

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX
REQUETE EN ANNULATION

POUR : Le Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, représentée pour la présente instance par sa président en exercice, Nathalie Ferré, domiciliée au 3, villa Marcès, Paris 11^{ème}

Demandeur

CONTRE : Le Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire

Défendeur

OBJET : La circulaire du 7 janvier 2008 prise en application de l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007 relatif à la délivrance de cartes de séjour portant la mention « salarié » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour, N° NOR : IMI/N/08/00012/C.

L'association requérante sollicite l'annulation de la circulaire susvisée pour les motifs de fait et de droit ci-après énoncés.

FAITS

Les étrangers souhaitant obtenir une carte de séjour temporaire sont, en principe, soumis à l'obligation de détenir un visa long séjour, en vertu de l'article L. 311-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Cependant, dans certains cas, cette condition n'est pas exigée. Cela concerne notamment les étrangers sollicitant une « admission exceptionnelle au séjour », c'est-à-dire une régularisation.

Dans son avis rendu sur saisine du ministre de l'Intérieur à l'occasion de l'affaire des « sans-papiers de l'église St Bernard », le Conseil d'Etat a ainsi rappelé qu' « *il convient (...) d'observer qu'il ne peut exister un "droit à la régularisation", expression contradictoire en elle-même. La régularisation, par définition, est accordée dans l'hypothèse où le demandeur d'un titre de séjour ne bénéficie pas d'un droit, sinon il suffirait qu'il le fasse valoir. Au contraire, l'autorité administrative a le pouvoir d'y procéder, sauf lorsque les textes le lui interdisent expressément* ». Dans ce cadre, l'autorité préfectorale « *peut prendre à titre exceptionnel, et sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une mesure gracieuse favorable à l'intéressé, justifiée par la situation particulière dans laquelle le demandeur établirait qu'il se trouve* » (CE avis, Ass. 22 août 1996, Etrangers non ressortissants de l'Union européenne, n° 359622 : *Grand avis du Conseil d'Etat*, 2ème éd., Dalloz 2002, n°36, comm. D. MANDELKERN).

En ce sens, votre haute juridiction estime, de longue date, que l'administration ne peut s'interdire, par une disposition générale, la possibilité de régulariser sans méconnaître l'étendue de sa compétence (CE, 13 janvier 1975, *Da Silva et CFDT*, Lebon, p.16 ; D.1975.784, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; AJDA 1975.258, note ANDRÉ ; Dr. Soc. 1975 .273, concl. DONDOUX ; CE 7 octobre 1991, *Diop*, aux tables, p.691)¹.

Une nouvelle forme d'admission exceptionnelle au séjour a été créée par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration à l'article L. 313-14 : la régularisation répondant « *à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir* ».

Mais alors que jusque là cette disposition prévoyait uniquement la délivrance d'une carte « vie privée et familiale » lors d'une régularisation, l'article 40 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile permet désormais la délivrance d'une carte de séjour « salarié » ou « travailleur temporaire » au titre de l'article L. 313-10-1°, troisième alinéa.

L'article L. 313-14 dispose que :

« La carte de séjour temporaire mentionnée à l'article L. 313-11 ou la carte de séjour temporaire mentionnée au 1° de l'article L. 313-10 sur le fondement du troisième alinéa de cet article peut être délivrée, sauf si sa présence constitue une menace pour

¹ Voir aussi CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c/ Dakoury*, AJDA 1992, p. 166, chron. C. Maugué et R. Schwartz et Nkodia, Lebon p. 439 ; AJDA 1992, p. 166 ; D 1992, pp. 447-452, note F. Julien-Laferrière et l'inventaire de cette jurisprudence, pour les différentes circulaires de régularisation depuis 1985, par Damien CATTEAU, « Le contrôle des régularisations exceptionnelles, entre fait majoritaire et fait du prince », AJDA 2007 p. 4030

l'ordre public, à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir, sans que soit opposable la condition prévue à l'article L. 311-7. »

(les caractères en gras correspondent à l'ajout de l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007)

C'est en application de la nouvelle disposition introduite par l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007 - connu sous le nom d'amendement « Lefebvre » - que la circulaire du 7 janvier 2008 a été prise.

Ces instructions ministérielles ne prévoient que la délivrance de cartes de séjour temporaires portant la mention « salarié » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour, comme l'indique son objet :

« OBJET : Application de l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007 relatif à la délivrance de cartes de séjour portant la mention « salarié » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour. »

Par ailleurs, cette circulaire exclut les ressortissants algériens et tunisiens du bénéfice de cette admission exceptionnelle au séjour, au motif que, pour les ressortissants algériens, leur « *situation au regard du droit au séjour et au travail relève intégralement de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié* », et que, pour les ressortissants tunisiens, « *la liste des métiers ouverts ne leur est pas applicable.* »

La circulaire du 7 janvier 2008 précise tout d'abord les éléments que les Préfectures devront prendre en compte pour évaluer « *l'aptitude* » de l'étranger « *à exercer une activité professionnelle dans un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement* ».

Ces métiers connaissant des difficultés de recrutement figurent dans une liste annexée à la circulaire, qui reprend intégralement l'annexe 4 d'une autre circulaire, celle du 20 décembre 2007, NOR : IMIN0700011C, prise en application de l'article L. 313-10 du CESEDA. Les Préfectures devront vérifier le respect de deux conditions cumulatives :

- la reconnaissance de qualifications et / ou d'expériences professionnelles dans l'un des métiers figurant sur la liste établie par la circulaire du 20 décembre 2007 précitée ;
- la preuve d'un engagement ferme de l'employeur à embaucher l'étranger, par une proposition de contrat de travail à durée indéterminée – ou, à titre exceptionnel, à durée déterminée mais d'une durée supérieure à un an –.

La circulaire se rapporte ensuite à « *l'appréciation des critères d'ordre humanitaire ou exceptionnel* », qui devra donner lieu à « *un examen individualisé de situation en faisant preuve de la plus grande bienveillance* » lorsque « *l'aptitude des intéressés à travailler dans l'un des métiers mentionnés en annexe* » aura été établie.

Le GISTI entend démontrer l'illégalité de l'ensemble de ces dispositions impératives de la circulaire du 7 janvier 2008. Il en sollicite l'annulation pour les motifs énoncés ci-après.

