

SPINOSI

SCP d'Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
2 Rue de Villersexel
75007 PARIS

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE GRENOBLE

REFERE LIBERTE

(Article L. 521-2 du code de justice administrative)

REQUETE ET MEMOIRE

POUR : **ANAFE (Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers) dont le siège social est au 21 ter rue Voltaire à Paris (75011), prise en la personne de son président domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice**

SCP SPINOSI

L'ANAFE, exposante, entend saisir le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative en vue de solliciter, à titre principal, la fermeture immédiate des locaux privatifs de liberté situés au point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et, à titre subsidiaire, la suspension de la décision du 1^{er} septembre 2022 de la police aux frontières de Modane portant refus d'accès aux locaux situés au point de passage autorisé du tunnel de Fréjus (**Prod. 1**).

FAITS

I. Depuis le 13 novembre 2015, le gouvernement français a informé la Commission européenne du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures en application des articles 23 et suivants du règlement n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 dont la dernière version est issue du règlement (UE) n°2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016.

Le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de la France a constamment été prolongé par la suite et jusqu'à ce jour, le dernier rétablissement en date ayant été notifié à la Commission européenne pour la période allant du 1^{er} mai 2022 au 31 octobre 2022 (**Prod. 4**).

Le rétablissement de ces contrôles a mené la France à mettre en place des points de passage autorisés (PPA) pour réaliser les contrôles aux frontières intérieures.

Dans le cadre de ce dispositif, les services de la police aux frontières opposent aux personnes étrangères qui ne disposent pas de documents de voyage des refus d'entrée sur le territoire en application des dispositions de l'article 32 du code frontières Schengen et des articles L. 332-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA »).

La frontière franco-italienne est très concernée. Plus de 50.000 décisions de refus d'entrée y ont été notifiées en 2017, plus de 32.000 en 2018, près de 30.000 en 2019 et près de 27.000 sur les 10 premiers mois de l'année 2020.

II. Plusieurs points de passage font l'objet d'une surveillance accrue par la police aux frontières, notamment dans le département de Savoie, dans celui des Hautes-Alpes et dans celui des Alpes-Maritimes.

A la frontière située en Savoie, une zone d'attente existe en gare de Modane, gérée par les services de la police aux frontières de Modane (**Prod. 5**).

Ainsi, les trains en provenance d'Italie arrivant en gare de Modane sont contrôlés par des effectifs de la police aux frontières de Modane

et, parfois, par des gendarmes. Les personnes démunies de documents et/ou des conditions pour entrer sur le territoire se voient remettre un refus d'entrée.

La grande majorité de ces personnes sont ensuite maintenues dans une salle dite « salle d'attente surveillée » située dans l'enceinte de la zone d'attente. Ainsi, au cours de l'année 2021, sur plus de 10.000 refus d'entrée notifiés par les services de la police aux frontières de Modane, dont 1/3 au niveau de la gare de Modane, dans les trains en provenance d'Italie, seules 11 personnes ont fait l'objet d'un maintien en zone d'attente (**Prod. 6**).

Les personnes interpellées en gare de Modane sont ensuite refoulées vers l'Italie, soit par le prochain train en provenance de France et à destination de l'Italie, soit par la police aux frontières de Modane en véhicule pour une remise de ces personnes aux autorités italiennes, au niveau du tunnel de Fréjus.

A cette frontière, un point de passage autorisé a été instauré par les autorités françaises au niveau du tunnel de Fréjus, en territoire italien, avant l'entrée dans le tunnel pour les véhicules en provenance d'Italie et en direction de la France.

A ce niveau de la frontière franco-italienne, la frontière se matérialise à l'intérieur du tunnel de Fréjus. Les contrôles sont donc opérés par les autorités françaises avant l'entrée dans le tunnel, en Italie. Les contrôles par la police française se font donc sur le sol italien.

Les personnes interpellées sur cette partie de la frontière le sont majoritairement au niveau de ce point de passage autorisé.

Sur ce point de passage autorisé, les policiers de la police aux frontières de Modane contrôlent les véhicules en provenance d'Italie afin d'appréhender les personnes qui sont démunies de documents de voyage et des justificatifs nécessaires à leur entrée sur le territoire français.

Les policiers notifient en quelques minutes sur place, dans des locaux mis à disposition par la société de péage aux forces de l'ordre françaises, des refus d'entrée aux personnes alors interpellées.

Ainsi, sur les 10.000 refus d'entrée notifiés par les services de la police aux frontières de Modane en 2021, les 2/3 environ ont été notifiés au niveau de ce point de passage autorisé.

Les personnes interpellées sont ensuite maintenues dans ces mêmes locaux, mis à disposition par la société de péage et donc situés sur le péage, en territoire italien, par les forces de l'ordre françaises, pendant des durées plus ou moins longues et pouvant aller jusqu'à la nuit entière, avant d'être remises aux autorités italiennes qui les conduisent dans la commune italienne de Bardonecchia.

III. Entre minuit et 5 heures du matin, le poste de la police italienne situé à Bardonecchia est fermé et les forces de l'ordre italiennes n'assurent plus leurs services.

En dehors de cette période, les personnes interpellées au niveau du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus demeurent maintenues dans les locaux ayant été mis à disposition par la société de péage, sous contrôle des forces de l'ordre françaises, le temps que les forces de l'ordre italiennes viennent chercher ces personnes, ce qui peut prendre plusieurs heures.

Lors d'échanges avec les policiers de la police aux frontières de Modane en novembre 2021, ces derniers ont en effet précisé que seules les forces de l'ordre françaises sont présentes en permanence sur ce point, les forces de l'ordre italiennes étant basées au poste de Bardonecchia et ne venant au niveau du tunnel de Fréjus que lors des appels des policiers français pour venir chercher des personnes. Or, au cours de ces mêmes échanges, les policiers français ont évoqué le fait que les forces de l'ordre italiennes pouvaient mettre de nombreuses heures avant de venir. Pendant ce délai, les personnes interpellées demeurent donc dans ces locaux situés sur le territoire italien, appartenant à la société de péage et sous contrôle des policiers français (**Prod. 7**).

Quotidiennement, de jour comme de nuit, les personnes faisant l'objet d'un refus d'entrée font aussi l'objet d'une privation de liberté pour des durées allant de quelques minutes à plusieurs heures, en particulier la nuit, les personnes arrêtées le soir étant *de facto* privées de liberté jusqu'au lendemain matin.

Par une ordonnance du 5 juillet 2017, le juge des référés du Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer sur la question de ces privations de liberté à la frontière franco-italienne. Il a considéré qu'une **durée de 4 heures maximum** de maintien des personnes qui vont être réacheminées vers l'Italie était raisonnable :

*« 6. Considérant qu'il résulte des dispositions mentionnées au point 3 de la présente ordonnance que, dans le cadre de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'Union, il appartient aux autorités compétentes de s'assurer que les ressortissants de pays tiers se présentant à la frontière remplissent les conditions requises pour être admis à entrer sur le territoire, et, à défaut, de leur notifier une décision de refus d'entrée, selon les modalités prévues par l'article L. 213-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers ; que la situation des étrangers concernés n'entre pas, en tant que telle, dans les prévisions des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers relatives aux zones d'attente, qui s'appliquent aux personnes qui arrivent en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et peuvent être maintenues dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international, dans un port ou dans un aéroport, pour une période allant jusqu'à quatre jours ; que les vérifications à effectuer et le respect des règles de forme et de procédure édictées dans l'intérêt même des personnes intéressées impliquent que celles-ci, qui, dès lors qu'elles ont été contrôlées à l'un des points de passage de la frontière, ne peuvent être regardées comme étant entrées sur le territoire français, puissent être retenues le temps strictement nécessaire à ces opérations ; **que, s'il appartient aux autorités compétentes de prendre toutes les mesures utiles pour que ce délai soit le plus réduit possible, il convient également de tenir compte, à cet égard, des difficultés que peut engendrer l'afflux soudain d'un nombre inhabituel de personnes en un même lieu et des contraintes qui s'attachent à l'éventuelle remise des intéressés aux autorités de l'Etat frontalier ; qu'il n'y a, dès lors, pas lieu de juger que le délai maximal devrait être fixé en-deçà du plafond de quatre heures retenu par l'ordonnance attaquée ; que, le ministre de l'intérieur n'ayant pas fait appel de cette ordonnance, la question de savoir si le délai pourrait, à titre exceptionnel, excéder ce plafond n'est pas dans le débat contentieux ;***

[...]

9. Considérant, en deuxième lieu, que les associations requérantes font valoir que l'administration méconnaîtrait la réglementation applicable, en retenant parfois des ressortissants étrangers jusqu'à plus de vingt-quatre heures dans ces locaux, en ne leur notifiant pas l'intégralité de leurs droits ou encore en pré-remplissant certaines des mentions du formulaire qui leur est remis ; qu'elles soutiennent également que des étrangers seraient retenus dans ces locaux après avoir été appréhendés non pas à la frontière franco-italienne, mais à l'intérieur du territoire ; qu'enfin, elles relèvent que des étrangers mineurs non-accompagnés feraient l'objet d'un réacheminement immédiat vers l'Italie ; qu'elles produisent, à l'appui de ces affirmations, un certain nombre d'attestations ; que, toutefois, elles n'ont pas saisi, dans le cadre de la présente instance, le juge des référés du tribunal administratif de Nice de conclusions tendant à ce que celui-ci prenne des mesures propres à mettre fin à des atteintes graves et manifestement illégales à une liberté fondamentale dans des cas déterminés ; qu'au demeurant, il n'a pas été produit d'éléments laissant supposer que le juge des référés pourrait encore utilement intervenir pour mettre un terme aux atteintes individuelles ainsi dénoncées ; **qu'il résulte de l'instruction que, postérieurement à l'ordonnance attaquée, les autorités françaises se sont entendues avec les autorités italiennes pour que des réacheminements puissent être organisés plus fréquemment, y compris de nuit, afin de respecter le délai de quatre heures fixé par le premier juge, même si ce délai, selon toute vraisemblance, a pu, au moins ponctuellement, ne pas être respecté, notamment la nuit du 26 au 27 juin après l'interception d'un groupe de 165 étrangers, à proximité de Castellar** ; que, s'agissant des autres manquements invoqués, s'ils venaient à se reproduire, il appartiendrait aux personnes concernées, le cas échéant avec l'appui des associations requérantes, de saisir, si elles s'y croient fondées, le juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; qu'en effet, l'augmentation du nombre d'étrangers se présentant à la frontière franco-italienne ne saurait justifier le non-respect des garanties prévues, notamment, par l'article L. 213-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile;

10. Considérant en troisième lieu, que les dispositions mentionnées au point 4 prévoient un régime juridique spécifique pour les étrangers se présentant à la frontière et demandant à bénéficier du droit d'asile, excluant que la décision de refus d'entrée sur le territoire puisse être exécutée avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification ou avant l'intervention de la décision du tribunal

administratif en cas de recours ; que, là encore, aucune circonstance ne peut justifier le non-respect de ces dispositions à l'égard des étrangers se présentant à la frontière franco-italienne ; qu'il appartient aux personnes qui soutiendraient qu'elles auraient été empêchées de déposer une demande d'asile de saisir le juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

En 2021, le juge des référés du Conseil d'Etat a prolongé cette lecture en affirmant que *« ces locaux répondent cependant à un triple objectif, d'une part, de " mise à l'abri " des personnes étrangères dépourvues de lieux d'accueil afin de garantir le respect de leurs droits fondamentaux et de leur dignité dans l'attente d'un réacheminement vers le poste frontière italien le plus proche, d'autre part, de préservation de l'ordre public aux abords de la frontière et, enfin, de mise en place d'une politique efficace d'éloignement. »* (CE, 23 avril 2021, n° 450879 et 450987).

Dans cette même ordonnance, le juge des référés du Conseil d'Etat a jugé, à propos du régime des refus d'entrée à la frontière franco-italienne, que *« l'incompatibilité des dispositions des articles L. 213-2 et L. 213-3 du Ceseda avec les règles du droit de l'Union européenne n'apparaît pas manifeste »* de sorte qu'*« il n'appartient pas, eu égard à son office, au juge des référés du Conseil d'Etat de les écarter »* (*Ibid.* § 19).

Cependant, depuis cette ordonnance d'avril 2021, le Conseil d'Etat a lui-même décidé, le 24 février 2022, de transmettre une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de la conformité au droit de l'Union de la faculté de notifier des refus d'entrée sur une frontière intérieure de l'espace Schengen dans un contexte de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures (**Prod. 10**).

Par ailleurs, si le Conseil d'Etat a rappelé qu'en 2017, il avait été jugé que *« le respect des droits des intéressés, auquel l'administration ne saurait se soustraire, implique, le cas échéant, si ces droits se trouvaient méconnus de façon grave et manifestement illégale, une saisine dans chaque cas du juge des référés statuant sur ce fondement et non, dans les circonstances de l'espèce, des mesures à caractère général »*, la situation particulière dans les locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Menton-Pont Saint-Louis et dans ceux de la police aux frontières de Montgenèvre a justifié un examen concret des

« modalités pratiques de mise en oeuvre des mesures de mise à l'abri et de rétention » (CE, 23 avril 2021, n° 450879 et 450987, § 21 et s.).

IV. Dans des locaux comparables à Modane, les personnes interpellées par les forces de l'ordre françaises se trouvent privées de liberté pendant des durées allant de quelques minutes à de nombreuses heures dans des conditions très spartiates.

