles sont peu ou mal alphabétisées en français.

3° – Les postulants devront signer une « *charte des droits et devoirs du citoyen français* » qui formalisera l'adhésion aux valeurs françaises. Le contenu de cette charte n'est pas défini par la loi qui prévoit seulement qu'elle sera approuvée par décret en Conseil d'État et qu'elle rappellera « *les principes, valeurs et symboles essentiels de la République* ».

À l'occasion de la « *cérémonie d'accueil dans la citoyenneté française* » prévue à l'article 21-28 du code civil, organisée par le préfet, la charte sera remise à toutes les personnes qui viennent d'acquérir la nationalité française, quel que soit le mode d'acquisition de la nationalité : naissance et résidence en France, mariage, réintégration...

C. Obligation de déclarer la pluralité de nationalités

Code civil, art. 21-27-1 (créé par art. 4)

Lors de son acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique ou par déclaration, l'intéressé indique à l'autorité compétente la ou les nationalités qu'il possède déjà, la ou les nationalités qu'il conserve en plus de la nationalité française ainsi que la ou les nationalités auxquelles il entend renoncer.

Il est difficile de ne pas voir dans cette disposition – issue d'un amendement parlementaire et adoptée avant même que la polémique sur la binationalité des joueurs de l'équipe de France de football ne soit relancée par la classe politique et notamment par le rapporteur de la mission parlementaire sur le droit de la nationalité – l'expression de la méfiance envers les doubles nationaux dont on est prompt à soupçonner la double allégeance.

L'auteur de l'amendement a certes tenu à préciser que le but n'est « *nullement de remettre en cause la possibilité pour nos concitoyens de posséder plusieurs nationalités, ni même d'imposer une nouvelle condition légale à l'acquisition de la nationalité* ». Il s'agit seulement « *de mieux appréhender le phénomène des plurinationalités* » et aussi – objectif pour le moins ambigu – « *de connaître plus précisément l'étroitesse des liens conservés ou non par certains nouveaux ressortissants français avec les États dont ils possédaient antérieurement la nationalité et de favoriser, dans certains cas, la résolution de certaines difficultés de droit découlant de leur possession de plusieurs nationalités* ».

Dans la mesure où la communication des informations sera postérieure à l'acquisition de la nationalité française, leur connaissance par l'administration ne devrait pas avoir d'incidence sur la décision elle-même. Elles pourraient néanmoins inciter à exercer un contrôle plus serré sur les activités, les relations, les déplacements à l'étranger de la personne nouvellement naturalisée et qui n'a pas renoncé à sa ou ses autres nationalités.

Si ses sous-entendus sont limpides, cette disposition sera délicate à mettre en pratique et les informations recueillies de la part des personnes concernées, même de bonne foi, risquent de se révéler peu fiables. En effet, compte tenu de la complexité des lois sur la nationalité, il se peut qu'elles aient, sans le savoir, outre la nationalité du pays dont elles étaient officiellement les ressortissants avant leur naturalisation, une autre nationalité ; à l'inverse, elles peuvent ne pas posséder une nationalité qu'elles pensent avoir. Elles n'ont pas non plus forcément conscience des conséquences sur leur(s) nationalité(s) antérieure(s) de l'acquisition de la nationalité française – certaines législations prévoyant que l'acquisition volontaire d'une autre nationalité fait perdre le bénéfice de la nationalité

originaire. En bref, cette disposition risque d'être concrètement inapplicable.

D. Allongement du délai de retrait des acquisitions de la nationalité française

Code civil, article 27-2 (modifié par art. 6)

Les décrets portant acquisition, naturalisation ou réintégration peuvent être rapportés sur avis conforme du Conseil d'État dans le délai *d'un an de deux ans* à compter de leur publication au Journal officiel si le requérant ne satisfait pas aux conditions légales; si la décision a été obtenue par mensonge ou fraude, ces décrets peuvent être rapportés dans le délai de deux ans à partir de la découverte de la fraude.

