

# CONSEIL D'ÉTAT

## Section du contentieux

### Requête en référé-suspension

(Article L.521-1 CJA)

#### POUR :

- ASSOCIATION NATIONALE D'ASSISTANCE AUX FRONTIÈRES POUR LES ÉTRANGERS (ANAFE), association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, dont le siège est établi au 21 ter rue Voltaire, Paris (11e), représentée par son président Alexandre Moreau ;
- GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (Gisti), association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, dont le siège est établi à Paris (11e), 3 villa Marcès, représentée par sa présidente, Vanina Rochiccioli ;
- LA CIMADE, association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, dont le siège est établi à Paris (13e), 64 rue Clisson, représentée par sa présidente, Geneviève Jacques.

*demandeurs*

Pour la présente affaire, l'ANAFÉ est désignée **requérant unique** en application de l'article R.411-5 CJA

#### CONTRE :

Le ministre de l'Intérieur et le ministre de l'Europe et des Affaires étrangères

*défendeurs*

\*

#### **OBJET :**

Suspension de la décision du gouvernement français de « *prolongation du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures terrestres avec la Belgique, le Luxembourg, l'Allemagne, la Confédération Suisse, l'Italie et l'Espagne, ainsi qu'aux frontières aériennes et maritimes, du 1<sup>er</sup> novembre 2017 au 30 avril 2018* », révélée par la note des autorités françaises au secrétaire général du Conseil de l'Union européenne du 3 octobre 2017. En prolongeant au-delà des deux années prévus par l'article 25 du Code frontière Schengen, le rétablissement des contrôle aux frontières intérieures, cette décision constitue une violation manifeste du droit de l'Union européenne et porte atteinte aux intérêts défendus par les associations requérantes.

\*

À l'appui de la requête, les associations requérantes entendent faire valoir les faits et moyens suivants.

## FAITS

Dans une décision révélée par la note des autorités françaises au secrétaire général du Conseil de l'Union européenne du 3 octobre 2017 (pièce jointe n°1), le ministre de l'intérieur a notifié la décision du gouvernement français de « prolongation du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures terrestres avec la Belgique, le Luxembourg, l'Allemagne, la Confédération Suisse, l'Italie et l'Espagne, ainsi qu'aux frontières aériennes et maritimes, du 1er novembre 2017 au 30 avril 2018 ».

Le rétablissement des contrôles tel qu'il est mis en place depuis le 13 novembre 2015, dans le cadre de la COP 21 et de la promulgation de l'état d'urgence du fait des attentats, est initialement fondé sur les articles 23 et 24 du Code Frontières Schengen (CFS) dans sa version issue du règlement 562/2006 puis sur les articles 25, 26, 27 du CFS et dans sa version consolidée de 2016 (règlement (UE) 2016/399 du 9 mars 2016). La durée annoncée du rétablissement varie de un mois à six mois. Conformément aux dispositions du CFS, la France a régulièrement envoyé des notifications afin d'informer les instances européennes ainsi que les autres États de l'espace Schengen de ce rétablissement (cf. tableau ci-dessous) :

Date de notification	Période visée
16 octobre 2015	13 novembre - 13 décembre 2015
8 décembre 2015	14 décembre 2015 - 26 février 2016
8 février 2016	27 février - 27 mars 2016
18 mars 2016	28 mars - 26 avril 2016
26 avril 2016	27 avril 2016 - 26 mai 2016
26 mai 2016	27 mai - 26 juillet 2016
26 juillet 2016	27 juillet - 26 janvier
27 décembre 2016	27 janvier - 15 juillet 2017
19 juin 2017	16 juillet - 31 octobre 2017

Ainsi, de façon parfaitement continue, les contrôles aux frontières intérieures ont été rétablis du 13 novembre 2015 au 31 octobre 2017, puis se prolongent par la décision contestée pour

un délai supplémentaire de 6 mois.

Le seul motif invoqué par la France dans sa note du 3 octobre 2017 pour justifier sa décision de prolonger à nouveau le rétablissement de contrôle aux frontières jusqu'en avril 2018 est le « *risque d'attentat terroriste qui demeure élevé sur le territoire français* ». La note précise que cette décision vient compléter diverses mesures de lutte contre le terrorisme. Sont mentionnés le projet de loi sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme et l'opération « Sentinelle ».

\*

Le rétablissement des contrôles aux frontières est encadré par le code frontière Schengen (CFS), établi par le règlement (CE) 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 CFS articule la double exigence de respect du principe de liberté de circulation des personnes d'une part et de la reconnaissance d'une compétence aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure (article 72 TFUE) d'autre part.

