

Paris, le 6 octobre 2022

#### Avis du Défenseur des droits n°22-04

## La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Sur la mission « Immigration, asile et intégration » du projet de loi de finances pour 2023, Emet l'avis ci-joint.

La Défenseure des droits,

Claire HÉDON

# Réponses de la Défenseure des droits au questionnaire adressé par la rapporteure pour avis de la commission des lois de l'Assemblée nationale

#### Table des matières

<ol> <li>De manière générale, quelle appréciation avez-vous du respect des droits fondamentaux des étrangers en France? Quelles principales marges d'amélioration identifiez-vous?</li> </ol>	4
1. Les constats posés en 2016 d'une ineffectivité des droits des étrangers demeurent, à l'des différentes réformes législatives opérées depuis	
2. Ces constats ont été aggravés par la dématérialisation protéiforme des procédures de demandes de titre de séjour	7
3. Des atteintes majeures aux droits fondamentaux des étrangers qui doivent cesser	10
4. Sur l'utilité d'une nouvelle réforme législative en droit des étrangers dès 2023	13
Quelle est votre évaluation de l'accès des étrangers à l'administration en général aux préfectures en particulier? Ainsi qu'aux juridictions (administratives et judiciaires Quelles sont les difficultés auxquelles ils peuvent faire face? Comment les résorber?	s) ?
1. L'accès des étrangers à l'administration préfectorale	15
La problématique de la prise de rendez-vous en ligne pour déposer sa demande de de séjour	
Le déploiement de l'ANEF	18
2. Le contentieux des étrangers et le droit effectif au recours	19
3. S'agissant de l'accès au travail des personnes étrangères, quelle évaluation faites vous du système d'octroi des autorisations de travail (procédure et conditions)? Que préconisez-vous sur ce thème?	
1. Sur les évolutions procédurales	23
Une difficile prise en compte de situations particulières	24
Des travailleurs complétement écartés de la procédure	24
Disparition d'un service d'information sur le droit du travail des étrangers	25
Des dispositifs exclus de la réforme : la multiplication des procédures, source de complexification	26
2. Sur les évolutions de fond	26
Sur les critères d'examen des demandes d'autorisations de travail et le renouvelle de celles-ci	
Sur les métiers en tension	27
3. Le travail des demandeurs d'asile, une possibilité quasi théorique	28

	gulari	ce qui concerne les travailleurs sans-papiers, comment améliorer le dispositif isation et le respect de leurs droits, notamment lorsque l'employeur s'oppose à che de régularisation ?	une
	1. Sur	r le champ d'application de l'admission exceptionnelle au séjour par le travail	30
	2. Sur	r la nécessaire modification des conditions de fond	30
	• des	Simplifier et assouplir la condition relative à l'activité professionnelle visant l'ense s travailleurs sans-papiers	
	•	Favoriser la preuve de l'activité professionnelle actuelle ou passée	32
	• rég	Sur l'engagement de l'employeur à verser la taxe OFII, obstacle à la démarche de gularisation	33
	•	Sur la condition d'ancienneté de séjour du travailleur étranger	33
	3. Sur	r la pénalisation croissante des travailleurs étrangers	33
		r l'accès à la préfecture pour le dépôt d'une demande de régularisation et la délivrant ssaire de récépissés le temps de l'instruction de la demande	
	5. Rég	gulariser pour lutter contre le travail illégal	35
	expér	utenir les démarches portées par les acteurs de l'insertion qui, de manière rimentale, souhaiteraient embaucher en contrat d'insertion des personnes étrangère te de régularisation	
aι	régu ı séjo	elle appréciation avez-vous du système juridique, et de son application, en mat llarisation des personnes sans-papiers, <i>via</i> en particulier l'admission exception ur ? Faudrait-il faire évoluer les critères contenus dans la circulaire dite « Circu de 2012 et si oui de quelle manière ?	nelle ılaire
	• der	Sur les difficultés auxquelles sont confrontées les étrangers souhaitant introduire mande de régularisation au titre de l'AES	
6.		elle est votre évaluation de l'accès des étrangers au logement ? Faut-il le	
		er?	
		s obstacles légaux à l'accès au logement social	
		remise en cause de l'inconditionnalité de l'hébergement d'urgence	
	3. L	L'ineffectivité des conditions matérielles d'accueil	40

1. De manière générale, quelle appréciation avez-vous du respect des droits fondamentaux des étrangers en France? Quelles principales marges d'amélioration identifiez-vous?

En 2016, le Défenseur des droits rendait public un important rapport consacré aux droits fondamentaux des étrangers en France¹. Ce rapport était porté par la conviction que le degré d'effectivité des droits des étrangers est un marqueur essentiel du niveau de protection plus généralement accordé aux droits et libertés en France. Il avait pour ambition de mesurer l'écart entre les droits proclamés et ceux effectivement exercés par les étrangers en dressant, par le recensement des réclamations soumises à l'institution, une liste des obstacles à l'accès au droit des étrangers. Les constats qu'il réunit portent en creux le diagnostic d'une particulière ineffectivité des droits des étrangers et demeurent – malheureusement – d'actualité.

# 1. Les constats posés en 2016 d'une ineffectivité des droits des étrangers demeurent, à l'aune des différentes réformes législatives opérées depuis

Il ressortait du bilan dressé par le Défenseur des droits en 2016, que les obstacles à l'accès aux droits des étrangers étaient autant imputables à des pratiques administratives défaillantes qu'à des normes textuelles. S'agissant du séjour des étrangers en particulier, le rapport de 2016 faisait état de la précarisation constante du droit au séjour opérée par les lois successives prises en matière d'immigration depuis les années 1990 et montrait comment les pratiques défaillantes voire illégales de nombreuses préfectures contribuaient à entretenir cette précarité administrative organisée par les textes.

Il faut préciser que le rapport a été publié un an après une importante réforme de l'asile, sur laquelle le Défenseur des droits s'est prononcé à plusieurs reprises², et juste après l'entrée en vigueur de la réforme du droit des étrangers introduite par la loi du 7 mars 2016, sur laquelle le Défenseur des droits a également rendu plusieurs avis³. Ainsi, sans pouvoir, dans le rapport de 2016, dresser un véritable bilan de ces réformes récentes, le Défenseur des droits y a néanmoins réitéré ses réserves quant aux choix qu'elles opéraient.

En matière de séjour notamment, il a certes salué des avancées significatives introduites par la loi du 7 mars 2016, concourant à une plus grande sécurisation du droit au séjour : généralisation des titres de séjour pluriannuels, rétablissement de la délivrance de la carte de résident de plein droit pour les conjoints et parents d'enfants français, délivrance de plein droit de la carte de résident aux personnes justifiant de 5 années de séjour régulier en France. Néanmoins, il a

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Défenseur des droits, rapport, Les droits fondamentaux des étrangers en France, mai 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Avis du Défenseur des droits n°14-10 du 6 novembre 2014 relatif à la réforme de l'asile et Avis du Défenseur des droits n°15-05 du 1<sup>er</sup> avril 2015 relatif au projet de loi n°193 relatif à la réforme de l'asile

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Avis du Défenseur des droits n°15-17 du 23 juin 2015 relatif au projet de loi 2183 relatif au droit des étrangers en France, Avis du Défenseur des droits n°15-20 du 3 septembre 2015 relatif au projet de loi 2183 relatif au droit des étrangers en France et Avis n°16-02 du Défenseur des droits du 15 janvier 2016 relatif au projet de loi portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration.

regretté le choix du législateur de maintenir certaines restrictions, au détriment de l'objectif recherché de simplification et de sécurisation du séjour. Surtout, le Défenseur des droits s'est inquiété du renforcement sans précédent des pouvoirs de contrôle de l'administration opéré en contrepartie de ces quelques avancées, notamment, la consécration d'une possibilité pour les préfets de solliciter, de la part de certaines administrations, la délivrance de toute pièce, sans que le secret professionnel autre que médical ne puisse leur être opposé.

Le Défenseur des droits a émis également de fortes réserves sur la réforme de la procédure d'admission au séjour pour soins engagée par la loi du 7 mars 2016. En particulier, il craignait que le transfert de compétence opéré des agences régionales de santé (ARS) vers l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) s'agissant de l'évaluation de l'état de santé des étrangers sollicitant un titre de séjour pour raison médicale, en plaçant sous l'égide du ministère de l'Intérieur la phase médicale de la procédure, ne tende à faire primer des considérations liées à la maîtrise de l'immigration sur celle de la protection de la santé.

En matière d'éloignement enfin, le Défenseur des droits s'est inquiété d'un renforcement notable des prérogatives de l'administration effectué au détriment des garanties procédurales offertes à l'étranger: élargissement des possibilités de prononcer des interdictions de retour sur le territoire (IRTF), réduction du délai de recours à 15 jours pour certaines obligations à quitter le territoire français (OQTF), autorisation des interpellations à domicile et du recours à la contrainte policière pour les étrangers faisant obstruction à l'exécution de leur éloignement ou refusant de se présenter aux autorités consulaires.

Six ans après le rapport de 2016, il semble que les obstacles à l'accès aux droits des étrangers relevés en 2016 se soient renforcés et que l'effectivité des droits des étrangers présents sur le territoire se soit dégradée de manière constante.

D'abord, nombre des craintes émises par le Défenseur des droits en 2016 se sont avérées fondées. En particulier, dans un important rapport consacré aux droits de personnes malades étrangères publié en 2019<sup>4</sup>, le Défenseur des droits a montré comment la réforme de la procédure d'admission au séjour pour soins engagée par la loi du 7 mars 2016 avait effectivement conduit à un net recul des droits des personnes malades étrangères. Il a également alerté, dans ce rapport, sur les carences préoccupantes de la prise en charge sanitaire des malades placés en rétention.

Ensuite, les réformes législatives qui ont suivi la publication du rapport de 2016, à rebours des recommandations émises par le Défenseur des droits, sont toutes allées dans le sens d'un durcissement, donnant le primat à la lutte contre l'immigration irrégulière au détriment du respect des droits fondamentaux. La loi du 20 mars 2018 d'abord, en autorisant le placement en rétention des personnes en procédure « Dublin », a opéré un véritable changement de paradigme, permettant que des personnes ne faisant pas encore l'objet d'une mesure d'éloignement puissent être privées de liberté. La loi du 10 septembre 2018 ensuite, a largement poursuivi le renforcement des prérogatives de l'administration qui était déjà au cœur de la loi du 7 mars 2016. Dans deux avis

\_

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Défenseur des droits, rapport, Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protection à renforcer, 2019.

parlementaires<sup>5</sup>, le Défenseur des droits a dénoncé la logique de suspicion qui la sous-tendait. En matière d'asile, la volonté d'accélérer le traitement des demandes s'est traduite par l'adoption de dispositions très majoritairement inscrites dans une logique de pénalisation et de sanction du demandeur d'asile, confinant à un traitement expéditif des demandes au détriment du respect des droits des demandeurs d'asile. En matière d'éloignement ensuite, la loi a consacré un renforcement inédit des moyens coercitifs mis au service de la lutte contre l'immigration irrégulière, tendant à banaliser, pour les étrangers, les atteintes à la liberté individuelle. Le Défenseur des droits a dénoncé, en particulier, l'allongement de la durée maximale de rétention à 90 jours et a déploré que le législateur ne se soit pas saisi de la loi du 10 septembre 2018 pour prohiber la rétention des mineurs en toute circonstance, ainsi que le commande le droit international et que le recommande le Défenseur des droits depuis de nombreuses années. En matière de séjour enfin, il est vrai que quelques améliorations ont été apportées au droit, dont certaines dans le sens de recommandations portées par le Défenseur des droits, par exemple en matière de droit au séjour des réfugiés ou de protection des victimes de violences conjugales. Néanmoins, ces avancées sont là encore à nuancer au regard des nouvelles restrictions sévères apportées, en contrepartie, au droit au séjour des parents d'enfants français et à l'accès à la nationalité des enfants nés à Mayotte, sans égard pour l'intérêt supérieur de l'enfant.

Enfin, sur le terrain des pratiques préfectorales, on constate certaines améliorations à la marge. Par exemple, l'ajout au CESEDA d'une annexe 10 recensant, pour tous les titres de séjour existant, la liste des pièces susceptibles d'être exigées, aurait dû contribuer à limiter le nombre d'exigences excessives ou non prévues par les textes et à harmoniser les pratiques sur l'ensemble du territoire. Néanmoins, ces avancées semblent bien minces comparées à la détérioration globale et massive de l'accueil des étrangers en préfecture à laquelle a conduit la dématérialisation de l'accès aux guichets et dans les faits, cette harmonisation n'a pas eu lieu, les justificatifs exigés pour une même demande de titre de séjour variant d'une préfecture à une autre, voir selon l'agent instructeur au sein d'une même administration.

En 2016, le Défenseur des droits avait dressé un constat sévère de l'accueil réservé aux étrangers en préfecture, lequel se matérialisait alors par des files d'attente interminables devant les préfectures, avec des personnes contraintes d'attendre durant de longues heures, sous la pluie ou encore la nuit. Mais, au moment où le Défenseur des droits dénonçait cet accueil indigne, la dématérialisation des demandes de titre de séjour commençait à se déployer, avec le recours massif, par de nombreuses préfectures, aux plateformes de prises de rendez-vous en ligne. L'objectif affiché était alors de répondre au problème des files d'attente et ainsi, de mettre fin à l'indignité. Pourtant, faute de s'être attaqué à la cause réelle du problème – à savoir la saturation des guichets – les plateformes de prise de rendez-vous en ligne n'ont pas résolu le problème, mais l'ont simplement déplacé : les files d'attentes n'ont pas réduit mais elles sont devenues invisibles,

\_

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Avis du Défenseur des droits n°18-09 du 15 mars 2018 relatif au projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif et Avis du Défenseur des droits n°18-14 du 17 mai 2018 relatif au projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie .

et de nombreux étrangers se trouvent désormais évincés, purement et simplement, de l'accès au service public.

L'impossibilité de prendre rendez-vous en ligne à laquelle se trouvent confrontés, depuis plusieurs années, de nombreux étrangers, a conduit à des saisines massives du Défenseur des droits, l'obligeant à réajuster ses stratégies d'intervention pour être en capacité de répondre à cette demande. Alors que se développent aujourd'hui de nouvelles formes de dématérialisation de l'accueil des étrangers, via le déploiement de plateformes permettant d'effectuer en ligne l'intégralité de la démarche de demande de titre, les saisines ne tarissent pas pour autant : l'accès au guichet devient, pour beaucoup d'étrangers, le premier et principal enjeu.

