

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale

Ampliation rectificative
Séance du jeudi 15 février 2018

Section de l'intérieur

N° 394206

EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS

AVIS SUR UN PROJET DE LOI

pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif

NOR : INTX1801788L

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 19 janvier 2018 d'un projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif. L'étude d'impact fait l'objet d'une nouvelle version le 13 février 2018.

Présentation générale

2. Le projet de loi comprend trente-huit articles regroupés en quatre titres.

3. Le titre I^{er}, consacré à l'asile comporte, outre plusieurs mesures favorables aux personnes protégées comme l'allongement des titres initiaux accordés aux personnes bénéficiaires de la protection subsidiaire ou reconnues apatrides ainsi que la meilleure organisation de l'accueil des demandeurs d'asile, des perfectionnements procéduraux visant à remédier aux délais créés par des comportements dilatoires de la part de certains demandeurs d'asile, à accélérer et simplifier l'instruction des demandes, à gérer plus rigoureusement tant le bénéfice du droit au séjour pendant l'étude de la demande que celui de la protection une fois celle-ci accordée.

Le titre II vise à renforcer la lutte contre l'immigration irrégulière. Plusieurs dispositions ont pour but de gérer avec plus d'efficacité les conséquences à tirer d'un refus de séjour afin notamment de faciliter l'exécution des mesures tirées de l'absence de titre de séjour.

Le titre III, qui concerne lui aussi l'entrée et le séjour des étrangers, comporte diverses mesures qui, par exemple, transposent la directive européenne régissant la circulation des chercheurs et étudiants ou améliorent la protection des personnes victimes de violences.

Le titre IV assure la bonne insertion des autres dispositions dans le code et traite de leur application outre-mer.

Considérations générales sur l'opportunité et la manière de légiférer

4. Le Conseil d'Etat observe que les migrations, particulièrement celles qui concernent le territoire national et plus largement l'Europe, ont connu au cours de la dernière décennie des changements très importants : l'origine et la nature des flux, leur répartition géographique, les motifs conduisant à rechercher l'entrée sur le territoire national reflètent des évolutions très significatives, sur lesquelles l'exposé des motifs et l'étude d'impact demeurent souvent allusifs. Dans ce domaine plus encore que dans d'autres, au regard notamment des tensions et des passions qui traversent le pays, une approche documentée, appuyée par un appareil statistique complet, est seule de nature à permettre les débats de principe qu'exige la situation et à justifier les décisions délicates qu'elle appelle, ainsi qu'à entreprendre la nécessaire pédagogie qui doit les accompagner.

5. Au regard de l'importance des évolutions que connaissent les phénomènes migratoires - basculement des flux de la demande de séjour de droit commun vers la demande d'asile, arrivée de flux secondaires détournés d'autres pays, présence croissante de personnes originaires de pays avec lesquels la France n'avait pas de lien historique, part importante des mineurs isolés, pour s'en tenir à quelques traits majeurs - le Conseil d'Etat aurait souhaité trouver dans le contenu du texte, éclairé par l'exposé des motifs et l'étude d'impact, le reflet d'une stratégie publique fondée sur l'exacte mesure des défis à relever et sur des choix structurants orientant les services publics vers un exercice plus efficace de leur mission.

6. Il note à cet égard que pour satisfaire aux exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 l'étude d'impact doit être complétée et enrichie sur plusieurs points parmi lesquels il convient de citer l'évolution générale des flux migratoires et des titres remis par catégories, le nombre de mesures d'éloignement et leur taux d'exécution, l'appréciation critique des dispositions en vigueur (qui n'a été complétée que pour celles issues de la loi de 2015), l'insertion des choix faits au regard du droit de l'Union existant ou en cours de négociation, l'appréciation de l'efficacité des politiques de l'Union, celle des accords avec les pays d'origine. Il serait à cet égard très utile que les données concernant la France soient comparées avec celles des principaux autres pays européens.

7. Quelques évolutions majeures, dont le Conseil d'Etat apprécie la pertinence, sont proposées par le projet de loi. Elles se résument pour l'essentiel au choix de privilégier la promptitude de la décision statuant sur la demande d'asile en premier lieu, à celui d'une répartition volontariste des demandeurs d'asile sur l'ensemble du territoire, pour améliorer l'efficacité de leur prise en charge, en deuxième lieu, et à plusieurs mesures visant à lutter contre l'immigration irrégulière, en rendant plus rapide et plus effective la mesure d'éloignement, en troisième lieu. L'essentiel des autres mesures est de nature technique, avec une portée relativement limitée. Si chacune d'entre elles est justifiée avec précision dans l'étude d'impact, celle-ci - et c'est la deuxième critique que l'on peut adresser à ce document - devrait poser plus clairement un diagnostic d'ensemble. Diagnostic d'autant plus nécessaire que, depuis 1980, 16 lois majeures sont venues modifier les conditions d'entrée et de séjour ou d'asile ; depuis la création du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) en 2005, le législateur est intervenu en moyenne tous les deux ans pour modifier les règles. Le projet de loi soumis à l'examen du Conseil d'Etat ne peut même pas s'appuyer sur une année entière d'exécution de certaines des mesures issues de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 qu'avait précédée la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015, comme le reconnaît l'étude d'impact. S'emparer d'un sujet aussi complexe à d'aussi brefs intervalles rend la tâche des services chargés de leur exécution plus difficile, diminue sensiblement la lisibilité du dispositif et risque d'entraîner à son tour d'autres modifications législatives pour corriger l'impact de mesures qui, faute de temps, n'a pu être sérieusement évalué.

8. A cet égard, le Conseil d'Etat ne peut que regretter que le projet ne soit pas l'occasion d'une simplification drastique des dispositifs qui, au fil de la sédimentation des dispositions, se multiplient et se déclinent en variantes dont la portée, le régime ou les conditions diffèrent marginalement, sans que cette sophistication n'entraîne un surcroît d'efficacité. Pour s'en tenir au droit de l'éloignement, le CESEDA ne compte aujourd'hui pas moins de neuf catégories différentes de mesures d'éloignement, dont certaines se subdivisent elles-même en sous-catégories, régies par des règles différentes. Le même constat peut être fait pour les régimes d'assignation à résidence applicables aux étrangers, dispersés en six catégories qui, chacune, comportent des nuances et des spécificités. Un troisième exemple de complexité sans doute inutile concerne les titres de séjour : alors que deux récentes directives de l'Union européenne prévoient la délivrance – dans le champ qu'elles concernent – de quatre types de titre de séjour (chercheur, étudiant, jeune au pair, étranger non communautaire en mobilité intragroupe), leur transposition en France conduit à distinguer 17 mentions différentes sur les titres délivrés. Enfin, le Conseil d'Etat note, pour le regretter, les difficultés inextricables qui envahissent, dans les matières traitées par le projet de loi, la définition des compétences respectives du juge de l'asile (la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)) et du juge administratif de droit commun (le tribunal administratif) : le Conseil d'Etat a dû, par plusieurs décisions ou avis contentieux récents, lever les incertitudes liées à l'absence de répartition claire des compétences entre ces deux juridictions, notamment lorsque la CNDA est saisie de décisions par lesquelles l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) oppose certains motifs d'irrecevabilité à la demande d'asile ou clôturé le dossier en application de certaines dispositions du CESEDA. Les étrangers, les services en charge de la gestion de l'asile et du séjour et les juridictions ne peuvent que déplorer cette complexité toujours croissante, à laquelle le projet de loi, loin de remédier, ne fait qu'ajouter des couches supplémentaires.

9. Le Conseil d'Etat insiste à nouveau sur la nécessité, dans ce domaine particulièrement sensible, de ne légiférer qu'au vu d'évaluations claires des dispositifs en vigueur, ce qui suppose d'assigner d'abord des objectifs précis et mesurables en termes d'efficacité, de coût et de praticabilité et de vérifier ensuite si ceux-ci ont été atteints ou non.

10. On ne peut, certes, ignorer la grande complexité et le caractère contraignant du cadre juridique qui a présidé à la rédaction du projet présenté. Ils résultent de la combinaison des exigences générales de nature constitutionnelle et conventionnelle avec les précisions de plus en plus nombreuses qu'à la convention de Genève ont ajoutées les directives communautaires relatives à l'asile, aux autres protections, aux règles de séjour et de déplacement des étrangers.

Mais si la marge de manœuvre ouverte au législateur national est relativement étroite, elle pourrait utilement se concentrer sur la refonte des outils de politique publique, accompagnée de l'affectation et de la rationalisation des moyens qui doivent y être consacrés, pour mettre en œuvre les choix nécessaires de politique publique en matière d'asile et d'immigration.

Titre I^{er} (*Dispositions visant à garantir l'exercice et l'efficacité du droit d'asile en France*)

11. La réduction des délais d'examen des demandes d'asile contribue significativement à la maîtrise des flux, ainsi que tous les acteurs de l'asile et de son accompagnement le savent. Pour le demandeur d'asile dont la demande est fondée, l'accès le plus rapide possible à la protection marque la fin des épreuves qui, à la persécution dans le pays qu'il fuit, ont ajouté les difficultés souvent inhumaines du voyage. Il avance le début de l'œuvre de reconstruction, matérielle d'abord, psychologique ensuite, du réfugié. Il permet de débiter le travail social d'accueil et

d'intégration, qui est, aussi, une obligation internationale à laquelle la convention de Genève consacre la majorité de ses articles. Pour le demandeur de bonne foi qui ne répond pas aux critères d'octroi de la protection internationale, la célérité avec laquelle ses espoirs seront déçus relève de l'exigence de décence à son égard et permet de réduire la durée d'une période d'incertitude à tous égards inconfortable. Enfin, pour le demandeur qui ne peut ignorer l'absence de fondement de sa démarche, la rapidité est la clé de l'exécution effective de l'obligation de quitter le territoire qui doit lui être notifiée s'il ne détient aucun titre à s'y maintenir. L'expérience montre en effet que, passées quelques années, il devient difficile de ne pas régulariser le séjour d'un demandeur, pour des motifs tenant souvent à sa vie privée et familiale. Mais aussi que, passées quelques semaines, l'exécution de la mesure commence à se heurter à des obstacles de tous ordres qui expliquent le très faible taux de celle-ci.

12. Si l'objectif de réduction des délais n'appelle donc pas, dans son principe, de réserves de la part du Conseil d'Etat, ce dernier s'attache à vérifier, pour chaque disposition qu'il examine à propos d'un segment de la procédure (enregistrement, examen de la demande par l'OFPRA, examen du recours par la CNDA, reconduite à la frontière, délivrance ou refus éventuels d'autres titres de séjour), d'une part, la conformité du délai aux exigences constitutionnelles, aux engagements conventionnels de la France et aux marges d'appréciation que laisse le droit de l'Union, et, d'autre part, l'équilibre atteint entre la rigueur procédurale et l'exercice effectif et complet des droits.