Ainsi, le CFS pose en son article 22 le principe central du dispositif Schengen depuis l'adoption de cet espace de liberté de circulation, à savoir que « *Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications aux frontières soient effectuées sur les personnes, quelle que soit leur nationalité* ». Son article 23 précise que cette absence de contrôle aux frontières ne porte pas atteinte à l'exercice des compétences de police par les autorités compétentes de l'État membre en vertu du droit national « *dans la mesure où l'exercice de ces compétences n'a pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières ; cela s'applique également dans les zones frontalières* »<sup>1</sup>. L'article 24 prévoit que les États membres « *suppriment tous les obstacles qui empêchent un trafic fluide aux points de passage routiers aux frontières intérieures, notamment les limitations de vitesse qui ne sont pas fondées exclusivement sur des considérations de sécurité routière. Parallèlement, les États membres doivent être en mesure de fournir les moyens nécessaires pour effectuer les vérifications au cas où les contrôles aux frontières intérieures seraient réintroduits.* »

En droit français, les contrôles d'identité aux frontières sont régis par le neuvième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale.

\*

En raison des difficultés auxquelles ont dû faire face les États membre de l'espace Schengen dans le cadre de la « crise migratoire », le CFS a été modifié en 2016, en particulier le chapitre II relatif à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures.

Dans sa **décision d'exécution (UE) 2017/246 du 7 février 2017**<sup>2</sup> arrêtant une recommandation relative à la prolongation du contrôle temporaire aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen le Conseil de l'UE a **explicitement encouragé les États membres à examiner si des contrôles**

<sup>1</sup> Pour un exemple d'effet équivalent cf. la remise en cause de l'ancienne rédaction de l'article 78-2 du CPP par l'arrêt de Grande Chambre de la CJUE du 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, Aff. jtes C-188/10 et C-189/1.

<sup>2</sup> Décision d'exécution (UE) 2017/246 du Conseil du 7 février 2017 arrêtant une recommandation relative à la prolongation du contrôle temporaire aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017D0246&from=FR>

**de police ne permettent pas d'atteindre les mêmes résultats que le contrôle temporaire aux frontières intérieures, avant d'introduire un tel contrôle ou d'en prolonger la durée.** Or, c'est précisément ce que prévoit l'article 78-2, neuvième alinéa du Code de procédure pénale et l'article 67 quater du code des douanes. Les conditions des contrôles seront encore étendues, par l'article 10 du projet de loi *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*. Ce projet de loi vise à permettre une extension très conséquente des zones frontalières dans lesquelles peuvent être réalisés des contrôles d'identité indifférenciés, dans la continuité des contrôles d'identité, fouilles de bagages et inspection des véhicules autorisés par arrêtés préfectoraux sur le fondement de l'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955 issu de l'article 4 de la loi du 21 juillet 2016 pendant l'état d'urgence<sup>3</sup>. En outre, le maintien de l'opération « Sentinelle » vise à assurer la protection par l'armée de points sensibles sur tout le territoire, y compris donc aux frontières.

Ces modifications législatives sont justifiées par le Gouvernement dans l'étude d'impact du 20 juin 2017 accompagnant le projet de loi comme la réponse à la fin de la prolongation du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures. **Conscient de la législation en vigueur, le Gouvernement précise en effet dans cette étude qu'un tel rétablissement « ne pourra pas être prolongé au-delà de quelques mois. C'est pourquoi, afin de prendre en compte la durabilité de la menace qui pèse sur la sécurité intérieure de l'Union européenne, la Commission européenne a invité les États membres à optimiser l'utilisation des dispositifs de contrôles de police de droit commun, dont l'intensité peut être renforcée localement en fonction de celle de la menace, pour autant que ces mesures n'aient pas un effet équivalent aux vérifications aux frontières »**<sup>4</sup>.

Dans sa **recommandation n° 2017-820 du 12 mai 2017**<sup>5</sup>, la Commission européenne invitait les États membres à **retourner à des dispositifs de droit commun**. Si la commission prévoit que la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures peut être immédiatement nécessaire dans des cas particuliers où des menaces urgentes et graves pèsent sur l'ordre public ou la sécurité intérieure, la Commission, comme le Conseil **« encourage les États membres à faire un meilleur usage de leurs compétences de police et à donner la priorité aux contrôles de police avant de décider de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures »** (§13). En outre, **« il devrait veiller à ce que la mise en œuvre de ces mesures ne crée pas d'obstacle à la libre circulation des personnes et des marchandises qui ne serait pas nécessaire, justifié et proportionné au regard de telles menaces, et à ce que ces mesures respectent intégralement les droits fondamentaux, et notamment le principe de non-discrimination »** (§14).

Au regard de la situation à laquelle sont confrontés les États membres de l'espace Schengen, et sur demande des gouvernements français et allemands<sup>6</sup>, la Commission a adopté le 27 septembre, **une proposition de règlement visant à modifier le CFS**<sup>7</sup>. Cette proposition de

<sup>3</sup> Cette disposition a donné lieu à une QPC de la Ligue des droits de l'homme (n°2017-677 QPC) transmise par le Conseil d'Etat le 22 septembre 2017 (n° 411771) et qui est en cours d'instance devant le Conseil constitutionnel.