# 2. Ces constats ont été aggravés par la dématérialisation protéiforme des procédures de demandes de titre de séjour

La dématérialisation des procédures de demandes de titre de séjour apparaît en 2012, en dehors de tout cadre légal, lorsque la préfecture du Val de Marne impose la prise de rendez-vous en ligne. Elle connaît un essor rapide : en 2016, 65 préfectures ont recours à ce module de prise de rendez en ligne et en 2021, 84 préfectures y ont recours. Entre-temps, le pouvoir réglementaire a édicté le décret du 27 mai 2016, qui permet a posteriori à l'administration de mettre en place des téléservices pour la saisine par voie électronique. Le Conseil d'Etat<sup>6</sup>, saisi de la légalité dudit décret, a considéré que cette obligation de prise de rendez-vous en ligne, prévue ni par la loi ni par le décret d'application, résultait des décisions préfectorales organisant l'accès aux guichets des préfectures. Malgré des demandes réitérées du Défenseur des droits, ces décisions d'organisation n'ont jamais été rendues publiques, ni transmises à l'institution.

Ces modules de prise de rendez en ligne, initialement utilisés pour le dépôt des premières demandes de titre de séjour ont ensuite été étendus aux procédures de renouvellement de titre de séjour. Ils ont donné lieu à un contentieux de masse, qui perdure depuis, face à l'impossibilité matérielle de prendre rendez-vous. En effet, dès 2020, le Conseil d'Etat a considéré que le référé mesure-utile, prévu par l'article L. 521-3 du CJA était recevable pour l'obtention d'un rendez-vous en préfecture<sup>7</sup>, ce qui constitue une décision importante en termes de droit au recours, même si la difficulté réside dans la source même du problème (organisation des prises de rendez-vous en préfecture).

En 2019, un nouveau téléservice est apparu, là encore, en dehors de tout fondement textuel : l'interface « démarches simplifiées » via laquelle les usagers doivent déposer leur demande de titre de séjour (1ère demande et renouvellement), notamment pour ceux délivrés au titre de la vie privée et familiale ainsi qu'au titre de l'admission exceptionnelle au séjour : contrairement aux modules de prise de rendez-vous en ligne, l'ensemble de la procédure d'instruction est dématérialisé et l'usager doit formuler sa demande et fournir les pièces justificatives par ce

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> CE, 27 novembre 2019,La Cimade et autres, n°422516.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> CE, réf., 10 juin 2020, n°435594, mentionné au recueil Lebon.

biais. Sous l'effet de la pandémie de Covid 19 et de la fermeture des guichets préfectoraux, cette plateforme a connu un essor massif à compter de 2020.

De nouvelles difficultés sont apparues :

- L'instruction de certaines demandent se révèle excessive ; ;
- Le nombre de pièces justificatives demandées est parfois exponentiel;
- En l'absence de fondement textuel, la poursuite du droit au séjour le temps du renouvellement de la demande de titre de séjour n'a pas été anticipée et n'est pas matérialisée par la remise d'un récépissé de renouvellement ou une autorisation provisoire de séjour, cause de ruptures de droit (perte d'emploi, impossibilité de voyager, rupture de droits sociaux);
- Pour les personnes qui déposent pour la 1ère fois une demande de titre de séjour, une attestation de dépôt leur est éventuellement remise mais faute d'être admises au séjour, contrairement aux dispositions du CESEDA, elles sont exposées à un risque d'éloignement forcé :
- Un nouveau type de décision administrative voit le jour, « les décisions de classement sans suite », non-prévues dans l'ordonnancement juridique et analysées par le Défenseur des droits comme une décision de refus de titre de séjour, qui se caractérise par une absence de motivation ainsi que de mention des voies et des délais de recours, rendant ainsi particulièrement difficile leur contestation et maintenant l'étranger à qui elle a été opposée en situation irrégulière.

En pratique, nombreuses sont les personnes titulaires d'un droit au séjour qui s'en voient ainsi privés, pour une durée plus ou moins longue, donnant ainsi naissance à un nouveau contentieux de masse.

Récemment, par une décision du 3 juin 20228, saisi pour avis par des tribunaux administratifs dans le cadre de recours pour excès de pouvoir visant des décisions préfectorales instituant de telles procédures, le Conseil d'État a indiqué que les préfets n'avaient pas le pouvoir de rendre obligatoire l'usage d'un téléservice de prise de rendez-vous ou de dépôt de pièces (demarches-simplifiees.fr) - en dehors des demandes qui relèvent de l'ANEF - alors que l'article R.311-1 du CESEDA prévoit que les demandes de titres de séjour doivent être réalisées directement en préfecture, ou par voie postale.

Enfin, depuis 2019, le télé service ANEF - Administration Numérique des Etrangers en France - se déploie progressivement :

- D'abord, début 2019, pour la validation des visas long séjour valant titre de séjour ;
- Puis en 2021, pour les demandes d'autorisation de travail et pour les titres de séjour « étudiant », « visiteur », « passeport-talent » ainsi que les demandes de duplicata et de changement d'adresse;

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> CE, sect., 3 juin 2022, Cimade et autres, n° 461694, 461695 et 461922.

- Et en 2022, pour les titres de séjour et de voyage délivrés aux bénéficiaires d'une protection internationale (statut de réfugié ou protection subsidiaire) ainsi que pour la délivrance des Documents de Circulation pour Etrangers Mineurs ou pour signaler les changement état civil ou situation matrimoniale.

A l'automne 2022, les titres de séjour délivrés au titre de la vie privée et familiale devaient relever de l'ANEF puis l'ensemble des titres de séjour à compter de 2023. Toutefois, il semblerait que ce déploiement est reporté sine die.

Là encore, le déploiement de ce nouveau télé service fait apparaître de nouvelles difficultés :

- Des bugs techniques récurrents et parfaitement identifiés à ce jour, qu'il est nécessaire de résoudre sans délai avant son déploiement global ;
- Des demandes qualifiées comme étant « en cours d'instruction » pendant une durée excessive (le plus souvent, en lien avec un bug technique identifié) ou closes, sans que ces décisions de clôture ne fassent l'objet d'une motivation ni que les voies et délais de recours ne soient mentionnés.

Le Conseil d'Etat a rendu une décision le 3 juin dernier<sup>9</sup>, dans le cadre de la légalité du décret n° 2021-313 du 24 mars 2021 relatif à la mise en place d'un téléservice pour le dépôt des demandes de titres de séjour et de l'arrêté du 27 avril 2021 pris en application de l'article R. 431- 2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatif aux titres de séjour dont la demande s'effectue au moyen d'un téléservice, contentieux pour lequel le Défenseur des droits a produit un avis à la demande la juridiction<sup>10</sup>. Il a demandé au Ministre de l'intérieur de :

- prévoir les dispositions nécessaires pour que les personnes qui ne disposent pas d'un accès aux outils numériques ou qui rencontrent des difficultés soit dans leur utilisation, soit dans l'accomplissement des démarches administratives, bénéficient d'un accompagnement;
- garantir la possibilité de recourir à une solution de substitution, pour le cas où certains demandeurs se heurteraient, malgré cet accompagnement, à l'impossibilité de recourir au téléservice pour des raisons tenant à la conception de cet outil ou à son mode de fonctionnement.

A la date de la rédaction du présent avis, ces obligations n'ont connu aucune concrétisation réglementaire.

A ce jour, l'usager étranger qui souhaite déposer une demande de titre de séjour ou faire renouveler son droit au séjour se retrouve plongé dans un dédale administratif, source d'insécurité juridique, puisque pour une même Préfecture, différents systèmes dématérialisés coexistent sans qu'une information précise lui soit donnée, à l'exception de celle figurant sur le site de la préfecture concernée.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> CE, sect., 3 juin 2022, Cimade et autres, n° 452798, 452806 et 454716.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Avis du Défenseur des droits n° 2022-061 du 24 février 2022.

Dans ce contexte, la Défenseure des droits recommande d'uniformiser la dématérialisation des procédures de demandes de titre de séjour par le déploiement de l'ANEF et de supprimer le recours aux modules de prise de rendez-vous en ligne ainsi qu'à la plateforme démarches simplifiées en tant que préalable nécessaire à l'adoption et la mise en œuvre de toute nouvelle réforme législative.

#### Pour ce faire, il apparaît nécessaire :

- de réaliser un audit sur des deux premières années de fonctionnement du télé service ANEF;
- de résoudre les bugs techniques qui entravent son bon fonctionnement ;
- et d'inscrire dans le droit positif les obligations posées par le Conseil d'Etat dans sa décision du 3 juin 2022.

# 3. Des atteintes majeures aux droits fondamentaux des étrangers qui doivent cesser

Au travers des nombreuses réclamations dont l'institution est saisie, le Défenseur des droits est particulièrement préoccupé par :

- les atteintes portées au droit à la vie familiale, telle que protégée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;
- les difficultés en terme d'organisation et d'effectifs dans les préfectures, empêchant ou retardant excessivement les prises de rendez-vous;
- le recul de la protection conférée aux étrangers gravement malade;
- le devenir des mineurs non accompagnés une fois atteint l'âge de leur majorité;
- la poursuite du placement en rétention de mineurs accompagnés ou de leur assignation à résidence ;
- le maintien d'un droit dérogatoire pour les départements d'outre-mer.

En premier lieu, l'institution est saisie par des familles franco-étrangères concernant le droit au séjour du conjoint étranger ou du parent étranger.

Concernant les conjoints étrangers de ressortissants français, leur droit au séjour est conditionné à la possession d'un visa d'entrée depuis la réforme législative du 24 juillet 2006 et à défaut, ils seront maintenus en situation irrégulière ou devront retourner dans leur pays d'origine pour obtenir la délivrance d'un visa long séjour. Alors que plus d'un tiers des mariages franco-étrangers sont célébrés à l'étranger, il ressort des saisines reçues par l'institution que de nombreuses décisions de refus de visas sont prises, souvent au terme de délais d'instruction excessifs, nécessitant alors de contester ce refus par la voie contentieuse et conduisant à une séparation du couple sur une durée longue. Pour les couples franco-étrangers liés par un PACS, la régularisation du conjoint étranger est soumis à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité administrative, leur situation n'étant pas expressément prévue par le CESEDA.

Concernant les parents d'enfant français, le Défenseur des droits est régulièrement saisi par des parents étrangers dont la demande de titre de séjour a été rejetée et assortie d'une OQTF en raison des exigences et de l'appréciation portées par l'autorité préfectorale quant à la preuve de la double contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant français, la leur et celle du parent français. Cette situation pénalise tout particulièrement les mères étrangères isolées, qui s'occupent seules de leur enfant et qui, en raison de difficultés relationnelles avec le père de l'enfant ne sont pas en mesure de rapporter la preuve exigée par le CESEDA, à la suite de la réforme législative du 10 septembre 2018. Elle pénalise également les pères étrangers lors de la séparation avec la mère de leur enfant, alors même qu'ils conservent leur autorité parentale et qu'ils contribuent à l'entretien et à l'éducation de leur enfant en fonction des moyens qui sont les leurs, au regard de l'irrégularité de leur situation administrative. Le Défenseur des droits constate que l'autorité préfectorale méconnait systématiquement la lettre de l'article L.423-8 du CESEDA, qui dans son alinéa 2, précise que si le lien de filiation est établi mais que la preuve de contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant n'est pas rapportée par le parent français ou qu'aucune décision de justice n'est intervenue, le droit au séjour du parent demandeur s'apprécie au regard du respect de sa vie privée et familiale et au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à vivre en famille, le Défenseur des droits considère que ces parents étrangers ne peuvent être privés d'un droit au séjour et avait manifesté ses inquiétudes lors des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de cette réforme<sup>11</sup>.

Il convient de souligner également une hausse exponentielle des réclamations relatives <u>au non-respect du droit au regroupement familial</u>, qui frappe des étrangers en situation régulière, parfaitement intégrés et répondant aux conditions de ressources et de logement fixées par le CESEDA. C'est principalement la durée excessive de la procédure qui est à l'origine des saisines : là où le CESEDA prévoit une durée d'instruction de 6 mois maximum, nous constatons qu'elle est en moyenne de 24 mois, entravant ainsi le droit à la vie familiale de ces personnes pleinement intégrées dans la société de leur pays d'accueil. A ce délai d'instruction excessif s'ajoute également celui de la délivrance des visas d'établissement pour les membres de familles – époux-se et enfants du couple – pour lesquels une décision d'accord du regroupement familial a été prise par l'autorité préfectorale : là où le CESEDA prévoit que ce délai de délivrance est de 2 mois, il est en réalité d'une durée de 12 à 24 mois, selon les ambassades.

In fine, alors que la procédure de regroupement familial devrait se dérouler sur 8 mois, aux termes des textes en vigueur, elle dure en réalité plusieurs années, pendant lesquels la famille est séparée.

<u>Concernant les étrangers malades</u>, nous constatons que les réserves formulées lors de l'adoption de la réforme du 7 mars 2016 se sont révélées fondées. L'institution est en effet saisie par des étrangers souffrant d'une pathologie pourtant listée par l'arrêté du 5 janvier 2017 du ministère de la Santé fixant des orientations générales aux médecins de l'OFII (NOR :AFSP1638149A) indiquant que le traitement n'est pas disponible dans leur pays d'origine – notamment VIH et hépatite –, et

11

 $<sup>^{11}</sup>$  Avis du Défenseur des droits n°18-09 du 15 mars 2018 et Avis du Défenseur des droits n°18-14 du 17 mai 2018.

qui se voient pourtant opposés un refus de titre de séjour au motif de la disponibilité de leur traitement dans leur pays d'origine. Nous sommes également saisis de la problématique de la comptabilité de l'état de santé des personnes retenues avec la rétention. Or, ces étrangers se retrouvent de facto confrontés à un vide juridique: quand le médecin de l'UMCRA produit un certificat d'incompatibilité, l'OFII est alors saisi pour avis, alors que le formulaire médical qu'il remplit ne traite pas de cette situation.

