

Monsieur le Président (honoraire de la Section du Contentieux),
Monsieur le Conseiller d'Etat, président la Cour administrative d'appel de Nantes,
Monsieur le Président du tribunal administratif,

Le contentieux des étrangers, qui, compte tenu de la compétence particulière que détiennent le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Nantes, est encore moins étranger à vos juridictions, si cela est possible, qu'à celles du reste de la France, avait comme caractéristique traditionnelle d'être un contentieux de masse et, sauf exceptions temporaires, en perpétuelle inflation, malgré, ou plutôt à cause, d'un taux d'exécution des jugements rendus par les juridictions qui reste inférieur à 20 % ; les magistrats, comme votre code de justice administrative se sont progressivement adaptés à cet état de fait et, comme le relève annuellement la représentation nationale à l'occasion de l'examen du programme budgétaire du Conseil d'Etat et des juridictions, sont parvenus, depuis 2000, à faire face à cet accroissement structurel du contentieux, bien qu'il soit probable que nous arrivions aux limites procédurales et humaines de cet effort.

Mais ce défi quantitatif se double, de manière plus récente, d'un défi qualitatif posé par la complexification croissante du droit des étrangers. A cette complexification, on peut trouver trois motifs : le rôle croissant des règles issues du droit international, et en premier lieu du droit de l'Union ; le caractère particulièrement volatil d'un droit national dans lequel le volontarisme du législateur l'emporte parfois sur l'exigence de clarté et d'efficacité ; les difficultés multiples rencontrées par les administrations dans l'exécution d'une politique publique progressivement devenue le réceptacle de toutes les attentions, si ce n'est des passions, de nos concitoyens. Cette mutation, d'ailleurs, n'a pas petitement contribué, ces dernières années, à conférer à la juridiction administrative une visibilité nouvelle auprès des media et de l'opinion, visibilité à laquelle elle n'était traditionnellement guère habituée.

Signe évident de cette complexification, les juridictions nantaises ont ainsi été confrontées régulièrement, au cours de l'année écoulée, à des situations nouvelles soulevant des questions juridiques ardues.

Parmi ces dernières, on pourrait citer, pour l'application du 11° de l'article L. 313-11 qui régit, comme vous le savez, la délivrance de titres de séjour aux étrangers devant suivre des soins en France, la question de l'articulation de la dialectique de la charge de la preuve de la nécessité du maintien en France d'un étranger malade avec la protection du secret médical dont bénéficie ce même étranger lorsque, postérieurement à l'avis du médecin de l'ARS, il n'entend pas lever lui-même ce secret ; cette question, dont d'ailleurs vous n'avez pas encore épuisé la richesse et qui appelle de toutes manières des réponses nuancées selon les espèces, a en effet connu un développement singulier en raison de circonstances locales qui ont d'ailleurs été analysées dans un rapport conjoint de l'IGAS et de l'IGA.

Viennent également à l'esprit les enjeux relatifs au contentieux de la réadmission des demandeurs d'asile relevant d'un autre Etat au sens du règlement Dublin III ; notamment l'appréciation du respect par les autorités préfectorales des obligations tant conventionnelles que légales relatives à l'information des demandeurs d'asile sur leur droits, obligations dont vous devez d'ailleurs assez souvent constater les difficultés éprouvées par les administrations de votre ressort pour apporter devant vous la preuve qu'elles ont été effectivement remplies. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point.

Question ardue également, et qui n'est peut-être pas encore totalement résolue en dépit de la position très nette adoptée par le Conseil d'Etat à l'occasion de sa décision du 4 juin 2014 Halifa, que celle de la question de la portée du droit de l'étranger à être entendu au sens de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne avant l'intervention d'une décision d'éloignement, disposition du droit de l'Union dont nombre de praticiens ont pensé qu'elle permettrait de contourner la soustraction de la procédure d'OQTF aux dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 affirmée depuis l'avis Barjamaj émis par le Conseil d'Etat en 2007.

Mais c'est sans conteste la très délicate articulation de votre office du juge du séjour et du juge, non pas précisément de l'asile, mais de l'admission au séjour au titre de l'asile, qui, cette année encore, aura posé les difficultés les plus redoutables en raison, notamment, de l'effet générateur de contentieux de la combinaison des articles L. 741-4 et L. 742-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Rappelons brièvement que l'effet combiné de ces dispositions prive d'effet suspensif le recours formé devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) par un étranger dont la demande avait été rejetée par l'OFPRA au terme de la procédure dite « prioritaire » engagée du fait refus opposé par l'autorité préfectorale d'admettre au séjour le demandeur d'asile au moment du dépôt de la demande, ce refus d'autorisation provisoire de séjour pouvant résulter de quatre cas énoncés à l'article L. 741-4 du CESEDA dont le plus courant, sinon le plus aisé pour l'administration à caractériser, est le caractère frauduleux ou abusif de la demande, généralement déduit, soit d'un défaut d'identification dans le système EURODAC, soit d'une demande de réexamen à l'occasion de la notification, intervenue ou probable, d'une obligation de quitter le territoire français. Dans cette configuration, l'article L. 742-6 du CESEDA permet donc au préfet de procéder à l'éloignement de l'intéressé après l'intervention de l'avis de l'OFPRA, qui met fin à tout droit au maintien en France de l'étranger, même en cas de saisine de la CNDA.