Lors d'une visite de l'ANAFE en novembre 2021, visite au cours de laquelle l'accès de l'association à ces locaux a été autorisé, les représentantes de l'association ont pu le constater.

Le policier de la police aux frontières de Modane alors présent a expliqué aux représentantes de l'ANAFE que parfois des dizaines de personnes pouvaient être maintenues, de nombreuses heures voire toute la nuit, dans cette unique pièce d'une quarantaine de mètres carrés, sur des bancs métalliques et des chaises accolés aux parois et faisant face aux bureaux des officiers de la police aux frontières au niveau desquels sont notifiés les refus d'entrée aux personnes. Dans un couloir donnant à l'arrière de cette pièce, les personnes peuvent accéder à un seul sanitaire. Dans cette unique pièce, hommes, femmes, familles, mineurs accompagnés et mineurs isolés peuvent être privés de liberté sans séparation (**Prod. 8**).

Ce local, mis à disposition des forces de l'ordre françaises par la société de péage serait un « bureau national mixte de juxtaposition » selon les propos de policiers de la police aux frontières de Modane (**Prod. 6**). Cependant, hormis les informations contenues dans l'accord de Chambéry, il n'existe pas de document précisant le cadre légal applicable sur un tel lieu. Surtout, les « bureaux mixtes de juxtaposition » ne permettent pas de priver de liberté les personnes étrangères. Rien n'est d'ailleurs prévu pour le respect des droits des personnes qui y sont pourtant enfermées.

En outre, les personnes interpellées par des forces de l'ordre françaises au niveau du péage du tunnel de Fréjus, et en territoire italien, se voient, sur ce point de passage autorisé, notifier un refus d'entrée sur le territoire français par des représentants de la police aux frontières française et privées de liberté le temps que les forces de l'ordre italiennes viennent les chercher pour les conduire au poste de police italien de Bardonecchia.

V. Le 27 novembre 2020, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la légalité du décret n°2018-1159 du 14 décembre 2018 pris pour application de la loi n°2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière et au traitement de la demande d'asile.

Or, en ce qui concerne l'article 2 du décret litigieux relatif aux décisions de refus d'entrée prises à l'égard des étrangers qui viennent d'entrer sur le territoire en provenance directe d'un Etat partie à la convention de Schengen, le Conseil d'Etat a jugé que :

« 3. Les dispositions de l'article 2 du décret attaqué ont inséré dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile un article R. 213-1-1, pris pour l'application de l'article L. 213-3-1 du même code, lequel dispose : " En cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures prévue au chapitre II du titre III du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), les décisions mentionnées à l'article L. 213-2 peuvent être prises à l'égard de l'étranger qui, en provenance directe du territoire d'un Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre sans y être autorisé et a été contrôlé dans une zone comprise entre cette frontière et une ligne tracée à dix kilomètres en deçà. Les modalités de ces contrôles sont définies par décret en Conseil d'Etat ".

4. Le a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier permet aux Etats membres de ne pas appliquer les dispositions de cette directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), ou arrêtés ou interceptés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière extérieure d'un Etat membre. Telles qu'interprétées par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2019,

Arib e.a. (C-444/17), ces dispositions ne sont pas applicables aux franchissements des frontières intérieures d'un Etat membre lorsque celui-ci a réintroduit le contrôle à ces frontières en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen. Il suit de là que les associations requérantes sont fondées à soutenir que en ce qu'il permet d'opposer un refus d'entrée à un étranger qui a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre alors que lui sont applicables les dispositions, relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prises pour la transposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, les dispositions de l'article L. 213-3-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont incompatibles avec les objectifs de celle-ci et à demander l'annulation de l'article 2 du décret attaqué, pris pour l'application de ces dispositions législatives. » (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178, **Prod. 38**).

En d'autres termes, la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (dite directive « retour ») s'applique aux frontières intérieures même en cas de « réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ».

Il en résulte nécessairement que c'est en méconnaissance de ces exigences du droit de l'Union que le législateur a exclu que les règles de la directive « retour » bénéficient à un étranger qui se présente à la frontière intérieure et se voit opposé un refus d'entrée.

En effet, comme le souligne le rapporteur public, M. Guillaume Odinet, dans ses conclusions :

« La requête soutient que l'article L. 213-3-1 méconnaît les règles de la directive « retour », puisqu'il exclut l'application de la procédure de retour définie par cette directive – qui inclut notamment un recours suspensif (art. 13) et un encadrement strict des possibilités de placement en rétention (art. 15) – aux étrangers en situation irrégulière sur le territoire auxquels il s'applique.

Il est clair, en effet, que le régime du refus d'entrée, prévu au livre II du CESEDA, ne respecte pas l'ensemble des garanties de la procédure de retour définie par la directive « retour ». Il se fonde pour cela sur le a) de l'article 2 de cette directive, qui permet aux États membres de décider de ne pas appliquer la directive aux

ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'une décision de refus d'entrée sur le territoire des États membres conformément au code frontières Schengen ou qui sont arrêtés à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure d'un État membre et ne sont pas autorisés à y séjourner.

*Cette exception à l'application de la directive retour ne s'étend pas, cependant, aux étrangers qui franchissent irrégulièrement une frontière intérieure [mot souligné par le rapporteur public], même lorsque l'État membre concerné a réintroduit, en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen, le contrôle à cette frontière. C'est en substance ce qu'a jugé la Cour de justice de l'Union, en grande chambre, dans l'arrêt Arib du 19 mars 2019 (C-444/17). La Cour a constaté, certes, que l'article 32 du code frontières Schengen énonce qu'en cas de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, les dispositions pertinentes relatives aux frontières extérieures [trois mots soulignés par le rapporteur public] s'appliquent *mutatis mutandis*. Mais, après avoir notamment relevé que la dérogation à la procédure de retour prévue par le a) de l'article 2 de la directive pour les refus d'entrée visait à permettre d'éloigner plus rapidement des étrangers vers une destination aisément déterminable – ce qui n'est vrai que lorsqu'ils proviennent directement d'un État tiers et franchissent une frontière extérieure – elle a jugé que les ressortissants de pays tiers franchissant une frontière intérieure n'étaient pas dans le champ de la dérogation du a) de l'article 2 de la directive retour, même lorsque l'État membre a réintroduit le contrôle à cette frontière. En somme, et pour reprendre le titre du communiqué de presse de la Cour, « une frontière intérieure d'un État membre sur laquelle des contrôles ont été rétablis ne peut être assimilée à une frontière extérieure au sens de la directive retour ».*

Il résulte assez directement de cet arrêt que le législateur ne pouvait user de la dérogation prévue au a) de l'article 2 de la directive retour pour étendre l'application du régime du refus d'entrée du livre II du CESEDA – et ainsi restreindre celle du régime de l'éloignement de son livre V – aux étrangers ayant franchi irrégulièrement une frontière intérieure et contrôlés à cette occasion. L'article L. 213-3-1 du code, issu de la loi du 10 septembre 2018, est ainsi contraire à la directive ; et l'article R. 213-3-1, créé par l'article 2 du décret attaqué, pris sur son fondement, est en conséquence illégal et doit être annulé » (Conclusions de M. Guillaume Odinet sur l'affaire n° 428.178).

Par conséquent, il apparaît incontestable que l'ensemble des règles et garanties prévues par la directive « *retour* » du 16 décembre 2008 s'appliquent pleinement à la frontière entre la France et l'Italie, laquelle constitue une « *frontière intérieure* » en dépit du rétablissement temporaire des contrôles.

Dans ces conditions, l'ensemble des ressortissants étrangers présents dans cette zone relèvent du champ d'application des règles de la directive « *retour* ».

Il en est tout particulièrement ainsi concernant le régime de la rétention, dans la mesure où l'ensemble des pratiques privatives de liberté des ressortissants étrangers sont nécessairement susceptibles d'être régies par les exigences des articles 15 à 18 de la directive « *retour* », lesquels encadrent « strictement » la rétention des ressortissants entrés irrégulièrement sur le territoire d'un État membre (CJUE, 7 juin 2016, *Affum*, Aff. C 47/15, § 61-62).

Le tribunal administratif de Nice a suivi ce raisonnement, annulant à plusieurs reprises des refus d'entrée notifiés à des personnes interpellées à la frontière franco-italienne dans la région de Menton (**Prod. 9**).

Par ailleurs, et une fois encore, il convient de rappeler que par décision du 24 février 2022, le Conseil d'Etat a décidé, le 24 février 2022, de transmettre une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de la conformité au droit de l'Union de la faculté de notifier des refus d'entrée sur une frontière intérieure de l'espace Schengen dans un contexte de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures (**Prod. 10**).

L'affaire est actuellement pendante devant la Cour de justice.

VI. Or, il apparaît que la police aux frontières de Modane notifie des refus d'entrée aux personnes interpellées au point de passage autorisé du tunnel de Fréjus (**Prod. 12**).

De façon significative, il est souvent indiqué sur ces décisions de refus d'entrée la mention « *PPA Bardonecchia* » ce qui interroge singulièrement sur la nature et le fondement de tels actes administratifs édictés sur le sol italien.

Alors même que ces personnes ne sont pas encore en territoire français, elles se voient notifier un refus d'entrée sur le territoire français par des forces de l'ordre françaises effectuant des actes administratifs français sur le territoire italien.

Sur les refus d'entrée notifiés à ce point de passage frontalier, la police aux frontières française note régulièrement que le contrôle et le refus d'entrée ont été fait au « PPA de Bardonecchia » (**Prod. 12**).

Ces refus d'entrée sont, en outre, notifiés de manière expéditive et sans possibilité pour les personnes interpellées d'être informées et de pouvoir exercer leurs droits.

Ainsi, l'ANAFE est régulièrement alertée de la situation de personnes interpellées par les forces de l'ordre françaises au niveau du tunnel de Fréjus, refoulées en Italie et témoignant de violations de leurs droits.

A titre d'exemple, le 5 juillet 2022, l'ANAFE a été alertée de la situation d'un ressortissant marocain, voyageant en bus de l'Italie vers l'Espagne où il réside régulièrement. Contrôlé au niveau du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus, Monsieur a été interpellé par les policiers français qui lui ont notifié un refus d'entrée sur le territoire sans aucune autre information sur la procédure en cours ni sur ses droits, vers 1 heure du matin. Monsieur a ensuite été enfermé dans les locaux, servant par ailleurs de bureaux aux policiers français, jusqu'à l'arrivée de la police italienne, à 6 heures du matin.

Ces faits ont également pu être constatés par le sénateur Guillaume Gontard, lors d'une visite effectuée au niveau du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus le 16 mai 2022 : « *Je constate également sur le formulaire de refus d'entrée que les droits mentionnés ne sont pas les mêmes que ceux indiqués sur le formulaire utilisé à la zone d'attente de la gare de Modane. En effet, aucune mention n'est faite précisant le droit des personnes de demander l'assistance d'un interprète, d'un médecin et de communiquer avec un conseil ou tout autre personne de leur choix. Enfin aucune mention ne précise pour la personne la possibilité de présenter une demande d'asile* » (**Prod. 13**).

VII. Par ailleurs, par ordonnance du 23 avril 2021 (**Prod. 14**), le Conseil d'Etat a reconnu, dans la lignée des ordonnances rendues par les juges administratifs du tribunal administratif de Nice le 4 mars

2021 (**Prod. 15**) et celui de Marseille le 16 mars 2021 (**Prod. 16**), la liberté des associations – dont l'ANAFE – d'intervenir auprès des personnes privées de liberté à la frontière franco-italienne et ce, afin d'aider autrui dans un but humanitaire.

Or, si l'accès au local privatif de liberté situé en territoire italien, au niveau du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus, sous contrôle des policiers de la police aux frontières française, a été autorisé à des représentantes de l'ANAFE en novembre 2021, tel n'a pas été le cas lors d'une visite effectuée le 11 janvier 2022.

Au cours de cette dernière visite, sur « ordre de Paris », les policiers de la police aux frontières de Modane ont refusé l'accès aux représentantes de l'ANAFE et les ont renvoyées vers les autorités italiennes au regard de la situation du local sur le territoire italien (**Prod. 17**).

Or, ce jour-là, au moment où les représentantes de l'ANAFE se sont présentées au point de passage autorisé du tunnel de Fréjus des personnes étaient enfermées dans ces locaux. En attestent les sacs à dos qui étaient par terre devant l'entrée du local.

Suite à ce refus d'accès, l'ANAFE a adressé un mail adressé aux autorités locales et nationales afin de les saisir de ce refus d'accès, le 17 février 2022 (**Prod. 18**). Par réponse de la direction départementale de Savoie de la police aux frontières par mail en date du 18 février 2022, mail auquel l'ANAFE n'était pas destinataire direct mais semble avoir été en copie par erreur, ce refus d'accès opposé aux associations a été confirmé (**Prod. 19**).

Sans réponse officielle des autorités françaises adressées à l'ANAFE, le 16 mai 2022, une représentante de l'ANAFE s'est présentée au point de passage autorisé du tunnel de Fréjus alors qu'elle accompagnait le sénateur Guillaume Gontard. Si ce dernier a pu accéder au local, la représentante de l'ANAFE s'est une nouvelle fois vu opposer un refus d'accès (**Prod. 13**).