<sup>4</sup> [http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl16-587-ei/pjl16-587-ei.html#\\_Toc485646534](http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl16-587-ei/pjl16-587-ei.html#_Toc485646534)

<sup>5</sup> Recommandation (UE) 2017/820 de la Commission du 12 mai 2017 relative à des contrôles de police proportionnés et à la coopération policière dans l'espace Schengen <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017H0820&from=FR>

<sup>6</sup> Comme le rappelait le Ministre de l'intérieur M. Gérard Collomb, à l'issue du Conseil JAI du 14 septembre 2017, **« le renouvellement actuel de nos contrôles s'arrête début novembre puisque le Code frontières Schengen fixe actuellement un temps limité. L'idée que nous développons est que les Etats membres puissent continuer à maintenir les contrôles un peu plus longtemps si nécessaire. Nous avons proposé une période de deux ans »**. **Source**: site de la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne : <https://ue.delegfrance.org/nous-devons-avoir-les-moyens-de>

<sup>7</sup> Commission européenne, *État de l'Union: Préserver et renforcer Schengen afin d'améliorer la sécurité et de protéger les libertés de*

règlement est en cours de négociation **et ne saurait donc s'appliquer immédiatement**. La Commission précise que : « dans l'attente de l'adoption de la proposition de modification du code frontières Schengen, décrite ci-dessus, il est essentiel que tous les **États membres ayant l'intention de réintroduire temporairement le contrôle aux frontières intérieures respectent pleinement les exigences des dispositions existantes du code frontières Schengen**, qui imposent déjà aux États membres ayant l'intention d'appliquer cette mesure d'en envisager d'autres en premier lieu et de coopérer avec les États membres voisins » (§7).

C'est donc dans ce contexte que le Gouvernement a notifié sa décision de prolonger le rétablissement temporaire de contrôle aux frontières pour une période additionnelle de 6 mois, en violation manifeste et délibérée du Code Frontières Schengen.

C'est la raison pour laquelle les associations requérantes demandent la suspension de la décision révélée par la notification du 3 octobre 2017.

## DISCUSSION

### A. Sur la recevabilité

#### 1. Sur le dépôt d'une requête en annulation

Selon les dispositions de l'article R. 522-1 du CJA, la présente requête doit être présentée par requête distincte de la requête à fin d'annulation ou de réformation et accompagnées d'une copie de cette dernière (pièce jointe n° 2).

#### 2. Sur l'intérêt à agir

##### - Sur l'intérêt à agir de l'Anafé

Selon les articles 3 et 4 de ses statuts (pièce jointe n° 3), l'association agit en faveur des droits des étrangers 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 ».*

L'Anafé agit régulièrement en justice devant différentes juridictions et ses actions ont toujours été jugées recevables (notamment : CE 3 octobre 1997, req. 170527 ; CE 30 juillet 2003, req. 247986, req. 332289 ; CAA Paris 8 juillet 2010, req. 09PA05719 ; CE 23 octobre 2009, puis CJUE, Affaire préjudicielle C-606/10 ; CE 15 février 2013, req. 365709 ; CE 20 mars 2013, req. 366308 ; CE 29 avril 2013, req. 357848 ; CE 24 juillet 2014, req. 381551 ; CE 1<sup>er</sup> juillet 2015, req. 381550 ; CE 22 juillet 2015, req. 383034 ; TA de Nice, req.1702161).

Par délibération du bureau du 17 octobre 2017 (pièce jointe n° 3), le président est autorisé à ester en justice.

L'intervention de l'Anafé sera donc admise.

#### **- Sur l'intérêt à agir du Gisti**

Le Gisti s'est donné pour objet (article 1er des statuts, pièce jointe n° 4)

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

La prolongation par la France du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures terrestres avec la Belgique, le Luxembourg, l'Allemagne, la Confédération Suisse, l'Italie et l'Espagne, ainsi qu'aux frontières aériennes et maritimes, du 1er novembre 2017 au 30 avril 2018 constitue une restriction de la liberté de circulation et des droits des migrants et des demandeurs d'asile.

Le Gisti est donc incontestablement recevable à contester cette décision du gouvernement français – comme cela a déjà été reconnu par le Conseil d'État dans un nombre important de décisions.

De surcroît, par décision du bureau du 14 octobre 2017 (pièce jointe n°4), la présidente a été autorisée à ester en justice.

#### **- Sur l'intérêt à agir de La Cimade**

L'article 1<sup>er</sup> des statuts de La Cimade (pièce jointe n° 5) précise que : *« La Cimade a pour but de manifester une solidarité active avec les personnes opprimées et exploitées. Elle défend la dignité et les*

*droits des personnes réfugiées et migrantes, quelles que soient leurs origines, leurs opinions politiques ou leurs convictions. Elle lutte contre toute forme de discrimination et, en particulier, contre la xénophobie et le racisme. »*

Le Conseil d'État a admis l'intérêt pour agir, tant en annulation qu'en référé, de la Cimade concernant les dispositions réglementaires relatives au rétablissement des frontières intérieures (cf. JRCE, 5 juillet 2017, Anafé, n°411575)

Par décision du bureau du 16 octobre 2017 (pièce jointe n° 5), la présidente a été autorisée à ester en justice.