L'article 27-2 du code civil prévoit la possibilité de rapporter un décret de naturalisation ou de réintégration dans deux hypothèses: lorsque la personne naturalisée:

- ne remplissait pas une ou plusieurs des conditions exigées par les textes (par exemple, elle n'avait pas sa résidence en France le jour de la signature du décret);
- a menti (par exemple elle a dissimulé des actes passés ou une condamnation pénale) ou a agi frauduleusement.

Dans le second cas le retrait peut intervenir dans un délai de deux ans à partir de la découverte de la fraude, mais dans le premier cas, le retrait du décret ne pouvait intervenir que dans le délai d'un an après sa publication au Journal Officiel.

Au motif – peu crédible vu les vérifications qui sont effectuées en amont de la naturalisation – que ces délais étaient « *trop courts et inadaptés* » et ne permettaient pas de s'assurer « *efficacement et scrupuleusement du respect par les accédants à la nationalité française des conditions légales et de moralité requises par la loi* », le législateur a porté ce délai à deux ans.

II. Acquisition de la nationalité par mariage

A. Évaluation de la connaissance de la langue française

Code civil, article 21-2 (modifié par art. 3)

L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française [...]

- Le conjoint étranger doit *en outre également* justifier
- d'une connaissance suffisante, selon sa condition,
- de la langue française **dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État.**

De la même façon que pour l'évaluation de la connaissance suffisante de la langue française pour apprécier la condition d'assimilation posée à l'article 21-24 du code civil, la modification introduite à l'article 21-2 vise à renvoyer au décret le soin de préciser le niveau et les modalités d'évaluation de la maîtrise linguistique requise du conjoint ou de la conjointe étrangère d'une Française ou d'un Français qui veut acquérir la nationalité française.

B. Allongement du délai de refus d'enregistrement

Code civil, article 26-3 (modifié par art. 7)

Le ministre ou le greffier en chef du tribunal d'instance refuse d'enregistrer les déclarations qui ne satisfont pas aux conditions légales. [...]

La décision de refus d'enregistrement doit intervenir six mois au plus après la date à laquelle a été délivré au déclarant le récépissé constatant la remise de toutes les pièces nécessaires à la preuve de recevabilité de la déclaration.

Le délai est porté à un an pour les déclarations souscrites en vertu de l'article 21-2.

Dans le cas où une procédure d'opposition est engagée par le Gouvernement en application des dispositions de l'article 21-4, ce délai est porté à deux ans.

La loi du 24 juillet 2006 a porté à deux ans le délai pour s'opposer à l'enregistrement des déclarations de nationalité par mariage en cas d'indignité ou défaut d'assimilation, tandis que la décision de refus d'enregistrement d'une déclaration au motif que les conditions légales ne sont pas remplies devait intervenir dans un délai d'un an. L'enregistrement est donc obligatoire au bout d'un an, alors que parallèlement une procédure d'opposition a pu être engagée par le gouvernement.

Pour éviter cet « *inconvenient* », le législateur a porté à deux ans le délai pendant lequel il est possible de refuser l'enregistrement d'une déclaration lorsque le gouvernement a engagé une procédure d'opposition.

Chapitre X. Délit de solidarité

I. Cas d'immunité

Ceseda, article L. 622-4 (modifié par art. 93)

Ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde **de la personne de la vie ou de l'intégrité physique** de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte.

La définition du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers n'est pas modifiée. En application de l'article L. 622-1 du Ceseda, encourt une peine d'emprisonnement de cinq ans et une amende de 30 000 € « toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour d'un étranger en France ». S'il est censé viser principalement la sanction des personnes et réseaux qui profitent de la situation précaire et de la faiblesse des étrangers à des fins lucratives, ce dispositif n'exonère pas des poursuites celles et ceux qui apportent une aide désintéressée aux sans-papiers. L'article L. 622-4, qui prévoit les cas d'immunité, n'écarte en effet des poursuites pénales que les membres de la famille de l'étrangère ou de l'étranger aidé (al. 1° et 2°) ainsi que les personnes dont l'intervention serait justifiée par une situation de danger à caractère exceptionnel (3°).