DISCUSSION

I. Sur la recevabilité de la requête

A. Sur l'intérêt à agir du Gisti

Le Gisti s'est donné comme objet, selon les termes de l'article 1^{er} de ses statuts :

- « - de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des étrangers et des immigrés ;
- d'informer les étrangers des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits ;
- de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leur droits, sur la base du principe d'égalité ;
- de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, et d'assister celles et ceux qui en sont victimes ;
- de promouvoir la liberté de circulation. »

Le Gisti a donc un intérêt à demander l'annulation d'un texte qui restreint les possibilités de régularisation au titre d'une disposition légale. Ainsi, dans l'un des premiers arrêts rendus par votre haute juridiction sur recours du Gisti, vous avez reconnu son intérêt lui donnant qualité à contester deux circulaires du Ministre de l'Intérieur et du Secrétaire d'Etat au Travail, en date du 30 novembre 1974, relatives aux conditions de séjour et d'emploi des ressortissants des Etats d'Afrique au sud du Sahara, précédemment sous administration française. Ces ministres avaient alors décidé de mettre fin au régime plus favorable de circulation et d'établissement dont bénéficiaient les ressortissants des anciens territoires d'outre-mer, sans attendre la renégociation des conventions bilatérales, en imposant l'obligation d'une carte de séjour et d'une carte de travail délivrées dans les conditions prévues par le droit commun des étrangers (CE, 24 novembre 1978, N° 98339 98699, *CGT, GISTI*, publié au Lebon ; voir aussi CE, 20 mars 1985, n°27408, *GISTI*, aux Tables à propos de l'annulation de deux dispositions de la circulaire Stoléro du 10 juin 1980 relative à l'instruction des demandes de titre de travail).

En outre, en excluant les ressortissants algériens et tunisiens de la procédure d'admission exceptionnelle au séjour ouverte par l'article 40 de la loi de novembre 2007, la circulaire viole le principe d'égalité en introduisant des différences de traitement, qui ne sont pas prévues par la loi (V. notamment CE, 29 juill. 2002, *Gisti, LDH, Femmes de la terre c/ Min. de l'intérieur*, req. n° 231158 ; CE, Ass, 31 mai 2006, *Gisti*, req. n° 273638).

B. Sur le caractère impératif de la circulaire

1. Le **caractère impératif** des dispositions contestées de la circulaire a rarement été aussi incontestable. Il résulte des termes mêmes utilisés de manière permanente et répétée dans la circulaire qui est entièrement rédigée sur un ton impératif :

- « **Vous instruirez** donc les demandes de délivrance de la carte « salarié » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour **conformément aux instructions suivantes** » ;
- « les ressortissants algériens **ne peuvent pas se prévaloir des dispositions** introduites par l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007 » ;
- « **vous devrez** vérifier que les étrangers satisfont à deux conditions cumulatives » ;
- « les métiers supplémentaires (...) **doivent également être pris en compte** » ;

-« le renouvellement de la carte de séjour « salarié » que vous aurez délivrée **devra être effectué** dans les conditions de droit commun » ;
- « cet engagement **devra se traduire** par une proposition de contrat de travail à durée indéterminée (...) » ;
- « **devront en outre être fournis** tous les justificatifs prévus par l'arrêté du 10 octobre 2007 (...) **sous peine d'irrecevabilité** de la demande » ;
-« vous **communiquerez** ensuite le dossier (...) l'employeur **devra acquitter** (...) » ;
-« les demandes ne respectant pas la totalité des conditions précisées ci-dessus, en particulier le rattachement strict à l'un des métiers mentionnés en annexe pour votre région, **ne seront pas recevables** ».

Ces dispositions impératives à caractère général font grief et sont donc susceptibles d'être contestées par la voie contentieuse (CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*).

2. Subsidiairement, si votre haute juridiction ne relevait pas le caractère impératif de ces instructions ministérielles, il est flagrant que le ministre de l'Immigration y fixe à destination de ses services des **orientations générales**, sans pour autant faire obstacle à ce que, en fonction de la situation particulière de chaque demandeur, les autorités du fonds s'écartent des directives qui leur sont adressées tout en veillant à respecter le principe d'égalité.

Cela ressort particulièrement pour la seconde partie de la circulaire sur l'appréciation des critères d'ordre humanitaire ou exceptionnel. Le ministre indique à ses services que « vous **procéderez à un examen individualisé de situation en faisant preuve de la plus grande bienveillance** lorsque vous aurez établi l'aptitude des intéressés à travailler dans l'un des métiers mentionnés en annexe. En outre, vous étudierez avec une **particulière diligence** les dossiers qui vous auront été signalés par les employeurs eux-mêmes » ou encore dans l'avant-dernier paragraphe « à titre exceptionnel, (...) vous **pourrez ne pas opposer l'irrecevabilité** (...) ».

A tout le moins, à défaut de contenir des dispositions impératives, la circulaire devrait recevoir la **qualification de « directive »** au sens de votre jurisprudence de principe, de Section, du 11 décembre 1970 *Crédit foncier de France c/ Dlle Gaupillat et Dame Ader* (au grands arrêts de la jurisprudence administrative, n°87 ; voir aussi CE 3 mai 2004, n°254 961, *Comité anti-amiante Jussieu* : JCP A 2004.1466, note Benoît).

Si vous reteniez cette qualification, la présente requête ne serait pas recevable mais les étrangers faisant l'objet d'un refus d'admission exceptionnelle au séjour fondé sur ces orientations générales pourraient en revendiquer l'application devant les préfetures et invoquer, par voie d'exception, leur non respect.

II. Sur l'illégalité de la circulaire

A. Sur la légalité externe

1. Sur l'incompétence des autorités ministérielles

A l'évidence certaines des dispositions impératives de la circulaire ont un caractère réglementaire (CE 29 janvier 1954 *Notre Dame du Kreisker*) en ce qu'elles ajoutent à la réglementation existante, comme cela sera démontrée ultérieurement (voir 1.1. et 2.1.).

C'est particulièrement le cas lorsque la circulaire contestée impose aux préfetures d'exiger de l'étranger sollicitant une admission exceptionnelle au séjour « *une proposition de contrat de travail à durée indéterminée – ou, à titre exceptionnel, à durée déterminée mais d'une durée supérieure à un an –* ».

Or, à aucun moment l'article L. 313-10-1°, auquel se réfère explicitement l'article L. 313-14 relatif à l'admission exceptionnelle au séjour, n'exige la délivrance de contrat à durée indéterminée. L'article L. 313-10-1° prévoit seulement la délivrance d'une carte « salarié » pour l'exercice d'une « *activité pour une durée supérieure ou égale à douze mois* ». Or, un contrat à durée déterminée peut très bien être d'une durée supérieure à un an, comme le Code du travail le permet à l'article L. 122-1-2.

Certes, la circulaire contestée prévoit la possibilité de présenter un contrat à durée déterminée – mais à titre exceptionnel seulement.

Par conséquent, **en faisant de la présentation d'un contrat à durée indéterminée l'exigence de principe de l'examen d'une demande d'admission exceptionnelle au séjour, la circulaire litigieuse ajoute à la loi, et restreint considérablement les possibilités d'obtention d'un titre de séjour pour les ressortissants d'Etats tiers.**

Par ailleurs, en exigeant que la proposition de contrat à durée déterminée présenté par l'étranger soit d'une durée supérieure à un an, la circulaire ajoute également à la loi. En effet, l'article L. 313-10-1° prévoit la délivrance d'une carte « salarié » pour l'exercice d'une « *activité pour une durée supérieure ou égale à douze mois* ». **La circulaire restreint donc les possibilités de délivrance de cartes de séjour aux contrats d'une durée supérieure à douze mois, là où la loi évoque des activités d'une durée supérieure ou égale à douze mois.**

Ces deux ajouts réalisés par la circulaire constituent manifestement des dispositions réglementaires ajoutant à la loi et aux règlements.