Face au silence de l'administration française concernant le statut juridique du local privatif de liberté situé au niveau du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus, une représentante de l'ANAFE, accompagnée d'une représentante de Médecins du Monde, s'est de nouveau présentée le 1^{er} septembre 2022. Un refus d'accès lui a de nouveau été opposé (**Prod. 1**).

Ce refus d'accès a de nouveau été motivé par les autorités locales au motif qu'il ne s'agissait pas d'une zone d'attente ni d'un lieu d'enfermement mais d'un lieu de « mise à l'abri » situé sur le territoire italien, dans un « bureau national mixte juxtaposé ». Les associations ont de nouveau été renvoyée vers une décision de la DCPAF refusant l'accès des associations sur ce lieu. Il leur a également été précisé que le local étant situé en territoire italien, l'autorisation des autorités italiennes était également nécessaire pour toute demande d'accès (**Prod. 22**).

VIII. C'est dans ces conditions que l'ANAFE saisit le juge administratif des référés afin de solliciter, à titre principal, la fermeture immédiate des locaux de privation de liberté situés au niveau du tunnel de Fréjus, sur le territoire italien mais sous contrôle de la police aux frontières de Modane et, à titre subsidiaire, la suspension de la décision du 1^{er} septembre 2022 de la police aux frontières de Modane portant refus d'accès aux locaux situés au péage du tunnel de Fréjus à des représentantes de l'ANAFE.

DISCUSSION

Sur l'intérêt à agir des associations requérantes

IX. A titre liminaire, et en ce qui concerne l'intérêt pour agir et les pouvoirs d'ester en justice des associations requérantes :

IX-1 L'association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE) a été créée en 1989 afin de veiller au respect des droits des personnes étrangères qui se présentent aux frontières françaises et européennes.

Selon les articles 3 et 4 de ses statuts, l'association agit en faveur des droits des étrangers en difficulté aux frontières :

« Article 3

But : agir en faveur des droits des personnes qui se trouvent ou se sont trouvées en difficulté aux frontières.

Article 4

Moyens :

a) l'association exerce son activité notamment dans chaque aéroport, port, autre zone frontalière ou d'attente ;

b) elle sollicite des autorités compétentes l'accès à ces lieux et à toute personne à qui elle entend apporter aide et assistance.

L'Anafé exerce sa mission :

- en tant que centre - ressources pour un soutien direct et indirect et en tant qu'observatoire,

- à travers ses activités d'analyse, de communication et sensibilisation, et de plaidoyer » (Prod. 2).

Si l'ANAFE est connue pour mener des actions dans les zones d'attente, sa mission ne se limite pas à ces zones-là.

Elle a pour objectif d'agir en faveur de toutes les personnes en difficulté aux frontières intérieures ou extérieures, qu'elles soient aériennes, maritimes, ferroviaires ou terrestres, dans les zones d'attente ou tous autres lieux frontaliers où les droits des personnes étrangères ne seraient pas respectés par les autorités.

Parmi ses actions pour répondre à ces objectifs, l'ANAFE assure une mission de soutien administratif et juridique aux personnes étrangères et d'observation des pratiques de l'administration dans la mise en œuvre des procédures applicables aux frontières extérieures et intérieures de la France et notamment de la police aux frontières.

Elle se donne aussi pour objectif d'intervenir auprès des pouvoirs publics afin que le sort réservé aux personnes étrangères aux frontières soit respectueux tant du droit français que des conventions internationales.

Depuis sa création, l'ANAFE exprime, à travers différentes actions, ses préoccupations concernant la situation des personnes étrangères aux frontières françaises, intérieures et extérieures, dénonce les dysfonctionnements dans les procédures de refus d'entrée et de refoulement et les violations des droits de personnes privées de liberté ou en difficulté aux frontières.

Elle a également œuvré pour que le droit d'accès de la société civile (associations, parlementaires, journalistes...) dans les lieux privatifs de liberté aux frontières, et notamment dans les zones d'attente, soit reconnu et appliqué.

Dans le cadre de ses missions, l'ANAFE agit aussi en justice devant différentes juridictions, lesquelles ont toujours déclaré recevables les actions portées par l'Anafé (CE 3 octobre 1997, n° 170.527 ; CE 30 juillet 2003, n° 247.986, n° 332.289 ; CAA Paris 8 juillet 2010, n° 09PA05719 ; CE 15 février 2013, n° 365.709 ; CE 20 mars 2013, n° 366.308 ; CE, 29 avril 2013, n° 357.848 ; CE 24 juillet 2014, n° 381.551 ; CE 1^{er} juillet 2015, n° 381.550 ; CE 22 juillet 2015, n° 383.034 ; TA de Nice 8 juin 2017, n°1702161 puis CE 5 juillet 2017, n° 411.575 ; TA de Paris, n° 1707798/4-1 ; CE 21 novembre 2017, n° 415.289 ; TA Nice 22 janvier 2018, n° 1800195 ; CE 13 avril 2018, n° 419.565, CAA Paris 8 novembre 2019, n° 18PA03469 ; Cons. constit. 25 octobre 2019, QPC n°2019/810 ; Cons. constit. 6 décembre 2019, QPC n° 2019/818 ; TA de Nice, 19 mai 2020, n° 2001952 ; CE 8 juillet 2020, n° 440.756 ; TA de Nice, 30

novembre 2020, n° 2004690 ; TA de Marseille, 10 décembre 2020, n° 2009054 ; TA de Nice, 4 mars 2021, n° 2101086 ; TA de Marseille, 16 mars 2021, n° 2102047 ; CE, 23 avril 2021, n° 450879, 450987).

Par délibération du bureau du 1^{er} septembre 2022, le président de l'ANAFE est autorisé à ester en justice (**Prod. 3**).

IX-2 Ainsi, eu égard à son objet statutaire et à la nature du litige, l'ANAFE a un intérêt manifeste à faire valoir que les privations de liberté contestées ainsi que le refus d'accès dans les locaux concernés portent une atteinte grave et immédiate à son intérêt ainsi qu'aux intérêts publics qu'elle défend.

En effet, et d'une part, la pratique litigieuse de privation de liberté a pour effet direct de priver les personnes étrangères retenues dans ces locaux, notamment, de leur liberté d'aller et de venir ainsi que de leur droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants.

Et pour cause, elles ne bénéficient d'aucun des droits d'ordinaire garantis lorsqu'une personne est placée en zone d'attente ou en lieu de rétention.

Or, l'ANAFE a précisément pour objet statutaire de faire valoir les droits des personnes vulnérables se trouvant en difficulté aux frontières.

D'autre part, la décision litigieuse du 1^{er} septembre 2022 a pour objet et pour effet de priver l'ANAFE de tout droit d'accès aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières du tunnel de Fréjus.

Dès lors, et à tous égards, la présente requête est indéniablement recevable.

Sur l'urgence

X. En premier lieu, l'ANAFE justifie indiscutablement d'une situation d'urgence au sens des dispositions de l'article L.521-2 du code de justice administrative.

X-1 En droit, cette condition est regardée comme satisfaite dès lors que, de manière générale, le requérant justifie des circonstances particulières caractérisant la nécessité de bénéficier à très bref délai d'une mesure pouvant être prononcée par le juge des référés (CE, Ord., 23 janvier 2004, n° 257.106; CE, Ord., 28 mars 2008, n° 314.368).

X-2 Or, en l'occurrence, nul ne saurait sérieusement contester que la condition d'urgence est satisfaite.

X-2.1 D'une part, les privations de libertés litigieuses existent depuis 2015, année au cours de laquelle les contrôles aux frontières intérieures ont été rétablis par la France ayant pour conséquence la multiplication de l'enfermement des personnes étrangères à la frontière franco-italienne.

Ce rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de la France et les mesures associées ont emporté des effets immédiats et persistants sur la situation des personnes migrantes qui risquent fréquemment d'être privées de liberté dans les locaux attenants à ceux de la police aux frontières.

Cette pratique a déjà été constatée au niveau des postes de la police aux frontières de Menton et de Montgenèvre par le juge des référés du tribunal administratif de Nice le 30 novembre 2020 (**Prod. 20**) et le 4 mars 2021 (**Prod. 16**) ainsi que par le juge des référés du tribunal administratif de Marseille le 10 décembre 2020 (**Prod. 21**) et le 16 mars 2021 (**Prod. 15**).

Par conséquent, la réalité et l'actualité de ces privations de liberté ne sauraient être contestées.

X-2.2 D'autre part, et surtout, cette pratique a gravement affecté la situation de l'ensemble des personnes concernées et chaque jour supplémentaire durant lequel elle persiste ne peut manquer d'accroître encore cette gravité.

Il convient de rappeler que l'existence de ce local de privation de liberté porte une atteinte grave et immédiate à l'ANAFE et aux intérêts qu'elle entend défendre.

D'une part, les droits de personnes étrangères ne sont pas garantis et elles font l'objet d'atteintes manifestement illégales à des libertés fondamentales.

En 2019, la France a refusé l'entrée à sa frontière franco-italienne à 30.000 personnes. Sur les 10 premiers mois de l'année 2020, près de 27.000 refus d'entrée ont été notifiés par les autorités françaises à la frontière franco-italienne.

Ainsi, plusieurs dizaines de personnes chaque jour séjournent dans ce lieu de privation de liberté, sans qu'aucun cadre juridique n'en définisse les droits et garanties, à l'encontre du droit européen et national. A titre d'exemple, lors d'un accès à ce local par des représentantes de l'ANAFE en novembre 2021, un officier de la police aux frontières de Modane a lui-même confirmé que 10 à 15 personnes, parfois plus, pouvaient être privées de liberté en même temps et pendant toute la nuit dans ce local (**Prod. 7**).

X-2.3 Enfin, la circonstance que les autorités françaises persistent à refuser tout accès des associations aux locaux contribue un peu plus encore à caractériser l'urgence.

En effet, il apparaît que lorsque les personnes migrantes sont enfermées dans le hall du bureau mixte de juxtaposition du péage de Fréjus, les forces de police aux frontières refusent à quiconque de leur rendre visite ou d'accéder à ces locaux.

Il est ainsi interdit aux associations de venir en aide à des personnes dans une situation d'extrême vulnérabilité.

En effet, dans le cadre de leurs missions et objectifs, l'ANAFE a souhaité porter assistance aux personnes maintenues dans les constructions modulaires.

L'assistance que l'association requérante délivre relève plus particulièrement d'un soutien administratif et juridique, en informant des personnes sur leurs droits et en leur proposant un accompagnement dans la rédaction d'actes administratifs et juridiques : exercice effectif des droits, saisine des juridictions administratives et judiciaires, enregistrement de la demande d'asile, protection des mineurs isolés aux frontières, saisine des autorités, etc.

Depuis 2017, l'Anafé a informé et accompagné des personnes qui avaient été enfermées à la frontière franco-italienne suite à des procédures expéditives de refus d'entrée, des refus d'enregistrer leur demande d'asile ou encore des refus de prise en charge des mineurs isolés. L'Anafé a également suivi des contentieux individuels dans le cadre de recours devant les tribunaux administratifs, et a saisi régulièrement les autorités administratives et les autorités responsables.

Des représentantes de l'ANAFE se sont d'ailleurs vu refuser l'accès aux locaux situés au tunnel de Fréjus alors qu'elles souhaitaient apporter une aide juridique aux personnes étrangères qui s'y trouvaient enfermées.

Plus encore, les personnes migrantes sont placées dans un état d'extrême vulnérabilité.

Réciproquement, le refus ainsi opposé par les autorités françaises porte également une atteinte grave à la liberté des associations et aux intérêts qu'elles défendent, elles se retrouvent dans l'impossibilité d'exercer leurs missions d'assistances auprès des personnes qui en ont besoin.

En définitive, le refus des autorités françaises empêche actuellement, et lors des semaines à venir, à toutes les associations de venir en aide aux personnes qui en auraient besoin.

Dès lors, ce refus opposé aux représentantes de l'ANAFE souhaitant accéder hall du bureau mixte de juxtaposition du péage de Fréjus afin d'y venir en aide aux personnes y étant maintenues est de nature à faire radicalement obstacle à l'exercice de la liberté de venir en aide dans un but humanitaire.

X-3 Dans ces conditions, il est manifeste que les privations de liberté litigieuses portent une atteinte grave et immédiate aux intérêts des associations requérantes ainsi qu'aux intérêts publics qu'elles défendent, au premier rang desquels figure la protection de la dignité des plus vulnérables.

A ce titre, la condition d'urgence est incontestablement acquise.

Sur l'atteinte grave et manifestement illégale à des libertés fondamentales

XI. En second lieu, il est tout aussi manifeste que la persistance des pratiques privatives de liberté au sein des locaux situés dans le hall du bureau mixte de juxtaposition du tunnel de Fréjus ainsi que le refus subséquent d'accès à ces locaux opposé aux associations humanitaires portent, au sens des dispositions de l'article L.512-2 du code de justice administrative, une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales.

Cette atteinte résulte à la fois du constat que les personnes étrangères sont privées de liberté, mais également des conditions indignes dans lesquelles elles le sont, sans compter l'absence d'assistance par des associations.

XI-1 En droit, il importe de rappeler que la liberté d'aller et venir a acquis le statut de principe à valeur constitutionnelle et constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L.521-2 du code de justice administrative.

XI-1.1 Aux termes des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la

jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a admis que « la liberté d'aller et venir est un principe à valeur constitutionnelle » (Cons. const., Déc. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 ; Cons. const., Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 ; Cons. const., Déc. n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006).