C'est cette dernière disposition qui est légèrement modifiée par la loi. En guise de réponse aux nombreuses protestations qui se sont élevées contre ce que les associations ont appelé le « délit de solidarité », un aménagement du 3° alinéa de l'article L. 622-1 remplace les mots « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » par « *sauvegarde*

de la personne de l'étranger ». La substitution d'une formule par l'autre peut faire penser que l'intention est de ne plus restreindre le champ de l'immunité pénale à des actes particuliers, ceux dits nécessaires à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique. Mais sa portée pourrait être très limitée : dans la jurisprudence, les notions de « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » et « *sauvegarde de la personne de l'étranger* » sont traitées de façon quasi-identique, et entendues de façon très restrictive par les juridictions pénales.

On notera que cette immunité ne concerne toujours que l'aide au séjour irrégulier. En sont donc exclues les personnes qui apportent une aide à une étrangère ou un étranger pour entrer sur le territoire ou y circuler.

II. Entrée et séjour irréguliers (mise en conformité)

Ceseda, article L. 621-2 (modifié par art. 92)

Les peines prévues à l'article L. 621-1 sont applicables à l'étranger qui n'est pas ressortissant d'un État membre de l'Union européenne :

1° S'il a pénétré sur le territoire métropolitain sans remplir les conditions mentionnées aux points a, b ou c du paragraphe 1 de l'article 5 *de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, et sans avoir été admis sur le territoire en application des stipulations des paragraphes 2 ou 3 de l'article 5 de ladite convention du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) et sans avoir été admis sur le territoire en application des points a et c du paragraphe 4 de l'article 5 de ce même règlement* ; il en est de même lorsque l'étranger fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission en application d'une décision exécutoire prise par un autre État partie à *ladite convention à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990* ;

2° Ou si, en provenance directe du territoire d'un État partie à cette convention, il est entré ou a séjourné sur le territoire métropolitain sans se conformer aux stipulations de ses articles 19, paragraphe 1 ou 2, 20, paragraphe 1, et 21, paragraphe 1 ou 2, à l'exception des conditions mentionnées au point

· e du paragraphe 1 de l'article 5 **du règlement (CE)**
· **n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil,**
· **du 15 mars 2006, précité** et au point d lorsque le
· signalement aux fins de non-admission ne résulte
· pas d'une décision exécutoire prise par un autre État
· partie à la convention.

Conséquence de l'entrée en vigueur du code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (« code frontières Schengen ») d'octobre 2006, une partie des référé-

rences à la convention de Schengen de 1990 ne sont plus pertinentes. C'était le cas dans l'article L. 621-2 du Cesda, qui prévoit les peines encourues par l'étrangère ou l'étranger qui est entré ou a séjourné en France en violation des principes posés par cette convention. La loi assure les coordinations, en substituant au renvoi à certains paragraphes de l'article 5 de la convention de Schengen un renvoi aux dispositions pertinentes au sein de l'article 5 du code frontières Schengen.

Annexes

I. Textes mentionnés

Les textes et jurisprudences cités dans ce cahier juridique sont disponibles sur le site du Gisti à partir de la rubrique www.gisti.org/droit-textes

A. Droit international et communautaire

→ Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, complétée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967

→ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000

→ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974

→ Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite directive « sanctions » (JOUE n° L 168 du 30 juin 2009)

→ Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, dite directive « carte bleue » (JOUE n° L 155 du 18 juin 2009)

→ Directive 2008/115/CE 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, dite directive « retour » (JOUE n° L 348 du 24 décembre 2008)

→ Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique (JOUE n° L 289 du 3 novembre 2005)

→ Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JOUE n° L 158 du 30 avril 2004)

→ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (JOUE n° L 326 du 13 décembre 2005)

→ Directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (JOUE n° L 304 du 30 septembre 2004)

→ Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (JOUE n° L 31 du 6 février 2003)

→ Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, dit « code frontières Schengen » (JOUE n° L 105 du 13 avril 2006)

→ Règlement CE n° 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, dit « Dublin II » (JOUE n° L 50 du 25 février 2003)

B. Droit français

1. Codes

→ Code civil

→ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda)

→ Code de justice administrative (CJA)

→ Code pénal

→ Code du travail

2. Lois

→ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (JO du 17 juin 2011)

→ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « Loppis 2 » (JO du 15 mars 2011)

→ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (JO du 10 juillet 2010)

→ Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (JO du 21 novembre 2007)

→ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration (JO du 24 juillet 2006)

→ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (JO du 27 novembre 2003)

3. Conseil constitutionnel

→ Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 (JO du 17 juin 2011)

4. Décrets

→ Décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011 pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et portant sur les procédures d'éloignement des étrangers (JO du 9 juillet 2011)

→ Décret n° 2011-819 du 8 juillet 2011 pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (JO du 9 juillet 2011)

→ Décret n° 2009-477 du 27 avril 2009 relatif à certaines catégories de visas pour un séjour en France d'une durée supérieure à trois mois (JO du 29 avril 2009)

5. Circulaire

→ Circulaire du 17 juin 2011 relative à l'entrée en vigueur de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité NOR : IOC/K/11/10771/C

II. Documents du Gisti

→ Dossier sur la loi du 16 juin 2011 : projets et amendements successifs ; débats parlementaires, analyses. www.gisti.org/pjl2010

→ Gisti, *Que faire après une obligation de quitter le territoire français ou une interdiction d'y revenir ?*, Note pratique, juin 2011

→ Gisti, *Droit au séjour et violences au sein du couple*, Note pratique, juin 2011

→ Gisti, *Les droits des mineurs étrangers isolés et des mineures étrangères isolées*, Cahier juridique, juillet 2011

→ Gisti, *Les droits des citoyens de l'UE et de leur famille*, Cahier juridique, février 2010

III. Sigles

AAH	Allocation adulte handicapé
AJ	Aide juridictionnelle
AME	Aide médicale d'État
APRF	Arrêté préfectoral de reconduite à la frontière
ASE	Aide sociale à l'enfance
ARS	Agence régionale de santé
CAI	Contrat d'accueil et d'intégration
Cada	Centre d'accueil de demandeurs d'asile
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Ceseda	Code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile
CJA	Code de justice administrative
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMU	Couverture maladie universelle
CNDA	Cour nationale du droit d'asile
Direccte	Direction régionale de l'entreprise, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
IRTF	Interdiction de retour sur le territoire français
ITF	Interdiction du territoire français
JLD	Juge des libertés et de la détention
Ofi	Office français de l'immigration et de l'intégration
Ofpra	Office français de protection des réfugiés et apatrides
OQTF	Obligation de quitter le territoire français
RSA	Revenu de solidarité active
SIS	Système d'information Schengen
TA	Tribunal administratif
UE	Union européenne

Qu'est-ce que le Gisti ?

Défendre les droits des étranger-e-s

Le Gisti est né en 1972 de la rencontre entre des intervenant-e-s des secteurs sociaux, des militant-e-s en contact régulier avec des populations étrangères et des juristes. Cette approche, à la fois concrète et juridique, fait la principale originalité de l'association.

Le Gisti s'efforce de répondre, sur le terrain du droit, aux besoins des immigré-e-s et des associations qui les soutiennent. Ce mode d'intervention est d'autant plus nécessaire que la réglementation relative aux étranger-e-s est trop souvent méconnue, y compris des administrations chargées de l'appliquer.

Défendre l'État de droit

Défendre les libertés des étranger-e-s, c'est défendre l'État de droit.

Le Gisti publie et analyse un grand nombre de textes, en particulier ceux qui ne sont pas rendus publics par l'administration.

Il met gratuitement en ligne sur son site (www.gisti.org) le maximum d'informations sur les droits des étrangers ainsi que certaines de ses publications.