Or, le ministre de l'Immigration ne disposait pas d'habilitation législative pour édicter ces disposition générales et impersonnelles valables pour l'ensemble du territoire. Il n'agissait pas non plus en qualité de chef de service (CE 1936 *Jamart*).

La Constitution n'attribue le pouvoir réglementaire national qu'au président de la République et au Premier ministre (articles 13, 20 et 21 de la Constitution de 1958 et CE 1919 *Labonne*).

Les dispositions réglementaires de la circulaire attaquée sont donc prises par une autorité incompétente et devront être annulées.

2. Sur le vice de procédure

La circulaire contestée a été prise en violation de la procédure exigée par la loi. En effet, l'article L. 313-14 du CESEDA dispose que

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

Or, le seul décret pris en application de cette disposition législative concerne la Commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour. Il s'agit du décret n° 2006-1286 du 20 octobre 2006 relatif à la Commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour prévue à l'article L. 313-14 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Pourtant, l'article L. 313-14 précise bien qu'un décret en Conseil d'Etat devra définir *« les modalités d'application du présent article et en particulier la composition de la commission »*. Il ressort clairement de cette disposition que l'objet du ou des décrets en Conseil d'Etat ne devront pas se limiter à la Commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour. Ce sont bien les *« modalités d'application du présent article »* qu'il s'agit de préciser, et pas seulement celles qui se rapportent à la Commission.

Par conséquent, une fois les dispositions relatives à la Commission précisées par le décret n° 2006-1286 du 20 octobre 2006, il appartenait à l'autorité administrative d'édicter un autre décret en Conseil d'Etat pour préciser les modalités d'application des autres dispositions de l'article L. 313-14, comme l'appréciation des *« motifs exceptionnels »* et des *« considérations humanitaires »*.

Préciser par une simple circulaire les modalités d'application de dispositions aussi cruciales pour décider de l'admission exceptionnelle au séjour d'un étranger viole donc manifestement l'exigence d'un décret en Conseil d'Etat de l'article L. 313-14.

La circulaire du 7 janvier 2008 a donc été prise en violation des exigences procédurales prévues par la loi, ce qui l'entache d'une illégalité manifeste.

Ce vice de procédure constitue d'ailleurs, pour les mêmes raisons, également une violation de la loi.

B. Sur la légalité interne

1. Sur l'exclusion des ressortissants algériens et tunisiens

Dans une note de bas de page, la circulaire précise que :

« Les ressortissants algériens, dont la situation au regard du droit au séjour et au travail relève intégralement de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié, ne peuvent pas se prévaloir des dispositions introduites par l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007. Il en va de même des ressortissants tunisiens puisque, comme indiqué au 1.3 de la circulaire du 20 décembre dernier citée en référence, la liste des métiers ouverts ne leur est pas applicable. »

Cette disposition exclut les ressortissants algériens et tunisiens du bénéfice de l'admission exceptionnelle au séjour prévue à l'article L. 313-14 du CESEDA. Or la justification de cette exclusion repose sur une erreur de droit. En outre, cette exclusion restreint le pouvoir discrétionnaire des préfets et constitue une violation du principe d'égalité de traitement.

1.1. Sur l'erreur de droit

La circulaire du 7 janvier justifie l'exclusion des ressortissants algériens en considérant que leur « situation au regard du droit au séjour et au travail relève intégralement de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié ». Il en irait de même pour les ressortissants tunisiens, qui relèveraient intégralement de l'accord franco-tunisien du 17 mars 1988 modifié.

Ces dispositions reprennent les arguments avancés dans la circulaire du 20 décembre 2007 N° NOR : IMI/N/07/00011/C, relative aux autorisations de travail délivrées aux ressortissants des nouveaux États membres de l'Union européenne pendant la période transitoire et des États tiers, sur la base de listes de métiers connaissant des difficultés de recrutement. Dans le point 1.3 de cette circulaire du 20 décembre, il est écrit que les accords franco-algérien et franco-tunisien « ne permettent pas en l'état, de limiter, y compris la première année, l'exercice de l'activité professionnelle à une profession déterminée et/ou pour les Algériens à une région déterminée ».

Il s'agit là d'une erreur de droit.

En effet, si les accords franco-algérien et franco-tunisien contiennent des dispositions relatives au travail des ressortissants algériens et tunisiens, ils ne comprennent aucune référence à l'admission exceptionnelle au séjour. L'article 11 de l'accord franco-tunisien est particulièrement net à ce sujet, puisqu'il dispose que :

« Les dispositions du présent accord ne font pas obstacle à l'application de la législation des deux États sur le séjour des étrangers sur tous les points non traités par l'accord. »

Par conséquent, dès lors que les accords franco-algérien et franco-tunisien ne comprennent aucune référence à l'admission exceptionnelle au séjour, l'article L. 313-14 du

CESEDA relatif à l'admission exceptionnelle s'applique aux ressortissants algériens et tunisiens.

Ce cas de figure est loin d'être inédit, comme le montre l'application des dispositions relatives à l'asile territorial instauré par la loi Chevènement de 1998. En effet, cette loi prévoyait la délivrance de titres de séjour « vie privée et familiale » aux algériens et aux tunisiens remplissant les conditions de l'asile territorial. Or, alors même que ni l'accord franco-algérien, ni l'accord franco-tunisien ne contenaient de dispositions relatives à cette possibilité d'obtention de titre de séjour, il n'a jamais été contesté que l'asile territorial s'appliquait aux ressortissants algériens et tunisiens. Ces ressortissants pouvaient donc obtenir des titres de séjour dont la délivrance n'était pas prévue par les accords bilatéraux, sur le fondement de l'article 12 ter de l'ordonnance de 1945. Le même raisonnement peut donc être appliqué à l'admission exceptionnelle au séjour.

Par ailleurs, les ressortissants algériens et tunisiens sont soumis au droit commun en matière d'autorisation de travail, et notamment à l'opposabilité de la situation de l'emploi. En application de l'article L.341-2 du Code du travail, l'article R. 341-4-1-I du Code du travail prévoit que la « *situation de l'emploi dans la profession et dans la zone géographique* » concernées par la demande d'autorisation de travail constitue l'un des éléments qui doivent être pris en compte par le Préfet. **Les ressortissants algériens et tunisiens sont soumis à cet article R.341-4-1 du Code du travail, en vertu d'une jurisprudence constante de votre Haute juridiction.**

C'est ainsi que vous avez considéré, à propos de ressortissants algériens, « *qu'en prévoyant l'apposition de la mention "salarié" sur le certificat de résidence délivré aux ressortissants algériens, les auteurs de l'accord, qui ont précisé que cette mention constitue l'autorisation de travail exigée par la législation française, ont habilité les services compétents à opérer sur l'exercice d'une activité salariée par ces ressortissants un contrôle fondé sur la situation de l'emploi de la nature de celui que prévoit l'article R. 341-4 du code du travail* » (CE, 10 juin 1992, *Ministre de la solidarité (...) c/ M. Djamal Y*, req. n° 114830 ; voir également CE, 6 octobre 1995, *Ministre de la solidarité c/ M. X*, req. n° 115639).