La Cimade justifie ainsi d'un intérêt à agir.

## **B. Sur les conditions du prononcé du référé-suspension :**

### **1. Sur l'urgence**

La décision du gouvernement français, révélée par la note des autorités françaises au secrétaire général du Conseil de l'Union européenne du 3 octobre 2017, porte une atteinte grave et immédiate aux intérêts défendus par les associations requérantes.

En effet, il résulte des faits exposés que la décision critiquée a pour effet de porter une atteinte grave et immédiate à la liberté de circulation au sein de l'espace Schengen et par suite de restreindre l'accès au territoire français, notamment à la frontière franco-italienne, de migrants et demandeurs d'asile dont il appartient aux associations requérantes de défendre les droits.

Un rapport d'Amnesty International de février 2017 (pièce jointe n° 6) ainsi qu'une note d'analyse, de l'Anafé publiée en mai 2017 sur le rétablissement des contrôles aux frontières internes et l'état d'urgence (pièce jointe n° 7) démontrent l'atteinte portée aux intérêts défendus par l'association requérante.

Dans différentes interventions publiques le ministre de l'intérieur fait lui-même état de l'accroissement considérable du nombre de refus d'entrée et remises simplifiées prises aux frontières.

Le 28 novembre 2015, le ministre de l'intérieur Bernard Cazeneuve faisait déjà état de : *« Près de 1 000 personnes (...) empêchées d'entrer sur le territoire national en raison du risque que ces personnes pouvaient représenter pour l'ordre public et la sécurité ».*

Au total, aux mois de novembre et décembre 2015, après un mois et demi de contrôles frontaliers, 15 849 étrangers auraient fait l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire.

En 2016, 63 732 décisions de non-admission auraient été prononcées aux frontières intérieures.

En 2016, dans les centres de rétention administrative (CRA) de métropole, il a été constaté que 21,22 % des personnes enfermées en rétention (4850 personnes) ont été interpellées dans le cadre des contrôles dits « frontière ». Ce taux peut monter jusqu'à 78,09% pour le CRA de Perpignan.

Pour les huit premiers mois de l'année 2017, dans les centres de rétention où La Cimade exerce la mission d'aide à l'exercice des droits prévue à l'article R.553-14 du CESEDA, il a été constaté que par exemple, 77,78% des personnes placées en rétention par la préfecture des Pyrénées-Orientales au CRA de Toulouse avaient été interpellées lors des contrôles dits « frontière ».

En avril 2017, Emmanuel Macron lui-même, alors candidat à la Présidence de la République, faisait état depuis le 15 novembre 2015 de 73 000 refus d'entrée<sup>8</sup>.

Ainsi, les chiffres disponibles démontrent une augmentation considérable des refus d'entrée depuis le rétablissement des contrôles frontaliers le 13 novembre 2015. Et, sauf à faire la preuve du contraire, si ces contrôles restreignent de manière drastique la circulation des personnes migrantes au sein de l'Union européenne, l'incidence en termes de lutte contre le terrorisme reste à démontrer. Les médias ont ainsi fait état de différents cas de personnes ayant commis un attentat terroriste qui ont pu passer au travers des mailles de ce filet (qui semble davantage cibler les personnes migrantes et celles en quête d'une protection internationale au titre de l'asile).

L'objectif premier de la prolongation du rétablissement des contrôles est donc la maîtrise des flux migratoires intra-Schengen venant principalement d'Italie (Lampedusa) mais aussi d'Espagne, de Belgique ou d'Allemagne.

Il résulte des faits exposés préalablement que la décision critiquée a pour effet de rendre les contrôles d'identité dits « frontière » systématiques et non aléatoires. Dans les faits, cela fait subir à toutes les personnes perçues par les forces de l'ordre comme des migrants des contrôles discriminatoires et systématiques basés sur l'apparence et le faciès, sur une large partie du territoire. En effet, comme décrit plus haut, les contrôles aux frontières sont fondés sur l'article 78-2 du CPP et visent une bande de 20 kilomètres en deçà de la frontière mais également 373 gares, ports et aéroports désignés par arrêté ministériel. Ce sont autant de points de contrôles entravant la libre circulation notamment en raison du caractère systématique et non aléatoire des contrôles permis par la dérogation ici contestée.

Or de tels contrôles discriminatoires portent nécessairement atteinte non seulement aux intérêts défendus par les associations requérantes – en particulier l'égalité entre immigrés et français et la liberté de circulation sans discrimination – mais aussi à un intérêt public, en particulier l'obligation de l'État de ne pas discriminer selon l'apparence ou l'origine ethnique. Comme l'a rappelé le Conseil d'État à propos de la circulaire du 5 août 2010 « *que si le ministre soutient qu'elle a été édictée dans le but d'assurer le respect du droit de propriété et de prévenir les atteintes à la salubrité, la sécurité et la tranquillité publiques, cette circonstance ne l'autorisait pas à mettre en œuvre, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi [garanti par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution], une politique d'évacuation des campements illicites désignant spécialement certains de leurs occupants en raison de leur origine ethnique* » (CE, 7 avril 2011, *Association SOS Racisme- Touche pas à mon pote*, n° 343387).