Droit au séjour des bénéficiaires de la protection subsidiaire et des apatrides

13. Le projet entend remédier à la discordance qui existe aujourd'hui entre le régime de séjour des bénéficiaires de l'asile (titre de résident) et celui applicable aux personnes bénéficiant de la protection subsidiaire ou reconnues apatrides (titre d'un an, puis de deux ou quatre ans, les conditions ultérieures d'accès au titre de résidents variant aussi et se différenciant du droit commun). Le projet allonge la durée des titres initiaux délivrés aux personnes relevant de ces deux dernières catégories, en portant la durée à quatre ans. Si le progrès ainsi opéré laisse subsister une différence de traitement avec les bénéficiaires de l'asile, celle-ci n'est pas contraire au principe d'égalité, compte tenu de ce que les personnes concernées relèvent de régimes juridiques différents.

Réunification familiale

14. Le projet de loi permet la réunification familiale autour d'une personne protégée dans les mêmes conditions selon qu'il s'agit d'un majeur, dont les enfants peuvent alors le rejoindre, ou d'un mineur, dont les parents peuvent alors entrer sur le territoire national, accompagnés de leurs autres enfants à charge. Il est ainsi remédié, selon des modalités qu'approuve le Conseil d'Etat, à une incohérence qui n'avait pas de justification.

15. Le projet permet également, lorsque l'OFPRA fait procéder à une visite médicale de contrôle sur une mineure à laquelle la protection a été accordée en raison d'un risque de mutilation génitale, aux fins de s'assurer qu'aucune mutilation n'est survenue depuis l'octroi de la protection, de faire adresser directement à l'OFPRA par le praticien le résultat de l'examen, qui jusqu'à présent ne lui était transmis que par les parents de la mineure, au risque d'une transmission tardive ou d'une absence d'envoi qui rendaient nécessaires des démarches administratives ultérieures. L'aménagement ainsi apporté par la législature au secret médical inhérent aux informations qui seront transmises directement à l'OFPRA paraît fondé, dans la mesure où il est justifié, d'une part, par la nature même de la protection accordée, d'autre part, par la nécessité pour l'OFPRA, compte tenu de ses missions, de vérifier le droit à son maintien.

Refus ou retrait du statut de réfugié en cas de condamnation pour des faits graves

16. Alors qu'une condamnation en dernier ressort pour des faits criminels ou délictueux à caractère terroriste ou punis de plus de dix ans de prison et menaçant la société peuvent aujourd'hui justifier le retrait de la protection si elle est prononcée en France, le projet étend cette possibilité dans le cas de condamnations, de même nature, intervenues dans un autre Etat de l'Union européenne. Cette extension, qui a pour corollaire d'élargir aussi l'échange d'informations entre autorités judiciaires et administratives déjà prévu par le code, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

17. Pour mieux assurer la vérification du bien fondé de l'attribution d'une protection et de son maintien, le projet de loi prévoit la possibilité de procéder à des enquêtes administratives régies par l'article L. 114-1 du code de la sécurité publique. Les autorités administratives compétentes pourront ainsi devenir destinataires d'informations qui seront transmises par le service gérant l'ensemble des fichiers de sécurité. Si le principe de l'accès à ces informations n'est pas contestable - l'allongement de la durée des titres depuis la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 allant de pair avec un contrôle accru du bien-fondé de leur octroi et de leur maintien -, l'attention du Gouvernement est attirée sur l'élargissement constant des destinataires des informations de ces fichiers et des motifs de leur consultation qui remet en cause les finalités plus étroites conçues lors de leur création. Dans le cadre des nouvelles obligations que va faire peser le projet de loi - en cours de discussion parlementaire - qui tire les conséquences du règlement général sur la protection des données (UE) n° 2016/679 et transpose la directive (UE) n° 2016/680 du Parlement européen et du Conseil en date du 27 avril 2016, une étude d'impact de l'ensemble de ces fichiers sera sans doute nécessaire afin de déterminer avec la CNIL les mesures qui s'imposeront dans le nouveau régime pour que la collecte et l'usage des informations soient entourées des garanties adéquates, qui devront être précisées par les textes réglementaires régissant les fichiers concernés.

Examen des demandes d'asile devant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA)

18. La loi fixe aujourd'hui un délai de 120 jours pour déposer une demande d'asile à compter de l'entrée en France. A défaut, il est statué sur la demande en procédure prioritaire et le demandeur n'a pas droit au bénéfice des conditions matérielles d'accueil. La réduction de ce délai à 90 jours, que prévoit le projet de loi, est compatible avec la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil en date du 26 juin 2013 et s'inspire de pratiques retenues dans d'autres pays européens, comme l'Allemagne. Le Conseil d'Etat estime qu'elle ne se heurte à aucune objection sur les plans constitutionnel et conventionnel.

19. La possibilité pour l'OFPRA d'adresser au demandeur d'asile la convocation à l'entretien individuel et de notifier ses décisions écrites « *par tout moyen* » a pour objet de remédier aux difficultés fréquentes des notifications postales en raison de changements d'adresse, qui entraînent des prolongations de délai inutiles et des charges administratives lourdes. Elle n'appelle pas de critiques dans son principe, puisqu'elle contribue à l'objectif général de réduction des délais. Le plus grand soin devra toutefois être apporté au choix des moyens techniques de sorte qu'une notification par voie dématérialisée ne puisse être opposée que dans la mesure où il est démontré qu'elle a été opérée personnellement et qu'il est possible de garder une trace tant des opérations de notification que, le cas échéant, de la prise de connaissance par l'intéressé. A défaut, la combinaison d'un délai très bref avec des modalités incertaines de notification pourrait être regardée comme portant atteinte au caractère équitable de la procédure.

20. Les précisions apportées sur les modalités de clôture des dossiers, conformes à la directive n° 2013/32/UE du 26 juin 2013, comme celles permettant à l'OFPPRA de déterminer la langue de l'interprétariat, à défaut d'option expresse par l'intéressé, qui sont également compatibles avec la même directive, n'appellent pas - au bénéfice sur ce dernier point des commentaires faits ci-après sur l'effet du choix de la langue - de réserve.

Procédure devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)

21. Le projet de loi réduit le délai de recours contre les décisions de l'OFPPRA, que celui-ci ait rejeté une demande de protection ou décidé le retrait de cette protection : le délai passe ainsi d'un mois à 15 jours. Au regard de la nature du contentieux en cause, de l'objectif d'intérêt général que constitue le traitement rapide de ces contestations et des marges d'appréciation que laisse le droit de l'Union, le Conseil d'Etat estime qu'un tel délai de 15 jours, qui peut être couplé avec un délai de même durée, interruptif du premier, pour demander l'aide juridictionnelle, et n'interdit pas de compléter la motivation en fait et en droit du recours, comme de produire des pièces nouvelles, après son expiration et jusqu'à la clôture de l'instruction, peut être regardé comme « *raisonnable* » au sens de la directive précitée du 26 juin 2013. Compte tenu de ce qui précède, il ne remet pas en cause le droit à un recours effectif. Neuf Etats européens (pour la procédure normale) et seize (pour la procédure accélérée) pratiquent d'ailleurs un délai inférieur à 15 jours, et deux seulement accordent un délai supérieur à un mois. Ici comme sur d'autres points, l'attention du Gouvernement est cependant attirée sur la nécessité de garantir l'effectivité concrète de ce droit, notamment lorsque la personne à laquelle le délai est opposable est placée en rétention ou assignée à résidence. A cet égard, la mise en place d'une assistance juridique sur les plateformes d'accueil, qui existe dans de nombreux autres pays européens, mériterait de faire l'objet d'une réflexion, comme l'a souligné à plusieurs reprises le Haut-Commissariat aux réfugiés

22. Le recours à la vidéo, même sans le consentement de l'intéressé, pour tenir les audiences de la CNDA est aujourd'hui possible lorsque le demandeur réside outre-mer. Le projet de loi prévoit de généraliser cette possibilité en supprimant l'exigence du consentement, y compris lorsque le demandeur réside sur le territoire métropolitain. Il étend également cette faculté aux audiences tenues par le juge des libertés et de la détention ou par le tribunal administratif lorsqu'ils interviennent sur le fondement du CESEDA.

23. Le recours élargi à la vidéo-audience, même sans le consentement du demandeur, ne paraît pas au Conseil d'Etat se heurter à un obstacle de principe, de nature constitutionnelle ou conventionnelle.

Si les exigences d'un procès juste et équitable supposent en effet que le justiciable puisse participer de manière personnelle et effective au procès, ce droit peut être aménagé pour poursuivre des objectifs également légitimes aux plans constitutionnel et conventionnel, tels que - comme en l'espèce - la bonne administration de la justice (en évitant l'allongement des délais dus aux reports d'audience qu'entraînent les difficultés de déplacement des demandeurs), la dignité des demandeurs (en évitant des déplacements sous escorte) et le bon usage des deniers publics (en réduisant les coûts pour l'administration).

Dans son examen du projet de loi, le Conseil d'Etat s'attache cependant à apporter des précisions sur le déroulement de l'audience qui doit être entouré de garanties dont le principe relève du législateur (Conseil constitutionnel, décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, paragraphe 93). Au nombre de ces garanties, le projet de loi prévoit des dispositions de nature à permettre le respect

du caractère contradictoire de la procédure, l'accès du public, l'existence d'une liaison de qualité assurant la confidentialité des échanges, la présence personnelle de l'avocat auprès de l'intéressé, le recours à des locaux spécialement aménagés pour permettre le bon déroulement de l'audience, notamment, lorsqu'il s'agit de la CNDA, l'emploi de locaux dépendant du ministère de la justice, la réalisation d'un double procès-verbal ou d'un enregistrement intégral audiovisuel ou sonore. Le Conseil d'Etat suggère d'y ajouter la présence, dans toute la mesure du possible, de l'interprète auprès du requérant et, à défaut, auprès de la formation de jugement, ainsi que le recours à des personnels qualifiés pour assurer la bonne conduite de l'audience sous l'autorité du président. Il propose de regrouper dans un titre spécial inséré dans le livre premier du CESEDA les règles procédurales décrites ci-dessus, auxquelles pourront renvoyer, chaque fois que le code prévoit la faculté de la vidéo-audience, les dispositions en cause.

24. En termes pratiques, pour la CNDA, c'est dès l'enregistrement du recours devant elle, le plus souvent assorti d'une demande d'aide juridictionnelle, que la cour devra décider si une vidéo-audience sera organisée : car il faudra dans ce cas désigner un conseil qui pourra y être présent aux côtés de l'intéressé.

25. Le Conseil d'Etat approuve enfin à la suppression de la disposition de l'article L. 234-3 du code de justice administrative, relative à l'organisation de la CNDA, qui limite à une durée de trois ans, renouvelable, l'exercice des fonctions de président de section ou de chambre.