Votre jurisprudence est similaire pour les ressortissants tunisiens : « *Considérant qu'en prévoyant l'apposition de la mention "salarié" sur le titre de séjour délivré aux ressortissants tunisiens après présentation d'un contrat de travail visé par les autorités compétentes, les auteurs de l'accord, (...) ont habilité les services compétents à opérer sur l'exercice d'une activité salariée par ces ressortissants le contrôle fondé sur la situation de l'emploi que prévoit l'article R. 341-4 du code du travail* » (CE, 21 janvier 1998, *M. X... SALEM*, req. n° 154262).

Par conséquent, en justifiant l'exclusion des ressortissants algériens et tunisiens du bénéfice de l'admission exceptionnelle au séjour par la non opposabilité de la situation de l'emploi à leur encontre, la circulaire du 7 janvier 2008 est entachée d'une erreur de droit. Dès lors que ces ressortissants, comme les autres étrangers, peuvent se voir opposer la situation de l'emploi, pourquoi leur refuser le bénéfice de l'admission exceptionnelle au séjour, lorsqu'ils souhaitent exercer des métiers connaissant des difficultés de recrutement ?

1.2. Sur la restriction du pouvoir discrétionnaire des préfets

En excluant les ressortissant algériens et tunisiens du bénéfice de l'admission exceptionnelle au séjour, la circulaire contestée limite le pouvoir discrétionnaire des préfets, dont ils disposent dans la délivrance des titres de séjour.

Or, ce pouvoir étant discrétionnaire, il ne peut par définition être limité, ainsi que votre haute juridiction l'a jugé dans l'arrêt *Da Silva* du 13 janvier 1975:

« Si les dispositions législatives et réglementaires précitées font obligation aux étrangers qui viennent en France pour y exercer un emploi salarié de produire un contrat de travail visé par les services compétents du ministère du travail (...), et ne prévoient expressément aucune procédure de « régularisation » de situation, elles n'interdisent ni aux étrangers qui sont venus en France pour d'autres motifs et se trouvent dans une situation régulière sur le territoire français de présenter une demande d'autorisation de travail aux services compétents, ni à ceux-ci d'accorder l'autorisation demandée dans l'exercice du pouvoir qui appartient normalement à l'administration dans tous les cas où une disposition expresse applicable en l'espèce ne le lui interdit pas, de régulariser les procédures pendantes devant elles ; »

Par conséquent, les préfets disposent d'un pouvoir discrétionnaire qui se manifeste particulièrement dans la possibilité de régulariser. **Dès lors que la circulaire contestée exclut les ressortissants algériens et tunisiens de l'admission exceptionnelle au séjour, elle limite donc le pouvoir discrétionnaire des préfets, alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit une telle limitation.** La circulaire contestée est donc illégale et votre Haute juridiction l'annulera donc pour ce motif.

1.3. Sur la violation des principes d'égalité devant la loi et de non discrimination

La circulaire du 7 janvier 2008, en excluant les ressortissants algériens et tunisiens du bénéfice de l'admission exceptionnelle au séjour, établit une différence de traitement en raison de la nationalité qui n'est pas prévue par la loi et les règlements.

Votre haute juridiction - comme le juge constitutionnel - n'admet pas pareille différence de traitement en fonction de la nationalité dans l'application du principe d'égalité. Ainsi, suivant une jurisprudence bien établie, constitue une différence de traitement prohibée le fait de soumettre l'attribution d'une allocation ou prime sociale facultative à une condition de nationalité (CE 1989 *BAS de Paris c/ Lévy et MRAP*, p.157).

Cette jurisprudence a été reprise par la juridiction constitutionnelle. En effet, affirmant la portée du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, invalidé la disposition du Code de la sécurité sociale qui soumettait à une condition de nationalité le bénéfice d'une prestation non contributive de sécurité sociale.

Or, en l'espèce les dispositions législatives et réglementaires codifiées dans le CESEDA, en particulier l'article L. 313-14, n'ont jamais entendu exclure du bénéfice de l'admission exceptionnelle au séjour les ressortissants algériens et tunisiens.

Par conséquent, **une simple circulaire ne peut pas instituer une différence de traitement entre les ressortissants algériens et tunisiens et les autres étrangers, alors que l'article L. 313-14 du CESEDA ne prévoit pas une telle différence de traitement.**

Cette différence de traitement ne repose *sur aucune différence de situation appréciable* : la jurisprudence administrative et constitutionnelle a toujours refusé de considérer que la seule différence de nationalité constitue une différence de situation appréciable, comme cela a été souligné précédemment. La circulaire du 7 janvier 2008, en excluant les ressortissants algériens et tunisiens du bénéfice de l'admission exceptionnelle au séjour instaure donc une différence de traitement reposant sur les seules différences de nationalité, ce qui constitue une violation manifeste du principe d'égalité de traitement.

En outre, la différence de traitement en fonction de la nationalité instituée par la circulaire contestée ne répond à aucune nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de la norme qui aurait commandé une telle discrimination ou de justification objective et raisonnable

La circulaire contestée viole donc incontestablement le principe d'égalité de traitement, et sera annulée pour ce motif.

2. Sur l'interprétation des dispositions de l'article L. 313-14 du CESEDA

2.1. Sur la limitation de la délivrance des titres de séjour aux seules cartes « salarié » (violation de la loi)

2.1.1. La circulaire du 7 janvier 2008 vise à appliquer l'article L. 313-14 du CESEDA, qui prévoit la délivrance d'une « *carte de séjour temporaire mentionnée au 1° de l'article L. 313-10 sur le fondement du troisième alinéa de cet article* ».

Le troisième alinéa de cet article L. 313-10-1° dispose que :

« La carte porte la mention "salarié" lorsque l'activité est exercée pour une durée supérieure ou égale à douze mois. Elle porte la mention "travailleur temporaire" lorsque l'activité est exercée pour une durée déterminée inférieure à douze mois. Si la rupture du contrat de travail du fait de l'employeur intervient dans les trois mois précédant le renouvellement de la carte portant la mention "salarié", une nouvelle carte lui est délivrée pour une durée d'un an ; »

Par conséquent, l'article L. 313-10-1° permet la délivrance de deux types de cartes de séjour temporaires : la carte « *salarié* » et la carte « *travailleur temporaire* ».

Or, **la circulaire du 7 janvier ne prévoit que la délivrance de cartes de séjour « salarié » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour !** Cette interprétation extrêmement restrictive de l'article L. 313-10-1° constitue donc une violation manifeste de la loi. La circulaire du 7 janvier restreint illégalement les possibilités de délivrance de titres de séjour à des cartes « *salarié* », alors que la loi permet aussi la délivrance de cartes « *travailleur temporaire* ». Pour ce motif, votre Haute juridiction annulera cette circulaire.

2.1.2. C'est aussi le cas lorsque la circulaire contestée impose aux préfetures d'exiger de l'étranger sollicitant une admission exceptionnelle au séjour « *une proposition de contrat de travail à durée indéterminée – ou, à titre exceptionnel, à durée déterminée mais d'une durée supérieure à un an –* ».