Concernant le <u>droit au séjour des MNA à leur majorité et notamment pour ceux qui ont été confiés à l'ASE après l'âge de 16 ans</u>, malgré les circulaires prônant un examen bienveillant de ces demandes de titres de séjour, nous constatons qu'elles sont examinées dans un délai moyen de 2 ans sans que l'intéressé ne soit admis au séjour durant l'instruction de la demande et bien souvent, avec une remise en cause récurrente des actes d'état-civil et de la minorité du jeune alors qu'elle a été appréciée par le juge judiciaire dans le cadre des mesures de protection de l'enfance. Pour ces situations, ces jeunes sont soutenus par le service gardien et justifient d'une parfaite insertion au sein de leur société d'accueil ainsi que d'un projet professionnel, conformément aux conditions posées par le CESEDA.

Le placement d'enfants en centre de rétention administrative se poursuit : en 2021, d'après le rapport publié par les associations mandatées pour assurer l'accompagnement juridique au sein des CRA<sup>12</sup>, ce sont encore 76 enfants qui ont été placés en rétention en France métropolitaine, malgré le contexte sanitaire qui a conduit à une baisse relative du nombre total de placements en rétention. Or, la rétention des enfants, quelle que soit sa durée, est néfaste pour la santé et le développement des enfants. Le Défenseur des droits n'a de cesse de dénoncer cette pratique contraire aux droits et à l'intérêt supérieur des enfants. En juillet 2021, la Cour européenne des droits de l'Homme a de nouveau condamné la France pour cette pratique, au terme d'une procédure dans laquelle le Défenseur des droits était intervenu en qualité de tiers-intervenant (décision n°2019-074). Il est donc urgent que la loi soit modifiée pour proscrire définitivement cette mesure, en toute circonstance, ainsi que le recommande le Défenseur des droits depuis de nombreuses années.

Enfin, la situation administrative des étrangers vivant dans les territoires d'outre-mer relève d'un droit ultra marin, dérogatoire du droit commun, notamment pour l'absence de validité des titres de séjours qui y sont délivrés en métropole, l'accès à la demande d'asile et le bénéfice des conditions matérielles d'accueil et l'absence de recours suspensif à l'encontre des décisions de refus de séjour et d'éloignement forcé.

#### En conséquence, la Défenseure des droits considère, en l'état du droit, que :

 Pour les parents d'enfant français, l'intérêt supérieur de leur enfant français justifie que leur soit reconnue un droit au séjour et que pour se faire, la condition dite de « la double contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant » soit appréciée de manière souple;

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Groupe SOS, Forum réfugiés, France Terre d'Asile, La Cimade, Solidarité Mayotte, Rapport national et local – Centres et locaux de rétention administrative, 2021.

- Les délais de la procédure de regroupement familiale fixés par le CESEDA autorisation en France et délivrance de visas aux membres de famille – doivent être pleinement respectés;
- Les orientations fixées par le Ministère de la santé quant à la disponibilité des traitements dans les pays d'origine pour certaines pathologies doivent être effectivement appliqués par l'OFII lorsqu'il se prononce sur une demande d'avis médical;
- Les demandes de titre de séjour à titre discrétionnaire présentées par les MNA confiés à l'ASE après l'âge de 16 ans doivent être examinées avec bienveillance et célérité et un droit au séjour doit leur être accordé quand les conditions fixées par le CESEDA sont remplies ; l'examen des documents d'état-civil ne doit pas conduire à la mise en cause de la minorité reconnue par le juge judiciaire, décision revêtue de l'autorité de la chose jugée ;
- Un moratoire doit être pris concernant le placement d'enfant en centre de rétention, avec l'objectif d'une interdiction définitive.

Si un projet de loi devait intervenir en 2023, la Défenseure des droits recommande :

- De supprimer la condition de preuve de la contribution à l'entretien et à l'éducation du parent français pour le droit au séjour des parents d'enfants français ;
- De prévoir une motivation spécifique des avis rendus par l'OFII relatifs à la gravité de l'état de santé d'un étranger malade et l'absence de disponibilité d'un traitement accessible et effectif dans son pays d'origine;
- D'aligner le droit au séjour des MNA quel que soit l'âge auxquels ils ont été confiés à l'ASE et de leur reconnaitre un droit au séjour de plein droit ;
- D'interdire sans exception l'enfermement des enfants en centre de rétention ;
- De mettre fin au régime dérogatoire dans les territoires ultra-marin.

#### 4. Sur l'utilité d'une nouvelle réforme législative en droit des étrangers dès 2023

« Après des réformes successives ces vingt dernières années, le droit des étrangers est devenu d'une complexité excessive, avec une multiplicité des règles particulières, de procédures et de délais. Devenu peu lisible ou compréhensible pour l'ensemble des acteurs, il suscite de plus en plus de contentieux devant la justice administrative (...) »<sup>13</sup>.

Ce constat général formulé par le Conseil d'État dans son rapport de 2020 quant à la « complexité excessive » des règles de droit qui s'imposent aux ressortissants étrangers est pleinement partagé par le Défenseur des droits. Par le traitement des réclamations individuelles relatives aux droits fondamentaux des étrangers, en augmentation constante dès sa création et plus particulièrement depuis 2018, avec l'avènement des procédures dématérialisées, le Défenseur des droits appréhende pleinement l'ensemble des difficultés que ce contentieux peut poser, tant à l'égard des juridictions qu'au regard des principaux intéressés.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Conseil d'Etat, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », mars 2020.

Ce constat a également été partagée par la mission sénatoriale relatives au « service de l'état et immigration », conduite par le sénateur François-Noël Buffet qui prône une « remise à plat du contentieux des étrangers »<sup>14</sup>.

Auditionné par la commission Stahl lors des travaux préparatoires de ce rapport en 2019, puis au printemps dernier par la commission des lois dans le cadre de cette mission parlementaire, le Défenseur des droits a rappelé que le caractère exponentiel du contentieux des étrangers trouvait sa source dans différents facteurs :

 Une inflation textuelle considérable conduisant à un droit instable, peu lisible et source d'une hétérogénéité quant au traitement des demandes de titre de séjour;

La dernière réforme en la matière - la loi du 10 septembre 2018 - était adoptée alors même que les effets des récentes réformes (loi du 29 juillet 2015 puis du 7 mars 2016 et du 20 mars 2018) n'étaient pas encore pleinement déployées et que l'application de chacune d'entre elles nécessitaient l'adoption de nombreux textes réglementaires pour leur application, modifiant ainsi en profondeur et en permanence les dispositifs juridiques existants.

- Une multiplicité des décisions attaquables dont chacune est soumise à un régime juridique différent;
- Une précarisation croissante du droit au séjour des étrangers ;

Alors qu'en 1984, le législateur avait créé la carte de résident comme titre de droit commun destiné à tout étranger projetant de s'installer durablement sur le territoire, elle est devenue aujourd'hui un titre d'exception, délivré au terme d'un parcours d'intégration réussi. Parallèlement, les titres de séjour temporaire d'un an, comme les autorisations provisoires de séjour d'une durée inférieure, n'ont cessé de croître, impliquant pour la personne bénéficiaire de multiplier les déplacements en préfecture, où de nombreuses défaillances tendent à fragiliser gun peu plus leur droit au séjour et ce faisant, à multiplier les contentieux.

 Des pratiques administratives dépourvues de base légale, parfois liées aux défaillances majeures des services publics, source de la densification du contentieux, au premier rang desquelles les difficultés d'accès aux guichets pour déposer une demande de titre de séjour.

Si le Défenseur de droits ne peut que partager l'objectif global défini par le Conseil d'Etat et le Sénat de « simplifier le contentieux des étrangers, dans l'intérêt de tous », il alerte toutefois sur le fait que ce contentieux est la résultante des facteurs décrits ci-dessus, sur lesquels il est également nécessaire d'agir.

En conséquence, la Défenseure des droits recommande :

- de porter un coup d'arrêt à l'inflation législative et réglementaire réalisée au nom d'une politique migratoire de « maîtrise des flux »,

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Sénat, Rapport d'information sur la question migratoire, mai 2022.

- de simplifier les règles relatives au séjour et de pérenniser un droit au séjour permanent dans l'hypothèse d'une future réforme législative;
- et de renforcer les moyens donnés à l'administration pour l'accueil de l'usager étranger et de l'examen de son droit au séjour, tout en l'incitant à un examen bienveillant des demandes qui lui sont soumises.
- 2. Quelle est votre évaluation de l'accès des étrangers à l'administration en général et aux préfectures en particulier? Ainsi qu'aux juridictions (administratives et judiciaires) ? Quelles sont les difficultés auxquelles ils peuvent faire face ? Comment les résorber ?

#### 1. L'accès des étrangers à l'administration préfectorale

Sans revenir sur les constats dressés *supra*, depuis 2018, les difficultés rencontrées par les étrangers pour simplement accéder aux guichets des préfectures et voir traiter leur demande de titre de séjour, liées au déploiement de procédures dématérialisées défaillantes, représentent une part notable des réclamations reçues par l'institution et contribuent à leur augmentation. La défense de l'accès effectif et sans discrimination de tous les étrangers à la demande de titre de séjour s'est donc imposée comme une priorité.

Dès 2016, dans son rapport relatif aux « *Droits fondamentaux des étrangers* », le Défenseur des droits formulait des recommandations, rappelées dans le rapport « *Dématérialisation et inégalité d'accès aux services publics* » publié en 2019, notamment la nécessité de :

- Donner une information claire aux usagers via les sites des préfectures ;
- De procéder à un diagnostic précis de la situation de l'accueil des étrangers afin de vérifier l'opportunité de la mise en place de procédure dématérialisée ;
- D'adapter le nombre de créneaux de RDV offerts ou de renoncer à la généralisation de ces procédures si elles donnent lieu à des délais déraisonnables entre délivrance de la convocation et date du RDV fixé, supérieur à 2 mois :
- De prévoir un délai maximum de réponse de 3 jours ouvrés, en cas de mise en place d'une adresse courriel.

Le Défenseur des droits posait alors comme principe, qu'il n'a cessé de répéter depuis, que la dématérialisation ne doit pas se substituer à l'accueil physique des étrangers et qu'il est nécessaire de mettre en place une solution alternative via un accueil physique pour les personnes n'ayant pas accès internet ou ne maitrisant pas le français.

## La problématique de la prise de rendez-vous en ligne pour déposer sa demande de titre de séjour

Par une décision n° 2020-142 du 10 juillet 2020, le Défenseur des droits a adressé au ministre de l'Intérieur un certain nombre de recommandations visant à mettre fin aux importantes difficultés rencontrées par de nombreux ressortissants étrangers dans le cadre du dépôt de leur première demande de titre de séjour ou de leur demande de renouvellement de titre, du fait des procédures dématérialisées imposées les préfectures.

Face au nombre croissant de réclamations reçues par l'institution, et en premier lieu ses délégués territoriaux<sup>15</sup>, le Défenseur des droits a décidé, au-delà du traitement des situations individuelles, de mener des enquêtes auprès des préfets en cause. Les réponses apportées à l'institution dans ce cadre sont retranscrites dans la décision 2020-142.

Au-delà, cette décision visait à interpeller le ministre de l'Intérieur, afin que des mesures soient directement prises au niveau national.

En premier lieu, le Défenseur des droits a réitéré ses recommandations formulées en 2016 et en 2019 tendant à ce que plusieurs modalités d'accès effectif aux services publics soient systématiquement garanties et qu'aucune démarche administrative ne soit accessible uniquement par voie dématérialisée.

S'agissant plus spécifiquement de la prise de rendez-vous en ligne, il formulait en outre un certain nombre de recommandations visant à garantir un fonctionnement des services préfectoraux conforme aux grands principes du service public et aux dispositions prévues par le code des relations entre le public et l'administration.

#### Parmi ces recommandations figuraient :

- La délivrance d'accusés de connexions nominatifs et datés à chaque connexion d'un usager à un module de prise de rendez-vous ;
- Le recours à des téléservices permettant l'information des usagers sur l'avancée de leur démarche ainsi que le signalement et la prise en compte de situations urgentes ;
- Le respect de phases d'expérimentation suffisamment longues pour permettre d'identifier et de résoudre tous les problèmes techniques potentiels, tout en entretenant un dialogue régulier avec les représentants des usagers ;
- Le déploiement de plateformes d'assistance dotées de personnels disposant de prérogatives suffisantes pour lever les difficultés rencontrées par l'usager;

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> En 2021, 19 % des 52 000 réclamations traitées par les délégués territoriaux concernaient les droits des personnes étrangères. En 2019, elles représentaient 10 % des 43 000 réclamations traitées par eux

- Et, pour les procédures de renouvellement de titres, l'attribution automatique d'un rendezvous calée sur la date d'expiration du précédent titre plutôt que l'imposition d'une prise de rendez-vous en ligne.

Fin juin 2021, le Défenseur des droits a relancé le ministre de l'Intérieur qui n'avait pas donné suite à sa décision, après avoir rappelé sa position dans un nouvel avis adressé au Parlement<sup>16</sup>.

Par un courrier du 7 juillet 2021, le ministre a indiqué qu'il partageait les préoccupations de l'institution relatives à l'effectivité de l'accès des étrangers au service public et à la nécessité de ménager une alternative à la seule voie dématérialisée. Il a estimé que le déploiement de l'ANEF devrait permettre de résoudre la plupart des difficultés évoquées et contribuer à éviter les risques de ruptures de droits liés aux démarches de renouvellement des titres de séjour.

Le ministre a enfin précisé que, dans l'attente du déploiement intégral de l'ANEF, les services préfectoraux s'étaient vu rappeler l'obligation de proposer des rendez-vous dans un délai raisonnable et de prendre en compte les situations particulière d'urgence, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État en la matière. Des consignes auraient également été données pour que la personne tentant sans succès de prendre un rendez-vous pour faire valoir son droit au séjour ne puisse se voir notifier de mesure d'éloignement sans un examen préalable de sa situation administrative.

Le ministre de l'Intérieur ne faisait pas mention en revanche du recours massif des préfectures, depuis l'année 2020, à la plateforme demarches-simplifiees.fr, qui permet également d'effectuer l'intégralité de certaines démarches en ligne mais n'est pas pilotée par le ministère et semble utilisée par les préfectures hors de tout cadre législatif et réglementaire. L'usage de cette plateforme a vocation à prendre fin lorsque l'ANEF sera généralisée à toutes les demandes mais il concerne actuellement, dans de très nombreuses préfectures, toutes les demandes relevant de la vie privée et familiale.