Bien qu'arrivé au terme des dérogations à la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'espace Schengen, le gouvernement français a décidé de persister au-delà de la limite prévue par les textes dans le fait de pouvoir contrôler l'identité des personnes sortant ou entrant sur

---

<sup>8</sup> Thomas Migno, « Check Point : combien de refus d'entrée après les contrôles aux frontières intérieures ? », *Public Sénat*, 11 avril 2017 <https://www.publicsenat.fr/article/politique/check-point-combien-de-refus-d-entree-apres-les-controles-aux-frontieres>

le territoire français, de façon permanente, systématique et non aléatoire ; cette persistance, au-delà de ce que permettent les textes, préjudicie de manière grave et immédiate à un intérêt public, notamment à l'entrave faite à la libre circulation des personnes, et à la situation des associations requérantes (CE, sect. 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n° 228815, Lebon p. 29). *S'agissant plus spécifiquement des demandeurs d'asile*, le fait de prolonger le rétablissement des contrôles aux frontières ainsi que les conditions pratiques dans lesquelles s'exercent les procédures de contrôle aux frontières ne permet pas un accès effectif au droit d'asile, et conduit au refoulement du territoire de personnes mineures.

En entravant l'accès à l'asile, l'arrêté porte aussi gravement atteinte à un intérêt public. En effet, le droit d'asile est garanti par l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et par la Convention de Genève de 1951.

Il ne fait donc pas de doute que la décision va à l'encontre des intérêts défendus par les associations requérantes. La condition d'urgence est donc remplie.

Sur ce fondement, il y a également urgence à prononcer la suspension de la décision.

## **2. Sur le doute sérieux sur la légalité**

Il existe un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté dont la suspension est demandée, et ceci pour plusieurs motifs :

### **a. Sur la légalité externe**

#### ***SUR L'INCOMPETENCE DE L'AUTEUR DE L'ACTE***

Il appartiendra au Conseil d'État d'envisager s'il y a lieu également de soulever un moyen d'ordre public sur l'incompétence de l'auteur de la décision critiquée. Dans la mesure où les associations requérantes ne connaissent pas l'auteur de la décision non formalisée critiquée elles sont dans l'incapacité, en raison de la non formalisation de cette décision en droit français, d'étayer, ou non, le grief d'incompétence de l'auteur de l'acte.

Cela est d'autant plus difficile que dans sa décision du 18 juin 2014 le Conseil d'État a admis la possibilité, défiant la logique juridique, d'une décision non formalisée (et à vrai dire inexistante en droit français à la date où la décision avait été contestée) « [...] notifiée à la Commission par le représentant du Gouvernement français auprès de l'Union européenne et formalisée par l'arrêté du 18 mars 2013 publié au Journal officiel du 21 mars suivant, *[devant]* être regardée comme ayant été prise par le ministre de l'intérieur, qui est en charge de l'immigration ».

Il appartiendra donc au juge du Conseil d'État d'appliquer, ou non, au cas d'espèce cette théorie de la formalisation a posteriori par l'autorité compétente.

## b. Sur la légalité interne

### **VIOLATION DE L'ARTICLE 25 PARAGRAPHE 4 DU CODE FRONTIERES SCHENGEN : DEPASSEMENT DU DELAI**

L'article 25 paragraphe 4 du code frontières Schengen dispose que :

*« La durée totale de la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures, y compris toute prolongation prévue au titre du paragraphe 3 du présent article, ne peut excéder six mois. Dans les circonstances exceptionnelles visées à l'article 29, cette durée totale peut être étendue à une durée maximale de deux ans conformément au paragraphe 1 dudit article. »*

Selon le CFS actuellement en vigueur, la durée maximale en cas de réintroduction des contrôles sur le fondement des articles 25 et 27 du CFS est donc **de six mois**.

Il faut ici distinguer deux procédures distinctes pour lesquelles les délais maximaux sont différents :

- le rétablissement des contrôles en cas de « *menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre* » (**articles 25 et 27**) ; le délai maximal est de six mois ;
- et le rétablissement prévu dans des « *circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures* » (**article 29**) ; le délai maximal est de deux ans.

Or, la France s'est appuyée à chaque prolongation sur les articles 25 et 27 du CFS et, à l'inverse d'autres États membres, n'a jamais invoqué l'article 29. Elle bénéficiait donc d'un délai maximal de six mois à compter de la première notification en 2015. **Le délai maximal de six mois est donc dépassé de longue date et la décision attaquée intervient en flagrante violation des dispositions de l'article 25 paragraphe 4 du CFS.**

La France ne peut maintenir indéfiniment les contrôles aux frontières intérieures, ce qui serait manifestement contraire à l'esprit de Schengen<sup>9</sup>. Cela anéantirait le principe de libre circulation inhérent à ce texte et garanti par les traités et la Charte des droits fondamentaux.