Comme cela a été démontré précédemment, à aucun moment l'article L. 313-10-1°, auquel se réfère explicitement l'article L. 313-14 relatif à l'admission exceptionnelle au séjour, n'exige la délivrance de contrat à durée indéterminée. L'article L. 313-10-1° prévoit seulement la délivrance d'une carte « salarié » pour l'exercice d'une « *activité pour une durée supérieure ou égale à douze mois* ». Or, un contrat à durée déterminée peut très bien être d'une durée supérieure à un an, comme le Code du travail le permet à l'article L. 122-1-2. Or, la circulaire contestée prévoit la possibilité de présenter un contrat à durée déterminée, mais à titre exceptionnel seulement. Par conséquent, **en faisant de la présentation d'un contrat à durée indéterminée l'exigence de principe de l'examen d'une demande d'admission exceptionnelle au séjour, la circulaire litigieuse ajoute à la loi, et restreint considérablement les possibilités d'obtention d'un titre de séjour pour les ressortissants d'Etats tiers.**

Par ailleurs, en exigeant que la proposition de contrat à durée déterminée présenté par l'étranger soit d'une durée supérieure à un an, la circulaire ajoute également à la loi. En effet, l'article L. 313-10-1° prévoit la délivrance d'une carte « salarié » pour l'exercice d'une « *activité pour une durée supérieure ou égale à douze mois* ». **La circulaire restreint donc les possibilités de délivrance de cartes de séjour aux contrats d'une durée supérieure à douze mois, là où la loi évoque des activités d'une durée supérieure ou égale à douze mois.**

Si le caractère réglementaire de ces dispositions n'est pas reconnu par votre haute juridiction et l'incompétence du ministre de l'Immigration, à l'évidence ces deux ajouts réalisés par la circulaire sont impératifs et constituent des violations manifestes de la loi que votre Haute juridiction ne manquera pas d'annuler pour ce motif.

2.2. Sur l'interprétation restrictive des motifs d'ordre humanitaire ou exceptionnel

En ce qui concerne l'appréciation des motifs d'ordre humanitaire ou exceptionnel que l'étranger peut invoquer pour solliciter une admission exceptionnelle au séjour, la circulaire du 7 janvier 2008 impose aux préfetures de procéder « *à un examen individualisé de situation en faisant preuve de la plus grande bienveillance lorsque vous aurez établi l'aptitude des intéressés à travailler dans l'un des métiers mentionnés en annexe* ».

La circulaire contestée restreint donc l'appréciation des « considérations humanitaires » et des « motifs exceptionnels » figurant à l'article L. 313-14. En effet, ces éléments figurent de façon autonome dans l'article L. 313-14, et sont donc indépendants du respect des conditions posées par l'article L. 313-10-1°. Or, la circulaire réduit l'appréciation de ces motifs humanitaires ou exceptionnels au respect des conditions de l'article L. 313-10-1°, puisqu'elle impose aux préfetures d'examiner ces motifs en fonction de l'aptitude de l'étranger à travailler dans les métiers connaissant des difficultés de recrutement, figurant sur la liste annexée.

Par ailleurs, le fait de désirer travailler dans des métiers connaissant des difficultés de recrutement ne saurait être qualifié de « considération humanitaire » ou de « motif exceptionnel » au sens de l'article L. 313-14 !

En conséquence, la circulaire contestée réalise une interprétation de la loi qui viole manifestement celle-ci, et votre Haute juridiction ne manquera pas de l'annuler.

3. Sur la liste des métiers ouverts figurant en annexe

3.1. Sur l'erreur manifeste d'appréciation commise dans l'élaboration de la liste de métiers

L'annexe de la circulaire contestée consiste en une liste de 30 métiers connaissant des difficultés de recrutement, établie région par région. Or, cette liste reprend, à une exception près², l'annexe 4 d'une autre circulaire : celle du 20 décembre 2007 relative aux autorisations de travail délivrées aux ressortissants des nouveaux Etats membres de l'Union européenne pendant la période transitoire, et des Etats tiers. Cette circulaire du 20 décembre 2007 précise les modalités d'élaboration des listes de métiers ouverts.

L'annexe 1 de la circulaire du 20 décembre 2007 précise que les 30 métiers ouverts aux ressortissants de pays tiers ont été sélectionnés dans la liste des 150 métiers ouverts aux ressortissants des nouveaux Etats membres de l'Union européenne.

Or, cette liste de 150 métiers connaissant des difficultés de recrutement a été élaborée à partir de « *l'indicateur de tension enregistré par l'ANPE* » et de « *la pérennité des besoins économiques des secteurs professionnels concernés tels qu'ils ont été identifiés par les travaux du Conseil d'analyse stratégique (CAS) et restitués dans le rapport "Prospective des métiers et des qualifications, les métiers à l'horizon de 2015".* »

Cette liste de 150 métiers comprend donc, selon les termes de l'annexe 1 :

« • *61 métiers déjà ouverts depuis le 1er mai 2006, dont le taux de tension moyen (rapport entre les offres faites par les employeurs et les demandes de personnes à la recherche d'un emploi) est de 1,4 et qui représentent 25% de la part des offres d'emploi enregistrées en 2006 par l'ANPE ;*

• *54 métiers dont le taux de tension moyen est de 0,9 et pour lesquels des consultations ont été conduites en avril dernier, notamment au sein du Comité de dialogue social international et européen (CDSEI) ;*

• *35 métiers demandés par les fédérations professionnelles.* »

Par conséquent, la détermination de la grande majorité des métiers figurant sur cette liste (115 métiers sur 150) repose sur les taux de tension calculés par l'ANPE.

Or, ces taux de tension ne sauraient être considérés comme fiables. En effet, une partie des offres d'emploi n'est pas présentée à l'ANPE. Cette donnée est reconnue par la Direction de l'animation et de la recherche des études et des statistiques du Ministère du travail elle-même, dans ses bulletins mensuels des statistiques du travail. En effet, la mention suivante figure systématiquement dans ces bulletins :

« Les rapprochements entre les offres et les demandes d'emploi doivent être faits avec précaution dans la mesure où une partie des besoins de recrutement des entreprises ne donne pas lieu au dépôt d'une offre auprès de l'A.N.P.E. et ce dans

² le métier « technicien de la vente à distance » figurant dans la liste relative à la région Bourgogne dans l'annexe de la circulaire du 7 janvier 2008 remplace le métier « attaché commercial en biens intermédiaires et matières premières » figurant dans l'annexe 4 de la circulaire du 20 décembre 2007.

des proportions qui peuvent varier selon la qualification de l'emploi, le secteur d'activité ou la taille de l'entreprise. »

Ces bulletins sont consultables sur le site internet du Ministère du travail, à l'adresse : <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/etudes-recherche-statistiques-dares/etudes-recherche/publications-dares/bulletin-mensuel-statistiques-du-travail/les-numeros-du-bmst-mois-precedents/266.html>

De plus, l'ANPE n'a plus le monopole de la mise en contact de l'offre et de la demande d'emploi depuis 2005.