Au vu de ces éléments de réponse et des constats réalisés depuis ces échanges, la Défenseure des droits considère que les recommandations formulées dans la décision n°2020-142 n'ont été que partiellement suivies et que les difficultés demeurent (cf. infra).

La saisine du juge des référés est ainsi devenue, dans ces départements, la seule voie efficace ouverte aux étrangers pour exercer leur droit de voir leur demande examinée dans un délai raisonnable. Pour cela, le Défenseur des droits a décidé en 2021 d'accompagner le contentieux de masse qui s'est développé dans ce contexte en présentant une cinquantaine d'observations devant les juridictions administratives saisies de référés « mesures utiles » (décisions n°2021-134, n°2021-149, n°2021-170, n°2021-171, etc.), dans le cadre de contentieux individuels. Celles-ci ont été très majoritairement suivies par les juridictions qui ont enjoint aux préfets concernés de convoquer les intéressés afin de leur permettre de faire enregistrer leur demande de titre de séjour.

-

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Avis du Défenseur des droits n°2021-03 du 28 avril 2021.

Pour ces personnes à qui la prise de rendez-vous en ligne demeure imposée, et ainsi que l'a relevé la Défenseure des droits dans le rapport Dématérialisation des services publics : trois ans après, où en est-on ? publié en 2022, le « recours contentieux est devenu dans les faits un préalable presque obligatoire à l'accès au guichet préfectoral. »

Enfin, quant aux consignes données par le ministère concernant la protection contre l'éloignement des personnes en attente de rendez-vous en préfecture, la Défenseure des droits ne peut que les saluer mais il est toutefois regrettable que ces consignes ne fassent l'objet d'aucune instruction publiée et opposable. De plus, elles ne règlent pas la question des ruptures de droits (droit de travailler, de bénéficier de prestations sociales...) des personnes empêchées de solliciter le renouvellement de leur titre.

#### Le déploiement de l'ANEF

Le déploiement de l'ANEF – dont le calendrier prévisionnel a été repoussé – répond effectivement à un certain nombre de recommandations formulées par le Défenseur des droits : des accusés d'enregistrement nominatifs sont générés automatiquement dès le dépôt du dossier, permettant aux usagers de justifier de leurs démarches ; des pièces complémentaires peuvent être sollicitées et transmises par ce biais, et l'usager peut théoriquement se tenir informé de l'évolution de l'instruction de sa demande et signaler des difficultés techniques via un service dédié.

Toutefois, le déploiement de ce téléservice ne respecte pas la principale recommandation du Défenseur des droits, à savoir le maintien d'une alternative non dématérialisée, alors même que le ministre de l'Intérieur, dans sa réponse du 7 juillet 2021, semblait souscrire au bienfondé de cette recommandation.

En effet, l'article R.431-2 du CESEDA imposant le recours au téléservice pour le dépôt des demandes de titres figurant sur une liste fixée par arrêté ministériel précise uniquement que : « Les personnes qui ne sont pas en mesure d'effectuer elles-mêmes le dépôt en ligne de leur demande bénéficient d'un accueil et d'un accompagnement leur permettant d'accomplir cette formalité. ». Et dans les faits, les préfectures ne prévoient effectivement pas d'alternative au dépôt via l'ANEF quand il est prévu.

Or, le réseau d'accueil et d'accompagnement numérique des étrangers prévu par le CESEDA – les PAN (point d'accès numérique) - est encore loin d'être satisfaisant.

De plus, quelle que soit la qualité du service qui sera déployé, il demeurera toujours, pour les personnes éloignées du numérique, la difficulté du suivi de la demande déposée via l'ANEF. Il n'est en effet pas envisageable que la personne qui n'aurait pas accès à une boîte aux lettres électronique se déplace très régulièrement en point d'accès numérique pour s'enquérir d'une éventuelle demande de pièce complémentaire – à laquelle elle devra répondre dans un délai fixé par l'administration –, de la délivrance d'un document provisoire, ou encore d'un éventuel classement sans suite de sa demande.

En outre, ni ces points d'accueil, ni le Centre de contact citoyen (CCC) qui fait office de service support de l'ANEF, ne sont en capacité de lever les blocages techniques pérennes rencontrés par

les usagers. C'est de ces situations que le Défenseur des droits est actuellement massivement saisi. En effet, en cas de blocage technique, les points d'accueil ou les préfectures – contactées par téléphone, courrier, courriel, ou directement au guichet lorsqu'il est ouvert – renvoient en général vers le CCC qui indique le plus souvent que le problème a été identifié et signalé au service en charge du téléservice, à savoir la Direction générale des étrangers en France, sans pour autant être en mesure de lever l'obstacle qui empêche la personne de jouir de ses droits. Et si l'usager, faute de résolution de son problème, se tourne à nouveau vers la préfecture dans l'espoir qu'une solution alternative au dépôt via l'ANEF lui soit proposé, il est généralement renvoyé une nouvelle fois vers la plateforme ou le CCC. Pourtant, il faut le rappeler, c'est bien le préfet qui demeure quoi qu'il arrive responsable de l'enregistrement et de la bonne instruction des demandes de titres relevant de sa compétence territoriale.

S'agissant des problèmes techniques rencontrés, le Défenseur des droits constate, au gré des réclamations qu'il reçoit, que certains sont particulièrement fréquents et perdurent malgré la récurrence des signalements : non prise en compte de changements d'adresse signalé par la plateforme, impossibilité de téléverser une pièce complémentaire, impossibilité de réinitialiser son mot de passe interdisant tout accès au service pendant des mois, impossibilité de délivrer un nouveau titre au motif qu'une action informatique n'aurait pas été réalisée par la préfecture au moment de la remise du précédent, etc.

La recommandation du Défenseur des droits tendant à ce que des périodes d'expérimentation suffisamment longues soient instaurées aurait pourtant pu permettre de régler, en amont du déploiement du téléservice, un certain nombre de ces difficultés techniques.

Sur la base de l'ensemble de ces constats, la Défenseure des droits a donc réitéré et actualisé, dans son second rapport consacré à la dématérialisation des services publics publié en février 2022, certaines des recommandations formulées en 2020.

S'agissant des nouvelles difficultés qui émergent depuis le déploiement de l'ANEF, elle a également produit l'avis à la demande du Conseil d'Etat, dans le cadre du contentieux relatif à la légalité des actes réglementaires ayant mis en place ce téléservice.

Il convient désormais de mettre en œuvre les garanties imposées par la décision du Conseil d'Etat du 3 juin dernier<sup>17</sup>.

#### 2. Le contentieux des étrangers et le droit effectif au recours

Le Défenseur des droits s'est exprimé à de nombreuses reprises sur la complexité du contentieux des étrangers et les difficultés multiples auxquelles se retrouvent confrontés les ressortissants étrangers pour faire valoir leurs droits<sup>18</sup>. Cette complexité procède principalement de deux facteurs:

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> CE, sect., 3 juin 2022, Cimade et autres, n°461694, 461695 et 461922

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Voir le *Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers en France,* p.137 et suiv. ;

- La multiplicité des décisions qui peuvent être édictées par l'administration en matière d'entrée, de séjour et d'éloignement des étrangers ;
- Les particularités de la procédure administrative et contentieuse, exorbitante du droit commun.

Formellement, le fait que le contentieux des étrangers relève majoritairement d'une procédure écrite devrait être une source de sécurité juridique grâce à la motivation des décisions et l'indication des voies et des délais de recours<sup>19</sup>. Toutefois, la motivation des décisions de refus de titre de séjour et d'éloignement demeure stéréotypée et l'exercice des voies de recours peut s'avérer difficilement compréhensible, *a fortiori* pour des personnes qui ne maîtrisent pas toujours la langue française.

De facto, l'accès au droit comme l'effectivité du droit de recours reposent sur l'intermédiation mise en œuvre par les acteurs du monde associatif et les professionnels du travail social, qui, au quotidien, conseillent et accompagnent les ressortissants étrangers tout au long de leurs démarches administratives. L'accès à l'aide juridictionnelle (AJ) suppose également d'être utilement conseillé pour pouvoir remplir le formulaire de demande d'AJ, produire les pièces nécessaires et l'adresser au bureau d'AJ compétent. Or, en raison de l'amoindrissement significatif des garanties procédurales dans le contentieux de l'éloignement, notamment pour la contestation des OQTF sans délai de départ volontaire, l'accès à un avocat demeure illusoire, dans la mesure où le délai de recours est de 48h et qu'une demande d'aide juridictionnelle, quand bien même elle serait introduite dans ce délai extrêmement court, n'interrompt pas le délai de recours<sup>20</sup>.

A tous les stades de leur demande de titre de séjour, la complexité du droit des étrangers et de la procédure administrative et contentieuse sur laquelle il repose ne facilite pas le recours au juge.

Comme cela a été développé précédemment, le ressortissant étranger qui, du fait des défaillances de la procédure dématérialisée, ne peut accéder aux services de la préfecture pour déposer sa demande de titre de séjour, doit se tourner vers le juge administratif par la voie d'une procédure de référé, qu'il ne peut, en pratique, exercer seul.

Lorsque sa demande de titre de séjour est rejetée, cette décision de rejet s'accompagne le plus souvent d'autres décisions – obligation de quitter le territoire français, décision statuant sur le délai de départ volontaire, interdiction de retour sur le territoire français – qui sont matérialisées dans le dispositif de la décision initiale. Pour exercer son droit de recours, cela suppose de comprendre que la décision initiale n'est pas une unique décision de refus de titre de séjour, mais un ensemble de décisions, qui, chacune, sont susceptibles d'être critiquées sur des moyens de légalité distincts<sup>21</sup>.

Voir également l'Avis 18-14 du 17 mai 2018 relatif au projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> CESEDA, article L. 613-1, L. 613-2, L. 613-3, L.613-4.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> CESEDA, article L. 612-2, L. 612-3, L. 612-4, L. 612-5; CJA, R. 776-15 II.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> CESEDA, article L. 614-1.

Pour les OQTF avec délai de départ volontaire de 30 jours, l'effet suspensif prévu dans le cadre de sa contestation contentieuse est étendu à l'ensemble des décisions qui l'accompagnent, sous réserve que le juge administratif soit saisi de leur légalité dans un même recours<sup>22</sup>. L'indication des voies et de délais de recours ne suffit pas pour que le ressortissant étranger frappé de telles mesures en comprenne la portée et soit à même d'exercer seul son droit au recours.

Pour les demandeurs d'asile déboutés, les OQTF qui sont édictées suite au rejet définitif de leur demande d'asile peuvent prévoir un délai de départ volontaire de 30 jours mais doivent être contestées dans un délai de 15 jours<sup>23</sup>.

Le Défenseur des droits constate, dans les nombreuses réclamations qui lui sont adressées, qu'une part importante des personnes dont le droit au séjour a été refusé n'est pas en mesure d'exercer son droit de recours, par méconnaissance ou incompréhension des particularités de ce contentieux technique et complexe. Par exemple, certaines personnes introduisent un recours gracieux sans comprendre qu'il n'interrompt pas leur délai de recours. D'autres n'exercent aucun recours notamment car le délai de recours de 48h ou de 15 jours ne leur permet pas de se rapprocher d'un professionnel du droit susceptible de leur expliquer la situation juridique dans laquelle ils se retrouvent placés et de leur apporter une aide effective pour exercer leur droit de recours.

Lorsqu'un ressortissant étranger est placé en rétention en vue de son éloignement, sa situation administrative recouvre en pratique de multiples décisions dont certaines sont contrôlées par le juge administratif tandis que d'autres le sont par le juge judiciaire. Sans la présence des associations intervenant en rétention afin d'aider les étrangers pour l'exercice effectif de leurs droits, et malgré le caractère écrit de la procédure, les personnes en instance d'éloignement ne seraient pas en capacité de contester utilement ces décisions ni de réunir, en urgence, les éléments de preuve nécessaires.

Le Défenseur des droits constate que, quand l'étranger ne peut rencontrer, dans les premiers temps de son enfermement, l'association chargée de l'aider à exercer ses droits, par exemple car son placement en rétention se fait lors d'un week-end, dans les faits, il n'est pas en mesure d'exercer son droit au recours.

Enfin, dans plusieurs collectivités d'outre-mer (Mayotte, la Guyane, Saint-Martin, la Guadeloupe et Saint-Barthélemy), le recours contre une mesure d'éloignement n'est pas suspensif<sup>24</sup>. À plusieurs reprises, le Défenseur des droits a estimé que ce droit dérogatoire n'était pas conforme aux exigences du droit européen relatives au recours effectif. Seule l'introduction d'un référé liberté confère un effet suspensif relatif puisque la mise à exécution de la mesure d'éloignement ne peut intervenir avant que le juge des référés ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience publique ou avant que le juge ait statué sur la demande, si les parties ont été informées

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> CJA, art. R. 776-1 à R.776-9-1.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> CESEDA, art. L. 611-1 4°; CJA, R. 776-15 II.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> CESEDA, Livre VI, Titre V « dispositions relatives à l'outre-mer ».

d'une telle audience<sup>25</sup>. Là encore, le caractère écrit de la procédure ne permet pas sa bonne compréhension par la personne concernée, ni l'exercice effectif de son droit au recours. Le Défenseur des droits est régulièrement informé de l'exécution de mesures d'éloignement en dépit du caractère suspensif des référés-libertés introduits et a dénoncé à plusieurs reprises l'exécution expéditive des mesures d'éloignement en Outre-mer<sup>26</sup>.

La bonne compréhension par les ressortissants étrangers de leurs droits et de leur possibilité de contester une décision qui leur fait grief supposerait un mouvement de simplification d'ampleur, pour leur permettre de comprendre le cadre légal qui s'applique à leur situation administrative et faciliterait tout autant l'action de l'administration comme l'office du juge.