En prolongeant le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, au-delà du délai prévu par l'article 25 du CFS, le gouvernement a entaché la décision critiquée, d'un doute sérieux sur sa légalité.

### **VIOLATION DE L'ARTICLE 26 DU CODE FRONTIERES SCHENGEN : ABSENCE DE NECESSITE ET DE PROPORTIONNALITE DE LA MESURE AU REGARD DU PRINCIPE DE LIBERTE DE CIRCULATION DES PERSONNES (ARTICLE 2§2 TUE, ARTICLE 21 TFUE, ARTICLE 45 CDFUE)**

---

<sup>9</sup> Revenir à l'esprit de Schengen a d'ailleurs fait l'objet d'une communication de la part de la Commission européenne sous forme d'une feuille de route publiée en mars 2016. [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/docs/communication-back-to-schengen-roadmap\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/docs/communication-back-to-schengen-roadmap_fr.pdf)

L'article 26 du Code frontières Schengen, prévoit les critères pour la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures. Conformément à cet article, la décision de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières doit intervenir en **dernier recours**.

Cet article prévoit que :

*« lorsqu'un État membre décide, en dernier recours, la réintroduction temporaire du contrôle à une ou plusieurs de ses frontières intérieures ou sur des tronçons de celles-ci ou décide de prolonger ladite réintroduction, conformément à l'article 25 ou à l'article 28, paragraphe 1, il évalue la mesure dans laquelle cette réintroduction est susceptible de remédier correctement à la menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure et évalue la **proportionnalité de la mesure par rapport à cette menace**. Lors de cette évaluation, l'État membre tient compte, en particulier, de ce qui suit: a) l'incidence probable de toute menace pour son ordre public ou sa sécurité intérieure, y compris du fait d'incidents ou de menaces terroristes, dont celles que représente la criminalité organisée; b) l'incidence probable d'une telle mesure sur la libre circulation des personnes au sein de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures ».*

Dans sa recommandation du 3 octobre 2017<sup>10</sup>, la Commission indique :

*« la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ne pouvant avoir lieu qu'en cas de circonstances exceptionnelles et qu'à titre de mesure de dernier recours, les États membres devraient d'abord examiner si d'autres mesures, en dehors du contrôle aux frontières, ne pourraient pas être appliquées pour remédier efficacement à la menace constatée, et ils ne devraient décider de réintroduire le contrôle aux frontières intérieures en cause qu'en dernier recours, lorsque ces mesures moins restrictives pour le trafic frontalier ne permettent pas d'apporter une réponse suffisante aux menaces recensées. Les États membres concernés devraient, dans leur notification, communiquer le résultat de cette réflexion et les motifs les ayant poussés à opter pour le contrôle aux frontières, conformément à l'article 27, paragraphe 1, du code frontières Schengen » (§11).*

**Il appartient donc au Gouvernement de l'État membre de montrer que la mesure est nécessaire et proportionnelle.** Or, si la note des autorités françaises explique que la réintroduction du contrôle aux frontières s'inscrit « en complément » de diverses mesures, **la démonstration requise par l'article 26 CFS est absente.**

Concernant la nécessité des mesures, des contrôles aux frontières sont déjà prévus par le dispositif légal actuel (article 78-2 du code de procédure pénale 67 ter du code des douanes) et sont encore renforcés par le projet de loi sur la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme adoptée par le Parlement le 18 octobre 2017 qui entrera prochainement en vigueur et par le maintien de l'opération « Sentinelle » comme le rappelle la note du Gouvernement au Secrétariat Général du Conseil de l'UE. En particulier, l'article 10 du projet de loi renforce les dispositions actuelles de l'article 78-2 du code de procédure pénale et 67 ter du code des douanes qui permettent de procéder à des contrôles d'identité dans les zones frontalières dans de très nombreux points disséminés sur tout le territoire<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Recommandation (UE) 2017/1804 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen.

<sup>11</sup> Le Gouvernement prépare une extension massive des contrôles d'identité « aux frontières », par Jean-Baptiste Jacquin, 12 septembre 2017, Le Monde [http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/09/12/le-gouvernement-prepare-une-extension-massive-des-contrôles-d-identite-aux-frontieres\\_5184205\\_3224.html#hXLdADtdgFIZBatS.99](http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/09/12/le-gouvernement-prepare-une-extension-massive-des-contrôles-d-identite-aux-frontieres_5184205_3224.html#hXLdADtdgFIZBatS.99).

Comme le rappelle l'étude d'impact de ce projet, cette disposition visait justement à favoriser le retour à des dispositifs de droit commun, conformément à l'article 23 du CFS.