XI-1.2 Le droit à la liberté et à la sûreté est également consacré par l'article 5 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, au terme duquel :

« Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) *S'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;*
- b) *S'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;*
- c) *S'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;*
- d) *S'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;*
- e) *S'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;*
- f) *S'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »*

Afin de déterminer si une mesure constitue une privation de liberté au sens de l'article 5 §1 de la Convention, la Cour européenne prend en compte la situation concrète de la personne concernée ainsi qu'un

ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée (Cour EDH, 6 novembre 1980, n° 7367/76, §92).

Sur le fondement de ces stipulations, la Cour de Strasbourg s'intéresse tout particulièrement à la taille de la zone de restrictions ainsi qu'à la possibilité de contact avec l'extérieur ou possibilité de nouer des liens sociaux :

« 83. [...] La Cour attacha une importance particulière à l'exiguïté de la zone où le requérant était demeuré confiné, à la surveillance quasi permanente exercée sur lui et à l'impossibilité presque complète dans laquelle il s'était trouvé de nouer des contacts sociaux (Guzzardi, précité, § 95).

[...]

85. La Cour relève que, dans le cas d'espèce, le requérant est soumis à des mesures identiques à celles examinées par la Cour dans les affaires précitées et que, à la différence de l'intéressé dans l'affaire Guzzardi, le requérant dans la présente espèce n'a pas été contraint de vivre dans un endroit exigü et ne s'est pas trouvé dans l'impossibilité de nouer des contacts sociaux. »

Le degré de surveillance ainsi que l'exiguïté de la zone dans laquelle les personnes faisant l'objet de restrictions sont maintenues sont autant d'éléments pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme.

Ainsi, une surveillance permanente dans une zone de maintien très exigüe milite en faveur de la qualification de privation de liberté au sens de l'article 5 §1.

Dans ce contexte, elle considère que le maintien des requérants en zone de transit constitue une privation de liberté au sens de l'article 5, compte tenu des restrictions subies par ces étrangers (Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92).

Dans cette affaire, la Cour a jugé que :

« 50. Reste à savoir si la privation de liberté constatée en l'espèce était compatible avec le paragraphe 1 de l'article 5 (art. 5-1). En matière de "régularité" d'une détention, y compris l'observation des

*"voies légales", la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure, mais elle exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 (art. 5): protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Kemmache c. France* (no 3) du 24 novembre 1994, série A no 296-C, pp. 19-20, par. 42).*

En exigeant que toute privation de liberté soit effectuée "selon les voies légales", l'article 5 par. 1 (art. 5-1) impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne. Toutefois, ces termes ne se bornent pas à renvoyer au droit interne; tout comme le membre de phrase "prévues par la loi" du paragraphe 2 des articles 8 à 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2), ils concernent aussi la qualité de la loi ; ils la veulent compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention.

Pour rechercher si une privation de liberté a respecté le principe de légalité interne, il incombe donc à la Cour d'apprécier non seulement la législation en vigueur dans le domaine considéré, mais aussi la qualité des autres normes juridiques applicables aux intéressés. Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté - surtout lorsqu'il s'agit d'un demandeur d'asile - soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire. Ces caractéristiques revêtent une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports, compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États.

51. *Les requérants prétendent que leur détention était dépourvue de toute base légale au regard tant de la loi française en vigueur à l'époque que du droit international. Ils se seraient trouvés dans un état de non-droit où ils n'avaient ni accès à un conseil ni information sur leur situation concrète à ce moment-là. A l'appui de leur thèse, ils invoquent les motifs du jugement du tribunal de grande instance de Créteil statuant en référé.*

52. *La Cour note que même si les requérants ne se trouvaient pas en France au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945, leur maintien dans la zone internationale de l'aéroport de Paris-Orly les faisait relever du droit français.*

En dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité. Par sa décision du 25 février 1992, le Conseil constitutionnel n'a pas mis en cause la compétence du législateur de réglementer le maintien d'étrangers dans cette zone. Ainsi, la loi du 6 juillet 1992 (paragraphe 23 ci-dessus) prévoit notamment l'intervention du juge judiciaire pour autoriser le maintien au-delà de quatre jours, l'assistance d'un interprète et d'un médecin, ainsi que la faculté de communiquer avec un conseil. Le décret du 15 décembre 1992 (paragraphe 24 ci-dessus) fixe les règles de procédure applicables aux actions intentées conformément à cette loi. Quant au décret du 2 mai 1995 (paragraphe 25 ci-dessus), il accorde au délégué du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ou ses représentants ainsi qu'aux associations humanitaires un accès permanent à cette zone.

*Toutefois, **cette réglementation - postérieure aux circonstances de la cause - ne pouvait s'appliquer alors aux requérants.** »*

Et, partant, de conclure à la violation de l'article 5 §1 de la Convention.

Dans le cadre d'un contentieux s'agissant d'une zone de transit à la frontière d'un Etat parti à la Convention dans laquelle étaient enfermées des personnes qui voulaient pénétrer en Hongrie - l'affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie* - la Cour a eu l'occasion de préciser les critères qu'elle observe pour qualifier la mesure de privation de liberté.

La Cour a conclu, dans cette affaire, à l'absence d'une mesure de privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention (Cour EDH, 21 nov. 2019, n° 47287/15, § 249).

Toutefois, l'étude des trois critères qu'elle a dégagés dans cet arrêt éclaire la manière dont une atteinte à la liberté peut être qualifiée de privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, premièrement, la Cour s'intéresse à la situation personnelle des personnes subissant les restrictions et des choix opérés par eux (*Ibid.*, §§ 220-223).

Dans cette affaire, la Cour a constaté que « *compte tenu de ce que l'on sait des requérants et du périple qui les amena du Bangladesh en Hongrie, il ne fait aucun doute que les intéressés **sont entrés de leur propre chef dans la zone de transit** de Rösztke. Il est également clair que, en tout état de cause, les autorités hongroises étaient en droit de procéder aux vérifications nécessaires et **d'examiner les demandes des intéressés avant de décider de les admettre ou non** » (*Ibid.*, § 222).*

Deuxièmement, la Cour observe le régime juridique applicable, l'objectif de celui-ci et la durée du maintien dans la zone de transit, considérée à la lumière de l'objectif poursuivi et de la protection procédurale découlant de ce régime (*Ibid.*, §§ 224-230).

A ce titre, la Cour « *considère que du moment que le temps passé dans la zone de transit n'excède pas de manière significative celui nécessaire à l'examen d'une demande d'asile et **qu'il n'existe aucune circonstance exceptionnelle, la durée du confinement ne doit pas peser de manière décisive dans son analyse de l'applicabilité de l'article 5** » (*Ibid.*, § 227).*

Ainsi, lorsque le confinement n'est pas justifié par l'examen d'une telle demande ou par une circonstance exceptionnelle, **la durée de confinement pèse de manière décisive dans l'analyse de l'applicabilité de l'article 5.**

Par ailleurs, tout en vérifiant que les autorités n'ont accompli que les actes concrets impératifs pour vérifier si les personnes maintenues dans la zone pouvaient entrer sur le territoire, la Cour indique qu'au-delà de ces considérations, il convient d'étudier les restrictions imposées afin de déterminer si les personnes qui les subissent sont placées dans une situation de privation de liberté de fait (*Ibid.*, §§ 229-230).

Troisièmement, la Cour considère ainsi, dans son appréciation, la nature et le degré des restrictions concrètement imposées aux personnes les subissant ou effectivement subies par elles (*Ibid.*, §§ 231-248).

A ce titre, la Cour européenne prend en considération le périmètre de la zone où les personnes sont maintenues, la présence de caméras et de barbelés permettant d'apprécier le niveau de surveillance ainsi que la possibilité d'y entrer et d'en sortir librement (*Ibid.*, § 232).

La Cour européenne est également attentive à la possibilité de recevoir des visiteurs, dont un avocat ainsi qu'à la possibilité de passer du temps en plein air.

La Cour a ainsi considéré que :

*« la zone de transit de Röske s'étendait sur un périmètre très limité ; elle était entourée d'une clôture et de barbelés et était sous surveillance constante, ce qui empêchait d'y entrer et d'en sortir librement. Dans la zone, les requérants pouvaient communiquer avec d'autres demandeurs d'asile et, avec la permission des autorités, recevoir des visiteurs, dont leur avocat. Ils pouvaient passer du temps en plein air, sur une étroite bande de terrain située devant les conteneurs qui servaient de dortoirs (paragraphe 15, 65 et 67 ci-dessus). **La Cour estime que, d'une manière générale, de par la dimension de la zone et la façon dont elle était contrôlée, la liberté de circuler des requérants se trouvait très fortement restreinte, au point de la rendre comparable au régime de détention allégé qui caractérise certaines structures pénitentiaires** » (Ibid., § 232).*

Cette analyse est contrebalancée, dans cette affaire, par le fait que les personnes qui demandaient l'asile pouvaient effectivement, et non pas seulement de manière théorique, rejoindre le territoire d'où elles sont venues sans risque et à pied. Il leur restait cette liberté de rebrousser chemin, dès lors, la Cour a considéré :

*« Dans les circonstances de l'espèce et contrairement à la situation qui prévalait dans certaines affaires concernant des zones de transit aéroportuaires, notamment l'affaire Amuur (arrêt précité), le risque pour les requérants de perdre la possibilité de voir leurs demandes d'asile examinées en Hongrie et leurs craintes de ne pas avoir un accès suffisant aux procédures d'asile en Serbie étaient certes pertinents au regard de l'article 3, **mais ils n'ont pas rendu purement théorique la possibilité qu'avaient les intéressés de quitter la zone de transit pour se rendre en Serbie. Dès lors, ces éléments n'ont pas eu pour effet de rendre le séjour des requérants dans la zone de transit involontaire du point de vue de l'article 5, et ils ne pouvaient donc, à eux seuls, mettre cette disposition en jeu** » (Ibid., § 248).*

Ainsi, la Cour accorde une place importante à la possibilité laissée aux personnes subissant des restrictions de leur liberté de circulation de

sortir de la zone dans laquelle elles sont maintenues, même si ce n'est que pour retourner de là où elles viennent.

Tant que cette possibilité existe, l'application de l'article 5 § 1 de la Convention européenne ne joue pas.

XI-1.3 Le caractère fondamental de la liberté d'aller et venir a été confirmé par le juge administratif des référés à maintes reprises (CE, ord. juge réf., 9 janvier 2001, n° 228928, *Deperthes* ; CE, ord. juge réf., 2 avril 2001, n° 231965, *Marcel* ; CE, ord. juge réf., 9 juillet 2001, n° 235638, préfet Loiret).

Les autorités administratives nationales ou locales disposent d'un pouvoir de limitation de la liberté d'aller et venir des étrangers, mais ce **sur la base du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.**

XI-2 Ensuite, et encore en droit, il convient de souligner que la dignité de la personne humaine constitue l'un des principes les plus fondamentaux qui jouit d'une forte protection tant au plan constitutionnel qu'europpéen et international.

XI-2.1 Ainsi, aux termes du 1^{er} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. »

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a admis l'existence d'un « principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Cons. const., Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; v. récemment Cons. const., Déc. n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017).

XI-2.2 Corrélativement, sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne a estimé qu'il appartient aux Etats d'assurer le respect de la dignité humaine (v. not. Cour EDH, G.C., 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, n° 23380/09, §81, 88 et 89 ; Cour EDH, G.C., 17 juillet 2014, *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, n^{os} 32541/08 et 43441/08 ; Cour EDH, G.C., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96).

Cet impératif de protection de la dignité implique tout particulièrement que l'insuffisance des conditions matérielles d'accueil accordées aux personnes étrangères et demandeurs d'asile peut donner lieu à un engagement de responsabilité d'un Etat au titre de l'article 3 de la Convention qui interdit les traitements inhumains et dégradants.

Ainsi, dans un arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour de Strasbourg a jugé qu'en vertu du droit de l'Union européenne, « l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les autorités [nationales] en vertu des termes mêmes de la législation nationale qui transpose le droit communautaire », de sorte qu'un demandeur d'asile peut reprocher à ces autorités « l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé, de par leur action ou leurs omissions délibérées, de jouir en pratique de ces droits afin de pourvoir à ses besoins essentiels. » (Cour EDH, G.C., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 250).

Par conséquent, la Cour européenne a estimé que les autorités de l'Etat – en l'occurrence, la Grèce – « doivent être tenues pour responsables, en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles [un demandeur d'asile] s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels » (*Ibid.* § 253 ; v. aussi Cour EDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, § 95 ; Cour EDH, G.C., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12, § 101 et 122 ; Cour EDH, 24 mai 2018, *N.T.P. et autres c. France*, n° 68862/13, § 42-44).

Ainsi, récemment, la Cour européenne a condamné la France pour traitement dégradant d'un mineur non accompagné, car il a « vécu durant plusieurs mois dans le bidonville de la lande de Calais, dans

un environnement totalement inadapté à sa condition d'enfant, que ce soit en termes de sécurité, de logement, d'hygiène ou d'accès à la nourriture et aux soins, et dans une précarité inacceptable au regard de son jeune âge » (Cour EDH, 28 février 2019, *Khan c. France*, n° 12267/16, § 93).