Parmi les solutions proposées par le Conseil d'Etat<sup>27</sup> et le Sénat, le Défenseur des droits ne souscrit que partiellement à celui de la rationalisation du contentieux des étrangers, qui reposerait sur la création de deux procédures d'urgence, avec un délai de recours différent (48h ou 7 jours) et d'une procédure ordinaire, avec un délai de recours d'un mois, pour les refus de titre de séjour qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure de contrainte

Toutefois, le Défenseur des droits émet de sérieuses réserves concernant la création d'une procédure d'urgence avec délai de recours de 7 jours, proposée par le Conseil d'Etat et reprise par le Sénat : si l'objectif d'une simplification du contentieux est louable, il ne doit pas s'effectuer au détriment de l'effectivité des recours ouverts aux étrangers. Or, cette procédure d'urgence à 7 jours constitue un amoindrissement des garanties procédurales, dans la mesure où, sans la possibilité d'une assistance juridique effective, elle privera d'effectivité le droit de recours.

En revanche, le maintien du délai de recours à 48h pour les personnes placées en rétention, vu la privation de liberté dont ils font l'objet et sous réserve qu'ils puissent toujours bénéficier de l'assistance juridique tel que prévue par le droit positif (intervenant en rétention chargée d'aider à l'exercice effectif des droits et avocat commis d'office pour les différentes audiences judiciaires et administratives) n'appelle pas de réserve. Le délai de recours d'un mois en procédure ordinaire, et ce quel que soit le fondement juridique de l'OQTF, permet ainsi une meilleure lisibilité et facilite l'exercice du droit de recours, sous réserve que les étrangers frappés d'une telle mesure puissent bénéficier de l'aide juridictionnelle en procédure normale.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> CESEDA, art. L. 761-3.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Voir le Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers en France, p.180 ; Voir également Avis 16-02 du 6 janvier 2016 relatif au projet de loi portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et le rapport Etablir Mayotte dans ses droits, p. 42 et suiv.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Rapport disponible en ligne sur site du Conseil d'Etat, <u>Simplifier le contentieux des étrangers, dans l'intérêt</u> de tous (conseil-etat.fr).

3. S'agissant de l'accès au travail des personnes étrangères, quelle évaluation faites-vous du système d'octroi des autorisations de travail (procédure et conditions) ? Que préconisez-vous sur ce thème ?

Au préalable, la Défenseure des droits rappelle que de nombreux emplois du secteur public, mais aussi du privé, demeurent inaccessibles aux étrangers. Ces emplois dits *«fermés »* le sont en raison du maintien d'une condition de nationalité, d'une exigence de diplôme français ou d'une autorisation d'exercice préalable. En 2019, l'Observatoire des inégalités évaluait à 5,4 millions le nombre de ces emplois, soit un sur 5<sup>28</sup>. La Halde, puis le Défenseur des droits, ont recommandé à de nombreuses reprises la suppression des clauses de nationalité qui limitent toujours l'accès à certains emplois ou statuts (fonctionnaire, agent statutaire de la SNCF...), à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique, en raison du caractère discriminatoire du maintien de celles-ci<sup>29</sup>.

Pour accéder à un emploi, les personnes étrangères qui ne sont pas ressortissantes de l'Espace économique européen (EEE) ou de Suisse doivent être autorisées à travailler. Certains titres de séjour, et notamment ceux accordés au titre de la situation personnelle de leur titulaire – titres « vie privée et familiale », « réfugié », « soins », « étudiant »... –, autorisent automatiquement leur titulaire à travailler³0. A contrario, les personnes souhaitant s'établir ou demeurer en France pour un motif professionnel doivent trouver un emploi puis solliciter une autorisation de travail par l'intermédiaire de l'employeur. Cette autorisation de travail est généralement limitée à un métier et à un secteur géographique. Ce n'est qu'à la condition qu'elle leur soit accordée que les personnes pourront se voir délivrer un titre de séjour, et travailler en France.

La procédure, mais également les règles de fond, de dépôt, d'examen et de délivrance des autorisations de travail ont évolué en 2021.

#### 1. Sur les évolutions procédurales

L'instruction des demandes – qui incombait auparavant aux services du ministère du travail (DIRECCTE devenues DREETS) – est assurée par 7 plateformes interrégionales de main d'œuvre étrangère (MOE) depuis le 6 avril 2021. Ces plateformes sont placées sous l'autorité de certains préfets qui agissent en vertu de conventions de délégation de gestion.

Simultanément, la procédure a également été intégralement dématérialisée *via* l'ANEF et c'est désormais exclusivement aux employeurs qu'il appartient de réaliser cette démarche.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> https://www.inegalites.fr/Cinq-millions-d-emplois-demeurent-fermes-aux-etrangers-non-europeens#nb1.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Voir notamment Défenseur des droits, Rapport « Les droits fondamentaux des étrangers en France », mai 2016, p.237 à 243.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Les titres de séjour « étudiant » n'autorisent à travailler qu'à titre accessoire.

Le Défenseur des droits est relativement peu saisi au sujet de ces procédures et ne constate pas de défaillances systémiques comme c'est le cas pour les demandes de titre de séjour<sup>31</sup>. Les délais semblent être raisonnables, en règle générale, et aucune hausse des refus n'a été signalée pour le moment.

En outre, la problématique de l'illectronisme ne se pose pas de la même façon pour ces procédures compte-tenu du fait qu'elles s'adressent aux employeurs. Il conviendra toutefois de prêter attention à la population spécifique des particuliers-employeurs.

L'institution a toutefois identifié un certain nombre de difficultés posées par cette évolution procédurale.

#### • Une difficile prise en compte de situations particulières

Comme souvent lorsqu'une procédure est intégralement dématérialisée, les situations particulières sont difficilement prises en compte.

C'est notamment le cas des procédures de changement de statut<sup>32</sup> qui ne sont que très peu encadrées par le CESEDA.

Sur l'ANEF, il n'existe pas de procédure spécifique de changement de statut, ni même de champ dédié à ce sujet, si bien que le Défenseur des droits a déjà été saisi par des personnes dont la demande avait été rejetée car l'agent instructeur n'en avait pas saisi l'objet.

Il est en réalité nécessaire d'ouvrir la page « Vérifiez si votre projet de recrutement est soumis à autorisation de travail » sur le site de l'ANEF pour y lire, en toute fin de document : « Important : afin de faciliter l'instruction de votre demande, merci d'indiquer l'intention du changement de statut de votre futur collaborateur lors du dépôt de la demande d'autorisation de travail dans la zone « observation » en fin de procédure, à l'étape « récapitulatif ». »

Une modification du formulaire apparaît souhaitable pour pallier ce manque.

#### • Des travailleurs complétement écartés de la procédure

En dématérialisant l'accès aux services en charge de la main d'œuvre étrangère et en les centralisant, on en a éloigné les usagers. Ceux-ci ne savent d'ailleurs pas nécessairement quelle plateforme instruira leur demande.

Les employeurs, comme les salariés, n'ont plus d'accès au guichet pour suivre l'avancement de leur demande. De plus, si les premiers peuvent tenter de s'en enquérir *via* l'ANEF, ce n'est pas le cas des travailleurs.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Ceci pourrait notamment s'expliquer par le fait qu'un certain nombre de difficultés récurrentes en matière de séjour sont liées au système d'information AGDREF, qui n'est pas utilisé pour l'instruction des demandes d'autorisations de travail.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup>Situation des personnes un titre de séjour pour motif professionnel alors qu'elles étaient auparavant admises au séjour pour un motif différent : études, vie privée et familiale, soins...

Ces derniers ne sont en effet pas les usagers du service, ce qui signifie qu'ils ne peuvent télécharger la confirmation de dépôt de la demande, qui ne leur est pas non plus notifiée par l'administration. Ils ne sont par conséquent pas informés des voies et délais de recours et de la date à laquelle une décision implicite de rejet est susceptible d'intervenir. De même, aucune information ne leur est communiquée en cours de procédure et ils ne disposent d'aucun canal identifié pour en solliciter directement. Enfin, si le code du travail<sup>33</sup> prévoit que la décision finale leur est notifiée, tel n'est pas le cas lorsque la demande fait l'objet d'un rejet informel matérialisé par un simple message adressé par l'agent instructeur à l'employeur via la messagerie de l'ANEF<sup>34</sup>.

Le Défenseur des droits a d'ailleurs déjà été saisi par une salariée qui était convaincue que son employeur avait sollicité une autorisation de travail plusieurs mois auparavant, ce qui s'est finalement avéré ne pas être le cas.

Il pourrait être envisagé que les travailleurs aient accès à la procédure afin qu'ils aient communication de la confirmation de dépôt et qu'ils soient immédiatement informés de tout rejet de leur demande.

Précisons que ces plateformes ne disposent d'aucun interlocuteur identifié, ni même de boîteq aux lettres électroniques fonctionnelles, que les personnes peuvent joindre en cas de difficultés. Seul le service support de l'ANEF – le Centre de contact citoyen (CCC) – peut être interrogé et il n'est pas à même d'apporter une solution technique à un véritable blocage informatique ou de proposer une voie de dépôt alternative si nécessaire.

#### • Disparition d'un service d'information sur le droit du travail des étrangers

Jusqu'en avril 2021, travailleurs et employeurs pouvaient s'adresser au service de renseignement aux usagers des DREETS mais ces derniers ne semblent plus prendre en charge des questions relatives au travail des étrangers<sup>35</sup>. Or, certains employeurs (et salariés) ont besoin d'être orientés dans leurs démarches, d'autant que le code du travail a évolué en la matière en 2021 et que les instructions publiées depuis sont loin de répondre à toutes les questions qu'ils se posent.

Les agents du CCC, qui ne disposent pas d'expertise en droit du travail, ne sont pas à même de remplir cette mission, de même que les agents présents aux points d'accueil numérique des préfectures, qui ne sont pas recrutés dans cette optique.

Rappelons que conformément à l'article 2 de la convention n°97 de l'OIT sur les travailleurs migrants, ratifiée par la France en 1954 :

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Article R.5221-17.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Tout comme en matière de séjour.

<sup>35</sup> Par exemple:

<sup>-</sup> En Seine-Saint-Denis : <a href="https://idf.drieets.gouv.fr/Adresse-et-horaires-d-ouverture-de-l-unite-departementale-93">https://idf.drieets.gouv.fr/Adresse-et-horaires-d-ouverture-de-l-unite-departementale-93</a>

<sup>-</sup> Dans la région Auvergne-Rhône-Alpes : <a href="https://www.smartagenda.fr/pro/direccte-auvergne-rhone-alpes/rendez-vous/">https://www.smartagenda.fr/pro/direccte-auvergne-rhone-alpes/rendez-vous/</a>.

« Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à avoir, ou à s'assurer qu'il existe, un service gratuit approprié chargé d'aider les travailleurs migrants et notamment de leur fournir des informations exactes. »

### Des dispositifs exclus de la réforme : la multiplication des procédures, source de complexification

Le dépôt d'une demande d'admission exceptionnelle au séjour reste de la compétence de la préfecture du lieu de résidence de l'étranger *via* le dépôt d'un dossier papier accompagné du *cerfa*. Si l'autorité préfectorale s'oriente vers une régularisation, il est prévu qu'elle sollicite l'avis de la plateforme MOE territorialement compétente, qui contrôlera le niveau de rémunération proposée et si l'employeur est à jour de ses obligations légales<sup>36</sup>.

Malgré les termes de l'instruction du 12 juillet 2021, il n'est pas certain qu'il s'agisse d'un simple avis de la plateforme, les conventions de délégation prévoyant qu'elle est l'autorité décisionnaire, sans exception au titre de l'admission exceptionnelle au séjour. Il semble que si la plateforme statue sur la demande d'autorisation de travail, elle sera également compétente en cas de recours.

Par ailleurs, le dispositif « jeune professionnel » mis en œuvre dans le cadre d'accords bilatéraux conclus par la France avec 17 États signataires est également exclu de la réforme. Cette procédure relève de la compétence de l'OFII. Il appartient au jeune concerné et non à l'employeur de déposer un dossier papier accompagné du *cerfa*. Là encore, il est prévu que l'OFII transmette le dossier à la plateforme pour opérer les vérifications réglementaires, avec les mêmes incertitudes qu'en matière d'admission exceptionnelle au séjour<sup>37</sup>. Le Défenseur des droits a été saisi des difficultés rencontrées par plusieurs jeunes concernés par le dispositif.

L'uniformisation des procédures de demandes d'autorisation de travail serait souhaitable.

#### 2. Sur les évolutions de fond

Concernant les évolutions de fond, le Défenseur des droits constate avec satisfaction un certain nombre de points positifs tout en relevant que des dispositions problématiques subsistent ou ont été ajoutées à la réglementation en vigueur.

 Sur les critères d'examen des demandes d'autorisations de travail et le renouvellement de celles-ci

Tout d'abord, le décret du 31 mars 2021 relatif à l'emploi d'un salarié étranger a réduit le nombre de critères de délivrance des autorisations de travail. Il a en particulier supprimé l'exigence de rémunération au moins équivalente à celle d'un emploi à temps plein rémunéré au salaire minimum, pour ne conserver que l'exigence d'une rémunération conforme aux minima légaux et conventionnels. Une telle exigence n'était pas cohérente avec la réalité de nombreux emplois peu

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Instruction du 12 juillet 2021 (NOR: INTV2121684J), point 3.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Recruter un jeune professionnel étranger - Ofii

qualifiés exercés à temps partiel, que les personnes cumulent souvent, notamment dans le secteur des services à la personne.

Cependant, si la Défenseure des droits partage l'objectif de protection des salariés poursuivi par les critères concernant le respect par l'employeur de la législation et de la réglementation (observation des obligations déclaratives sociales, absence de manquements graves concernant les règles de santé et de sécurité au travail...), elle rappelle que le refus de renouvellement d'une autorisation de travail fondé sur l'un de ces motifs revient à priver d'emploi, et donc dans certains cas de droit au séjour, un étranger en raison des manquements de son employeur au lieu de le protéger. Considérant qu'il serait au contraire préférable de protéger le droit au séjour du salarié afin qu'il puisse, le cas échéant, se lier à un autre employeur plus respectueux de la législation sociale ou tout simplement être en capacité de dénoncer ces conditions de travail illégales sans en être pénalisé, la Défenseure des droits réitère<sup>38</sup> les recommandations suivantes :

- supprimer l'article R.5221-34 2° du code du travail en ce qu'il tend à pénaliser le salarié étranger pour les fautes commises par son employeur;
- modifier l'article R.5221-36 du code du travail prévoyant la possibilité de ne pas renouveler la première autorisation de travail lorsque le contrat a été rompu dans le courant de la première année d'embauche en ajoutant une nouvelle exception tirée de la démission du salarié, ou de sa prise d'acte de la rupture du contrat, en raison du non-respect par l'employeur de la législation relative au travail ou à la protection sociale ou des conditions d'emploi ou de rémunération fixées par l'autorisation de travail initiale.