Comme cela a déjà été relevé, **dans cette étude, le gouvernement, conscient de la législation en vigueur, précise en effet qu'un tel rétablissement « ne pourra pas être prolongé au-delà de quelques mois.** C'est pourquoi, afin de prendre en compte la durabilité de la menace qui pèse sur la sécurité intérieure de l'Union européenne, la Commission européenne a invité les États membres à optimiser l'utilisation des dispositifs de contrôles de police de droit commun, dont l'intensité peut être renforcée localement en fonction de celle de la menace, pour autant que ces mesures n'aient pas un effet équivalent aux vérifications aux frontières ».

Dans l'attente de l'entrée en vigueur de cette loi, les contrôles d'identité aux frontières peuvent être réalisés dans les conditions suivantes :

*« Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté, pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière, l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. Lorsque ce contrôle a lieu à bord d'un train effectuant une liaison internationale, il peut être opéré sur la portion du trajet entre la frontière et le premier arrêt qui se situe au-delà des vingt kilomètres de la frontière. Toutefois, sur celles des lignes ferroviaires effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut également être opéré entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des cinquante kilomètres suivants. Ces lignes et ces arrêts sont désignés par arrêté ministériel. Lorsqu'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone mentionnée à la première phrase du présent alinéa et que le premier péage autoroutier se situe au-delà de la ligne des 20 kilomètres, le contrôle peut en outre avoir lieu jusqu'à ce premier péage sur les aires de stationnement ainsi que sur le lieu de ce péage et les aires de stationnement attenantes. Les péages concernés par cette disposition sont désignés par arrêté. Le fait que le contrôle d'identité révèle une infraction autre que celle de non-respect des obligations susvisées ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes. Pour l'application du présent alinéa, le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones ou lieux mentionnés au même alinéa. »*

Le dispositif actuel, et plus encore celui à venir, est de nature à permettre aux forces de police de réaliser des contrôles aux frontières proportionnés sans entraver le principe de libre circulation à l'intérieur de l'espace Schengen. Ce dispositif peut également être complété par d'autres existants : menace à l'ordre public, réquisitions du Procureur de la République.

Concernant l'évaluation de la proportionnalité, l'article 26 du CFS prévoit que lors de l'évaluation, l'État membre doit tenir compte **à la fois de l'efficacité de la mesure face à la menace pour son ordre public ou sa sécurité intérieure, et de l'incidence sur la libre circulation des personnes au sein de l'espace Schengen.**

Or, concernant l'efficacité des mesures, le seul argument des autorités françaises est un mystérieux « *quadruplement des détections dans les fichiers de police entre 2014 et 2018* ». Mais d'une part, il est évident que si la France fait des contrôles systématiques, elle augmente l'identification dans les fichiers, par exemple dans le « Système d'information Schengen ». En outre, si le risque d'attentat terroriste est mentionné, à aucun moment il ne démontre de statistiques précises ou des exemples concrets qui montrent en quoi ces contrôles frontaliers auraient depuis deux ans diminué ou empêché des attentats terroristes. La note du gouvernement français rappelle elle-même que depuis le début de l'année 2017 « *22 attentats ont visé le territoire français, dont 5 ont abouti* ».

Concernant l'incidence sur la libre circulation des personnes au sein de l'espace Schengen, aucun argument n'est présenté. Or, plusieurs rapports font état de l'impact du rétablissement des contrôles aux frontières sur la libre circulation des personnes.

Un rapport de l'Anafé de mai 2017<sup>12</sup> évoque les conséquences du rétablissement des contrôles aux frontières sur les zones d'attentes. Ce rapport se fonde sur l'expérience des permanences de l'Anafé qui suivent depuis 2015, des nouveaux profils de personnes maintenues en zone d'attente : des personnes en provenance d'États de l'espace Schengen et qui à l'entrée en France sont refusées pour plusieurs motifs. Le rapport montre que si les personnes « *pouvaient auparavant voyager librement dans tous les États membres de l'espace Schengen, ce principe de libre circulation est remis en cause. Il est demandé à ces personnes de justifier des conditions d'entrée sur le territoire. Ce point concerne surtout les personnes titulaires d'un titre de séjour dans un État membre de l'espace Schengen, car elles font l'objet de contrôles plus systématiques et plus approfondis. Concernant les personnes en provenance d'un État hors Schengen, entrées dans l'espace Schengen par un autre État, et qui souhaite venir en France, la police aux frontières française procède à un contrôle systématique des conditions requises pour entrer en France. Ce qui n'est pas le cas en « temps normal » puisque le contrôle des conditions d'entrée dans l'ensemble de l'espace Schengen est effectué par la police du premier pays d'entrée* ». L'Anafé rappelle également dans son rapport les conclusions de la commission d'enquête sur les moyens de la lutte contre le terrorisme dans son rapport de juillet 2016, reprises par la CNCDH dans un avis publié le 26 janvier 2017 sont particulièrement révélatrices: « *Alors que toutes les auditions de notre commission se sont tenues pendant l'état d'urgence, force est de constater que les mesures prises pendant l'état d'urgence n'ont pas été évoquées par les spécialistes de la lutte contre le terrorisme comme jouant un rôle particulier dans celui-ci* »

En outre, une note d'analyse de France stratégie de février 2016 sur les conséquences économiques pour la France d'une restauration permanente des contrôles aux frontières dans l'espace Schengen<sup>13</sup> montre qu'à « *court terme les personnes les plus touchées par cette mesure seraient les touristes de court séjour en provenance des pays voisins, les touristes non européens visitant plusieurs pays en Europe, et les travailleurs frontaliers* ».