Procédure d'enregistrement des demandes d'asile

26. Afin de décourager la succession de demandes dilatoires formées au nom d'une personne puis de chacun de ses enfants, en vue de prolonger artificiellement le séjour, le projet de loi insère une disposition qui permet de regarder la demande d'asile présentée par un étranger accompagné de ses enfants mineurs comme étant présentée également pour ses enfants. Le Conseil d'Etat suggère d'ajouter deux précisions :

- la première pour prévoir, lorsque la demande est présentée séparément par l'un des deux parents puis par l'autre, que la décision opposable aux enfants mineurs est celle qui accorde la protection la plus étendue ;
- la seconde pour permettre aux enfants mineurs de renverser la présomption lorsqu'ils établissent que la personne à l'origine de la demande n'avait aucun titre à la former pour leur compte : la décision statuant sur la demande de protection ne leur sera, alors, pas opposable.

27. Pour remédier aux changements imprévus de la langue de procédure en cours d'instruction de la demande, souvent effectués à titre dilatoire par des demandeurs de mauvaise foi, le projet de loi propose de figer le choix de la langue dès l'enregistrement de la demande. Le Conseil d'Etat n'y voit pas d'obstacle, mais suggère de préciser explicitement que le demandeur garde le droit de s'exprimer en français à tout moment. Pour éviter un contentieux inutile sur le choix de la langue, il est également proposé de préciser qu'une telle contestation ne peut être portée devant la CNDA qu'à l'occasion d'un recours au fond sur la protection du demandeur d'asile.

Droit au maintien sur le territoire pendant l'examen de la demande d'asile

28. Le projet modifie le terme auquel le droit au séjour prend fin, qu'il fixe, désormais, expressément à la lecture en séance publique de la décision de la CNDA, et non plus, comme le législateur l'avait choisi antérieurement, à la notification de celle-ci. Cette disposition se borne à inscrire dans le droit positif une réalité juridique que la jurisprudence du Conseil d'Etat (n° 138967 du 26 novembre 1993, *Préfet de police de Paris*, aux Tables) avait d'ores et déjà

reconnue : la lecture de la décision, sans conséquence par elle-même sur la computation des délais de recours, qui ne commencent à courir qu'à compter de la notification, permet en droit de tirer toutes les conséquences de la décision intervenue et, par exemple, de prendre sans attendre une mesure d'éloignement. A ce titre, la disposition n'appelle pas d'observations particulières, sous réserve de celles formulées plus loin sur les conséquences qu'il convient d'en tirer à propos des conditions matérielles d'accueil.

Le projet de loi étend les cas dans lesquels, par combinaison des articles L. 743-1, L. 743-2 et L. 743-3 du CESEDA, la décision prise par l'OFPRA sur la demande d'asile met fin au droit de séjour sur le territoire : la conséquence est qu'un éventuel recours à la CNDA ne revêt plus, dans ces cas, un caractère suspensif. Rien ne s'oppose dans le droit de l'Union à ce choix, qui est compatible avec l'article 46 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil en date du 26 juin 2013. Mais il ne peut satisfaire aux exigences constitutionnelles et conventionnelles que si l'étranger dispose d'un recours juridictionnel pour obtenir, lorsqu'une mesure d'éloignement a été décidée, sa suspension le temps que la CNDA statue.

Pour répondre à ces dernières exigences, le projet de loi prévoit dans trois cas (personnes faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ; personnes ayant fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français qui n'est plus susceptible de recours et assignées à résidence ou placées en rétention ; personnes devant être éloignées parce qu'elles représentent une menace grave pour l'ordre public et dont la demande d'asile vient d'être rejetée par l'OFPRA) la possibilité pour l'étranger de saisir le juge administratif de droit commun, c'est-à-dire le tribunal administratif, d'une demande de suspension de l'obligation de quitter le territoire jusqu'au moment où la CNDA aura statué. Il est prévu que le juge statue dans des délais très brefs et apprécie si les éléments produits par le requérant sont suffisamment « sérieux » pour que la CNDA soit susceptible de prendre une décision de protection. Le Gouvernement justifie cette procédure par le fait qu'elle existe déjà pour au moins un autre cas et il explique la suppression de l'effet suspensif du recours devant la CNDA par l'objectif d'améliorer l'exécution des mesures d'éloignement.

Toutefois il n'existe, notamment dans l'étude d'impact, aucun élément quantitatif permettant d'apprécier l'importance du contentieux supplémentaire que cette mesure engendrerait pour les tribunaux administratifs, dont plus d'un tiers des affaires concernent déjà le droit des étrangers. Le dispositif envisagé présente par ailleurs le grave inconvénient, même s'il étend un mécanisme déjà existant, de multiplier les risques de discordance entre deux juridictions administratives, d'obliger le tribunal administratif à porter une appréciation, à laquelle il est mal préparé et qui relève en réalité de l'office du juge de l'asile, avant même que la CNDA ne statue. Il introduit en outre des lenteurs contraires à l'objectif poursuivi par le projet de loi - le jugement du tribunal administratif pouvant faire l'objet d'un appel, assorti le cas échéant d'une demande de sursis à exécution, la résolution des éventuelles contradictions ne pouvant intervenir qu'après plusieurs mois au niveau du Conseil d'Etat, juge de cassation.

Pour ces motifs, le Conseil d'Etat recommande instamment de renoncer à ces dispositions contraires aux exigences d'une bonne administration de la justice. Il invite le Gouvernement, si les exceptions limitées qu'il souhaite apporter au caractère suspensif du recours sont susceptibles d'avoir un effet significatif sur le taux d'exécution des mesures d'éloignement, à prévoir un mécanisme de recours qui, d'une part, tiendra compte de la nécessité de réserver à la seule CNDA le soin d'apprécier les mérites d'une demande d'asile, d'autre part remédiera à l'absence de procédure adaptée et de moyens adéquats à la CNDA pour statuer en urgence sur une demande de suspension d'un refus d'asile.

L'élargissement, proposé par le Conseil d'Etat, de l'habilitation envisagée à l'article 24 du projet de loi, permettrait de saisir l'occasion de la préparation d'une future ordonnance pour opérer une revue d'ensemble des difficultés de répartition des compétences en matière de droit des étrangers entre le juge administratif de droit commun et le juge de l'asile, avant d'envisager les simplifications nécessaires.

Conditions matérielles d'accueil

29. Par l'une des dispositions majeures du projet de loi, qui réalise une inflexion très notable de la politique d'accueil des demandeurs d'asile, le Gouvernement se dote des moyens de rendre plus directif le schéma national d'accueil des demandeurs d'asile, élaboré à partir des schémas régionaux. Assurant ainsi une participation des acteurs locaux à la définition des objectifs, le schéma procédera désormais à une répartition prévisionnelle des demandeurs d'asile sur l'ensemble du territoire national. Il déterminera la part de chaque région dans l'accueil des demandeurs d'asile et orientera chacun d'entre eux, sur la base d'une appréciation individuelle, vers une région où il sera tenu de résider pour bénéficier des conditions matérielles d'accueil : hébergement et versement d'allocations. Seule une autorisation délivrée par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) ou un motif impérieux porté à la connaissance de ce dernier permettra de conserver ces avantages dans le cas où le demandeur quitterait le lieu d'hébergement qu'il a accepté ou la région vers laquelle il a été orienté.

Cette nouvelle orientation répond sans aucun doute à un objectif d'intérêt général : éviter la concentration excessive des demandeurs dans quelques grandes métropoles ou à proximité des points de passages internationaux, qui sature les services sociaux et accroît tant la vulnérabilité des demandeurs que le risque de frictions avec les autres résidents. La répartition plus équilibrée des demandeurs sur le territoire national que permettra le schéma national devrait répondre avec plus d'efficacité, comme le montrent de nombreux exemples étrangers, aux difficultés de la situation actuelle.

Le Conseil d'Etat estime que le projet respecte, ce faisant, les obligations conventionnelles et les exigences du droit de l'Union européenne, dans la mesure où la désignation d'une région conditionnant le maintien des conditions matérielles d'accueil s'opérera en tenant compte de la situation personnelle et familiale de l'étranger - ainsi, à titre d'exemple, les impératifs liés à sa santé ou la proximité du lieu où résident les membres de sa famille. Au regard de l'objectif poursuivi, qui vise à traiter plus dignement et plus efficacement les demandeurs, à mieux les protéger ainsi qu'à préserver la qualité des services publics dans leur ensemble, le dispositif proposé ne soulève pas non plus d'objection constitutionnelle.

30. Afin d'éviter qu'un nouveau type de contentieux ne se développe à l'excès sur l'attribution, le refus ou le retrait des conditions matérielles d'accueil, y compris en tant qu'il mettrait en cause la désignation de la région et de l'hébergement et n'engorge le tribunal administratif dont relève le siège de l'OFII, le Conseil d'Etat propose qu'un mécanisme de recours préalable obligatoire devant une commission nationale placée auprès de l'OFII soit instauré et suggère que le tribunal administratif compétent pour statuer sur ces contestations soit celui dont relève le lieu de résidence désigné. Ces dispositions pourraient être adoptées par la voie réglementaire.

31. La qualité de demandeur d'asile entraîne le droit au séjour, qui conditionne l'accès à diverses prestations dont l'Etat est débiteur sur le fondement de ses obligations conventionnelles harmonisées par le droit de l'Union. Elles consistent pour l'essentiel dans l'attribution d'un hébergement (en théorie dans les centres d'accueil de demandeurs d'asile, CADA) et le versement d'allocations, qui complètent les prestations en nature souvent servies et complétées par les associations.

A l'heure actuelle, la durée légale de versement de ces prestations débute avec l'enregistrement de la demande et prend fin avec la notification de la décision statuant sur la demande. Le projet de loi faisant coïncider la fin du droit au séjour avec la lecture en séance publique de la décision de la CNDA ; le même terme vient borner le droit aux conditions matérielles d'accueil : lecture en séance publique (pour les décisions collégiales) et notification dans tous les autres cas (ordonnances notamment).

Cette disposition est sans aucun effet sur le délai de recours, qui ne commence à courir qu'à compter de la notification. Elle se limite à réduire pour l'avenir une durée légale d'ouverture de droits en en modifiant le terme extinctif, comme il est loisible au législateur de le faire.

La seule suggestion faite par le Conseil d'Etat consiste, pour des raisons pratiques, à différer l'entrée en vigueur de ces dispositions, qui pourrait être reportée à la fin du deuxième mois suivant celui où est intervenue la lecture ou la notification de la décision de la CNDA.