Cette situation où la question du bien-fondé du refus d'accorder l'asile et, par suite, un droit au séjour à l'étranger, est secondaire à celle de l'éloignement, a rapidement conduit les justiciables à vous poser les deux questions suivantes : quelle est la nature du lien entre la décision initiale de refus d'autorisation provisoire de séjour prise par le préfet, qui conduit presque inmanquablement à la mise en œuvre de l'article L. 742-6 du CESEDA, et la décision d'éloignement prise en application de cette décision ? Dans quelles conditions ce lien, selon sa nature, fait-il dépendre la légalité de la décision d'éloignement de celle de la décision de refus d'admission au séjour ?

Le Conseil d'Etat est venu cette année éclairer en deux temps cette problématique, clore ainsi un débat noué entre les différentes cours administratives d'appel et, de manière détournée, confirmer en grande partie un équilibre dessiné par le juge d'appel nantais à l'occasion d'un arrêt du 26 juillet 2012 Mabanza, sans d'ailleurs résoudre pour autant trois difficultés majeures posées par ce dispositif légal aux justiciables, aux administrations, et à vos juridictions.

La position suggérée par la Cour, dans un cas où le requérant attaquait simultanément le refus de titre de séjour, et la décision d'éloignement, était la suivante : lorsque la décision de refus d'admission au séjour est annulée, ce qui était le cas en l'espèce, alors il y a lieu de constater que le préfet ne peut plus, sans commettre d'erreur de droit, éloigner l'étranger sur le fondement de l'article L. 742-6 puisque le fondement légal de l'examen prioritaire de la

demande d'asile par l'OPFRA et, partant, du défaut d'effet suspensif du recours présenté contre la décision de l'OFPPA devant la CNDA disparaît avec le refus d'admission au séjour qui est une condition nécessaire à l'un et l'autre des critères de mises en œuvre de l'article L. 742-6 précité. Incidemment, cette solution considérait que l'annulation du refus d'admission au séjour était sans incidence sur la question du droit à un titre de séjour en qualité de demandeur d'asile, laquelle était pour sa part réglée par l'instruction de la demande d'asile proprement dite.

Cette position se distinguait d'un arrêt « Youssoufov » qui, pour sa part, avait reçu une bien plus grande publicité, et qu'avait rendu la CAA de Bordeaux le 24 mai 2012. Une des prémisses de cet arrêt était en effet que toutes les décisions prises à l'occasion de l'examen de la demande d'asile, y compris d'ailleurs celle prise par l'OFPPA, formaient une seule opération complexe dans laquelle la méconnaissance d'une règle de procédure propre à la première décision de la chaîne, en l'espèce la décision relative à l'admission au séjour du demandeur d'asile, contaminait l'ensemble de l'opération jusqu'à emporter annulation de la décision finale, c'est-à-dire en l'espèce le refus de titre de séjour ; le juge bordelais, pour dire les choses plus vite, admettait l'existence et l'opérance d'une exception d'illégalité du refus d'admission au séjour de l'étranger contre le refus final de titre de séjour opposé au débouté du droit d'asile. Incidemment, il faisait ainsi participer directement l'autorité préfectorale à la mise en œuvre de la politique de l'asile

C'est pourquoi l'avis Okosun rendu par le Conseil d'Etat le 30 décembre 2013 a été accueilli comme une salutaire clarification, en excluant l'existence d'une mise en jeu de l'exception d'illégalité faute de satisfaire aux critères dégagés par la décision de Section du 11 juillet 2011 « Sodemel », comme l'existence d'une opération complexe et, par suite, l'unité des deux procédures parallèles d'examen du droit d'asile et d'examen du droit au séjour, mais en rappelant logiquement que, s'agissant de la décision portant OQTF, la disparition de la décision de refus d'admission au séjour permettant l'éloignement sur le fondement de l'article L. 742-6 du CESEDA privait de base légale la décision d'éloignement et emportait, par voie de conséquence, son annulation.

Cette clarification avait pourtant, pour le justiciable, une conséquence contribuant directement à l'accroissement du contentieux : pour préparer un recours contre une éventuelle décision d'éloignement à l'issue de l'examen en procédure prioritaire de la demande d'asile, il lui fallait veiller à contester dans les délais de recours la décision de refus d'admission au séjour. Ces juridictions ont d'ailleurs été fréquemment confrontées, dans les requêtes enregistrées au cours des six mois de l'année, à une vive déploration de cette mécanique contentieuse, nombre de requérants ayant évidemment omis de contester en temps utile un refus d'admission au séjour devenue définitif. Mais cette déploration était assortie d'une tentative, aussi vaine que fréquemment réitérée, de convaincre le juge de recourir à la technique, pourtant résolument fermée, de l'exception d'illégalité, et ce d'autant plus curieusement que, nous l'avons dit, le juge d'appel de ce ressort avait déjà dégagé une autre solution permettant au justiciable de se prévaloir des illégalités de la décision d'admission au séjour, même définitive, pour faire échec à son éloignement.