Ainsi, **les taux de tension calculés par l'ANPE sont biaisés**, car le nombre d'offres d'emploi réelles est supérieur à celui des offres d'emploi enregistrées par l'ANPE. Par conséquent, les taux de tension ne reflètent pas la réalité, et devraient être réévalués à la hausse. En effet, le taux de tension résultant de la division entre les offres d'emploi et les demandes d'emploi, si le nombre d'offres d'emploi est en réalité plus élevé que celui présenté par l'ANPE, alors que les demandes d'emploi sont stables, les taux de tension devraient être plus élevés. Par conséquent, le nombre de métiers connaissant des difficultés de recrutement devrait également être revu à la hausse.

La circulaire du 7 janvier 2008, en reprenant la liste de la circulaire du 20 décembre 2007, est donc elle aussi fondée sur une **erreur manifeste d'appréciation** qui l'entache d'illégalité.

Les taux de tension présentés ne prennent pas non plus en compte les offres d'emploi ne passant pas par l'ANPE. La liste des 150 métiers ouverts aux ressortissants des nouveaux Etats membres, à partir de laquelle ont été sélectionnés les 30 métiers ouverts aux ressortissants de pays tiers, repose donc sur des faits matériellement inexacts.

3.2. Sur l'atteinte aux principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination

3.2.1. Existence d'une différence de traitement en fonction de la nationalité, non prévue par les lois et règlements

La circulaire du 7 janvier, en limitant à 30 métiers les possibilités d'admission exceptionnelle au séjour pour les ressortissants d'Etats tiers, sur les 150 connaissant des difficultés de recrutement qui sont ouverts aux ressortissants des nouveaux Etats membres de l'Union européenne, établit une différence de traitement en raison de la nationalité qui n'est pas prévue par la loi et les règlements.

En effet, la circulaire du 7 janvier 2008 reprend le principe de listes de métiers distinctes pour les ressortissants des nouveaux Etats membres de l'Union européenne et pour les ressortissants de pays tiers institué par la circulaire du 20 décembre 2007. Or cette circulaire est elle-même illégale, et fait l'objet d'un recours parallèle devant votre Haute juridiction.

Rappelons que l'ensemble des textes régissant l'accès au séjour ont soumis, pendant la période transitoire, les ressortissants des nouveaux Etats membres à exactement **le même régime juridique** d'accès au travail que celui imposé aux ressortissants des pays tiers.

L'article L.121-2 du CESEDA prévoit que ces nouveaux citoyens européens ne peuvent se voir opposer la situation de l'emploi sur le fondement de l'article L. 341-2 du code du travail s'ils souhaitent exercer une activité salariée « *dans un métier caractérisé par des difficultés de recrutement et figurant sur une liste établie, au plan national, par l'autorité administrative* ».

La formulation retenue – et donc le critère d'ouverture des secteurs d'activité en « tension » – est exactement la même que celle de l'article L.313-10, 1° pour les ressortissants des pays tiers : « *Pour l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement et figurant sur une liste établie au plan national par l'autorité administrative, après consultation des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives, l'étranger se voit délivrer cette carte sans que lui soit opposable la situation de l'emploi sur le fondement du même article L. 341-2* ».

Des autorités ministérielles ne peuvent donc établir, à partir des mêmes critères légaux, deux listes différentes de « *métiers caractérisés par des difficultés de recrutement et figurant sur une liste établie, au plan national, par l'autorité administrative* ».

Or, la liste annexée à la circulaire du 20 décembre 2007, reprise par la circulaire du 7 janvier 2008, concernant les ressortissants d'Etats tiers est limitée drastiquement à 30 métiers, alors que celle relative aux ressortissants d'Etats de l'Union européenne comporte 150 métiers.

Dès lors que ces 150 métiers connaissent pareille « difficultés de recrutement », les ministres ne peuvent avoir une appréciation différente de cette notion pour les ressortissants des pays tiers et prévoir l'ouverture de seulement 30 métiers.

L'annexe I à la circulaire du 20 décembre 2007 explique par quelle méthode ont été élaborées ces deux listes de métiers « connaissant des difficultés de recrutement » : le taux de tension moyen³ retenu n'est pas le même et le niveau de diplôme exigé est différent.

* Pour les **nouveaux entrants**, la liste de 150 métiers ouverts sans opposabilité de la situation de l'emploi comprend:

- 61 métiers déjà ouverts depuis le 1er mai 2006, dont le **taux de tension moyen est de 1,4** et qui représentent 25% de la part des offres d'emploi enregistrées en 2006 par l'ANPE ;

- 54 métiers dont le taux de tension moyen est **de 0,9** et pour lesquels des consultations ont été conduites en avril dernier, notamment au sein du Comité de dialogue social international et européen (CDSEI) ;

- 35 métiers demandés par les fédérations professionnelles.

Au total, cette liste présentant un **taux de tension moyen de 0,9** recouvre 1 371 931 offres d'emploi enregistrées en 2006 par l'ANPE ce qui représente 40% du total des offres d'emploi.

³ Il s'agit du rapport entre les offres faites par les employeurs et les demandes de personnes à la recherche d'un emploi.

* Pour les **ressortissants des pays tiers**, la liste de 30 métiers ouverts sans opposabilité de la situation de l'emploi a été élaborée suite à un « premier tri » en retenant les métiers de **niveau de qualification requérant des diplômes ou titres de l'enseignement supérieur** et connaissant un **indicateur de tension supérieur à 0,9** (21 métiers).

Cette sélection a été complétée par des métiers de niveaux de qualification V et IV 1 pour lesquels étaient relevées **les tensions les plus fortes (de 3,55 à 1,33)**.

Cette liste correspond à 152 760 offres enregistrées à l'ANPE en 2006, soit une part de 4% de l'ensemble des offres ; le taux de tension moyen est **de 1,4**.

Cette liste nationale a été **déclinée par région**. Ont été retenus les métiers pour lesquels l'indicateur de tension est **supérieur à 0,8**.

Ces critères du taux de tension supérieur pour les ressortissants des pays tiers et du niveau de diplôme exigé, ne sont pas prévus par les lois et décrets.

La différence de traitement n'est donc établie que par **l'annexe de la circulaire du 20 décembre 2007 reprise par la circulaire du 7 janvier 2008** par la restriction de ces métiers « en difficulté de recrutement » à 30 métiers au lieu de 150 qui le sont réellement.

Or, votre haute juridiction - comme le juge constitutionnel - n'admet pas pareille différence de traitement en fonction de la nationalité dans l'application du principe d'égalité. Ainsi, suivant une jurisprudence bien établie, constitue une différence de traitement prohibée le fait de soumettre l'attribution d'une allocation ou prime sociale facultative à une condition de nationalité (CE 1989 *BAS de Paris c/ Lévy et MRAP*, p.157).