Elle note d'ailleurs qu'une obligation de demander une nouvelle autorisation de travail pour tout nouveau contrat de travail a été introduite à l'article R.5221-1 du code du travail par le décret du 31 mars 2021 alors que tel n'était pas le cas auparavant dans un certain nombre de situations, notamment lorsque le titulaire d'un titre de séjour «salarié» (personne embauchée en CDI) changeait d'employeur dans le respect des termes de son autorisation de travail.

#### Sur les métiers en tension

Par arrêté du 1er avril 2021, le Gouvernement a mis à jour la liste des métiers en tension c'est-à-dire caractérisés par des difficultés de recrutement - pour lesquels la situation de l'emploi ne peut être opposée lorsqu'une autorisation de travail est sollicitée au profit d'un étranger non encore admis à travailler. Cette liste qui datait de 2008 ne reflétait plus la réalité du marché du travail.

La Défenseure des droits relève toutefois que les ressortissants algériens et tunisiens ne peuvent toujours pas se prévaloir de cette liste de métiers malgré des accords bilatéraux visant à faciliter l'accès au séjour et au travail en France des ressortissants de ces deux États<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> DDD, Rapport préc., p.86-87.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> En effet, cette liste vise à ouvrir l'accès à certains métiers dans la limite de zones géographiques restreintes tandis que les accords franco-algérien et franco-tunisien ne permettent pas de limiter l'exercice d'une activité

De même, subsistent des listes spécifiques de métiers en tension instituées par des accords bilatéraux et qui ne bénéficient, par définition, qu'aux ressortissants des États qui en sont signataires.

La Défenseure des droits a déjà eu l'occasion de relever que le fait que la liste des métiers caractérisés par des difficultés de recrutement varie selon la nationalité des personnes était dépourvu de cohérence et, par conséquent, à l'origine de différences de traitements injustifiées en lien avec la nationalité.

La Défenseure des droits réitère par conséquent les recommandations formulées à l'occasion du rapport sur les droits fondamentaux des étrangers, à savoir :

- qu'il soit procédé à une harmonisation des listes de métiers en tension en élargissant a minima la liste nationale des métiers en tension aux 108 métiers retenus comme tels aux termes de la liste de métiers la plus favorable négociée dans le cadre de relations bilatérales (Accord franco-sénégalais);
- que la possibilité de se prévaloir de la liste nationale des métiers en tension soit expressément ouverte aux ressortissants algériens et tunisiens;
- afin de rester corrélée aux évolutions de la conjoncture économique, que cette liste harmonisée fasse l'objet de révisions régulières.

#### 3. Le travail des demandeurs d'asile, une possibilité quasi théorique

En l'état actuel du droit, les demandeurs d'asile n'ont pas le droit de travailler. La seule possibilité qui leur est ouverte suppose que l'OFPRA n'ait pas statué sur leur demande dans un délai de 6 mois<sup>40</sup>. Ils doivent alors déposer une demande d'autorisation de travail avant que l'OFPRA se soit prononcé et pourront se voir opposer la situation de l'emploi. En cas de recours devant la CNDA, ceux qui auront été autorisés à travailler conserveront ce droit mais il ne sera pas possible pour les autres de déposer une première demande d'autorisation de travail, quand bien même l'OFPRA aurait statué en plus de 6 mois.

Ce faisant, le législateur a opéré une transposition *a minima* de la directive « *Accueil* » du 26 juin 2013<sup>41</sup> qui ne semble pas permettre un accès effectif des demandeurs d'asile au marché du travail. La précarité de leur situation administrative conjuguée à cette « *fenêtre de tir* » particulièrement étroite est en effet de nature à dissuader nombre d'employeurs de se lancer dans une procédure de demande d'autorisation de travail.

Or, comme la Défenseure des droits a déjà eu l'occasion de le rappeler, cette restriction s'avère d'autant plus regrettable qu'elle concerne une population par essence vulnérable et qui devrait,

professionnelle à une profession et/ou pour les Algériens à une région déterminée. Ce raisonnement a été constamment confirmé par la jurisprudence administrative (Voir CE, 10 juin 1992, Gacem, n°114830 et CE, 6 oct. 1995, Min. Solidarité, santé et protection sociale c/ Bouzid, n°115639 concernant les Algériens ; voir CE, 21 jan. 1998, Ben Haj Salem, n°154262 et CAA Bordeaux, 10 oct. 2006, n°06BX01759 concernant les Tunisiens). <sup>40</sup> Article L.554-1 du CESEDA.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Précisons tout de même que la durée d'instruction minimale de 9 mois a été réduite à 6 mois par le législateur.

de fait, bénéficier d'une protection renforcée conforme aux principes posés par la Convention de Genève en matière d'accès à l'emploi<sup>42</sup>.

C'est pourquoi elle réitère ses recommandations visant à :

- permettre aux demandeurs d'asile de solliciter, dès le début de la procédure, une autorisation provisoire de travail dans les conditions de droit commun, notamment en matière d'opposabilité de la situation de l'emploi;
- prévoir l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile sans que ne leur soit opposable la situation de l'emploi lorsque, passé un délai de 6 mois, il n'a pas encore été statué en première instance sur leur demande.
- **4.** En ce qui concerne les travailleurs sans-papiers, comment améliorer le dispositif de régularisation et le respect de leurs droits, notamment lorsque l'employeur s'oppose à une démarche de régularisation ?

En France, entre 200 000 et 400 000 travailleurs seraient aujourd'hui sans-papiers, c'est-à-dire dépourvus de droit au séjour ou d'autorisation de travail. Majoritairement embauchés dans des secteurs en manque de main d'œuvre tels la restauration ou le BTP, ces travailleurs participent de facto à l'économie française. Depuis de nombreuses années, plusieurs mouvements menés par des organisations syndicales et des associations luttent pour la régularisation du séjour de ces travailleurs, une telle régularisation apparaissant comme un vecteur essentiel et nécessaire au respect de leurs droits les plus fondamentaux et une nécessité pour leur état d'accueil, vu les pénuries de main d'œuvre constatées dans certains secteurs. Face aux pénuries de main-d'œuvre actuelles dans la restauration, le bâtiment ou le secteur de l'aide à la personne, de plus en plus d'employeurs défendent également un meilleur accès aux titres de séjour.

Le dispositif actuel de régularisation par le travail prévu par l'article L.435-1 du CESEDA (ancien L.313-14), introduit en 2007<sup>43</sup>, est complexe et ses conditions, qui ont été précisées par la circulaire du 28 novembre 2012<sup>44</sup>, sont mal appréhendées par les employeurs comme les salariés, ainsi que le rappelait déjà le Défenseur des droits dans son rapport de 2016<sup>45</sup>.

Malgré le soutien de leur employeur, la démarche de régularisation de certains salariés n'aboutira pas compte tenu de la lourdeur de la procédure et des conditions à réunir.

La situation de précarité et de vulnérabilité de ces travailleurs étrangers est aggravée lorsque l'employeur refuse de soutenir la démarche de régularisation. Dans de telles situations, le dispositif actuel ne permet pas à l'étranger de faire valoir ses droits et régulariser sa situation administrative.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951, articles 17 et suivants.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Circulaire dite Valls (NOR: INT/K/12/29185/C).

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> DDD, Rapport « Les droits fondamentaux des étrangers », mai 2016.

Afin de renforcer la protection des travailleurs sans-papiers et permettre une démarche de régularisation en cas d'opposition de l'employeur, une modification du dispositif de l'admission exceptionnelle au séjour par le travail dans le sens d'une simplification et d'un assouplissement apparaît aujourd'hui essentielle.

#### 1. Sur le champ d'application de l'admission exceptionnelle au séjour par le travail

Certaines catégories d'étrangers, du fait d'accords bilatéraux conclus par la France avec certains États, ne peuvent se prévaloir du dispositif d'admission exceptionnelle au séjour par le travail prévu par les dispositions du CESEDA.

Il en va notamment ainsi des ressortissants algériens et tunisiens, bien que la circulaire Valls ait prévu qu'ils puissent exceptionnellement être admis au séjour dans les conditions de la circulaire, en application du pouvoir discrétionnaire de l'autorité préfectorale<sup>46</sup>. La jurisprudence s'est également prononcée dans le même sens, concernant notamment les ressortissants burkinabè et marocains également concernés<sup>47</sup>.

Des risques de discriminations fondées sur la nationalité dont peuvent être victimes les ressortissants étrangers dont le droit au séjour est exclusivement régi par des accords bilatéraux demeurent.

Conformément à ce qu'avait recommandé le Défenseur des droits dans son rapport de 2016<sup>48</sup>, la Défenseure des droits **recommande à nouveau que la procédure d'admission exceptionnelle au séjour par le travail soit ouverte à l'ensemble des travailleurs** étrangers sans-papiers, sans distinction de nationalité.

#### 2. Sur la nécessaire modification des conditions de fond

Les conditions actuelles – l'exigence de production d'un contrat de travail ou d'une promesse d'embauche par l'étranger, la justification d'une ancienneté de travail par la production de bulletins de paie ainsi que la demande d'autorisation de travail à l'initiative de l'employeur avec son engagement à verser la taxe au profit de l'OFII<sup>49</sup> – ne permettent pas au travailleur étranger de faire valoir ses droits sans le soutien de son employeur.

• Simplifier et assouplir la condition relative à l'activité professionnelle visant l'ensemble des travailleurs sans-papiers

Les conditions cumulatives actuelles de production d'un contrat de travail ou d'une promesse d'embauche et d'une ancienneté de travail conduisent à faire échec à bon nombre de procédures de régularisation.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Point 4.1.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> CAA Paris, 20 mars 2014, n°12PA03419; CE, 31 janvier 2014, n°367306.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Rapport DDD préc. p.93-95.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Prévue par l'art. L.436-10 du CESEDA.

La mise en place d'une **condition unique relative à l'activité professionnelle**, actuelle ou passée, pourrait être envisagée.

Soit le travailleur étranger est en mesure de justifier d'une activité professionnelle actuelle, notamment par la production d'un contrat de travail ou d'une promesse d'embauche qui devrait suffire à justifier la délivrance d'un titre de séjour professionnel, soit il pourra s'appuyer sur une activité professionnelle antérieure qui justifiera qu'il soit mis en possession d'un récépissé l'autorisant à rechercher un emploi (récépissé dit « Sacko » 50).

À cet égard, il conviendrait de **modifier les conditions de délivrance du récépissé dit « Sacko »** autorisant à rechercher un emploi et à travailler, actuellement prévu lorsque l'étranger atteste d'une durée de présence effective en France particulièrement significative (« de l'ordre de 7 ans par exemple ») et 12 mois de salaires au cours des 3 dernières années<sup>51</sup>, en l'élargissant à l'étranger justifiant d'une activité professionnelle actuelle ou antérieure.

S'agissant de **l'activité actuelle**, dans l'hypothèse où le travailleur ne serait pas en possession d'un contrat de travail du fait du refus de l'employeur d'en établir un, une preuve par tous moyens de la relation de travail devrait être prévue afin de faire valoir ses droits (cf. *infra*). Compte tenu du refus de l'employeur de solliciter une autorisation de travail pour l'emploi considéré, le travailleur pourrait être mis en possession d'un récépissé d'une durée d'au moins 6 mois renouvelable afin de lui permettre de rechercher un autre emploi ou dans l'attente de l'éventuelle action prud'homale engagée afin d'obtenir la production d'un contrat de travail ou d'une promesse d'embauche nécessaire à sa régularisation.

La situation des **travailleurs indépendants**, de plus en plus nombreux compte tenu de l'évolution du marché du travail, mériterait également d'être prise en compte. Le travailleur – sans contrat de travail ni promesse d'embauche – devrait également être à même de pouvoir démontrer la réalité d'une activité professionnelle par tous moyens et, s'il apporte suffisamment d'éléments, être mis en possession d'un récépissé afin de lui permettre de régulariser sa situation administrative en vue d'obtenir la délivrance d'un titre de séjour « entrepreneur/profession libérale »<sup>52</sup>.

S'agissant de **l'activité antérieure**, une simplification des critères actuels prévus par la circulaire Valls – « 8 mois, consécutifs ou non, sur les 24 derniers mois ou 30 mois, consécutifs ou non, sur les 5 dernières années » ou « 24 mois dont 8, consécutifs ou non, dans les 12 derniers mois » pour la condition d'ancienneté de séjour de 3 ans au lieu de 5 – paraît également souhaitable. En outre, compte tenu des délais d'instruction de telles demandes, la délivrance d'un récépissé d'une durée de 4 mois prévue par la circulaire Valls<sup>53</sup> semble insuffisante. Une durée minimale de six mois, renouvelable, serait plus en phase avec la réalité.

31

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> CE, 2ème et 7ème ss-sect réun., « Sacko », 8 juin 2010, n°334793.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> CE, avis n°334793, 8 juin 2010 ; point 2.2.3 circulaire Valls et actualisation de la foire aux questions (FAQ) pour la mise en œuvre de la circulaire Valls du 20 avril 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Prévu par les articles L.421-5 et suivants du CESEDA.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Point 1.4.

#### • Favoriser la preuve de l'activité professionnelle actuelle ou passée

La preuve de l'activité professionnelle actuelle ou antérieure est essentielle puisqu'elle déterminera la régularisation du ressortissant étranger. Sur ce point également, le dispositif actuel pourrait opportunément évoluer puisqu'actuellement, en l'absence de tout bulletin de paie, cette preuve est impossible à rapporter.

La circulaire Valls prévoit en effet comme seule preuve certaine d'activité salariée les bulletins de paie. D'autres modes de preuve complémentaires (virement bancaires, le cas échéant corroborés par une attestation de l'employeur) ne sont admis qu'en complément d'un certain nombre de bulletins de paie.

Un tel dispositif ne permet pas de garantir aux travailleurs concernés une protection suffisante, compte tenu du nombre de cas dans lesquels ils ne disposent pas de bulletins de paie.