Plus récemment encore, la Cour européenne a également condamné la France en raison « *des conditions dans lesquelles [plusieurs demandeurs d'asile] se sont trouvés pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à leurs besoins essentiels et dans l'angoisse permanente d'être attaqués et volés* », une telle situation caractérisant pour les intéressés « *un traitement dégradant témoignant d'un manque de respect pour leur dignité et [une] situation [qui] a, sans aucun doute, suscité chez eux des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à conduire au désespoir* » (Cour EDH, 2 juillet 2020, *N.H. et autres c. France*, n° 28820/13, § 184).

XI-2.3 Dans ce cadre, le Conseil d'Etat juge désormais avec constance – en particulier concernant les conditions de vies des personnes migrantes – que :

« En l'absence de texte particulier, il appartient en tout état de cause aux autorités titulaires du pouvoir de police générale, garantes du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine, de veiller, notamment, à ce que le droit de toute personne à ne pas être soumise à des traitements inhumains ou dégradants soit garanti ; que, lorsque la carence des autorités publiques expose des personnes à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence » (CE, 31 juillet 2017, n° 412.125, § 13 ; CE, 23 novembre 2015, n° 394.540).

XI-3 Par ailleurs, et également en droit, il importe de rappeler que le droit d'asile ainsi que ses corollaires, dont la possibilité de solliciter le statut de réfugié, figurent parmi les libertés fondamentales au sens

de l'article L. 521-2 du CJA (v. not. CE, Ord. Ref., 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, n° 229.039 ; CE, 30 avril 2020, n° 440.250).

Dans ce cadre, il y a lieu de souligner que le Conseil d'Etat a récemment jugé qu'« *il résulte de l'ensemble [des dispositions des articles L. 213-2, L. 213-3, L. 213-8-1 et L. 213-9 du CESEDA dans sa version antérieure à la recodification qui est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2021] qu'il appartient aux services de la police aux frontières saisis d'une demande d'asile à la frontière de saisir le ministre de l'intérieur afin qu'il procède à l'examen de la demande d'asile, soit en demandant à l'OFPRA de procéder à l'audition du demandeur, soit en saisissant les autorités de l'Etat membre qu'il estime responsable d'une demande de prise en charge ou de reprise en charge selon les articles 20 à 25 du règlement 604/2013/UE du 26 juin 2013* » (cf. CE, 8 juillet 2020, n° 440.756).

Pour ce qui est de la rétention des demandeurs d'asile, les articles 8 à 12 du règlement 604/2013/UE du 26 juin 2013 prévoient les bases légales de la rétention, qui doivent être définies par le droit national, ainsi que les garanties pour les demandeurs d'asile, notamment pour les personnes vulnérables, dont la possibilité de disposer d'une information dans une langue qu'elles comprennent.

Ce même règlement 604/2013/UE précise à son article 3§ 1 que « *les États membres examinent toute demande de protection internationale présentée par un ressortissant de pays tiers ou par un apatride sur le territoire de l'un quelconque d'entre eux, y compris à la frontière ou dans une zone de transit. La demande est examinée par un seul État membre, qui est celui que les critères énoncés au chapitre III désignent comme responsable* ».

Et à son article 28, il est également prévu que :

« 1. *Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle fait l'objet de la procédure établie par le présent règlement.*

2. *Les États membres peuvent placer les personnes concernées en rétention en vue de garantir les procédures de transfert conformément au présent règlement lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite de ces personnes, sur la base d'une évaluation individuelle et uniquement dans la mesure où le placement en rétention est*

proportionnel et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être effectivement appliquées.

3. Le placement en rétention est d'une durée aussi brève que possible et ne se prolonge pas au-delà du délai raisonnablement nécessaire pour accomplir les procédures administratives requises avec toute la diligence voulue jusqu'à l'exécution du transfert au titre du présent règlement.

Lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, le délai de présentation d'une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge ne dépasse pas un mois à compter de l'introduction de la demande. L'État membre qui mène la procédure conformément au présent règlement demande dans ce cas une réponse urgente. Cette réponse est donnée dans un délai de deux semaines à partir de la réception de la requête. L'absence de réponse à l'expiration de ce délai de deux semaines équivaut à l'acceptation de la requête et entraîne l'obligation de prendre ou de reprendre en charge la personne, y compris l'obligation d'assurer la bonne organisation de son arrivée.

Lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, son transfert de l'État membre requérant vers l'État membre responsable est effectué dès qu'il est matériellement possible et au plus tard dans un délai de six semaines à compter de l'acceptation implicite ou explicite par un autre État membre de la requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge de la personne concernée ou à compter du moment où le recours ou la révision n'a plus d'effet suspensif conformément à l'article 27, paragraphe 3.

Lorsque l'État membre requérant ne respecte pas les délais de présentation d'une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge ou lorsque le transfert n'intervient pas dans le délai de six semaines visé au troisième alinéa, la personne n'est plus placée en rétention. Les articles 21, 23, 24 et 29 continuent de s'appliquer en conséquence.

4. En ce qui concerne les conditions de placement en rétention et les garanties applicables aux personnes placées en rétention, afin de garantir les procédures de transfert vers l'État membre responsable, les articles 9, 10 et 11 de la directive 2013/33/UE s'appliquent. »

XI-4 Enfin, et toujours en droit, il convient de souligner que la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire – laquelle découle du principe constitutionnel de fraternité – constitue nécessairement une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA.

Cette liberté fondamentale a été reconnue par les juges des référés des tribunaux administratifs de Nice et de Marseille ainsi que par le Conseil d'Etat (**Prod. 14 à 16, 20, 21**).

XI-4.1 A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que, par une décision du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel a d'abord énoncé que « *la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle* » et qu'il en découle « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (Cons. const. Déc. n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, § 7 et 8 ; v. également Cons. constit. Déc. n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, § 104).

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel en a déduit deux conséquences majeures.

D'une part, il a censuré partiellement les dispositions du premier alinéa de l'article L. 823-9 du CESEDA – telles qu' alors en vigueur – aux motifs qu'« *en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* » (*Ibid.*, § 13).

Constatant le caractère trop restrictif des exemptions prévues en ce qu'elles ne s'appliquaient qu'aux actes d'« *aide au séjour irrégulier d'un étranger* », le Conseil a ainsi « *jugé qu'une exemption pénale était nécessaire pour les actes d'aide à la circulation irrégulière, lorsque celle-ci constitue l'accessoire de l'aide au séjour* » (Commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, p. 22).

D'autre part, le Conseil constitutionnel a également formulé une réserve d'interprétation relative au 3° de l'article L. 823-9 du CESEDA.

Après avoir rappelé la liste limitative des actes susceptibles d'être couverts par l'exemption pénale que prévoit expressément cet article, le Conseil constitutionnel affirme que « *ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* » (Cons. const. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, § 14).

Ce faisant, le Conseil constitutionnel a directement élargi la liste des actes justifiant le bénéfice pour l'aidant de l'immunité prévue par l'article L. 823-9 du CESEDA.

Dans le commentaire autorisé de la décision, il est ainsi expliqué que « *le Conseil a jugé que cette liste, et notamment la mention de « tout acte destiné à assurer des conditions de vie dignes et décentes » pouvait être interprétée comme ne couvrant pas tout acte ayant une fin humanitaire. Or il a estimé que le principe de fraternité imposait que tout acte d'aide au séjour ayant un but humanitaire bénéficie d'une exemption pénale. C'est pourquoi il a formulé une réserve d'interprétation visant à étendre le champ de l'exemption pénale à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* » (Commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, p. 23).

XI-4.2 Afin de tirer les conséquences de cette décision, le législateur a modifié les dispositions de l'article L. 823-9 du CESEDA, lesquelles prévoient désormais :

« Sans préjudice des articles L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

[...] 3° De toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire. »

Il ressort nettement des travaux parlementaires qu'en retenant une telle rédaction, le législateur a entendu **respecter pleinement le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider autrui**

dans un but humanitaire, tels que consacrés par le Conseil constitutionnel.

En d'autres termes, le législateur a entendu « coller au plus près de la décision du Conseil constitutionnel », en particulier en ce qu'elle implique de « *ne plus sanctionner les actes de solidarité liés au séjour et à la circulation* » (Mme Élise Fajgeles, rapporteure du projet de loi – Discussion en séance publique à l'Assemblée Nationale le 26 juillet 2018).

Cette lecture a été amplement confirmée par la Cour de cassation, laquelle a d'abord souligné que ces nouvelles dispositions légales « élargi[ssan]t les immunités prévues » en cas d'aide humanitaire (Crim. 12 décembre 2018, n° 17-85.736 et 17-85.737).

Puis elle en a retenu une lecture protectrice en jugeant notamment qu'« *il ne résulte nullement d[es nouvelles] dispositions légales [issues de la loi du 10 septembre 2018] que la protection dont bénéficient les auteurs d'actes accomplis dans un but exclusivement humanitaire soit limitée aux actions purement individuelles et personnelles et qu'en soit exclue une action non spontanée et militante exercée au sein d'une association* » (Crim. 26 février 2020, n° 19-81.561).

XI-4.3 Dans ces conditions, compte tenu à la fois de sa valeur constitutionnelle – qui découle elle-même du principe constitutionnel et solennel de fraternité – et des garanties légales aussi protectrices qu'univoques qui en ont résulté, il est manifeste que la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Et ce, à la fois au bénéfice de toute personne qui apporte une aide dans un but humanitaire, en particulier de façon collective au sein d'une association.

Cette liberté fondamentale a d'ailleurs été reconnue à plusieurs occasions, par les juges des référés des tribunaux administratifs de Nice et de Marseille mais aussi par le Conseil d'Etat (**Prod. 14 à 16, 20 et 21**).

XII. Or, en l'occurrence, c'est à deux titres qu'il est porté, s'agissant de la situation au sein des locaux situés dans le hall du bureau mixte juxtaposé du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et gérés par la police aux frontières de Modane, une atteinte grave et manifestement illégale à l'ensemble de ces libertés fondamentales.

XIII. D'emblée, et à titre liminaire, il convient de souligner que la circonstance que les faits et atteintes litigieuses se déroulent formellement sur le territoire italien ne fait aucunement obstacle à la caractérisation d'« *une atteinte grave et manifestement illégale* » à une liberté fondamentale « *à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs* » au sens exact de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

XIII-1 En effet, il ne ressort ni de la lettre, ni de la finalité même de ces dispositions que les hypothèses d'atteintes susceptibles de justifier l'intervention du juge des référés-libertés se limiteraient d'une quelconque manière au seul territoire terrestre français.

Tout au contraire, le seul critère de détermination du champ d'application géographique de l'article L. 521-2 du CJA réside dans le lieu où « *une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs* », une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

XIII-2 Or, en l'occurrence, il convient manifestement de rappeler que la situation litigieuse concerne un lieu à la frontière, constitutif d'un point de passage autorisé instauré par les autorités françaises au niveau du tunnel de Fréjus, en territoire italien, avant l'entrée dans le tunnel pour les véhicules en provenance d'Italie et en direction de la France.

A ce niveau de la frontière franco-italienne, la frontière se matérialise à l'intérieur du tunnel de Fréjus.

Il est donc acquis que même si les contrôles de la police française sont réalisés sur le sol italien avant l'entrée dans le tunnel, ils sont opérés par les autorités françaises, sachant que les personnes interpellées sur

cette partie de la frontière le sont majoritairement au niveau de ce point de passage autorisé (sur les 10.000 refus d'entrée notifiés par les services de la police aux frontières de Modane en 2021, les 2/3 environ ont été notifiés au niveau de ce point de passage autorisé).

Ainsi, ce sont bien les policiers français qui notifient en quelques minutes sur place, des refus d'entrée aux personnes alors interpellées.

Et ce, dans des locaux mis à disposition par la société de péage aux forces de l'ordre françaises.

Les personnes interpellées sont ensuite maintenues dans ces mêmes locaux, mis à disposition par la société de péage et donc situés sur le péage en territoire italien, **par les forces de l'ordre françaises**, pendant des durées plus ou moins longues et pouvant aller jusqu'à la nuit entière, avant que ces personnes ne soient remises aux autorités italiennes qui les conduisent dans la commune italienne de Bardonecchia.

Il convient également de rappeler qu'entre minuit et 5 heures du matin, le poste de la police italienne situé à Bardonecchia est fermé et les forces de l'ordre italiennes n'assurent plus leurs services.

En dehors de cette période, les personnes interpellées au niveau du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus demeurent maintenues dans les locaux ayant été mis à disposition par la société de péage, sous contrôle des forces de l'ordre françaises, le temps que les forces de l'ordre italiennes viennent chercher ces personnes, ce qui peut prendre plusieurs heures.

Lors d'échanges avec les policiers de la police aux frontières de Modane en novembre 2021, ces derniers ont en effet précisé que seules les forces de l'ordre françaises sont présentes en permanence sur ce point, les forces de l'ordre italiennes étant basées au poste de Bardonecchia et ne venant au niveau du tunnel de Fréjus que lors des appels des policiers français pour venir chercher des personnes.

Or, au cours de ces mêmes échanges, les policiers français ont évoqué le fait que les forces de l'ordre italiennes pouvaient mettre de nombreuses heures avant de venir.

Pendant ce délai, les personnes interpellées demeurent donc privées de liberté dans ces locaux situés sur le territoire italien, appartenant à la société de péage et **sous contrôle des policiers français (Prod. 7)**.

XIII-3 Il ressort ainsi indiscutablement des faits de l'espèce que les atteintes litigieuses sont directement et prioritairement liées au comportement de l'administration française.