32. Après avoir ajouté un nouveau cas justifiant le retrait des conditions matérielles d'accueil - celui dans lequel l'étranger a présenté plusieurs demande d'asile sous différentes identités -, le projet de loi prévoit que le retrait de ces conditions (hébergements et allocations) est d'effet immédiat. Il entend ainsi ne soumettre à procédure contradictoire la décision de sanction qu'après que la décision sera effective. Le Conseil d'Etat écarte cette disposition telle qu'elle figure dans le projet de loi, car elle lui paraît, ainsi rédigée, contraire au principe constitutionnel de respect des droits de la défense. En revanche, il pourrait être admis que l'abandon du logement ou la cessation de résidence dans la région désignée ne soient pas regardés comme une sanction, nécessairement précédée d'une procédure contradictoire, mais comme la cessation de plein droit d'un avantage, si les règles d'attribution des conditions matérielles d'accueil sont rédigées de manière à faire apparaître qu'elles résultent d'un choix du demandeur d'asile, dûment informé des conséquences de celui-ci. La rédaction proposée par le Conseil d'Etat va dans ce sens.

Titre II. (Renforcer l'efficacité de la lutte contre l'immigration irrégulière)

33. La lutte contre l'immigration irrégulière, objet du titre II du projet de loi, est un objectif légitime de l'action publique, fondé notamment sur la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif à valeur constitutionnelle. S'agissant des étrangers, le Conseil constitutionnel a ainsi pu rappeler que « *les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques* » (décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017 - *M. Kamel D.*). L'objectif poursuivi par le projet de loi d'améliorer l'efficacité de l'action menée dans ce domaine doit toutefois permettre de « *respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* » (CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993), dont la liberté d'aller et venir, la liberté individuelle et la sûreté. Il doit également s'inscrire dans le cadre défini par divers textes de droit dérivé de l'Union européenne et, notamment, la directive n° 2008/115/CE du Parlement européen

et du Conseil du 16 décembre 2008, tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne, et satisfaire aux exigences découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment quant au droit au recours et à la liberté et à la sûreté.

Le recours à la vidéo audience

34. Le projet de loi autorise le recours à la vidéo-audience même sans l'accord de la personne concernée, pour les audiences des étrangers qui contestent, devant le président du tribunal administratif, le refus d'entrée sur le territoire qui leur a été opposé par le ministre chargé de l'immigration au titre de l'asile ou qui font l'objet d'une mesure de transfert vers l'Etat membre de l'Union qui est responsable de l'examen de leur demande et pour les audiences qui accompagnent l'examen par le juge des libertés et de la détention du maintien en zone d'attente au-delà de 4 jours et l'appel formé le cas échéant contre l'ordonnance autorisant le maintien en zone d'attente. Il permet également le recours à la vidéo audience, même sans l'accord de la personne concernée, pour les audiences des étrangers placés en rétention, qu'il s'agisse des audiences organisées par le juge des libertés et de la détention statuant sur le maintien en rétention ou la légalité de la mesure de placement en rétention ou de celles organisées par le juge administratif statuant sur la légalité de l'obligation de quitter le territoire fondant la rétention.

Le Conseil d'Etat, qui a déjà examiné ce point au titre de l'asile, renvoie au point 22 de l'avis.

Les contrôles des refus d'entrée et des placements en zone d'attente

35. Dans le cadre des appels formés contre les ordonnances de maintien en zone d'attente prises par le juge des libertés et de la détention, le projet de loi prévoit que le juge pourra les rejeter immédiatement et sans convocation des parties par une ordonnance motivée. Une telle possibilité est déjà reconnue pour le juge d'appel des ordonnances de maintien en rétention par l'article L. 552-9 du CESEDA dont les conditions procédurales d'intervention sont très largement similaires : elle n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Les décisions d'éloignement

36. L'article L. 511-1 du CESEDA traite, respectivement dans ses I, II et III, de trois types de mesures qui peuvent être prises dans le cadre d'un éloignement forcé : l'obligation de quitter le territoire français (OQTF), le refus d'octroyer un délai de départ volontaire et l'interdiction de retour. Le projet de loi vise à résoudre certaines difficultés apparues dans la mise en œuvre des réformes passées et à accroître le recours aux deux derniers types de mesures.

Les OQTF adressées aux demandeurs d'asile définitivement déboutés essuyant concomitamment un refus de titre de séjour.

37. L'OQTF est devenue, depuis la loi du 16 juin 2011, la mesure d'éloignement de droit commun pour tous les étrangers en séjour irrégulier et le I de l'article L. 511-1 dresse la liste des différentes hypothèses dans lesquelles elle peut être prononcée. Toutefois, demeurent deux grands types d'OQTF selon que la mesure accompagne le refus opposé par l'administration à une demande de titre de séjour ou se présente comme la conséquence presque mécanique du constat d'une situation factuelle. Cette distinction se traduit, depuis la loi du 7 mars 2016, par deux régimes distincts de contrôle juridictionnel. Une difficulté peut alors naître des situations dans lesquelles un étranger relève de plusieurs des hypothèses listées par le I de l'article L. 511-1.

Le projet de loi clarifie la situation des étrangers qui présentent successivement une demande d'asile puis, en cas de rejet, une ou plusieurs demandes de titre de séjour fondées sur d'autres motifs. Le projet de loi (voir infra) pose alors une exigence de présentation simultanée des demandes afin de permettre un examen en parallèle par les autorités administratives concernées. Il vise aussi à clarifier les conséquences à en tirer quand au fondement de l'OQTF en précisant que, dans l'hypothèse ci-dessus décrite, la mesure est fondée sur le seul refus définitif opposé à la demande d'asile et non sur le ou les éventuels refus de séjour.

Tout en estimant une telle clarification bienvenue, le Conseil d'Etat propose d'ajouter que lorsque le tribunal administratif est saisi d'un recours contre une OQTF fondée, en application de la règle nouvelle évoquée au paragraphe précédent, sur le rejet définitif de la demande d'asile et d'un recours contre le refus de titre de séjour, le tribunal administratif statue sur les deux contestations suivant la même procédure et par une seule décision.

Le refus d'octroyer un délai de départ volontaire en cas de risque de fuite.

38. La mesure d'éloignement repose sur la présomption que l'étranger l'exécutera volontairement : elle est donc en principe accompagnée d'un délai de départ volontaire. Toutefois, conformément aux prescriptions de la directive n° 2008/115/CE, l'autorité administrative peut refuser l'octroi d'un délai de départ volontaire lorsque l'étranger constitue un danger pour l'ordre public, lorsque sa demande de titre de séjour est entachée de fraude ou manifestement infondée ou lorsqu'existe un risque que l'étranger se dérobe à l'obligation de quitter le territoire. Le projet de loi enrichit la définition de cette dernière catégorie, usuellement désignée par l'expression de « *risque de fuite* », en précisant certaines des hypothèses qui figurent déjà dans le 3° du II de l'article L. 511-1 (la fabrication de faux documents est ajoutée à leur usage, de nouveaux exemples illustrent l'hypothèse du risque de fuite pour garanties de représentations insuffisantes, comme le refus de communiquer les éléments relatifs à son identité ou de se soumettre à la prise d'empreintes ou de photographies) et en ajoutant deux nouvelles hypothèses : d'une part, celle des étrangers qui font l'objet d'une mesure d'éloignement prise par un autre Etat membre de l'espace Schengen ou qui se sont maintenus irrégulièrement sur le territoire de l'un de ces Etats et d'autre part, celle dans laquelle l'étranger lui-même a exprimé son intention de ne pas se conformer à la mesure d'éloignement.

Le Conseil d'Etat estime que les précisions apportées et les ajouts auxquels il est procédé sont compatibles avec les dispositions de la directive n° 2008/115/CE. Toutefois, il est d'avis que pour la dernière des hypothèses évoquées plus haut, comme pour toutes les hypothèses déjà inscrites au 3° du II de l'article L. 511-1, la modification doit s'inscrire dans l'économie de la directive n° 2008/115/CE. Celle-ci repose sur la marge de manœuvre toujours laissée à l'autorité administrative qui doit, dans chaque cas, déterminer la mesure la moins restrictive permettant l'exécution de la mesure d'éloignement. Le Conseil d'Etat suggère une rédaction tenant compte de cette nécessité.

L'interdiction de retour.

39. Le projet de loi vise à introduire deux modifications principales dans le dispositif de l'interdiction administrative de retour qui peut ou doit, selon les hypothèses, accompagner la mesure d'éloignement et qui interdit à l'étranger d'entrer à nouveau sur tout le territoire de l'espace Schengen pour la durée fixée par la décision motivée de l'autorité administrative.

La première est imposée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : elle a trait au point de départ pour le calcul de la durée de la mesure d'interdiction de retour. Alors que

le III de l'article L. 511-1 avait retenu comme point de départ la date de notification de la mesure à l'étranger, la CJUE a, dans un arrêt du 26 juillet 2017 *Ouhrami* (C-225/16), jugé que « *la durée de l'interdiction d'entrée prévue à cette disposition, qui ne dépasse pas cinq ans en principe, doit être calculée à partir de la date à laquelle l'intéressé a effectivement quitté le territoire des États membres* ». L'objet du projet de loi est de modifier les dispositions pertinentes du CESEDA et de procéder aux ajustements rédactionnels de coordination que cela implique.

La deuxième modification vise à clarifier les différents types de cas dans lesquels une interdiction de séjour peut être prononcée et à transformer certaines hypothèses dans lesquelles l'interdiction de retour était une simple faculté pour l'autorité administrative en des hypothèses dans lesquelles il s'agit d'une obligation. Tout en approuvant la clarification opérée, le Conseil d'Etat souligne que l'article 11 de la directive n° 2008/115/CE prévoit que les Etats doivent assortir les décisions d'éloignement d'une interdiction d'entrée dans deux cas seulement et impose, dans tous les autres cas, que la mesure d'interdiction d'entrée soit une simple faculté pour l'autorité administrative. Il modifie la disposition soumise à son examen pour assurer sa conformité à la directive.

Le contrôle des mesures relatives aux étrangers placés en rétention

40. Le projet de loi vise à résoudre plusieurs difficultés concrètes rencontrées dans la mise en œuvre des contrôles juridictionnels exercés sur les mesures permettant le placement en rétention des étrangers en situation irrégulière. En effet, ces contrôles font intervenir à la fois le juge des libertés et de la détention (qui peut être saisi à la fois par l'étranger contestant la mesure de placement en rétention et, le cas échéant, les conditions de son interpellation et par le préfet lorsqu'il souhaite que le placement en rétention soit prolongé au-delà de 48 heures) et le tribunal administratif (qui est seul compétent pour examiner la légalité de la mesure d'éloignement justifiant le placement en rétention, comme l'a souligné la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 27 septembre 2017 *Youchnuk*). Actuellement, tant le juge des libertés et de la détention que le tribunal administratif doivent être saisi dans les 48 heures qui suivent la notification du placement en rétention, le premier ayant 24 heures pour se prononcer à compter de sa saisine, le second ayant 72 heures pour ce faire (alors que les délais de droit commun pour se prononcer sur la légalité d'une OQTF sont, lorsque l'étranger n'est pas en rétention, de six semaines ou de trois mois suivant le type d'OQTF).