Cette jurisprudence a été reprise par la juridiction constitutionnelle. En effet, affirmant la portée du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, invalidé la disposition du Code de la sécurité sociale qui soumettait à une condition de nationalité le bénéfice d'une prestation non contributive de sécurité sociale. Il a souligné à cette occasion que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques c'est « *à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ». De ce fait, « *l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice [d'une allocation], dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité* » (voir aussi sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993).

C'est ainsi que votre Haute juridiction a annulé les décrets limitant la qualité d'électeur et l'éligibilité des artisans aux élections aux chambres des métiers et de l'artisanat à la possession de la nationalité française, sans que cela résulte de la loi (CE, 31 mai 2006, *Gisti*, n° 273638).

Ainsi, vous avez censuré une circulaire ministérielle qui établissait une différence de traitement, dans la justification de l'ancienneté de vie commune selon que le partenaire était français, ressortissant de l'Union européenne ou d'un pays tiers. Vous aviez alors considéré que l'article 12 de la loi du 15 novembre 1999 « *n'introduit aucune distinction entre les demandeurs de carte de séjour selon la nationalité de leur partenaire ; qu'ainsi, le ministre*

de l'intérieur a ajouté aux termes de la loi en prévoyant une telle distinction » (CE, 29 juill. 2002, n° 231158, Gisti, LDH, FDT).

Récemment, le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu une circulaire du ministre des Affaires étrangères du 28 septembre 2007 en estimant qu'il n'a « *pu, sans méconnaître le principe d'égalité, soumettre à un régime de transcription différent les pactes civils de solidarité dont les deux partenaires sont ressortissants français et ceux associant une personne de nationalité française et une personne de nationalité étrangère* » (CE réf., 18 décembre 2007, Gisti, Inter-LGBT, Ardhis et LDH, n°310837).

Or, en l'espèce la loi et les règlements, tels que codifiés dans le CESEDA, n'ont jamais entendu établir de listes distinctes pour les ressortissants d'Etats tiers et pour les ressortissants d'Etats de l'Union européenne soumis à des dispositions transitoires. En effet, les articles L. 121-2 (relatif aux ressortissants communautaires soumis à des dispositions transitoires) et L. 313-10-1° (relatif aux étrangers d'autres nationalités) prévoient de la même façon que la situation de l'emploi ne leur est pas opposable si l'activité professionnelle qu'ils souhaitent exercer relève d'un métier connaissant « *des difficultés de recrutement et figurant sur une liste établie, au plan national, par l'autorité administrative.* »

Par conséquent, comment une annexe à une circulaire pourrait-elle instituer une différence de traitement entre les ressortissants communautaires soumis à des dispositions transitoires et les ressortissants d'Etats tiers, alors que la partie législative et réglementaire des codes du travail et du CESEDA ne prévoient pas une telle différence de traitement en fonction de la nationalité ?

Cette différence de traitement ne repose *sur aucune différence de situation appréciable* : la jurisprudence administrative et constitutionnelle a toujours refusé de considérer que la seule différence de nationalité constitue une différence de situation appréciable, comme cela a été souligné précédemment. La circulaire du 7 janvier 2008, en ce qu'elle établit une liste de métiers ouverts plus restreinte pour les ressortissants d'Etats tiers que pour les ressortissants communautaires soumis à des dispositions transitoires, instaure donc une différence de traitement reposant sur les seules différences de nationalité, ce qui constitue une violation manifeste du principe d'égalité de traitement.

Cette différence de traitement en fonction de la nationalité est aussi prohibée par les **textes internationaux**.

En droit international, l'article 26 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, pris seul, garantit que :

« toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment (...) d'origine nationale (...) ou de toute autre situation ».

Le Comité des droits de l'homme a considéré que la notion « *toute autre situation* » couvrait la nationalité (Comité des Droits de l'Homme, Communication n° 196/1985, *M. Gueye et autres c/ France*, 6 avril 1989,. Voir conclusions Philippe Martin sur CE, Ass. (avis), 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, RFDA 1996 p. 808). Il ne fait aucun doute, hormis dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, que cet article 26 a une portée autonome. Cet article 26

impose donc aux Etats de ne pas mettre en œuvre de normes dont le contenu serait discriminatoire.

On peut se référer aussi, même s'il n'est pas d'applicabilité directe, à l'article 2-2 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, posant un principe de non-discrimination des droits garantis par le Pacte, combiné à son article 6 qui garantit un droit au travail (« *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.* »).

Il s'agit aussi d'une atteinte à la Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui définit la discrimination comme comprenant « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur (...) la religion, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* » (article 1er, §1, a).

Or, les termes « *d'emploi ou de profession* » recouvrent notamment « *l'accès à l'emploi et aux différentes professions* » (article 1er, § 3).

En ratifiant cette convention, la France s'est engagée « *à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière* ». Elle s'est aussi engagée à « *abroger toute disposition législative et modifier toute disposition ou pratique administratives qui sont incompatibles avec ladite politique* » (art. 3, c).

A l'évidence, la circulaire contestée viole ces dispositions, puisqu'elle instaure une discrimination entre les ressortissants de pays tiers et les autres étrangers dans l'accès à l'emploi, qui est fondée sur la seule nationalité.

Les dispositions contestées sont donc prises en violation de la Convention n° 111 de l'OIT.

3.2.2. Absence de nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'arrêté ou de justification objective et raisonnable

La différence de traitement en fonction de la nationalité instituée par la circulaire du 7 janvier 2008 ne répond à aucune nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de la norme qui aurait commandé une telle discrimination ou de justification objective et raisonnable.

Le seul élément qui pourrait être invoqué – et qui a été invoquée à plusieurs reprises par le ministre de l'Immigration dans des entretiens télévisés (v. notamment *Capital* M6, 25 novembre 2007) – serait la « *préférence communautaire* ».

* On notera d'abord qu'**en droit interne**, une telle justification a été expressément écartée et même sanctionnée aussi bien par le juge administratif que par le juge judiciaire.

Ainsi votre haute juridiction a considéré dans l'affaire *Ville de Paris c/ Lévy* que l'objet d'une allocation de naissance, attribuée aux seuls ressortissants français et européen, qui était « *d'encourager le développement démographique de la population parisienne [...] afin de remédier à l'insuffisance de familles nombreuses françaises* », ne pouvait être regardé comme une nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'allocation (CE, 30 juin 1989, n° 78113).

La solution a été la même s'agissant d'une prime de naissance attribuée aux seuls ressortissants français ou communautaires par des collectivités territoriales (TA Paris, 9 mai 1987, *Commune de Vaucresson*; TA Marseille 7 avril 1998, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ commune de Vitrolles*, D.1998, p. 571 note Moutouh ; TA Châlons-en-Champagne 29 janvier 1999, *Valensi*, DA 1999, n°195, obs. F. Lemaire).

La Cour de cassation a, quant à elle, confirmé la condamnation d'un maire et de son premier adjoint pour la subordination par un conseil municipal de l'attribution d'une prime municipale de naissance à la nécessité pour l'un au moins des parents d'être de nationalité française ou ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne. La Cour a estimé que « constitue une discrimination, au sens [des articles 225-1 225-2 du code pénal], le fait de subordonner l'octroi de la prime litigieuse à une condition de nationalité, distinction discriminatoire » (Cass. crim., 17 déc. 2002, n°01-85.650).