Et ce, sans que la circonstance qu'ils se produisent formellement sur le territoire italien ne puisse remettre en cause un tel constat, au surplus dans un contexte où la frontière est souvent relative puisque la présence effective des autorités nationales est souvent observable indifféremment tant aux abords intérieurs qu'extérieurs de la frontière française.

Toute autre lecture – pour reprendre une formule évoquée lors de débats devant la Cour européenne des droits de l'homme – reviendrait à permettre à l'administration de « *commettre, en dehors de son territoire, des actes qui ne seraient jamais acceptés à l'intérieur de celui-ci* » (Cour EDH, G.C. 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09, § 69).

A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que, précisément, la Cour européenne considère elle-même que le champ d'application géographique des droits conventionnels ne saurait se limiter au seul territoire de l'Etat partie mais peut dépendre de l'action effective de ses agents en dehors de son territoire.

En effet, selon une jurisprudence désormais parfaitement constante, la Cour européenne juge que si « *la juridiction d'un État, au sens de l'article 1* [qui stipule que les Etats parties « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention »], *est principalement territoriale* », il n'en demeure pas moins que « des faits particuliers de la cause » peuvent conduire à « conclure] à un exercice extraterritorial de sa juridiction par l'État » (Cour EDH, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, n° 52207/99, § 131 ; pour un récent rappel, Cour EDH, G.C. 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, n° 38263/08, § 81).

Il en est ainsi tout particulièrement en considérant de « l'autorité et le contrôle d'un agent de l'État » exercés sur une ou plusieurs personnes situées sur le territoire d'un autre Etat :

« 133. La Cour a reconnu dans sa jurisprudence que, par exception au principe de territorialité, la juridiction d'un État contractant au sens de l'article 1 peut s'étendre aux actes de ses organes qui déploient leurs effets en dehors de son territoire (Drozd et Janousek, précité, § 91, Loizidou (exceptions préliminaires), précité, § 62, et Loizidou c. Turquie (fond), 18 décembre 1996, § 52, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, et Banković, décision précitée, § 69). Cette exception, telle qu'elle se dégage de l'arrêt Drozd et Janousek et des autres affaires ci-dessus, est énoncée de manière très générale, la Cour s'étant contentée de dire que la responsabilité de l'État contractant « peut entrer en jeu » en pareilles circonstances. Il est nécessaire d'examiner la jurisprudence pour en cerner les principes directeurs.

134. Premièrement, il est clair que la juridiction de l'État peut naître des actes des agents diplomatiques ou consulaires présents en territoire étranger conformément aux règles du droit international dès lors que ces agents exercent une autorité et un contrôle sur autrui (Banković, décision précitée, § 73 ; voir également X. c. République fédérale d'Allemagne, no 1611/62, décision de la Commission du 25 septembre 1965, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. 8, p. 158, X c. Royaume-Uni, no 7547/76, décision de la Commission du 15 décembre 1977, et WM c. Danemark, no 17392/90, décision de la Commission du 14 octobre 1993).

135. Deuxièmement, la Cour a conclu à l'exercice extraterritorial de sa juridiction par l'État contractant qui, en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du Gouvernement local, assume l'ensemble ou certaines des prérogatives de puissance publique normalement exercées par celui-ci (Banković, décision précitée, § 71). Par conséquent, dès lors que, conformément à une règle de droit international coutumière, conventionnelle ou autre, ses organes assument des fonctions exécutives ou judiciaires sur un territoire autre que le sien, un État contractant peut être tenu pour responsable des violations de la Convention commises dans l'exercice de ces fonctions, pourvu que les faits en question soient imputables à lui et non à l'État territorial (Drozd et Janousek, précité, Gentilhomme, Schaff-Benhadi et Zeroukiet c. France, nos 48205/99, 48207/99 et 48209/99, 14 mai 2002, ainsi que X et Y c.

Suisse, nos 7289/75 et 7349/76, décision de la Commission sur la recevabilité du 14 juillet 1977, DR 9, p. 57).

136. *En outre, la jurisprudence de la Cour montre que, dans certaines circonstances, le recours à la force par des agents d'un État opérant hors de son territoire peut faire passer sous la juridiction de cet État, au sens de l'article 1, toute personne se retrouvant ainsi sous le contrôle de ceux-ci. Cette règle a été appliquée dans le cas de personnes remises entre les mains d'agents de l'État à l'extérieur de ses frontières. Ainsi, dans l'arrêt *Öcalan c. Turquie* précité, § 91, la Cour a jugé que « dès sa remise par les agents kenyans aux agents turcs, [le requérant] s'[était] effectivement retrouvé sous l'autorité de la Turquie et relevait donc de la « juridiction » de cet État aux fins de l'article 1 de la Convention, même si, en l'occurrence, la Turquie a[vait] exercé son autorité en dehors de son territoire ». Dans l'arrêt *Issa* précité, elle a indiqué que, s'il avait été établi que des soldats turcs avaient arrêté les proches des requérants dans le nord de l'Irak avant de les emmener dans une caverne avoisinante et de les exécuter, les victimes auraient dû être considérées comme relevant de la juridiction de la Turquie, ce par l'effet de l'autorité et du contrôle exercés sur les victimes par les soldats. Dans la décision *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* ((déc.), no 61498/08, §§ 86-89, 30 juin 2009), elle a estimé que, dès lors que le contrôle exercé par le Royaume-Uni sur ses prisons militaires en Irak et sur les personnes y séjournant était absolu et exclusif, il y avait lieu de considérer, à propos de deux ressortissants irakiens incarcérés dans l'une d'elles, qu'ils relevaient de la juridiction du Royaume-Uni. Enfin, dans l'arrêt *Medvedyev et autres c. France* [GC], no 3394/03, § 67, CEDH 2010-..., elle a conclu, relativement à des requérants qui s'étaient trouvés à bord d'un navire intercepté en haute mer par des agents français, qu'eu égard au contrôle absolu et exclusif exercé de manière continue et ininterrompue par ces agents sur le navire et son équipage dès son interception, ils relevaient de la juridiction de la France au sens de l'article 1 de la Convention. La Cour considère que, dans les affaires ci-dessus, la juridiction n'avait pas pour seul fondement le contrôle opéré par l'État contractant sur les bâtiments, l'aéronef ou le navire où les intéressés étaient détenus. L'élément déterminant dans ce type de cas est l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques sur les personnes en question.*

137. *Il est clair que dès l'instant où l'État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de*

conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, les droits découlant de la Convention peuvent être « fractionnés et adaptés » (voir, à titre de comparaison, la décision *Banković précitée*, § 75). » (*Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité).

Ainsi, dès l'instant où les autorités françaises procèdent à l'interpellation de personnes au niveau du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus puis les maintiennent dans les locaux placés sous leur contrôle et responsabilité, il est manifeste que les personnes ainsi visées relèvent de la juridiction de la France au sens exact de la Convention européenne.

En d'autres termes, l'atteinte portée aux droits et libertés conventionnels – dont certains correspondent à des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA – à l'ensemble des personnes ainsi interpellées puis privées de liberté sous « l'autorité et le contrôle » des forces de l'ordre françaises sont imputables à la France et à son administration.

Une telle conclusion s'impose même dans le contexte des opérations relatif aux migrations car, comme l'a réaffirmé récemment la Cour européenne, « la spécificité du contexte migratoire ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder la jouissance des droits et garanties prévus par la Convention et que les États se sont engagés à reconnaître aux personnes placées sous leur juridiction (voir, *mutatis mutandis*, *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 178). Instrument constitutionnel de l'ordre public européen (*Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 75, série A no 310, et *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni [GC]*, no 55721/07, § 141, CEDH 2011), la Convention ne saurait s'appliquer de manière sélective à des parties du territoire d'un État par l'effet d'une réduction artificielle de l'étendue de sa juridiction territoriale. Parvenir à la conclusion contraire reviendrait à vider de son contenu le postulat de la protection effective des droits de l'homme qui sous-tend l'ensemble de la Convention (*Assanidzé*, précité, § 142). » (Cour EDH, G.C. 13 février 2020, N.D. et N.T. c. France, n° 8675/15, § 110)

XIII-4 C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner les atteintes grave et manifestement illégales aux libertés fondamentales qui résultent de la situation au sein des locaux situés dans le hall du bureau mixte juxtaposé du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et gérés par la police aux frontières de Modane.

Et ce, à au moins deux titres.

Sur la fermeture des locaux

XIV. Premièrement, et à titre principal, il est indéniable que les privations de liberté subies par les personnes enfermées dans les locaux attenants situés dans le hall du bureau mixte juxtaposé du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et gérés par la police aux frontières de Modane méconnaissent l'ensemble de ces libertés fondamentales et leur portent une atteinte grave et manifestement illégale au sens exact des dispositions de l'article L. 521-2 du code de la justice administrative.

Plus précisément, la pratique litigieuse emporte des conséquences particulièrement graves sur l'exercice de ces libertés, sans être strictement justifiées et proportionnées au regard des buts affichés par son auteur.

En outre, il n'existe aucune protection de l'ensemble des droits traditionnellement afférents à toute privation de liberté des personnes enfermées.

Cette atteinte résulte à la fois du constat que les personnes étrangères sont privées de liberté, mais également des conditions indignes dans lesquelles elles le sont, sans compter l'absence d'assistance par des associations.

Sur la privation arbitraire de liberté arbitraire

XIV-1 D'abord, cette pratique constitue incontestablement une mesure de privation de liberté au sens du droit interne, conventionnel et international.

XIV-1.2 Les ressortissants étrangers présents au sein des locaux situés dans le hall du bureau mixte juxtaposé du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et gérés par la police aux frontières de Modane ne sont manifestement pas accueillis dans des conditions légales.

En outre, les personnes privées de liberté le sont dans un local situé sur le territoire italien et appartenant à une société de péage qui l'a mis à disposition des forces de l'ordre françaises.

Ce local est spartiate et sert également de bureau pour les policiers de la police aux frontières de Modane.

En effet, il s'agit du hall du bureau mixte juxtaposé. Dans ce hall d'une quarantaine de mètres carrés, des bureaux occupés par les policiers de la PAF de Modane sont installés. En face de ces bureaux, sans qu'aucune confidentialité ou inimité ne soient garanties, des bancs métalliques et des chaises sont installés pour les personnes interpellées. Les personnes sont donc enfermées dans ce local après remise d'un refus d'entrée sur le territoire français et ce, jusqu'à la venue de la police italienne, ce qui peut prendre quelques minutes mais aussi plusieurs heures, voire la nuit entière (**Prod. 7**).

En l'occurrence, il s'agit ainsi d'un dispositif de privation de liberté systématique, organisé et régulier, dont l'organisation dépasse de loin l'hypothèse exceptionnelle évoquée par le Conseil d'Etat.

Enfin, il n'est pas inutile de relever que depuis la décision rendue le 5 juillet 2017 par le Conseil d'Etat, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de juger que la directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (dite « *directive retour* ») s'appliquait aux hypothèses de franchissement des frontières intérieures même lorsque l'Etat membre concerné a rétabli les contrôles dérogatoires aux frontières (CJUE, G.C., 19 mars 2019, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abdelaziz Arib e. a.*, Aff. C-444/17, not. § 62).

Dès lors, l'ensemble des règles applicables aux situations couvertes par la directive n° 2008/115/CE et déclinées notamment à l'article L. 551-1 du CESEDA doivent être respectées.

En particulier, les pratiques de privation de liberté visant des ressortissants étrangers peuvent ainsi être regardées comme des mesures de rétention gouvernées par les règles de la directive retour.

C'est précisément ce que le Conseil d'Etat a très récemment jugé dans la décision susvisée (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178).

XIV-1.3 Ce raisonnement a finalement été suivi par le juge des référés du tribunal de Nice le 30 novembre 2020 et le 4 mars 2021 ainsi que par le juge des référés du tribunal de Marseille le 11 décembre 2020 et le 16 mars 2021.

XIV-1.4 Dans ce contexte, il est incontestable que les restrictions d'espèce sont de nature à priver de liberté les personnes qui les subissent.

XIV-1.4.1 D'une part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel milite indubitablement en faveur de la qualification de mesure privative de liberté s'agissant de l'enfermement des personnes migrantes tel qu'il est organisé en l'espèce.

Ces personnes sont enfermées dans un espace surveillé en permanence, les policiers de la police aux frontières de Modane partageant le local avec les personnes interpellées.

Ces dernières ne peuvent sortir du local de manière libre et sont sous la contrainte des forces de l'ordre françaises jusqu'à la venue des forces de l'ordre italiennes.

De fait, les personnes ne peuvent partir de leur plein gré de ce local, étant soumises à la fois aux contraintes et au maintien des autorités françaises et à la venue des autorités italiennes.

De plus, les forces de l'ordre italiennes étant fermées de minuit à 5 heures, les personnes interpellées de nuit sont *de facto* privées de liberté pendant au moins 5 heures. Ce délai pouvant être fréquemment rallongé au regard du fait que les autorités italiennes ne viennent pas immédiatement à leur reprise, à 5 heures, mais quelques heures plus tard, ce qui a été évoqué par un policier français (**Prod. 7**).

En tout état de cause, les personnes privées de liberté **ne sont pas soumises au contrôle du juge judiciaire.**

Par ailleurs, il est constant qu'une mesure de vérification d'identité constitue une mesure de privation de liberté alors que sa durée ne peut excéder quatre heures.