Concrètement, ce système soulève quatre types de difficultés :

- en premier lieu, le délai de 24 heures laissé au juge des libertés et de la détention est trop bref, au point qu'il arrive que la mesure de rétention soit levée, faute pour le juge d'avoir pu statuer dans les délais ;
- en deuxième lieu, dès lors que l'étranger et le préfet ne saisissent pas nécessairement le juge des libertés et de la détention au même moment, alors que le délai de 24 heures commence à courir avec chacune des saisines, il se produit des cas dans lesquels le juge des libertés et de la détention est contraint d'organiser deux audiences distinctes et de statuer par deux ordonnances sur la situation d'un même étranger, alors même que le III de l'article L. 512-1 lui fait en principe obligation de n'organiser qu'une audience et de statuer par une seule ordonnance ;
- en troisième lieu, l'intervention simultanée du juge des libertés et de la détention et du tribunal administratif dans une période brève, avec la nécessité d'organiser chacun une audience, induit des difficultés d'organisation considérables ;
- en quatrième et dernier lieu, dès lors que le délai dont le tribunal administratif dispose pour se prononcer n'est de 72 heures que si l'étranger est encore en rétention, il arrive dans un

nombre significatif de cas qu'après avoir organisé une audience en urgence, l'affaire soit renvoyée si le juge des libertés et de la détention a mis fin à la rétention.

Pour résoudre ces difficultés, le projet de loi prévoit d'allonger les délais laissés à chacun des deux juges pour statuer : de 24 heures à 48 heures, voire 72 heures en cas de difficultés, pour le juge des libertés et de la détention ; de 72h à 96h pour le tribunal administratif.

Le Conseil d'Etat observe qu'il est indispensable que le dispositif respecte les exigences découlant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière de droit à la liberté et à la sûreté. Cette Cour a condamné la France dans une situation dans laquelle, sous l'empire du droit antérieur à la loi du 7 mars 2016, un étranger n'avait pu contester les conditions de son interpellation devant le juge des libertés et de la détention, seul compétent pour ce faire, mais qui ne pouvait être saisi qu'ultérieurement, la mesure d'éloignement ayant été exécutée avant que le juge des libertés et de la détention n'ait statué. La Cour a ainsi souligné qu'il était impératif que l'ensemble des aspects conditionnant la rétention soient examinés dans un délai très bref (12 juillet 2016 *AM c/ France*).

Au regard des difficultés concrètes évoquées plus haut et des contraintes ci-dessus rappelées, le Conseil d'Etat estime que le délai laissé au juge des libertés et de la détention doit être dans tous les cas fixé à 48 heures. Pour faciliter l'articulation entre les interventions de celui-ci et du tribunal administratif, il recommande, d'une part, de prévoir que le juge des libertés et de la rétention informe sans délai le tribunal administratif territorialement compétent du sens de sa décision et, d'autre part, que le délai de 96 heures laissé au tribunal administratif pour se prononcer commence à courir à compter de l'expiration du délai de recours contre la mesure d'éloignement.

41. Le Conseil d'Etat observe enfin que le projet de loi ne propose pas de modifier, dans le sens d'une plus grande simplicité, les délais laissés au juge administratif pour se prononcer sur la légalité des OQTF : s'il est nécessaire de prévoir un délai dérogatoire très bref pour les cas dans lesquels l'étranger est placé en rétention, le maintien de deux délais distincts de six semaines et de trois mois (qui vont d'ailleurs de pair avec deux délais de saisine également distincts) en fonction du motif sur lequel est fondée la mesure d'éloignement, qui est souvent source de confusion et de complication inutile, ne paraît pas justifié. Le Conseil d'Etat suggère au Gouvernement d'envisager une mesure de simplification en ce sens.

Les aides au retour

42. Le projet de loi propose de supprimer l'interdiction, qui figure actuellement à l'article L. 512-5 pour les étrangers en rétention, de solliciter l'octroi d'aides au retour. S'il est vrai que l'éloignement des personnes placées en rétention ne s'inscrit pas en principe dans une démarche volontaire, l'octroi de ces aides à des étrangers en rétention peut faciliter l'exécution des mesures d'éloignement. Cette possibilité s'accompagne de la précision selon laquelle l'octroi de telles aides ne suffit pas à mettre fin à la mesure de rétention. Le dispositif envisagé n'appelle pas, sur ces deux points, de réserves de la part du Conseil d'Etat.

La résidence des étrangers destinataires d'une obligation de quitter le territoire français

43. Le projet de loi introduit la possibilité d'assigner à résidence des étrangers au seul motif qu'ils font l'objet d'une OQTF avec délai de départ volontaire. Il existe certes déjà des hypothèses dans lesquelles peut être décidée l'assignation à résidence d'étrangers dans les conditions prévues par le titre VI du livre V du CESEDA. Mais elle est, dans ces hypothèses,

justifiée par l'absence de garanties de représentation de l'étranger ou par la menace qu'il fait peser sur l'ordre public. Sont ainsi susceptibles d'être assignés à résidence les étrangers qui font l'objet de mesures d'expulsion (article L. 523-5), qui ne peuvent quitter immédiatement le territoire mais qui doivent le quitter dans un délai raisonnable en application d'une décision de transfert, parce qu'ils font l'objet d'un signalement au système d'information Schengen, d'une interdiction judiciaire du territoire (article L. 561-2), qui font l'objet d'une OQTF et qui présentent des risques particuliers qui se traduisent par l'absence de délai de départ volontaire, l'existence d'une interdiction du territoire administrative ou judiciaire (article L. 561-1).

La mesure envisagée par le projet de loi étend cette possibilité à des étrangers qui, dès lors qu'ils sont sous le coup d'une mesure d'OQTF assortie d'un délai de départ volontaire, ne présentent pas de risque de fuite et ne font pas peser de menace pour l'ordre public.

Le Conseil d'Etat rappelle que le Conseil constitutionnel a souligné à de nombreuses reprises « *qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que parmi ces droits et libertés figure la liberté d'aller et de venir* » (voir par exemple décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011). S'agissant des mesures d'assignation à résidence, il en a validé le principe au terme d'un raisonnement qui souligne que « *l'objet de la mesure d'assignation à résidence prévue par l'article L. 561-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est, d'une part, de garantir la représentation de l'étranger soumis à une mesure d'éloignement du territoire, et, d'autre part, d'organiser les conditions de son maintien temporaire sur le territoire français, alors qu'il n'a pas de titre l'autorisant à y séjourner, en tenant compte des troubles à l'ordre public que ce maintien est susceptible d'occasionner* » (décision QPC n°2017-674 du 30 novembre 2017).

Au regard de ces éléments, une mesure d'assignation à résidence impliquant la possible mise en œuvre de l'ensemble des mesures envisagées par le titre VI du livre V qui ne serait justifiée ni par la nécessité de garantir la représentation de l'étranger soumis à une mesure d'éloignement, ni par un trouble à l'ordre public, constituerait une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir des étrangers visés. Le Conseil d'Etat estime en revanche que l'adjonction aux obligations qui figurent déjà à l'article L. 513-4 d'une mesure contraignant l'étranger à résider dans le lieu qui lui serait désigné par l'autorité administrative est justifiée par la nécessité de préparer l'exécution de la mesure d'éloignement et ne porte pas de ce fait une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir des personnes visées.

L'interdiction de circulation

44. La loi du 7 mars 2016 a créé une nouvelle mesure d'interdiction de circulation pour les ressortissants de l'Union européenne permettant, pour ceux constituant une « *menace réelle, actuelle et suffisamment grave à l'encontre d'un intérêt fondamental de la société* » et pour ceux dont le séjour serait « *constitutif d'un abus de droit* », une interdiction de circulation d'une durée maximale de 3 ans pour accompagner une OQTF (article L. 511-3-2 renvoyant pour la définition aux hypothèses visées au L. 511-3-1).

Le projet de loi vise à créer le même type de mesures pour les étrangers non européens bénéficiant d'un titre de séjour valide mais délivré par un autre Etat membre de l'Union européenne, au seul motif de leur séjour irrégulier.

Le Conseil d'Etat estime qu'une telle mesure, en ce qu'elle s'appliquerait à tous les étrangers en séjour irrégulier en France, poserait une question de compatibilité avec les dispositions du droit de l'Union européenne relatives à la mobilité dans l'espace européen des ressortissants de pays tiers disposant d'un titre de séjour régulier délivré par l'un des Etats membres. En effet, si la

convention d'application des accords de Schengen permet à chacun des Etats de maintenir des signalements aux fins de non-admission des étrangers disposant d'un titre de séjour régulier délivré par un autre Etat, certains textes de droit dérivé instituent des titres de séjour dont les conditions d'attribution sont partiellement harmonisées et qui offrent aux étrangers qui en bénéficient des droits à la mobilité dans l'espace commun comparables à ceux attribués aux citoyens européens. Tel est notamment le cas des titulaires d'un titre de résident de longue durée-UE ou d'une carte de séjour portant la mention « *carte bleue européenne* ». Pour ces étrangers, il n'est possible d'interdire l'admission sur le territoire national que dans les mêmes hypothèses, restrictives, que celles envisagées par l'interdiction de retour prévue pour les citoyens européens par les articles L. 511-3-1 et L. 511-3-2.

Le Conseil d'Etat propose donc que l'interdiction de circulation prévue par le projet de loi soit applicable sans condition aux étrangers disposant d'un droit de séjour dans un autre Etat membre mais uniquement, s'agissant des titulaires des titres de séjour mentionnés ci-dessus, en cas d'abus de droit ou d'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave à l'encontre d'un intérêt fondamental de la société.

Les droits des personnes retenues

45. Le projet de loi vise à préciser le périmètre des droits reconnus à la personne placée en rétention par l'article L. 551-2 en matière d'interprétariat, d'accès à un médecin et à un avocat et de communication avec son consulat et avec une personne de son choix. Alors que la loi énonce déjà que l'étranger ne dispose de tels droits qu'une fois arrivé en centre de rétention et non au cours du transfert jusqu'à ce lieu, le projet précise que l'exercice de ces droits n'est pas garanti non plus au cours des transferts ultérieurs. Cette précision n'appelle pas de remarques de la part du Conseil d'Etat.

Conditions d'assignation à résidence des étrangers

46. L'article L. 552-4 permet à titre exceptionnel au juge des libertés et de la détention d'ordonner, alors que l'étranger pourrait faire l'objet d'un placement en rétention, une mesure d'assignation à résidence dans le cas où il dispose de garanties de représentation effectives. Une telle décision doit toutefois faire l'objet d'une motivation spéciale lorsque l'étranger s'est préalablement soustrait à l'exécution d'une mesure d'éloignement. Le projet de loi prévoit que cette hypothèse ne concerne pas seulement les cas dans lesquels l'étranger s'est soustrait à une mesure d'éloignement en instance d'exécution mais, de manière générale, à toute mesure d'éloignement. Le Conseil d'Etat estime que cet élargissement des circonstances dans lesquelles l'assignation à résidence implique une motivation spéciale, qui ne modifie pas l'obligation pesant sur le juge d'opter pour la mesure la moins coercitive permettant l'exécution de la mesure d'éloignement, est compatible avec les exigences de la directive n° 2008/115/CE.