La « préférence communautaire » a donc toujours été écartée comme motif d'intérêt général ou justification objective et raisonnable, susceptible de fonder une différence de traitement fondée sur la nationalité.

* En **droit communautaire**, une résolution du Conseil de l'Union européenne du 20 juin 1994 concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres prévoyait que « *les États membres prendront en compte les demandes d'accès sur leur territoire en vue d'emploi seulement quand l'offre d'emploi proposée dans un État membre ne peut pas être pourvue par la main d'oeuvre nationale et communautaire ou par la main d'oeuvre non communautaire qui réside d'une façon permanente et légale dans cet État membre et qui appartient déjà au marché régulier du travail dans cet État membre.* » (JOUE n° C 274 du 19/09/1996 pp. 3 – 6).

Ce principe tel qu'il a été énoncé par le Conseil de l'Union européenne n'a aucune valeur contraignante sur le plan juridique pour les États membres. En effet, le Conseil a pris le soin de préciser au début de la résolution précitée que les principes qui y sont énoncés « *ne lient pas juridiquement les États membres.* » Au demeurant, il convient de souligner que cette résolution n'est pas une directive ni un règlement communautaire, et n'est donc pas revêtue de la même force juridique. Cette analyse a été confirmée par la Cour de justice des communautés européennes, dans son arrêt du 10 mars 2005 *Espagne c/ Conseil de l'Union européenne*. En effet, selon la Cour, « *il est constant que la « préférence communautaire » est une des considérations à caractère politique sur lesquelles les institutions communautaires se sont fondées lors de l'adoption de régimes d'échanges avec des pays tiers. Toutefois, ainsi que la Cour l'a déjà précisé, cette préférence ne constitue aucunement une exigence légale* »⁴.

⁴ Voir rapport d'information n° 112 (2005-2006) de MM. J. BIZET et alii fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 1er décembre 2005 sur la notion de préférence communautaire.

Par conséquent, le principe de préférence communautaire ne saurait constituer une « *nécessité* » d'intérêt général ou une justification objective et raisonnable susceptible de justifier une différence de traitement.

Certes, dans les **annexes visées à l'article 24** des actes relatifs aux *conditions d'adhésion à l'Union européenne des nouveaux Etats membres et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne*, on trouve un **article 14** évoquant ce principe.

Mais d'une part, en vertu du principe d'interprétation téléologique, un acte d'adhésion ne peut être interprété qu'en conformité avec les principes généraux du droit communautaires régissant le traitement, en particulier le principe d'égalité de traitement et de non discrimination garanti par la jurisprudence de la CJCE et issu de la tradition constitutionnelle commune des Etats membres et de la Convention européenne des droits de l'homme.

Et d'autre part, le principe « de préférence communautaire » inscrit dans ces annexes ne peut en aucun cas justifier la différence de traitement selon la nationalité découlant de la circulaire du 7 janvier 2008.

Ce principe – selon la définition qui est donnée dans ces annexes – infère uniquement que « *travailleurs migrants provenant de pays tiers qui résident et travaillent dans le nouvel Etat membre ne sont pas traités plus favorablement que des ressortissants du nouvel Etat membre* ». Ce principe est donc inopérant – et ne peut donc être valablement évoquée par les ministres signataires – pour fonder la différence de traitement selon la nationalité résultant de l'arrêté critiqué.

L'article 14 des annexes des actes d'adhésion on trouve aussi le principe selon lequel « *Les travailleurs migrants (...) et leur famille qui résident et travaillent légalement dans un autre Etat membre ou les travailleurs migrants provenant d'autres Etats membres et leur famille qui résident et travaillent légalement [dans le nouvel Etat membre] ne sont pas traités d'une manière plus restrictive que ceux qui viennent d'un Etat tiers et qui résident et travaillent dans cet Etat membre ou [dans le nouvel Etat membre], selon le cas* ». Tel n'est pas le cas en l'espèce et ce principe ne peut valablement fonder la différence de traitement critiquée.

Enfin, il est prévu que dans le cadre du mécanisme transitoire défini aux paragraphes 1 à 13, les anciens Etats membres « *donnent la préférence aux travailleurs qui sont ressortissants des Etats membres plutôt qu'aux travailleurs qui sont ressortissants de pays tiers en ce qui concerne l'accès à leur marché du travail durant les périodes d'application de mesures nationales ou de mesures résultant d'accords bilatéraux* ».

La France pouvait donc valablement adopter des dispositions légales favorisant l'accès au marché du travail des nouveaux entrants par rapport aux ressortissants des pays tiers. C'est ce qu'elle a fait d'ailleurs puisque, par exemple, les citoyens de ces nouveaux Etats membres qui ont achevé avec succès, dans un établissement d'enseignement supérieur, un cycle de formation conduisant à un diplôme au moins équivalent au master, ne sont pas soumis à la détention d'un titre de séjour pour exercer une activité professionnelle en France (L.121-2 CESEDA).

On pourrait imaginer valablement un système de priorité à l'emploi au bénéfice des ressortissants des Etats soumis à période transitoire par rapport à des ressortissants de pays

tiers – qui se devrait néanmoins de respecter le principe constitutionnel d'égalité. Mais les ministres signataires ne pouvaient valablement établir une différence dans l'accès à des listes de métiers dont il a établi le constat qu'ils étaient en « difficultés de recrutement ».

Dès lors qu'il n'a pas été prévu ni par une loi, ni par un décret d'appliquer ce régime préférentiel aux nouveaux entrants par rapport aux Etats tiers le principe posé par l'article 14 de ces annexes ne saurait justifier de manière objective et raisonnable la différence de traitement ou être fondé par des nécessités d'intérêt général.

L'annexe de la circulaire du 7 janvier 2008 institue donc une différence de traitement qui n'est pas prévue par la loi, et ne repose pas sur une différence de situation appréciable ni sur une nécessité d'intérêt général. Elle est donc illégale et votre Haute juridiction ne manquera pas de l'annuler pour ce motif.

PAR CES MOTIFS

et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin d'office, le Gisti conclut à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **D'ANNULER** les dispositions critiquées de la circulaire avec toutes conséquences de droit ;
- **DE DONNER INJONCTION** au ministre de l'Immigration de prendre de nouvelles instructions conformes à la légalité ;
- **DE CONDAMNER** l'Etat à lui verser la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Fait à Paris, le 3 avril 2008

Pour le GISTI,
La Présidente Nathalie FERRE

Pièces jointes :

- Circulaire du 7 janvier 2008 relative à la délivrance de cartes de séjour portant la mention « salarié » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour, NOR : IMI/N/08/00012/C ;
- Circulaire du 20 décembre 2007 relative aux autorisations de travail des nouveaux États membres de l'Union européenne pendant la période transitoire et des États tiers, sur la base de listes de métiers connaissant des difficultés de recrutement, NOR : IMI/N/07/00011/C ;
- Statuts de l'association requérante ;
- Extrait des délibérations autorisant à former le présent recours.