Or, une vérification d'identité a lieu dans un local de police et selon le respect de droits et libertés détaillés dans le code de procédure pénale.

En l'espèce, les personnes migrantes sont maintenues pendant plusieurs heures, et ainsi très souvent au-delà de quatre heures, dans des constructions modulaires sous surveillance de la police aux frontières.

Elles sont ainsi maintenues, de la même manière que lors d'une mesure de vérification d'identité, **dans un local de police pour des durées excédant les seuils fixés par le Conseil constitutionnel dans la caractérisation des mesures de privation de liberté et ce, sans aucune possibilité d'en sortir.**

Par conséquent, au regard de l'ensemble des mesures de contraintes mises en place en l'espèce comme la surveillance par des officiers de police françaises, l'impossibilité de quitter le lieu, les conditions d'enfermement et les durées de ces privations de liberté, il est indiscutable qu'une telle mesure constitue une privation de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution.

XIV-1.4.2 D'autre part, la qualification de mesures privatives de liberté de ces mesures d'enfermement au sens de l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait pas plus de doute.

La Cour européenne des droits de l'homme prend en compte différents critères d'appréciation de la privation de liberté mais également l'accumulation de tels critères, parmi lesquels figurent la situation concrète des individus, le genre de la mesure d'enfermement, sa durée, ses effets et ses modalités d'exécution.

En l'espèce, comme il l'a déjà été établi plus tôt, les personnes appréhendées par la police aux frontières et enfermées dans le local de nombreuses heures, sous surveillance constante, dans des conditions

très spartiates, et sans aucune possibilité de nouer des liens sociaux hormis avec les autres personnes enfermées.

Or, la Cour européenne a déjà précisé que l'inconfort physique conjugué à l'impossibilité de quitter une zone militent en faveur de la reconnaissance d'une privation de liberté.

Il en va de même pour l'enfermement dans une zone exiguë sous surveillance permanente.

S'agissant de l'inconfort physique et de l'impossibilité de quitter une zone à cause des policiers formant un cordon autour de manifestants, la Cour européenne n'avait pas conclu à la reconnaissance d'une privation de liberté dans la mesure où, d'une part, le comportement dangereux de certains militants empêchait la police de rompre le cordon et, d'autre part, la police avait fait preuve, à plusieurs reprises, de sa volonté de le rompre au cours de sa mise en place.

En l'occurrence, les personnes sont enfermées jusqu'à la venue de la police italienne.

En outre, dans le cadre du contentieux s'agissant de la zone de transit à la frontière hongroise, la Cour européenne n'avait pas reconnu ce dispositif comme une mesure de privation de liberté.

Cependant, deux différences fondamentales existent entre la situation hongroise et la situation d'espèce.

Premièrement, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que le maintien des personnes migrantes dans la zone de transit se justifiait par le temps nécessaire à l'étude de leur demande d'asile.

Or, en l'espèce, les refus d'entrée sur le territoire sont rédigés en quelques minutes, sans respect de la procédure ni des droits des personnes dont le droit de demander l'asile.

D'ailleurs, comme l'a explicitement jugé le Conseil d'Etat, une telle pratique de refus d'entrée par les seuls services de la police aux frontières porte « *une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile, qui constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* » (CE, 8 juillet 2020, n° 440.756). Ce jugement a été de nouveau confirmé par le Conseil d'Etat en avril 2021 (**Prod. 14**).

Aucune démarche administrative ne vient ainsi justifier le temps d'enfermement subi par les personnes migrantes.

Secondement, la Cour européenne s'est longuement intéressée à la possibilité effective laissée aux migrants qui ont pénétré dans la zone de transit hongroise de rejoindre le pays qu'ils venaient de quitter, en l'occurrence la Serbie.

Après une analyse approfondie de la situation, elle a conclu qu'un tel retour était possible aux personnes présentes dans la zone de transit.

Or, en l'espèce, le maintien des personnes, dans des conditions indignes, au sein de ce local, sans moyen de s'allonger, sans couverture, sans séparation entre hommes, femmes, familles, enfants, avec seulement un sanitaire pour parfois des dizaines de personnes et sans forcément accès à un repas, n'est ni justifié par l'étude de leur situation - expédiée en quelques minutes - ni contrebalancé par la possibilité de rejoindre le territoire italien, les personnes étant déjà sur le territoire italien et sous contrôle de la police aux frontières française jusqu'à l'arrivée de la police italienne.

En effet, les personnes y sont enfermées, sans aucune possibilité de quitter la zone avant leur remise par les forces de l'ordre françaises aux forces de la police italienne, renvoi dont l'heure et la date dépendent de la venue de la police italienne.

La police aux frontières de Modane maintient alors des personnes vulnérables, pendant parfois des nuits entières, sans aucune justification tenant à l'étude de leur situation, dans des conditions les empêchant d'avoir accès aux associations, à un avocat ou à un médecin, sans aucune possibilité de contact vers l'extérieur, dans une zone sous surveillance permanente.

Par conséquent, il est indéniable qu'un tel dispositif doit être considéré comme une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

XIV-1.5 En tout état de cause, ces pratiques privatives de liberté sont manifestement illégales, notamment au regard des exigences du droit de l'Union européenne.

Et ce, en particulier eu égard au fait que ces pratiques ont lieu sur le territoire italien sous le contrôle et l'autorité des forces de l'ordre françaises.

XIV-1.5.1 A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures n'exonère pas les Etats membres qui l'ont décidé de l'application des dispositions des directives et règlements européens applicables aux personnes en situation irrégulière ou qui sollicitent l'asile (v. not. CJUE, 19 mars 2019, *Arbi*, n° C444/17).

En conséquence, et comme cela a déjà été évoqué, les dispositions relatives à la rétention prévues à l'article 15 de la directive 2008/115/CE ou des articles 8 et suivants de la directive 2013/33/UE sont applicables.

Il appartient donc aux autorités compétentes de respecter ce cadre juridique en décidant, lorsque des mesures de privation de liberté leur apparaît nécessaire, de le faire dans le cadre juridique prévu par le droit national et qui offrent les garanties prévues en matière de sécurité juridique, d'informations relatives aux droits et obligations notamment le droit d'être assisté par un conseil ou l'accès du HCR et à l'intervention rapide d'un juge sur la légalité de cette rétention.

A ce titre, il n'est pas inutile de rappeler que le Conseil d'Etat a jugé que :

« 4. Le a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier permet aux Etats membres de ne pas appliquer les dispositions de cette directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), ou arrêtés ou interceptés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière extérieure d'un Etat membre. Telles qu'interprétées par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2019, Arbi e.a. (C-444/17), ces dispositions ne sont pas

applicables aux franchissements des frontières intérieures d'un Etat membre lorsque celui-ci a réintroduit le contrôle à ces frontières en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen. Il suit de là que les associations requérantes sont fondées à soutenir que en ce qu'il permet d'opposer un refus d'entrée à un étranger qui a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre **alors que lui sont applicables les dispositions, relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prises pour la transposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008,** les dispositions de l'article L. 213-3-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont incompatibles avec les objectifs de celle-ci et à demander l'annulation de l'article 2 du décret attaqué, pris pour l'application de ces dispositions législatives. » (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178).

En d'autres termes, la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 « relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » (dite directive « retour ») s'applique aux frontières intérieures même en cas de « réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ».

Saisi d'un recours en référé suspension et d'un recours en référé liberté, les tribunaux administratifs de Nice et de Marseille en ont tiré les conséquences (cf. TA de Nice, 30 novembre 2020, n° 2004690 ; TA de Marseille, 10 décembre 2020, n° 2009054, TA de Nice, 4 mars 2021 ; TA de Marseille, 16 mars 2021) tout comme le Conseil d'Etat (CE, n°s 450879, 450987, 23 avril 2021).

Il ressort clairement de ces décisions que l'instauration de contrôles aux frontières intérieures, conformément aux articles 25 et suivants du règlement 2016/399 n'a pas pour objet, ni même pour effet, de permettre à la police aux frontières ou au préfet de priver de liberté, même pour une brève durée, une personne qui a été trouvée en situation irrégulière à l'occasion d'un contrôle aux frontières intérieures ou qui y demande l'asile à la frontière.

De fait, aucune décision n'est notifiée aux personnes ainsi privées de liberté. En outre, elles ne disposent d'aucun droit, pas même celui prévu par l'article 78-3 du code de procédure pénale concernant la vérification d'identité ou encore du droit de contacter une personne, un avocat ou un conseil, sans compter le droit de solliciter l'asile.

Au demeurant, et de façon particulièrement significative, la situation des personnes ainsi privées de liberté dans les locaux litigieux ne relève ni du régime de rétention administrative visé par les dispositions de l'article L. 551-1 du CESEDA, ni des hypothèses d'assignation à résidence visées à l'article L. 561-2 du même code.

Par ailleurs, à supposer même qu'il soit possible d'envisager – un instant et pour les seuls besoins de la démonstration – que des refus d'entrée puissent être opposés à une personne franchissant une frontière intérieure, les dispositions de l'article L. 341-1 du CESEDA ne prévoient pas qu'une personne puisse être maintenue en zone d'attente si elle est arrivée par une autre voie qu'aérienne, maritime ou ferroviaire, à la seule exception du département de Guyane.

Surtout, aucune base légale ne permet aux forces de l'ordre françaises d'enfermer des personnes sur le sol d'un autre Etat, en l'occurrence l'Italie.

A nouveau, il convient de rappeler que la situation litigieuse concerne un lieu à la frontière, constitutif d'un point de passage autorisé instauré par les autorités françaises au niveau du tunnel de Fréjus, en territoire italien, avant l'entrée dans le tunnel pour les véhicules en provenance d'Italie et en direction de la France.

Ainsi, en dépit du fait que les pratiques en cause ont lieu sur le territoire italien, les contrôles et interpellations de la police française sont réalisés sur le sol italien avant l'entrée dans le tunnel.

Ce sont également les policiers français qui notifient en quelques minutes sur place, des refus d'entrée aux personnes alors interpellées.

De façon significative, il est souvent indiqué sur ces décisions de refus d'entrée la mention « *PPA Bardonecchia* » ce qui interroge singulièrement sur la nature et le fondement de tels actes administratifs édictés sur le sol italien.

Ensuite, les personnes interpellées sont maintenues dans ces mêmes locaux, mis à disposition par la société de péage et donc situés sur le péage en territoire italien, **par les forces de l'ordre françaises**, pendant des durées plus ou moins longues et pouvant aller jusqu'à la nuit entière, avant que ces personnes ne soient remises aux autorités italiennes qui les conduisent dans la commune italienne de Bardonecchia.

En somme, pendant ce délai, les personnes interpellées demeurent donc privées de liberté dans ces locaux situés sur le territoire italien, appartenant à la société de péage et **sous contrôle des policiers français (Prod. 7)**.

Or, une telle situation interroge singulièrement quant à la légalité à la fois des mesures administratives de refus d'entrée que surtout des pratiques privatives de liberté réalisée ainsi sur le sol italien par des autorités françaises.

Le tout, sans base légale univoque permettant l'exercice de tels pouvoirs dans un contexte extraterritorial.

Enfin, et en tout état de cause, c'est en vain que l'ANAFE a cherché un quelconque arrêté préfectoral ou interministériel – régulièrement publié – qui prévoirait au niveau du tunnel de Fréjus et en territoire italien, un lieu de rétention ou de maintien géré par les autorités françaises et préciserait son adresse, sa période d'existence – pour les lieux de rétention – son périmètre et les locaux d'hébergement – prévus pour les zones d'attente, comme l'exigent pourtant les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 341-6 du CESEDA.

XIV-1.5.2 Corrélativement, l'ANAFE tient à souligner que la privation litigieuse de liberté est d'autant plus grave et manifestement illégale qu'elle est réalisée en méconnaissance des garanties minimales du droit d'asile.

En effet, il résulte des dispositions du règlement 604/2013/UE du 26 juin 2013 (cf. *supra* **XII-3**) qu'un demandeur d'asile ne peut être placé en rétention au seul motif qu'il a présenté une demande de protection internationale et, lorsqu'il est appliqué le règlement Dublin, que s'il existe un risque non négligeable de fuite, défini par la loi (cf. CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor*, Aff. C-528/15 ; Cour cassation, 27 septembre 2017, n° 17-15.160 ; CE, 5 mars 2018, n° 405.474).

Or, la pratique de privation de liberté au tunnel de Fréjus ne prévoit aucune des garanties requises lorsque la personne a sollicité l'asile en France ou dans un autre Etat membre, puisque la privation de liberté n'est encadrée par aucun cadre légal et n'est pas davantage prévue une évaluation de la vulnérabilité et du risque de fuite ou encore la

possibilité d'être informé et d'être assisté par un avocat ou une association.

A ce titre, la pratique de la police aux frontières et des autorités françaises de priver de liberté pendant plusieurs heures des demandeurs d'asile porte donc une atteinte manifestement illégale et grave au droit d'asile, même lorsque les demandes d'asile des personnes concernées ne sont pas formellement enregistrées par l'autorité administrative.

Sur les conditions matérielles de la privation de liberté

XIV-2 Ensuite, cette privation de liberté a lieu dans des conditions inhumaines et dégradantes.