Lieu de l'assignation à résidence

47. Le projet de loi prévoit, dans le cadre de l'assignation à résidence, que le lieu proposé pour l'assignation par l'étranger et dont il doit justifier auprès du juge qu'il satisfait aux exigences de garanties de représentation effective, ne doit plus seulement être un lieu mais un « local affecté à son habitation principale ». Cette précision n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Temps passé à la disposition de la justice à la fin de la rétention

48. Tout en posant le principe selon lequel l'appel formé contre les ordonnances du juge des libertés et de la détention sur les placements ou les maintiens en rétention des étrangers n'est pas suspensif, l'article L. 552-10 permet au ministère public de demander que l'appel qu'il forme soit suspensif jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur cet appel dans l'hypothèse où l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes ou constitue une menace grave pour l'ordre public. De façon à permettre au préfet de former une telle demande, il est prévu un délai au-delà de la fin théorique de la rétention intervenue avec l'ordonnance du juge des libertés et de la détention mettant fin à la mesure durant lequel l'étranger est « *maintenu à la disposition de la justice* ». Ce délai qui était initialement de 4 heures a été porté à 6 heures en 2011. Le projet de loi se propose de le porter à 10 heures. Il se traduit, si le préfet formule effectivement cette demande, par le maintien de l'étranger dans une situation de privation de liberté pendant plus 12 heures, dès lors qu'à ce délai initial de 10 heures doivent s'ajouter les deux heures laissées à l'étranger pour présenter ses observations et celui laissé au juge d'appel pour se prononcer sur la demande.

Le Conseil d'Etat souligne que l'on ne saurait allonger cette période de privation de liberté au-delà d'un délai raisonnable, alors même qu'elle intervient après qu'une décision du juge des libertés et de la détention a décidé de mettre fin à la rétention, sans porter atteinte aux droits et principes valeurs constitutionnelle.

Il estime toutefois, au regard de la durée de la privation de liberté ainsi imposée et de l'intervention du juge d'appel, que l'atteinte ainsi portée à la liberté d'aller et venir et à la sûreté est proportionnée au regard de la nécessité de prévenir les atteintes à l'ordre public qui justifient la mesure.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel, tout en validant les dispositions de l'article 803-3 du code de procédure pénale qui prévoient le maintien à disposition de la justice pour une durée maximale de 20h d'une personne devant, à l'issue d'une garde à vue, être déférée en comparution immédiate, a insisté sur le droit pour l'individu de s'alimenter, de consulter un médecin et de contacter son conseil ou un tiers (décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010). Le Conseil d'Etat recommande de prévoir, pour tenir compte de cette jurisprudence, que l'étranger continue de bénéficier des droits rappelés ci-dessus.

Durée de la rétention

49. Le projet de loi vise à allonger très substantiellement la durée maximale durant laquelle les étrangers en situation irrégulière peuvent être placés en rétention. Cette durée est actuellement de 45 jours et se décompose de la manière suivante : une durée initiale de 48h ; une première prorogation possible par une ordonnance du juge des libertés et de la détention pour une durée maximale de 28 jours et une seconde prorogation, toujours par ordonnance du juge des libertés et de la détention, pour 15 jours maximum. Au terme des modifications apportées par le projet de loi, cette durée maximale serait portée à 90 jours (le juge des libertés et de la détention pouvant procéder à des prorogations de 30 jours maximum dans la limite ainsi posée) et même, dans certaines hypothèses, à 135 jours (trois prorogations de 15 jours maximum pouvant être décidées par le juge).

Le Conseil d'Etat relève que ces durées ne sont pas incompatibles avec les prescriptions de la directive n° 2008/115/CE dont l'article 15 autorise une durée maximale de rétention de 6 mois, avec possibles prorogations jusqu'à 18 mois dans certaines hypothèses. Il note également que les

Etats membres de l'Union européenne ont majoritairement retenu des durées maximales de rétention très supérieures à celles que le droit français prévoit aujourd'hui. C'est ainsi, par exemple, que la durée maximale de rétention en Allemagne, au Danemark ou aux Pays-Bas est de 6 mois avec une prorogation possible jusqu'à 18 mois ou de 45 jours avec une prorogation possible jusqu'à 90 jours en Italie.

Le Conseil d'Etat estime par ailleurs qu'aucun obstacle constitutionnel ou conventionnel ne s'oppose à l'allongement de la durée maximale de rétention à 90 jours, dès lors que l'étranger placé en rétention peut, dès la première heure et à tout moment saisir le juge des libertés et de la détention pour qu'il soit mis fin à la mesure.

50. Le Conseil d'Etat s'interroge néanmoins sur la justification de l'allongement proposé de cette mesure restrictive de liberté, qui porte atteinte à la liberté individuelle et qui engendrera des coûts supplémentaires - non chiffrés par l'étude d'impact - en termes de construction ou d'extension de centres de rétention, voire d'optimisation des places au sein de ceux-ci, au regard des bénéfices attendus, en termes notamment de mise en œuvre plus effective des mesures d'éloignement. La durée moyenne de rétention est en effet actuellement de 12 jours sur les 45 autorisés, et seuls 40 % des étrangers placés en rétention sont effectivement éloignés. Ce taux ne s'explique que partiellement par les difficultés rencontrées pour obtenir de certains des Etats de destination les documents nécessaires à l'éloignement dans le délai de 45 jours. L'allongement de la durée maximale de la rétention peut cependant être de nature à permettre d'améliorer la délivrance des laissez-passer consulaires et, par conséquent, l'exécution des mesures d'éloignement.

51. Le Conseil d'Etat estime enfin que la possibilité d'allonger de 45 jours supplémentaires la durée de rétention, au seul motif que l'intéressé dépose une demande d'asile ou une demande de protection contre l'éloignement pour des motifs de santé dans les 15 derniers jours de la rétention de droit commun, est contraire au droit d'asile et au droit à la protection de la santé tels qu'ils sont constitutionnellement et conventionnellement protégés. Tout en comprenant la nécessité de lutter contre les demandes d'asile et de protection contre l'éloignement pour des motifs de santé, qui ont pour seul objet de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement, il lui paraît difficile de présumer de façon irréfragable que toute demande d'asile ou de protection présentée tardivement est nécessairement dilatoire. Il rappelle notamment que les demandeurs d'asile ne peuvent en principe être retenus et que lorsqu'un étranger, placé en rétention, dépose une demande d'asile dans les délais prévus, l'administration doit mettre fin à la rétention, sauf dans l'hypothèse où la demande a été présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement.

C'est pourquoi il estime nécessaire, dans la disposition prévoyant cet allongement de la durée de rétention, de rappeler pour les demandes d'asile et de préciser pour les demandes de protection contre l'éloignement pour des raisons de santé que ce n'est que dans l'hypothèse où ces demandes sont présentées dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement qu'elles sont susceptibles de justifier le maintien en rétention.

L'assignation à résidence des étrangers

52. Parmi les motifs justifiant une assignation à résidence de l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement qui ne peut être exécutée, figurent notamment le cas des étrangers qui font l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire et celui de ceux qui font l'objet d'une interdiction administrative du territoire. Le projet de loi se propose de modifier la durée de l'assignation et l'étendue des contraintes afférentes à cette assignation pour ces deux catégories d'étrangers.

Sur le premier point, alors que la durée normale d'assignation à résidence est de 6 mois renouvelable une fois, les dispositions actuelles de l'article L. 561-1 ne prévoient aucune limitation de temps pour l'assignation des étrangers qui font l'objet d'une interdiction judiciaire de territoire. Dans sa décision n° 2017-674 QPC *Kamel D.* du 30 novembre 2017, le Conseil constitutionnel a toutefois censuré cette assignation perpétuelle, estimant qu'elle portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir en l'absence de motifs particuliers justifiant son maintien au-delà d'une certaine durée et de dispositions permettant son réexamen périodique. Tirant les conséquences de cette décision, le projet de loi prévoit qu'au-delà d'une durée de cinq ans, l'autorité administrative doit justifier le maintien de l'assignation à résidence par l'absence de garanties suffisantes de représentation ou par l'existence d'une menace grave pour l'ordre public et que la mesure peut être à tout moment abrogée. Il prévoit aussi que, dans l'hypothèse où ces conditions ne seraient pas remplies, l'étranger toujours sous le coup d'une interdiction judiciaire de territoire maintenu sur le territoire pourra faire l'objet d'une mesure de contrôle allégé consistant à indiquer son adresse et à se rendre aux convocations des autorités destinées à préparer l'exécution de la décision d'éloignement. Le Conseil d'Etat constate que le projet respecte pleinement sur ce point les prescriptions constitutionnelles et propose de préciser, comme le CESEDA le prévoit pour les mesures d'interdiction administrative de territoire, que l'étranger peut demander l'abrogation de la mesure.

53. Par ailleurs, le projet de loi prévoit également que les étrangers qui font l'objet d'une interdiction administrative de territoire, dont l'assignation relevait jusqu'ici de la durée de droit commun, pourront faire l'objet d'une durée d'assignation potentiellement illimitée. Le Conseil d'Etat estime que cette modification est justifiée par la proximité des motifs justifiant les mesures d'expulsion, d'interdiction judiciaire et administrative de territoire. Il note que compte tenu de la validation par le Conseil constitutionnel de cette durée illimitée pour les assignations à résidence en cas d'arrêtés d'expulsion en raison du réexamen périodique de cette mesure, il n'est pas nécessaire de prévoir pour les assignations découlant d'une interdiction administrative de territoire un dispositif de limitation dans le temps du type de celui prévu pour les assignations découlant d'une interdiction judiciaire de territoire, l'article L. 214-6 prévoyant un réexamen tous les cinq ans de la mesure et sa possible abrogation à tout moment sur initiative de l'autorité administrative ou de l'étranger.

54. Sur le second point, le projet de loi modifie les mesures susceptibles d'être imposées à l'étranger lorsqu'il est assigné à résidence. Est insérée dans la loi la possibilité, qui figure actuellement à l'article R. 561-2, pour les étrangers assignés à résidence faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une interdiction administrative ou judiciaire de territoire ou dont le comportement constitue une menace pour l'ordre public, de désigner à l'étranger une plage horaire de 10 heures par période de 24 heures pendant laquelle il doit demeurer dans les locaux où il réside. Le Conseil d'Etat considère qu'une telle mesure, en ce qu'elle limite la liberté d'aller et venir, relève de la compétence du législateur. Compte tenu de la durée de la plage horaire, inférieure à 12 heures par jour, la mesure ne peut être assimilée à une mesure privative de liberté, au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017), justifiant son contrôle par le juge judiciaire.