La preuve de l'activité professionnelle, qu'elle soit actuelle ou passée, devrait pouvoir être apportée par tous moyens compte tenu des difficultés qu'est susceptible de rencontrer le travailleur étranger face à un employeur s'opposant à sa démarche de régularisation.

À tout le moins, la recevabilité d'autres modes de preuve devrait être admise, même en l'absence de tout bulletin de paie.

À l'instar de ce qui est prévu pour la justification de l'ancienneté de la résidence en France, les documents émanant d'une administration publique (documents de l'inspection du travail, jugements des conseils des prud'hommes<sup>54</sup>, constats d'huissier, documents d'un service social et sanitaire, etc.) devraient être considérés comme des modes de preuve d'une valeur équivalente voire supérieure aux bulletins de paie étant donné que le risque de falsification est moindre. De telles modalités probatoires s'inscrivent davantage dans la logique de protection du travailleur étranger que ce que permet le dispositif actuel. Comme le rappelait déjà en 2016 le Défenseur des droits<sup>55</sup>, depuis 2011, les contrôleurs et inspecteurs du travail sont tenus, lorsqu'ils constatent qu'un travailleur étranger est occupé sans être en possession d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, de lui remettre un document l'informant de ses droits, dont le contenu a été précisé par décret<sup>56</sup>.

Concernant les autres modes de preuve – complémentaires au sens de la circulaire –, outre les chèques ou virements<sup>57</sup>, les avis d'imposition, les versements réguliers en espèces sur un compte bancaire devraient pouvoir être considérés comme des indices d'activité salariée. Les photographies, vidéos, attestations, témoignages et courriels devraient également être admis pour permettre de prouver la relation de travail actuelle ou passée, en l'absence de bulletins de paie ou de contrat de travail. C'est d'ailleurs ce qui est admis devant la juridiction prud'homale<sup>58</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Les courriers de l'inspection du travail et jugements des CPH sont visés par l'actualisation de la FAQ de 2018 à titre de pièces officielles complémentaires aux bulletins de paie.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Cf. rapport DDD préc. p.81.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Art. R.8252-1 et R.8252-2 code travail.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Visés par l'actualisation de la FAQ de 2018 préc.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Cf. rapport DDD préc. p.81.

## Sur l'engagement de l'employeur à verser la taxe OFII, obstacle à la démarche de régularisation

Un autre obstacle apparaît en effet dans le dispositif actuel en cas d'opposition de l'employeur lié à l'engagement de l'employeur à verser la taxe à l'OFII lorsqu'il remplit le formulaire *cerfa* de demande d'autorisation de travail<sup>59</sup>. La taxe sera due après accord de l'autorisation de travail. L'inspection générale des finances avait recommandé en 2014 la suppression de cette taxe<sup>60</sup> en l'identifiant comme une taxe à faible rendement.

#### Sur la condition d'ancienneté de séjour du travailleur étranger

Le dispositif actuel prévoit que cette ancienneté doit être « significative », qu'elle ne peut « qu'exceptionnellement être inférieure à 5 années de présence effective en France » mais qu'elle peut être de « 3 ans dès lors que l'intéressé pourra attester d'une activité professionnelle de 24 mois dont 8, consécutifs ou non, dans les 12 derniers mois »<sup>61</sup>.

Cette exigence de résidence en France pourrait être simplifiée, en l'alignant sur la condition d'ancienneté de travail.

Par ailleurs, il semble que certaines préfectures refusent de prendre en compte la présence sur le territoire de l'étranger dès lors qu'une mesure d'OQTF a été prise à son encontre. De telles pratiques apparaissent contraires au dispositif même de l'admission exceptionnelle au séjour. La circulaire Valls précise en effet que les demandes doivent être réceptionnées, y compris lorsque les intéressés ont fait l'objet d'une décision de refus de séjour suivie, le cas échéant, d'une OQTF, même lorsque ces décisions ont été confirmées par le juge<sup>62</sup>. Or, l'ancienneté de séjour en France peut être prise en compte, même si une mesure d'éloignement a été prise à l'encontre de l'intéressé.

#### 3. Sur la pénalisation croissante des travailleurs étrangers

Alors que la production d'un certificat de concordance pour un **travailleur sous alias** – travaillant sous l'identité d'une autre personne en utilisant son document de séjour ou d'identité – est désormais clairement admise<sup>63</sup>, deux articles du code pénal ont été, pour l'un, introduit et, pour l'autre, modifié<sup>64</sup> pour sanctionner spécifiquement l'étranger ayant travaillé sous un tel statut. Ces infractions s'ajoutent donc aux infractions existantes d'usurpation d'identité, de faux et d'usage de faux.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Point 2.2.1 circulaire Valls.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Rapport IGF n°2013-M-095-02, février 2014, Tome 1, Annexe II.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Point 2.2.1 circulaire Valls.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Point 1.1.

<sup>63</sup> FAQ de 2018 préc. point 2.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Art. 441-8 introduit par la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 et art. 441-7 modifié par la loi n°2018-778 du 10 septembre 2018.

Cette pénalisation croissante des étrangers a été à plusieurs reprises dénoncée par le Défenseur des droits<sup>65</sup>, qui avait recommandé à plusieurs reprises la suppression de l'infraction prévue par l'article 441-8 du code pénal<sup>66</sup>.

L'utilisation d'alias par des travailleurs dépourvus de titre de séjour peut constituer le seul moyen de solliciter une régularisation par le travail. La pénalisation des étrangers concernés va ainsi à l'encontre de la logique de régularisation prévue par les textes.

Plutôt que de renforcer constamment l'arsenal législatif des sanctions pénales pouvant être appliquées aux étrangers, le Défenseur des droits sollicitait notamment la mise en œuvre d'une réforme législative destinée à compléter l'article L.8252-1 du code du travail, lequel établit la liste des obligations de l'employeur prévues par ledit code applicables au travailleur étranger sans titre. Il considérait en effet qu'il conviendrait d'ajouter à cette liste d'autres dispositions protectrices, notamment celles relatives à la protection des libertés individuelles, à l'égalité professionnelle, à la protection contre les discriminations et au harcèlement. Une meilleure protection des travailleurs sans-papiers et l'augmentation des obligations pesant sur l'employeur à leur égard pourrait en effet réduire le recours à la main d'œuvre en situation irrégulière.

En ce sens, la Défenseure des droits réitère et complète les recommandations suivantes :

- supprimer le délit prévu par l'article 441-8 du code pénal;
- compléter l'article L.8252-1 du code travail en ajoutant les dispositions protectrices relatives à la protection des libertés individuelles, à l'égalité professionnelle, à la protection contre les discriminations et le harcèlement.

## 4. Sur l'accès à la préfecture pour le dépôt d'une demande de régularisation et la délivrance nécessaire de récépissés le temps de l'instruction de la demande

En ne garantissant pas le dépôt personnel au guichet des demandes, la date de l'enregistrement de la demande diffère de celle de l'examen de sa complétude, préalables nécessaires à la délivrance d'un récépissé. La création de centres de réception et de centres de gestion, quand elles s'accompagnent de convocation multiples et très espacées dans le temps, a les mêmes conséquences : l'examen de la complétude du dossier est parfois réalisé plus d'un an après le dépôt, et dans l'attente, la personne est maintenue en situation irrégulière. La délivrance d'une attestation de dépôt n'atténue pas ce problème puisque celles-ci ne constituent qu'une preuve de l'accomplissement de démarches mais en aucun cas un document ouvrant un droit au séjour.

Si la circulaire Valls prévoit la délivrance d'un récépissé de quatre mois, renouvelable une fois, au bénéfice de l'étranger ayant sollicité une admission exceptionnelle au séjour dès lors que celui-ci répond aux critères de régularisation définis par la circulaire<sup>67</sup>, certaines préfectures considèrent qu'un tel récépissé peut n'être délivré qu'une fois que la demande a été instruite et qu'une décision favorable a été prise, dans l'attente de la fabrication du titre. En outre, la circulaire ne

<sup>65</sup> Cf. rapport DDD préc. p.171 et suivants ; avis DDD n°18-09 du 15 mars 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> Avis n°15-20 du 3 sept. 2015, rapport DDD et avis n°18-09 préc.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Point 1.4.

précise pas si ce récépissé doit autoriser à travailler, ce qui permettrait pourtant aux étrangers en situation irrégulière d'être déclarés lorsqu'ils travaillent pour le compte d'un employeur qui appuie leur demande régularisation, et à ceux qui disposent d'une promesse d'embauche de ne pas en perdre le bénéfice en prenant rapidement leur poste, avant même que leur demande soit instruite.

La Défenseure des droits considère donc qu'il est nécessaire de prendre des mesures propres à :

- garantir un enregistrement et un examen rapide de la complétude des dossiers de demande de régularisation ;
- délivrer rapidement des récépissés autorisant à travailler une fois la complétude du dossier constatée.

#### 5. Régulariser pour lutter contre le travail illégal

La lutte contre le travail illégal et la régularisation de travailleurs dépourvus de titre de séjour ne sont pas des démarches contradictoires, bien au contraire.

Il convient tout d'abord de rappeler que la personne qui travaille sans y être autorisée n'est pas, de ce simple fait, auteur d'une infraction. Elle en est au contraire la victime. À ce titre, il paraît légitime de la protéger, notamment en lui garantissant un droit au séjour.

Cette protection lui permettra de faire valoir ses droits, y compris en prenant part à une éventuelle procédure pénale, concourant de ce fait à cet objectif de politique pénale. De plus, cette régularisation limitera pour l'avenir les risques d'exploitation à son encontre puisque ces délits sont grandement facilités par l'état de précarité des personnes, en particulier lorsqu'elles sont en situation administrative irrégulière.

Par ailleurs, depuis l'adoption de la loi du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, un titre de séjour est délivré de plein droit<sup>68</sup> aux personnes qui portent plainte pour des faits de traite des êtres humains ou de proxénétisme ou témoigne de tels faits dans le cadre d'une procédure pénale. Il en va de même des personnes inscrites dans un parcours de sortie de la prostitution<sup>69</sup>.

La Défenseure des droits a déjà eu l'occasion de saluer cette avancée qui pourrait aujourd'hui être poursuivie en s'inspirant par exemple de ce dispositif pour l'étendre aux victimes d'autres infractions constitutives de travail illégal telles que le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié<sup>70</sup>.

Ce délit inclut le fait de ne pas déclarer l'embauche d'un salarié, de ne pas lui remettre de bulletins de paie ou de minimiser sur ceux-ci le nombre d'heures travaillées, et de ne pas déclarer les salaires qui lui sont versés auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales. En s'abstenant de procéder à ces démarches, l'employeur compromet très

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Cette possibilité de régularisation spécifique aux victimes d'exploitation par le travail a été introduite par la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003 mais était jusqu'ici soumise à l'appréciation des préfets.

<sup>69</sup> Articles L.425-1 et 4 du CESEDA, anciennement L.316-1 et L.316-1-1.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Articles L.8221-5 et suivants et L.8224-1 du code du travail.

largement les chances du salarié d'obtenir sa régularisation au titre de l'admission exceptionnelle au séjour puisqu'il le prive de preuves de son activité professionnelle.

# 6. Soutenir les démarches portées par les acteurs de l'insertion qui, de manière expérimentale, souhaiteraient embaucher en contrat d'insertion des personnes étrangères en attente de régularisation

Le code du travail ne permet aujourd'hui pas l'embauche de travailleurs sans papiers dans la mesure où ils doivent bénéficier de l'autorisation de travail en amont. Or, les structures d'insertion par l'activité économique proposent un contrat de travail (CDDI) assorti d'un accompagnement technique, social et professionnel aux personnes éloignées de l'emploi. Le contrat de travail devient support d'intégration en permettant une insertion durable sur le marché du travail et dans la société, par la formation, en particulier dans les métiers en tension. Une autorisation d'embauche, à titre expérimental, en contrat d'insertion, permettra de démontrer la pertinence de ce dispositif pour l'intégration durable de personnes étrangères.

5. Quelle appréciation avez-vous du système juridique, et de son application, en matière de régularisation des personnes sans-papiers, via en particulier l'admission exceptionnelle au séjour? Faudrait-il faire évoluer les critères contenus dans la circulaire dite « Circulaire Valls » de 2012 et si oui de quelle manière?

L'admission exceptionnelle au séjour, codifiée à l'article L. 435-1 du CESEDA (ancien art. L. 313-14), est en réalité une pratique ancienne, reposant sur le pouvoir discrétionnaire de régularisation dévolu à l'autorité préfectorale. Elle se révèle être une nécessité pour régulariser le séjour de personnes ayant établi le centre de leurs attaches familiales et privées en France et qui, pourtant, demeurent en situation irrégulière, vu les règles restrictives régissant le séjour des étrangers en France.

Jusqu'au début des années 2000, les gouvernements successifs ont opéré des vagues de régularisation, qui ont concerné plusieurs milliers de personnes.

Le droit commun des étrangers prévoyait d'ailleurs un mécanisme de régularisation permanent pour les personnes séjournant en France depuis plus de 10 ans, qui, sous réserve de prouver l'ancienneté de leur résidence en France, se voyait admis au séjour au titre de la vie privée et familiale. Ce mécanisme permanent de régularisation a été supprimé par la loi du 2006-911 du 24 juillet 2006 et ne demeure aujourd'hui que dans l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié, à l'article 6-1.

Durant les années 2000, des mobilisations de la société civile ont alerté les pouvoirs publics sur le sort des familles étrangères vivant dans la clandestinité.

C'est dans ce contexte qu'a été édictée la circulaire du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposés par des étrangers en situation irrégulière, dite circulaire « Valls » (NOR : INTK1229185C), qui pose un cadre général pour la régularisation au

titre de l'admission exceptionnelle au séjour. Outre un mécanisme complexe de régularisation par le travail, elle prévoit également une régularisation au titre de la vie familiale pour les catégories suivantes :

- Les parents d'enfants scolarisés, sous réserve qu'ils justifient d'une ancienneté de leur présence en France depuis 5 ans et d'une scolarisation de leurs enfants depuis 3 ans ;
- Les conjoints d'étrangers en situation régulière, sous réserve qu'ils justifient d'une ancienneté de séjour en France de 5 ans et d'une vie commune d'au moins 18 mois ;
- Les jeunes majeurs ayant rejoint leur famille en dehors de la procédure de regroupement familial, sous réserve d'une présence en France depuis 2 ans à la date de leur majorité et d'une scolarité exemplaire.