Il organise des formations à l'intention d'un très large public (associations, avocat-e-s, collectifs, militant-e-s, professionnel-le-s du secteur social...).

Il appuie de nombreux recours individuels devant les tribunaux, y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il prend aussi l'initiative de déférer circulaires et décrets illégaux à la censure du Conseil d'État ou de saisir la Halde en cas de pratiques discriminatoires.

L'ensemble de ces interventions s'appuie sur l'existence d'un service de consultations juridiques où des personnes compétentes conseillent et assistent les étranger-e-s qui rencontrent des difficultés pour faire valoir leurs droits.

Participer au débat d'idées et aux luttes de terrain

Mais le droit n'est qu'un moyen d'action parmi d'autres : l'analyse des textes, la formation, la diffusion de l'information, la défense de cas individuels, les actions en justice n'ont de sens que si elles s'inscrivent dans une réflexion et une action globales.

Le Gisti entend participer au débat d'idées, voire le susciter, à travers la presse, des colloques et des séminaires, des réunions publiques. Il s'investit également dans des actions collectives défensives, mais aussi offensives visant à l'abrogation de toutes les discriminations qui frappent les étrangers. Il agit dans ce domaine en relation avec des associations de migrants et d'autres associations de soutien aux immigré-e-s, avec des associations de défense des droits de l'homme et avec des organisations syndicales et familiales, tant au niveau national qu'europpéen.

Le Gisti est agréé par la Fondation de France. Les dons qui lui sont adressés sont déductibles des impôts à hauteur de 66 % dans la limite de 20 % du revenu imposable. Vous avez aussi la possibilité de lui faire des dons par prélèvements automatiques. Tous les détails à www.gisti.org/don.

Pour obtenir de plus amples informations, n'hésitez pas soit à écrire au Gisti, 3 villa Marcès, 75011 Paris, soit à envoyer un message, selon le sujet, à l'une des adresses suivantes : gisti@gisti.org, formation@gisti.org, stage-benevolat@gisti.org.

La loi du 16 juin 2011 – plus connue sous le nom de « loi Besson » bien que deux ministres aient eu le temps de succéder à son initiateur entre le dépôt du projet de loi et la promulgation du texte définitif – s’inscrit dans le droit fil de celles qui l’ont précédée : elle resserre encore d’un cran les droits et garanties qui subsistaient ; elle « perfectionne » les dispositifs répressifs, à commencer par ceux qui visent à éloigner le plus vite et pour le plus longtemps possible les étrangères et étrangers en situation irrégulière.

La loi recèle aussi quelques innovations, surprenantes ou inquiétantes, comme la pénalisation des mariages « gris », la possibilité de créer des zones d’attente virtuelles, l’interdiction de retour sur le territoire français – qui est en réalité une interdiction de retour sur l’ensemble du territoire européen – ou encore l’assignation à résidence sous surveillance électronique.

La complexité et l’opacité de la réglementation atteignent elles aussi un degré supplémentaire. La lecture des analyses et commentaires réunis dans ce *cahier juridique* devrait permettre d’y voir malgré tout plus clair dans le maquis législatif, en mettant en évidence les risques auxquels il convient d’être particulièrement attentif.

Pour faciliter le repérage et la compréhension des changements apportés aux différents codes – le code de l’entrée et du séjour des étrangers, principalement, mais aussi le code civil et le code du travail –, le texte désormais en vigueur est reproduit au début de chaque commentaire dans une typographie qui permet de visualiser avec précision les modifications introduites par la loi.

Cette publication a été réalisée avec
le soutien de la région Ile-de-France.



Toute reproduction
de cette publication
sans autorisation
du Gisti est interdite.

Gisti
3, villa Marcès 75011 Paris

www.gisti.org

Collection *Les cahiers juridiques*
www.gisti.org/cahiers-juridiques
Directeur de la publication : Stéphane Maugendre

ISBN 978-2-914132-89-3



9 782914 132893

Septembre 2011
15 €