55. Au-delà, le projet de loi ajoute au droit existant en prévoyant, pour tous les étrangers assignés à résidence, même lorsque leur comportement ne constitue pas une menace pour l'ordre public, que l'autorité administrative peut imposer une plage horaire de 4h par période de 24h pendant laquelle ils doivent demeurer dans les locaux où ils résident. Le Conseil d'Etat estime que la mesure telle qu'envisagée par le projet qui lui est soumis porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir des étrangers visés pour lesquels les dispositions

existantes prévoient déjà que l'autorité administrative peut fixer le lieu de résidence, déterminer un périmètre au sein duquel ils sont autorisés à circuler et qu'ils peuvent être contraints de se présenter une fois par jour au maximum à un service déterminé. Le Conseil d'Etat note que l'exigence d'une période de présence au domicile peut être envisagée dans les cas où la mise en œuvre par l'administration de démarches nécessaires à l'exécution de la mesure d'éloignement impose la présence à son domicile de l'étranger. Mais, pour être proportionnée à cet objectif, il estime que la mesure ne doit prévoir qu'une présence de 3h par jour de l'étranger à son domicile, 5 jours par semaine, l'autorité administrative étant par ailleurs tenue de prendre en compte dans la fixation de la plage horaire les impératifs de la vie privée et familiale. Le Conseil d'Etat précise ces garanties dans la version du projet de loi qu'il retient.

L'assignation à résidence et le placement en rétention de certains demandeurs d'asile

56. Le projet de loi prévoit de permettre l'assignation à résidence ou le placement en rétention des demandeurs d'asile qui font l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une peine d'interdiction administrative ou judiciaire du territoire. La mesure de rétention ne peut toutefois être adoptée que lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées. Dans l'hypothèse où le demandeur est assigné à résidence ou placé en rétention, il l'est selon les modalités de droit commun mais la mesure ne doit durer que le temps strictement nécessaire à l'examen de la demande d'asile par l'OFPRA (qui doit avoir lieu selon la procédure accélérée) et, en cas de décision de rejet ou d'irrecevabilité, dans l'attente du départ de l'étranger. Le projet prévoit enfin, dans cette dernière hypothèse, que le demandeur qui saisit la CNDA d'un recours contre la décision de rejet de sa demande d'asile peut parallèlement saisir le tribunal administratif d'une demande de sursis à exécution de la mesure d'éloignement jusqu'à ce que la Cour se soit prononcée.

Le Conseil d'Etat rappelle que les demandeurs d'asile ne doivent pas en tant que tels être regardés comme étant en séjour irrégulier, leur présence sur le territoire étant justifiée par leur besoin de protection. De ce fait, ils ne doivent en principe pas faire l'objet de mesures de rétention. Cette exigence, qui découle de l'article 31 de la convention de Genève, a été récemment rappelée par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 14 septembre 2017, *K.* (aff. C-18/16). Toutefois, la rétention des demandeurs d'asile est possible au regard des engagements internationaux souscrits par la France à certaines conditions. La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que cette rétention ne saurait être arbitraire, qu'elle devait être étroitement liée au but consistant à empêcher une personne de résider irrégulièrement sur son territoire, qu'elle devait s'accompagner de conditions de rétention appropriées à la situation d'étrangers qui, craignant pour leur vie, fuient leur propre pays et que la durée de la rétention ne devait pas excéder le délai raisonnable pour atteindre le but poursuivi (CEDH, gde. ch., 29 janvier 2008, *Saadi c/ Royaume Uni*). Dans un arrêt précité du 14 septembre 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a, de son côté, précisé que les demandeurs d'asile ne peuvent être placés en rétention, d'une part, que s'il n'existe pas d'autres alternatives moins coercitives et, d'autre part, que pour les motifs énoncés par la législation nationale parmi ceux figurant à l'article 8.3 de la directive n° 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

Le Conseil d'Etat constate que les conditions et modalités prévues pour la rétention des demandeurs d'asile par le projet de loi répondent aux exigences ci-dessus rappelées.

Il estime en revanche la création d'un référé spécifique, permettant la suspension par le tribunal administratif de la mesure d'éloignement jusqu'à ce que la Cour nationale du droit d'asile se soit prononcée, inadéquate pour les motifs énoncés au point 28 du présent avis. Au regard des durées

de rétention désormais envisageables et a fortiori de la durée possible des assignations à résidence, le Conseil d'Etat propose de prévoir que le délai de saisine de la Cour nationale du droit d'asile est ramené à 48h, qu'elle est tenue de statuer en cinq semaines et de préciser que sa saisine ne met pas fin à la mesure de rétention ou d'assignation.

La retenue pour vérification du droit de circulation et de séjour

57. La retenue pour vérification du droit de circulation et de séjour a été créée par la loi du 31 décembre 2012 pour pallier les conséquences de l'interdiction posée par la Cour de justice de l'Union européenne (Gr. Ch., 6 décembre 2011, *Achughbabian* aff. C-329/11) puis par la Cour de cassation (1^{ère} civ. 5 juillet 2012, n°11-30.530) d'utiliser la garde à vue dans le but de mettre en œuvre la législation relative au séjour irrégulier alors qu'elle ne peut être utilisée que s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne concernée a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement. Elle a pour objet, lorsqu'un étranger n'est pas en mesure à l'occasion d'un contrôle de justifier de son droit de circuler ou de séjourner sur le territoire, de vérifier l'existence d'un tel droit.

Le projet de loi prévoit tout d'abord dans ce cadre de permettre à des agents, et non plus uniquement à des officiers de police judiciaire ou à des agents de police judiciaire agissant sous leur contrôle, d'accomplir certains actes comme la consultation de fichiers et l'information de l'étranger quant au motif de son placement en retenue, de la durée maximale de la mesure et des droits dont il bénéficie. Dès lors que cette mesure ne modifie pas les règles de consultation propres à chacun des fichiers et que la mesure dont il s'agit ne doit pas déboucher sur une procédure pénale, le Conseil d'Etat a estimé que la mesure pouvait être regardée comme ne soulevant pas de difficultés constitutionnelles.

Il prévoit ensuite d'allonger la durée maximale de la retenue de 16 heures à 24 heures. Si la Cour de justice de l'Union européenne a estimé dans l'arrêt *Achughbabian* précité que la durée de retenue de l'étranger devait à ce stade être la plus brève possible, le Conseil d'Etat estime que la durée envisagée par le projet de loi respecte ces prescriptions.

Le projet de loi renforce également les possibilités d'investigation données aux agents lors de la retenue pour vérification du droit de circulation et de séjour en permettant la fouille des bagages de l'étranger ainsi retenu. Le Conseil d'Etat estime, pour se conformer aux motifs de la décision *Achughbabian* et à l'objet de l'article L. 611-1-1, que cette fouille ne peut avoir pour objet que la vérification du droit au séjour et de circulation de l'étranger retenu. Il relève par ailleurs que la fouille d'un individu pour prévenir une menace à l'ordre public ou à la sécurité des personnes est déjà possible en application des dispositions du code de procédure pénale et relève ainsi d'une procédure distincte. Le Conseil d'Etat estime enfin que l'information du procureur de la République qu'impose le projet de loi si l'étranger refuse de donner son accord à la fouille de ses bagages, constitue une garantie suffisante pour satisfaire les exigences constitutionnelles, compte tenu de ce que la procédure de retenue fait elle-même l'objet d'une information du procureur dès son déclenchement, de ce qu'il est possible pour ce dernier de mettre fin à tout moment à la mesure et de ce que les motifs autorisés pour procéder à la fouille sont strictement circonscrits.

Les prises d'empreintes et de photographies

58. Le projet de loi prévoit que les empreintes digitales et les photographies sont systématiquement recueillies pour les étrangers retenus pour vérification du droit de circuler et de séjourner et non plus seulement, comme dans le texte actuel, lorsque cette collecte est l'unique moyen pour établir la régularité du séjour. Le Conseil d'Etat relève que les conditions de cette

collecte sont moins rigoureuses que celles imposées dans le cadre de l'article 78-2 du code pénal mais estime que la différence de traitement peut être justifiée par la différence d'objectif entre les deux procédures dès lors, notamment, que l'étranger est tenu, en application de l'article L. 611-1, de pouvoir présenter à tout moment les documents justifiant son droit de circuler ou de séjourner.

En raison de cette obligation légale, le Conseil d'Etat estime que la collecte des photographies et empreintes des étrangers qui ne peuvent présenter lesdits documents, à la seule fin d'établir leur droit de circuler et de séjourner par comparaison avec les données figurant dans des fichiers existants, ne constitue pas une collecte disproportionnée de ces données. Il juge en revanche que l'enregistrement et la conservation de ces données pour tous les étrangers retenus constitue un traitement disproportionné de données biométriques. Il lui paraît donc nécessaire de préciser que les données ainsi collectées ne peuvent être conservées que pour les étrangers dont il s'avère à la fin de la retenue qu'ils sont en situation irrégulière, dans des conditions qui devront être précisées par un texte adéquat.

Le projet de loi prévoit enfin de renforcer les sanctions applicables à ceux qui refusent de se soumettre à la prise de photographies ou d'empreintes en ajoutant à l'amende déjà prévue, une peine d'interdiction du territoire.

La création d'une infraction pénale pour franchissement de frontière en dehors des points de passages

59. Le projet de loi vise à tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 juin 2016, *Affum c/ Préfet du Pas-de-Calais* (Gr. Ch., C-47/15) dans lequel la législation française pénalisant l'entrée irrégulière sur le territoire national d'un étranger en provenance d'un autre Etat membre de l'espace Schengen a été jugée contraire à la directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008. La logique de cette décision, qui s'inscrit dans le cadre général défini par l'arrêt *Achughbadian* précité, est que l'étranger qui est dans le champ d'application de la directive n° 2008/115/CE doit prioritairement faire l'objet de l'ensemble des procédures qu'elle institue visant à son éloignement et non d'une peine d'emprisonnement en raison de l'irrégularité de son séjour ou de son entrée sur le territoire, cette peine ayant pour conséquence de retarder la mise en œuvre de la procédure d'éloignement. Cette logique comporte quelques exceptions, exclusivement applicables à l'hypothèse du franchissement d'une frontière dite extérieure, c'est-à-dire séparant un Etat membre de l'espace Schengen du reste du monde.

Prenant acte de cet arrêt, le projet de loi abroge le 2° de l'article L. 621-2 qui instituait le délit d'entrée irrégulière pour les étrangers franchissant, sans en avoir le droit, une frontière intérieure à l'espace Schengen. Il crée en parallèle une nouvelle infraction pour sanctionner l'entrée sur le territoire par un lieu qui n'est pas désigné comme un point de passage frontalier par le code frontières Schengen, punie d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende. Cette nouvelle infraction est envisagée tant pour ceux qui franchiraient ainsi une frontière extérieure que pour ceux qui franchiraient une frontière intérieure en cas de réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures de cet espace.