#### Actuellement, le Conseil d'Etat est à nouveau saisi de la question de son opposabilité.

En 2015, la Haute juridiction, par sa jurisprudence « Cortes-Ortiz », avait jugé que la circulaire en cause n'instituait pas de lignes directrices dont les étrangers pouvaient se prévaloir (CE, 4 févr. 2015, n° 383267, 38326), solution constamment rappelée depuis.

Par un arrêt avant dire droit du 31 mars 2022, la cour administrative d'appel de Lyon a demandé au Conseil d'Etat de se prononcer à nouveau sur son caractère opposable suite à l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018, qui permet aux administrés de se prévaloir des circulaires « qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives » (art. L. 312-3 du CRPA).

## Sur les difficultés auxquelles sont confrontées les étrangers souhaitant introduire une demande de régularisation au titre de l'AES

Les personnes souhaitant déposer une demande de titre de séjour sur le fondement de l'AES ont été parmi les publics les plus affectés par la dématérialisation car ce type de demande suppose, dans de nombreuses préfectures notamment d'Île de France, d'obtenir un rendez-vous en ligne. Récemment, le Défenseur des droits a été saisi par plusieurs associations sur la situation de nombreux usagers confrontés à l'impossibilité d'obtenir un RDV en ligne pour pouvoir déposer leur demande de titre de séjour AES et il semblerait que cette impossibilité soit pleinement assumée, les demandes d'admission exceptionnelle au séjour étant considérées comme « le parent pauvre » du droit au séjour des étrangers.

Plus inquiétant encore, des nombreuses saisines que nous recevons sur cette problématique, il ressort que lorsque le juge administratif, saisi en référé mesure utile, enjoint à l'administration de délivrer un rendez-vous dans un délai contraint, ce délai n'est jamais respecté et les personnes concernées ne peuvent effectivement avoir accès au guichet qu'après de nombreux mois et le plus souvent, après avoir saisi à nouveau la juridiction d'une demande d'exécution du jugement initial.

Certaines préfectures ont également mis en place un «pré-rendez-vous» physique au cours duquel l'agent instructeur vérifie la complétude du dossier puis, alors que la demande est considérée comme complète, convoque le demandeur un an après ce 1<sup>er</sup> rendez-vous pour procéder à l'instruction effective de ladite demande. Durant ce laps de temps, la personne n'est pas admise au séjour et ne peut justifier de ses démarches de régularisation que par la production d'une attestation de dépôt, qui n'interdit pas son placement en rétention.

Le Défenseur des droits a dénoncé à de nombreuses reprises le fait que, contrairement aux dispositions du CESEDA, les personnes qui demandent pour la 1<sup>ère</sup> fois un titre de séjour ne sont pas admis provisoirement au séjour durant l'instruction de leur demande et qu'elles ne voient pas remettre une autorisation provisoire de séjour ni un récépissé de demande de titre. Cette pratique illégale demeure toutefois la norme en matière de demande d'AES.

Si l'administration conserve un pouvoir d'appréciation important puisque ce droit au séjour est reconnu de manière discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que les étrangers qui formulent une telle demande ont le droit de la voir examiner, dans le respect des garanties procédurales prévues tant par le CESEDA que le CRPA.

Dans le cadre du déploiement de l'ANEF, la possibilité de formuler une demande d'AES ne semble pas tranchée à ce jour. Toutefois, au vu des atteintes aux droits constatées dans ce domaine depuis plusieurs années, la Défenseure des droits recommande que la procédure d'examen de ce type de demande soit fixée par voie réglementaire.

Enfin, le Défenseur des droits reste vigilant sur la proposition « d'instruction à 360° » évoquée par le Conseil d'Etat en 2020 et repris par le Sénat en 2022. Cette « instruction à 360° » est relative au fait de « procéder, dès le stade administratif, à un examen plus complet de la situation des étrangers au regard du droit au séjour ». Si le Défenseur des droits souscrit à la philosophie générale de cette proposition, il convient de demeurer vigilant quant aux corollaires de cette proposition à savoir :

- L'obligation faite au demandeur de présenter l'ensemble des éléments susceptibles de lui permettre de bénéficier d'un titre de séjour; pour se faire, il est nécessaire de favoriser l'accès aux droits et la compréhension de cette obligation par une information renforcée des étrangers qu'elle concernera, vu la complexité et la multiplicité des règles existantes.
- Le fait qu'une nouvelle demande de titre de séjour, après un 1er refus, ne porte que sur les éléments et faits nouveaux. Concernant les possibilités de réexamen du droit au séjour fondé sur des éléments et faits nouveaux, tel est déjà l'état du droit positif. Toutefois, nous restons vigilants quant à la traduction juridique ou pratique de ce corollaire, qui ne doit pas conduire à ce que l'examen d'une nouvelle demande de titre de séjour se révèle impossible par une appréciation stricte de l'élément ou du fait nouveau, ce qui conduirait immanquablement à l'émergence d'un nouveau contentieux.

# **6.** Quelle est votre évaluation de l'accès des étrangers au logement ? Faut-il le renforcer ?

Le signe le plus manifeste des difficultés de l'accès des étrangers au logement est leur surreprésentation parmi les personnes reconnues prioritaires au titre de la procédure Droit au logement opposable : en 2016, alors qu'ils ne représentaient que 15 % de la totalité des demandeurs d'un logement social, ils représentaient 41 % des demandeurs reconnus prioritaires. Cette situation résulte des discriminations dont les étrangers sont victimes de la part de bailleurs. Le Défenseur des droits est fréquemment saisi de faits relatifs à des conditions de location discriminatoires sur le fondement de la nationalité ainsi que de l'origine, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, à une nation et à une prétendue race. Les effets de ces discriminations sont renforcés par les obstacles légaux rendant leur accès au logement social plus difficile (1). Les étrangers ne peuvent également pleinement bénéficier du droit à l'hébergement d'urgence en raison de la remise en cause de son inconditions matérielles d'accueil décentes incluant un logement étant neutralisée par la saturation du dispositif national d'accueil (3).

#### 1. Les obstacles légaux à l'accès au logement social

Le rapport de 2016 du Défenseur des droits portant sur les droits fondamentaux des étrangers a identifié une série de règles pouvant provoquer des restrictions de l'accès des étrangers au logement. Depuis, une partie de ces obstacles ont été levés par le législateur et le pouvoir réglementaire. D'autres demeurent, le principal d'entre eux étant la subordination de l'accès au logement social à une condition de régularité du séjour de tous les membres majeurs du foyer. Le recours DALO se trouve subordonné à ces mêmes conditions de régularité et de permanence du séjour. Ces règles sont cohérentes et évitent que des demandeurs bénéficient du droit au logement opposable alors qu'ils ne peuvent prétendre à l'obtention d'un logement locatif social.

Cependant, d'une part, ces règles s'opposent à « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent», objectif de valeur constitutionnelle, résultant du principe de sauvegarde de la dignité humaine. D'autre part, ces conditions sont susceptibles de provoquer des situations kafkaïennes notamment dans le cadre du regroupement familial. L'article L. 434-7 du CESEDA indique en effet parmi les conditions pour être autorisé à être rejoint au titre du regroupement familial de disposer « à la date d'arrivée de sa famille en France d'un logement considéré comme normal pour une famille comparable vivant dans la même région géographique ». Or, un individu ne peut pas bénéficier d'un logement social pour des membres de sa famille qui ne vivent pas encore actuellement avec lui. Un étranger en bénéficiant ne peut pas donc en obtenir un d'une superficie normale pour sa famille. Cette contradiction n'est pas levée si la famille de l'étranger est entrée irrégulièrement sur le territoire national. En effet, outre le fait qu'en principe la procédure du regroupement familial ne peut bénéficier qu'à des membres de la famille vivant à l'étranger, les membres majeurs de la famille du demandeur en situation irrégulière ne peuvent pas être pris en compte dans la demande d'attribution d'un logement social.

#### 2. La remise en cause de l'inconditionnalité de l'hébergement d'urgence

L'article L.345-2-2 du code de l'action sociale et des familles (CASF) dispose que « toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique et sociale a accès, à tout moment, à un dispositif d'hébergement d'urgence ». L'accueil est donc inconditionnel et doit bénéficier à toute personne à la rue, quelle que soit son origine ou sa situation au regard du séjour en France.

Pourtant, dans un contexte de saturation des dispositifs d'hébergement, l'inconditionnalité du droit à l'hébergement d'urgence a été progressivement remise en cause par les préfectures.

A partir de 2013, le juge administratif a avalisé cette évolution en restreignant l'accès à l'hébergement d'urgence aux personnes dépourvues de droit au séjour pour ne le réserver qu'à celles qui sont dans une situation de « particulière vulnérabilité » liée par exemple à la présence d'enfants en très bas âge ou très gravement malades.

Le Défenseur des droits, réservé quant à cette interprétation contra legem de l'article L.345-2-2 du CASF, demande aux pouvoirs publics de tirer les conséquences du principe d'inconditionnalité en mettant tout en œuvre pour produire une offre d'hébergement adéquate. La faiblesse des moyens des services d'hébergement ne saurait justifier un manquement aux obligations de protection de l'Etat. Cette position, déjà affirmée dans avis au Parlement n°17-09 du 25 septembre 2017 relatif aux crédits budgétaires de la mission « Immigration, asile et intégration » du projet de loi de finances pour 2018, est fréquemment rappelée.

Si la crise sanitaire a favorisé l'accroissement du parc d'hébergements d'urgence réclamé de longue date par les acteurs de terrain et par le Défenseur des droits, cela ne semble pas avoir modifié la situation des étrangers dans l'hébergement. En 2020, le Défenseur a alors rappelé que le fait que le demandeur se trouve en situation irrégulière sur le territoire français ne fait pas, en soi, obstacle à ce qu'il soit fait droit à sa demande d'hébergement.

En 2021, dans son rapport « *Pour une protection effective des personnes Roms* », l'institution a relevé qu'elle avait reçu plusieurs réclamations dénonçant la pratique de départements visant à conditionner l'accès à l'hébergement d'urgence à des critères de plus en plus sélectifs, aléatoires et potentiellement discriminatoires.

#### 3. L'ineffectivité des conditions matérielles d'accueil

Le Défenseur des droits reçoit chaque année des réclamations mettant en lumière des défaillances dans les conditions matérielles d'accueil (CMA). Il a formulé à plusieurs reprises des recommandations à l'attention des autorités compétentes, en pointant la dégradation de l'accueil réservé aux demandeurs d'asile résultant notamment du sous-dimensionnement du dispositif national d'accueil (DNA). Dans un arrêt du 2 juillet 2020, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a confirmé son analyse en condamnant la France pour les «conditions d'existence inhumaines et dégradantes de demandeurs d'asile vivant dans la rue».

A l'occasion du contentieux devant le Conseil d'Etat relatif à l'instruction du 4 juillet 2019 sur la coopération entre les SIAO et l'OFII pour la prise en charge des demandeurs d'asile et des bénéficiaires d'une protection internationale, le ministère de l'Intérieur, dans son mémoire en défense, reconnaissait lui-même le caractère sous dimensionné du DNA en dépit de la création de places supplémentaires, précisant que « seulement 48 % des demandeurs sont hébergés en CADA ou en HUDA en 2018, alors même que le taux moyen d'occupation de ces hébergements s'élève à 93 % ». Cela signifie que plus de la moitié des demandeurs d'asile ne sont pas hébergés par l'OFII et sont par conséquent contraints de faire appel au dispositif d'hébergement d'urgence, lui-même saturé, se reportant à des réseaux solidaires ou sur des habitats informels où ils sont par ailleurs exposés à des expulsions à répétition.

Les augmentations de places régulièrement annoncées par le gouvernement sont à relativiser étant donné que depuis la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, le public des primo arrivants souhaitant solliciter l'asile est également admis au sein du DNA, ce qui augmente considérablement le nombre de personnes à héberger.

Certes, les demandeurs d'asile ne disposant pas d'hébergement reçoivent l'ADA majorée d'un certain montant. Néanmoins, les personnes bénéficiant de cette majoration sont tout de même contraintes de vivre à la rue faute de pouvoir financer un hébergement, cette majoration restant très faible. C'est pourquoi, dans un contexte de saturation du DNA, le Défenseur des droits s'inquiète de ce que les autorités privilégient une attribution en masse de l'ADA majorée plutôt au détriment d'un accroissement significatif du nombre de places d'hébergement pour mettre l'offre disponible en adéquation avec la demande.

En outre, la saturation du DNA conduit inévitablement à la constitution de campements et autres formes d'habitats informels, comme en témoigne la progression des réclamations des demandeurs d'asile percevant l'ADA majorée mais occupant des terrains ou des squats dans des conditions incompatibles avec le respect de leur dignité.

Enfin, le Défenseur des droits a pu relever que les défaillances se rattachant au DNA étaient d'ordre quantitatif mais également d'ordre qualitatif. Face à la saturation du DNA et des dispositifs d'hébergement de droit commun, de multiples structures pour accueillir les demandeurs d'asile aux fonctionnements très variés ont émergé, à savoir les AT-SA, les HUDA, les CAES, les CAO et les PRADHA en plus des traditionnels CADA. Les conditions d'hébergement au sein des structures sont particulièrement hétérogènes et parfois insuffisantes. Les situations portées à la connaissance du Défenseur des droits soulèvent des questions de salubrité des conditions d'hébergement, d'absence ou d'insuffisance de l'accompagnement social, médical ou juridique pourtant indispensable pour des personnes vulnérables au parcours migratoire difficile et révèlent également une dégradation des conditions de travail des travailleurs sociaux comme a pu le souligner le Défenseur des droits.

En conséquence, la Défenseure des droits recommande de :

- Mettre fin à la subordination de l'accès au logement social à une condition de régularité du séjour de tous les membres majeurs du foyer ;
- Modifier l'article L.345-2-2 du CASF afin d'interdire de prendre en compte la situation administrative des personnes concernées pour prioriser les accès à un hébergement ;
- Pérenniser les places d'hébergement ouvertes à l'occasion de la crise sanitaire :
- Développer le dispositif national d'accueil de manière à ce que le recours à l'ADA majoré soit une exception et d'en revaloriser son montant ;
- Homogénéiser les structures d'accueil des demandeurs d'asile.