Et de fait, le Conseil d'Etat a lui-même complété la voie dégagée par l'avis Okosun par sa décision du 25 juin 2014 ministre de l'intérieur c. Amriev en précisant qu'il incombe au juge, saisi contre la décision portant éloignement du moyen tiré de l'erreur de droit du fait du recours à l'article L. 742-6 du CESEDA, d'examiner si cette erreur de droit est effectivement

constituée du fait de l'illégalité initiale du refus d'admission au séjour, et donc du placement en procédure prioritaire et de la privation d'effet suspensif du recours à la CNDA.

Pour ce qui concerne les juges nantais, on pourrait donc dire qu'après deux années, leur position initiale se trouve confirmée par la Haute Assemblée. Mais cette satisfaction ne peut être que fugitive car cet état du droit ne résout en réalité aucune des difficultés auxquelles sont confrontées les justiciables, les administrations, et le juge en matière de droit à l'asile combiné avec le droit au séjour.

Pour le justiciable tout d'abord, il n'est pas certain que les articulations complexes des diverses décisions dont il fait l'objet lui permettent de bénéficier effectivement des garanties dont il dispose en qualité de demandeur d'asile, et notamment des garanties procédurales résultant du règlement Dublin III et de la directive « Procédures », compte tenu de la subtilité de l'argumentation qu'il doit présenter devant le juge –encore que, sur ce dernier point, la combinaison des jurisprudences Okosun et Amriev devrait conduire rapidement les membres du barreau à abandonner des moyens dont l'inopérance est désormais caractérisée. Au demeurant, il faut bien observer que la forte croissance de cette catégorie de litige trouve sa source dans la privation du caractère suspensif de la saisine de la CNDA en cas de présomption du caractère infondé ou abusif du recours ; privation qui, ayant vocation dans l'esprit du législateur à fluidifier un système français d'asile passablement encombré, a surtout contribué à conduire les demandeurs d'asile à saisir systématiquement le juge en vue de faire échec à leur éloignement.

La tentation est d'autant plus grande qu'elle est aiguisée par la fragilité juridique des décisions prises par les préfets en matière de refus d'admission au séjour, et par le nombre conséquent d'annulations qui en découle. Si l'on peut comprendre la difficulté pour les préfets à établir, dans tous les cas, le caractère abusif ou frauduleux d'une demande d'asile, notamment en cas d'une nouvelle demande d'examen fondée sur des éléments dont il faut alors apprécier le caractère nouveau, il est plus difficile d'admettre le défaut, très courant, d'établissement par les préfets de respect de l'obligation d'information des demandeurs, que ce soit au titre de l'article R. 741-2 du CESEDA, des dispositions relatives au système EURODAC ou de la convention Dublin III, alors même que, depuis 2011, les administrations se sont dotées d'un guide du demandeur d'asile reprenant l'ensemble des informations nécessaires dans les 23 langues les plus couramment parlées par les demandeurs d'asile en France dont la production au justiciable est encore trop rarement établie dans les recours.

Quant au juge, ses propres difficultés sont la résultante des deux précédentes : chargé d'assurer la cohérence d'un édifice légal aussi fragile que complexe, et fragile parce que complexe, il voit cette charge toujours alourdie par l'inflation contentieuse qui résulte de l'illisibilité du droit de l'asile et les difficultés de sa mise en œuvre.

Le projet de loi relatif à la réforme de l'asile actuellement examiné au Parlement, projet qui d'ailleurs ne peut que soulever d'intenses interrogations sur la mutation de l'office du juge administratif de droit commun, notamment en matière de délais de jugement, sera-t-il de nature à résoudre ou réduire ces difficultés ?

On peut sur ce point précis, l'espérer, et pour deux motifs : en vue de transposer la directive « Procédures » de 2013, le législateur rend suspensif tous les recours formés devant la CNDA, quoi que sous une forme simplifiée pour les décisions de l'OFPPRA constatant l'irrecevabilité d'une demande d'asile ou de réexamen au sens du nouvel article L. 723-10 du

CESEDA ou des décisions prises à l'issue de la procédure dite « accélérée » mise en œuvre dans les situations qui sont, pour l'essentiel, celles visées du 2° au 4° de l'article L. 741-4 de l'actuel CESEDA ; un facteur d'émulsion contentieuse nous semble ainsi modéré. En outre, et de manière plus cruciale encore, ce sera désormais une décision de l'OFPRA, et non plus du préfet, qui orientera la nature de l'examen de la demande d'asile, normale ou accélérée. De ce point de vue, le projet de loi opère une disjonction bienvenue entre le règlement de la question de l'accès provisoire au séjour de l'étranger et des modalités de l'examen de sa demande d'asile : on peut former le vœu que cette disjonction permettra aux administrations intéressées, délivrées des effets de parasitage entre leurs actes, de se concentrer sur l'amélioration de la qualité des décisions relevant de leur compétence.

Y. LIVENNAIS