Comme explicité précédemment, la police aux frontières maintient des personnes vulnérables, pendant des nuits entières dans des conditions les empêchant d'avoir accès aux associations, à un avocat ou même un médecin, sans aucune possibilité de contact avec l'extérieur, dans une zone sous surveillance policière permanente.

En effet, les témoignages des personnes enfermées dans ces lieux démontrent des conditions de privation de liberté indignes (**Prod. 7 et 13**) : promiscuité, absence de couverture, hygiène déplorable, simples bancs métalliques sur lesquels les personnes doivent passer toute la nuit, absence de communication d'information de la part des services de police, manque de nourriture et d'eau, accès restreint à des sanitaires, étroite proximité avec les forces de l'ordre.

Ces constats rendent primordiale une action d'associations comme l'ANAFE et impliquent qu'il soit mis fin à ces privations de liberté, qui en sus d'être dépourvues de base légale, se déroulent dans des conditions particulièrement indignes.

XIV-3 Il résulte de tout ce qui précède, et notamment des faits caractérisant une situation de détention arbitraire quotidienne, régulière et organisée dans les locaux situés dans le hall du bureau mixte juxtaposé du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et gérés par la police aux frontières de Modane, que la fermeture immédiate de ces locaux s'impose résolument.

Sur le refus d'accès aux locaux opposé aux associations humanitaires

XV. Deuxièmement, et à titre subsidiaire, la décision du 1^{er} septembre 2022 par laquelle les autorités françaises ont décidé de refuser l'accès aux locaux situés dans le hall du bureau mixte juxtaposé du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et gérés par la police aux frontières de Modane aux représentantes de l'ANAFE constitue également une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales.

En particulier, et dans le prolongement direct des développements précédents relatifs aux conditions dans lesquelles des personnes étrangères sont privées de liberté dans ces locaux, l'ANAFE entend souligner qu'un tel refus d'accès affecte aussi bien les droits de ces migrants particulièrement vulnérables que le droit pour les associations d'exercer leurs activités humanitaires, tout particulièrement au nom de la liberté fondamentale d'aider d'autrui dans un but humanitaire.

XV-1 D'emblée, et à titre liminaire, il convient de rappeler que les associations humanitaires disposent d'un droit d'accès dans différents lieux où des ressortissants étrangers sont privés de liberté.

Il en est tout particulièrement ainsi en zone d'attente ou dans les lieux de rétention.

XV-1.1 D'une part, en effet, les articles R. 343-19 et suivants du CESEDA prévoient un tel droit d'accès pour les associations aux **zones d'attente**.

L'article R. 343-19 dispose ainsi :

« L'autorité administrative compétente fixe la liste des associations habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder à la zone d'attente dans les conditions fixées par la présente section.

L'habilitation ne peut être sollicitée que par les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq années et proposant

par leurs statuts l'aide et l'assistance aux étrangers, la défense des droits de l'homme ou l'assistance médicale ou sociale.

Tout refus d'habilitation doit être motivé au regard notamment du nombre d'associations déjà habilitées.

L'habilitation est accordée pour une durée de trois ans et peut faire l'objet d'une convention signée entre l'autorité administrative compétente et l'association. L'habilitation et la convention sont renouvelables pour la même durée.

L'autorité administrative compétente peut retirer l'habilitation d'une association.

L'accès à la zone d'attente des représentants des associations habilitées s'effectue conformément aux stipulations de la convention. »

L'article R. 343-21 du même code dispose également :

« L'autorité administrative compétente peut autoriser toute visite supplémentaire sur demande écrite et motivée du président d'une association habilitée ou de tout membre mandaté de l'association. »

L'article R. 343-23 du même code dispose, par ailleurs :

« Les représentants agréés d'une association peuvent s'entretenir avec le chef des services de contrôle aux frontières et, lorsqu'ils sont présents, avec les agents de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et les agents de l'Office français de l'immigration et de l'intégration chargés de l'assistance humanitaire.

Ils peuvent s'entretenir confidentiellement avec les personnes maintenues dans cette zone.

Pendant leur présence en zone d'attente, les représentants agréés d'une association habilitée sont accompagnés par un agent des services de contrôle aux frontières.

Les représentants de plusieurs associations habilitées ne peuvent accéder le même jour à la même zone d'attente. »

Il convient de préciser que l'ANAFE figure dans l'article 1^{er} de l'arrêté du 1^{er} juin 2021 fixant la liste des associations humanitaires

habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder en zone d'attente.

En outre, l'article L. 343-3 du même code dispose :

« Pendant toute la durée du maintien en zone d'attente, l'étranger dispose des droits qui lui sont reconnus à l'article L. 343-1. »

Le procureur de la République ainsi que, à l'issue des quatre premiers jours, le juge des libertés et de la détention, peuvent se rendre sur place pour vérifier les conditions de ce placement et se faire communiquer le registre mentionné au second alinéa de l'article L. 341-2.

Le procureur de la République visite les zones d'attente chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par an.»

XV-1.2 D'autre part, il convient également de rappeler qu'aux termes de l'article R. 744-27 du CESEDA, tel qu'issu du décret n° 2014-676 du 24 juin 2014 relatif à l'accès des associations humanitaires aux **lieux de rétention** :

« Les associations humanitaires ont accès, dans les conditions fixées par la présente section, aux lieux de rétention.

Cet accès ne doit pas entraver le fonctionnement du lieu de rétention ni les activités qu'y exercent les services de l'Etat et les personnes morales mentionnés à l'article R. 744-20 et R. 744-21. »

L'article R. 744-28 du même code prévoit que :

« Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq années, ayant pour objet la défense des étrangers, la défense des droits de l'homme, l'assistance médicale et sociale ou l'assistance aux personnes privées de liberté, peut demander à être habilitée à proposer des représentants en vue d'accéder aux lieux de rétention.

Le ministre chargé de l'immigration fixe la liste des associations habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder aux lieux de rétention.

Tout refus d'habilitation est motivé. Il ne peut être fondé que sur la méconnaissance des critères énoncés au premier alinéa ou sur des motifs d'ordre public.

L'habilitation est accordée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable pour la même durée.

Le ministre chargé de l'immigration peut, par décision motivée, retirer l'habilitation d'une association lorsqu'elle ne remplit plus les critères énoncés au premier alinéa ou pour des motifs d'ordre public.
»

L'article R. 744-29 dispose quant à lui que :

« Chaque association habilitée peut transmettre au ministre chargé de l'immigration une liste de cinq personnes au plus ayant vocation à accéder à l'ensemble des lieux de rétention.

Chaque association habilitée peut transmettre au préfet territorialement compétent ou, à Paris, au préfet de police, pour chaque lieu de rétention, une liste de cinq personnes au plus ayant vocation à y accéder.

L'autorité compétente peut, par décision motivée, s'opposer à l'accès d'une ou plusieurs personnes figurant sur une liste pour des motifs d'ordre public. En l'absence d'opposition de l'autorité compétente dans un délai d'un mois après réception de la liste, ces personnes sont autorisées à accéder aux lieux de rétention concernés. L'autorité compétente en informe les responsables de ces lieux de rétention.

Il est mis fin au droit d'accès d'un représentant d'une association à la demande de la personne ou de l'association concernée ou lorsque l'habilitation de cette association est retirée. L'autorité compétente peut également, par décision motivée, mettre fin au droit d'accès pour des motifs d'ordre public. »

En outre, l'article R. 744-30 du même code prévoit que :

« Les représentants des associations ont accès, dans le respect des règles sanitaires et de sécurité, aux locaux susceptibles d'accueillir les retenus. Toutefois, ils n'ont accès aux locaux mis à disposition des intervenants et au local réservé aux avocats qu'avec l'accord des intéressés.

Les représentants des associations peuvent s'entretenir avec le responsable du lieu de rétention et, lorsqu'ils sont présents, avec les agents de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et de l'Office français de l'immigration et de l'intégration ainsi qu'avec les représentants agréés des associations ayant conclu la convention prévue à l'article R. 553-14 pour permettre l'exercice effectif des droits des étrangers. Ils peuvent s'entretenir avec l'équipe médicale du lieu de rétention, dans le respect du secret médical.

Les représentants des associations peuvent s'entretenir confidentiellement avec les personnes retenues dans ces lieux. Cette possibilité ne peut être refusée que pour des motifs tirés des exigences mentionnées au second alinéa de l'article R. 553-14-4. ».

Enfin, l'article R. 744-31 du CESEDA dispose que :

« Un même lieu de rétention peut recevoir, au plus, la visite de cinq représentants d'associations habilitées par période de vingt-quatre heures.

Lorsque les représentants d'une association entendent exercer leur droit d'accès dans un centre de rétention, ils en informent au moins vingt-quatre heures à l'avance le chef de centre.

Lorsque les représentants d'une association entendent exercer leur droit d'accès dans un local de rétention, ils en informent au moins douze heures à l'avance le responsable du local.

Le responsable du lieu de rétention peut, par une décision motivée, ajourner les visites de représentants d'association pour une durée limitée mentionnée dans la décision. »

Plus largement encore, et en écho à ces dispositions, il est manifeste que l'accès des associations humanitaires aux différents lieux où des ressortissants étrangers sont privés de liberté relève nécessairement de la liberté fondamentale d'aider autrui dans un but humanitaire (cf. *supra* XI-4).

XV-2 Toujours à titre liminaire, les juges des référés des tribunaux de Nice et de Marseille ainsi que le Conseil d'Etat ont déjà reconnu cette liberté fondamentale des associations, notamment de l'ANAFE, pour

intervenir auprès des personnes privées de liberté à la frontière franco-italienne.

XV-3 Pour tenter de justifier sa décision de refus d'accès les autorités françaises ont seulement évoqué des « *ordres de Paris* » et ont renvoyé les représentantes de l'ANAFE vers les autorités italiennes en précisant que les locaux étaient situés sur le sol italien.

Or, en parallèle, les autorités françaises sous-entendent notifier des actes administratifs français et priver de liberté des personnes en territoire italien, dans des locaux dont elles ne seraient pas les responsables directes.

De fait, les autorités françaises notifient des refus d'entrée sur le territoire français alors qu'elles sont présentes sur le territoire italien et privent de liberté les personnes interpellées, toujours sur le sol italien.

Or, malgré l'engagement de leur responsabilité à travers l'acte administratif notifié, les autorités françaises renvoient la responsabilité de la gestion du lieu aux autorités italiennes.

XVI. A tous égards, donc, la décision contestée porte une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales.

Sa suspension immédiate est donc inéluctable.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, l'association exposante conclue à ce qu'il plaise au juge des référés du tribunal administratif de Grenoble :

- **A titre principal, ENJOINDRE** au préfet de Savoie d'ordonner la fermeture immédiate des locaux situés dans le hall du bureau mixte juxtaposé du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et gérés par la police aux frontières de Modane ;
- **A titre subsidiaire, SUSPENDRE** la décision du 1^{er} septembre 2022 de la police aux frontières de Modane portant refus d'accès aux locaux situés au niveau du point de passage autorisé du tunnel de Fréjus et gérés par la police aux frontières de Modane et, par voie de conséquence, enjoindre au préfet – au besoin sous astreinte – de garantir immédiatement cet accès des associations aux locaux précités;
- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat la somme de 4.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI

SCP d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Productions :

- 1) Courriel de l'ANAFE adressé à la DCPAF, à la DDPAF de Modane et à la préfecture de Savoie, 1^{er} septembre 2022
- 2) Statuts de l'ANAFE
- 3) Délibération du bureau de l'ANAFE du 1^{er} septembre 2022
- 4) Notification des autorités françaises à la Commission européenne concernant le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de la France pour la période allant du 1^{er} mai 2022 au 31 octobre 2022
- 5) Arrêtés de création de la zone d'attente de Modane
- 6) Compte rendu de l'ANAFE, visite de la zone d'attente de Modane, janvier 2022
- 7) Compte rendu de l'ANAFE, visite du local situé au tunnel de Fréjus, novembre 2021
- 8) Compte rendu de l'ANAFE, visite de la zone d'attente de Modane, novembre 2021
- 9) Ordonnances du juge des référés du TA de Nice en date du 25 avril (n° 2003638), 10 juin (n° 2100537) et 30 juin 2022 (n° 2004754)
- 10) Décision du Conseil d'Etat, n° 450.285 et 450.288, 24 février 2022
- 11) Arrêt CJUE, affaires C-368/20 et C-369/20, 26 avril 2022
- 12) Refus d'entrée notifié par la PAF de Modane au niveau du PPA du tunnel de Fréjus
- 13) Attestation sur l'honneur de G. Gontard, sénateur
- 14) Décision du Conseil d'Etat, n° 450.879 et 450.987, en date du 23 avril 2021
- 15) Ordonnance du juge des référés du TA de Marseille n° 2102047 en date du 16 mars 2021
- 16) Ordonnance du juge des référés du TA de Nice n°2101086 en date du 4 mars 2021
- 17) Compte rendu de l'ANAFE, visite du local situé au tunnel de Fréjus, janvier 2022
- 18) Mail de l'ANAFE adressé à la préfecture de Savoie, le 17 février 2022
- 19) Échanges entre la préfecture de Savoie et la PAF de Modane par mail en date du 18 février 2022
- 20) Ordonnance du juge des référés du TA de Nice n° 2004690 en date du 30 novembre 2020
- 21) Ordonnance du juge des référés du TA de Marseille n° 2009054 en date du 10 décembre 2020
- 22) Compte rendu de l'ANAFE, demande d'accès au tunnel de Fréjus, septembre 2022