Le Conseil d'Etat considère que, dans le premier des deux aspects ci-dessus décrits, la disposition envisagée n'est pas contraire aux prescriptions du droit de l'Union européenne telles qu'elles ont été rappelées par la Cour de justice dans l'arrêt *Affum* précité.

S'agissant en revanche du deuxième aspect de la mesure envisagée, le Conseil d'Etat estime que la mesure, insérée dans le CESEDA et visant l'« étranger », est contraire au droit de l'Union

européenne en tant qu'elle s'applique aux étrangers ne disposant pas des titres leur permettant de pénétrer sur le territoire national en les punissant d'une peine d'emprisonnement. Nonobstant l'existence d'une norme commune exigeant la définition de points de passage précisément identifiés, l'étranger, dès qu'il aura franchi la frontière, fût-ce en dehors de ces points, sera en situation irrégulière et relèvera donc du champ d'application de la directive n° 2008/115/CE. En application des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice et rappelés ci-dessus, il devra donc prioritairement faire l'objet des mesures prévues par ce texte pour son éloignement. Le Conseil d'Etat propose donc de limiter la peine susceptible d'être infligée à une amende, à l'exclusion donc d'une peine d'emprisonnement, qui ne retardera pas la mise en œuvre des mesures prévues par la directive n°2008/115/CE.

Titre III (Améliorer les conditions d'intégration et d'accueil des étrangers en situation régulière)

Aménagements apportés au dispositif du « passeport talent »

60. L'extension du titre « *passeport talent* » aux entreprises innovantes reconnues par un organisme public n'appelle pas de réserve, dès lors cependant que le Gouvernement note la nécessité de rendre publique la liste des organismes et procédures de reconnaissance concernées, pour éviter toute disharmonie dans l'application que les services pourront faire de ces dispositions sur le territoire.

Mesures de transposition de la directive (UE) 2016/801

61. La transposition de la directive (UE) n° 2016/801 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair, permettant la circulation des chercheurs, et des étudiants, européens dans le cadre de conventions de mobilité et facilitant ainsi le développement d'un espace européen de la recherche de la formation est opérée fidèlement et n'appelle pas de réserves de la part du Conseil d'Etat. N'en appelle pas non plus la transposition des règles de la directive concernant les jeunes gens au pair, qui conduit d'ailleurs à mettre en œuvre un régime plus favorable que les exigences minimales de la directive.

Regroupement des demandes de séjour

62. Le regroupement obligatoire des demandes d'autorisation de séjour sur un fondement autre que la protection internationale à l'occasion de la demande de cette dernière vise à dissuader les demandes dilatoires formulées en série après un rejet de la demande de protection. Elle suppose pourtant, condition que le Conseil d'Etat ajoute, que le demandeur de bonne foi ait été correctement informé des possibilités offertes par le droit et des conséquences de sa non invocation, afin qu'il soit réellement en mesure de former une demande.

Documents de circulation délivrés aux mineurs étrangers

63. L'unification des titres de circulation délivrés aux mineurs étrangers n'est pas une mesure de simplification mais de renforcement des restrictions apportées à leur circulation. Ces restrictions portent notamment (nouvel article L. 321-3) sur les mineurs étrangers admis au séjour à Mayotte. Bien que gouverné par le principe d'identité législative, il a été admis que dans ce département pouvaient continuer à s'appliquer des dispositions antérieures à la

départementalisation alors même qu'elles excédaient les limites de l'adaptation que permet la Constitution. L'extension aux mineurs du régime dérogatoire de visa intérieur, interdisant aux personnes majeures, admises au séjour à Mayotte, de pénétrer dans d'autres départements français sans visa excède tout autant les limites de l'adaptation nécessaire. Le Conseil d'Etat regarde cependant comme possible, au regard des exigences constitutionnelles, l'alignement du régime des mineurs sur celui des majeurs : d'une part leur disharmonie actuelle conduit à des contournements de la législation en utilisant le possible séjour des mineurs sur le territoire métropolitain pour faciliter l'entrée des majeurs les rejoignant ; d'autre part, l'intérêt des enfants, que l'article 1 du pacte de New York impose de privilégier, n'est pas de servir de prétexte à de pareils contournements, mais, conformément aux valeurs constitutionnelles, de séjourner auprès de leur famille.

Signature des visas

64. La suppression de l'obligation de signature - par le biais d'une dérogation législative prévue par le code des relations publiques avec l'administration - pour les visas délivrés aux étrangers entrant sur le territoire national est permise par le droit communautaire et constitue, aux yeux du Conseil d'Etat, une simplification bienvenue. L'authentification des visas résulte pour l'essentiel de l'apposition d'un sceau, qu'exige le droit de l'Union et auquel l'ajout d'une signature n'apporte pas de garantie supplémentaire.

Visites médicales de l'OFII

65. Tant la croissance des flux migratoires que l'élargissement des missions de l'OFII, qui, outre le contrôle médical des entrées, procède à la vérification des conditions dans lesquelles sont autorisés à séjourner des étrangers en raison de leur état de santé, sollicitent à l'excès les médecins contractuels employés par l'Office, dont il est difficile d'augmenter rapidement l'effectif. Pour y remédier, le projet allonge la limite d'âge de ses agents de 67 à 73 ans. La mesure n'étant prévue que jusqu'au 31 décembre 2022, le Conseil d'Etat la précise pour éviter un brutal effet de décroissance d'effectifs : au-delà de cette date, le praticien alors âgé de plus de 67 ans pourra poursuivre au-delà de cette limite d'âge rétablie son activité contractuelle jusqu'à 73 ans.

La mesure n'aura sa pleine efficacité que si les compétences de ces praticiens, dont il est vraisemblable que les autres activités professionnelles auront cessé, sont maintenues au meilleur niveau d'expertise, notamment par le biais de formations adéquates. Le Conseil d'Etat invite le Gouvernement à y veiller.

Habilitation à refondre le CESEDA par ordonnance

66. Tout en approuvant le principe d'une nécessaire refonte de l'architecture du code, pour lequel le Gouvernement prévoyait une habilitation à l'opérer à droit constant, le Conseil d'Etat enrichit la disposition. A l'objectif de clarification, il ajoute celui - essentiel - de simplification comme il l'a expliqué au point 8 de l'avis. Cette simplification devra concerner notamment les règles applicables aux mesures d'éloignement et à leur contrôle juridictionnel. Le Conseil d'Etat incorpore également les deux autres habilitations prévues : elles portent sur le régime des autorisations de travail, qui seraient unifiées pour faciliter leur gestion et la création de mesures spécifiques aux entreprises (terme qui doit être entendu comme comprenant les établissements publics, notamment hospitaliers, d'enseignement et de recherche) employant fréquemment des travailleurs étrangers.

Carte de séjour temporaire « visiteurs »

67. Le durcissement des conditions d'octroi du séjour « visiteur », alignées en matière de revenus sur d'autres dispositions déjà en vigueur, n'appelle pas de commentaires de la part du Conseil d'Etat.

Transposition de la directive n° 2014/66 (UE)

68. Les mesures visant à la meilleure transposition de la directive n° 2014/66 (UE) du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe pour les salariés et les stagiaires n'appellent pas plus de réserves.

Carte de séjour « vie privée et familiale »

69. Afin de prévenir de trop nombreuses fraudes fondées sur des reconnaissances fictives de paternité, le législateur avait mis en place, au sein du code civil, des dispositions, spécifiques à Mayotte, permettant, à l'instar de la procédure en vigueur pour les mariages blancs, de s'opposer, uniquement dans ce département, à des reconnaissances présumées fictives. Le Gouvernement, constatant le risque de généralisation de ce type de fraude, étend ce dispositif à l'ensemble du territoire national. Il renforce également, pour prévenir ces détournements, l'exigence de contrôle de ce que le conjoint ayant reconnu l'enfant, qu'il soit ou non le demandeur d'un visa d'entrée à ce titre, établisse qu'il contribue effectivement à l'entretien de l'enfant depuis un temps suffisant. Le Conseil d'Etat n'émet pas d'objections à ce dispositif.

Médecins de l'OFII

70. Prenant en considération la nécessaire coopération des médecins de l'OFII dans l'exercice de leurs missions avec le médecin traitant d'un étranger, le Conseil d'Etat note que l'exception au secret médical qu'aménage le projet de loi, en étendant celle que régit l'article L. 1110-4 du code de la santé publique, est assortie de la nécessaire garantie d'être subordonnée au consentement de l'étranger. Il attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité, si les échanges s'opèrent par voie informatique et donnent lieu à des traitements, de procéder, dans le nouveau cadre fixé par le règlement général sur la protection des données, aux études d'impact nécessaires et à l'adoption des règles de protection adéquates.

Séjour des personnes victimes de violences

71. Le droit au séjour des personnes victimes de violences conjugales ou de mariages forcés est renforcé en étendant ce droit aux victimes de violences familiales, et en favorisant le régime applicable aux victimes lorsqu'elles sont bénéficiaires d'une ordonnance de protection dans le cadre de l'article L. 316-3. Ces mesures favorables à la protection des droits élémentaires et de la dignité de la personne suscitent évidemment la pleine adhésion du Conseil d'Etat.

Titre IV (Dispositions diverses et finales)

72. Le projet de loi procède aux modifications qu'imposent les changements qu'apportera le texte dans les autres dispositions du CESEDA et d'autres codes. Il prévoit que certaines dispositions s'appliqueront aux demandes ou décisions postérieures à l'entrée en vigueur de la loi et que d'autres s'appliqueront six mois au plus tard après cette entrée en vigueur.

Adaptations outre-mer

73. Le projet de loi prévoit d'habiliter le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance pour édicter des mesures d'adaptation nécessaires à l'application du CESEDA à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, à l'application de la partie du CESEDA qui y est déjà applicable en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les îles Wallis et Futuna et à modifier les textes spécifiques applicables à ces territoires.

Il introduit également directement deux adaptations nouvelles. La première concerne la Guyane, la procédure accélérée d'examen des demandes d'asile devant s'appliquer lorsque l'étranger n'a pas déposé de demande d'asile dans les 60 jours suivant son arrivée et non comme pour le reste du territoire dans les 90 jours. La seconde adaptation est propre à Mayotte où il est prévu que le juge des libertés et de la détention doit statuer, s'agissant du placement en rétention des étrangers, dans les 24h suivant sa saisine et non comme dans le reste du territoire, dans les 48 heures.

Au regard des particularités de la situation migratoire dans ces territoires, ces adaptations sont justifiées et conformes à ce qu'autorisent les dispositions constitutionnelles.

Cet avis a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 15 février 2018.