<sup>12</sup> V. not. Anafé, *Rétablissement des contrôles aux frontières internes et état d'urgence Conséquences en zone d'attente*, Note d'analyse, mai [http://www.anafe.org/IMG/pdf/note\\_d\\_analyse\\_-\\_retablissement\\_des\\_controles\\_aux\\_frontieres\\_et\\_etat\\_d\\_urgence.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/note_d_analyse_-_retablissement_des_controles_aux_frontieres_et_etat_d_urgence.pdf)

<sup>13</sup> <http://www.strategie.gouv.fr/publications/consequences-economiques-dun-abandon-accords-de-schengen>

La finalité réelle du rétablissement de ces contrôles frontaliers est de maîtriser les flux migratoires intra-Schengen venant principalement d'Italie (Lampedusa) mais aussi d'Espagne, de Belgique ou d'Allemagne.

La note d'analyse de l'Anafé de mai 2017 sur le rétablissement des contrôles internes et l'état d'urgence explique que « *parmi les personnes suivies par l'Anafé en 2016, aucune ne s'est vu refuser l'entrée sur le territoire pour un motif directement lié à l'objectif affiché de l'état d'urgence, à savoir prévenir tout «risque de trouble à l'ordre public ou menace pour la sécurité intérieure».* (...) *Ce constat peut amener à s'interroger sur la cohérence des mesures de rétablissement des contrôles par rapport aux objectifs annoncés de prévention des menaces terroristes* ».

Le rapport de février 2017 d'Amnesty International dénonce que : « *l'une des conséquences majeures du dispositif mis en place est de rendre extrêmement difficile, voire impossible, le dépôt d'une demande d'asile à la frontière française des Alpes-Maritimes. En dépit de la volonté de certaines personnes de déposer une demande d'asile, les conditions pratiques dans lesquelles s'exercent les procédures de contrôle aux frontières ne permettent pas un accès effectif au droit d'asile* ».

La réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures n'a pas vocation à régir la circulation des réfugiés ou le contrôle des flux migratoires : l'article 25-1 du CFS prévoit que cette réintroduction ne peut être envisagée qu'en cas « *de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre dans l'espace sans contrôle aux frontières intérieures* ». Les personnes migrantes ne sauraient en elles-mêmes constituer une telle menace.

La finalité des contrôles aux frontières intérieures n'est pas - et ne peut-être - d'empêcher l'arrivée de réfugiés dans l'espace Schengen. Cela serait manifestement contraire au droit d'asile, garanti par l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946, à la Convention européenne des droits de l'homme (article 3), à la Convention de Genève et aux principes généraux du droit de l'Union européenne inspirés de la tradition constitutionnelle commune des États membres et de la CEDH.

Ainsi, en prolongeant de façon disproportionnée au regard des buts annoncés et sans établir la nécessité d'une telle mesure, le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures le gouvernement a entaché la décision critiquée, d'un doute sérieux sur sa légalité.

## ***VIOLATION DE L'ARTICLE 27 DU CODE FRONTIERE SCHENGEN : NON-RESPECT DES CRITERES DE PROCEDURES RELATIFS A LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 25 CFS.***

Il ressort des dispositions de l'article 27 du code frontière Schengen que :

*" Article 27*

*Procédure de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures au titre de l'article 25*

*1. Lorsqu'un État membre prévoit de réintroduire le contrôle aux frontières intérieures au titre de l'article 25, il notifie son intention aux autres États membres et à la Commission au*

*plus tard quatre semaines avant la réintroduction prévue, ou dans un délai plus court lorsque les circonstances étant à l'origine de la nécessité de réintroduire le contrôle aux frontières intérieures sont connues moins de quatre semaines avant la date de réintroduction prévue. À cette fin, l'État membre fournit les informations suivantes :*

- a) les motifs de la réintroduction envisagée, y compris toutes les données pertinentes détaillant les événements qui constituent une menace grave pour son ordre public ou sa sécurité intérieure;*
- b) la portée de la réintroduction envisagée, en précisant le ou les tronçon(s) des frontières intérieures où le contrôle doit être réintroduit;*
- c) le nom des points de passage autorisés;*
- d) la date et la durée de la réintroduction prévue;*
- e) le cas échéant, les mesures que les autres États membres doivent prendre."*

Or, le gouvernement français n'a pas fourni toutes les données pertinentes détaillant les événements qui constituent une menace grave pour son ordre public ou sa sécurité intérieure. Il n'a pas non plus indiqué le nom des points de passage autorisés.

Le délai des quatre semaines avant la réintroduction des contrôles le 1<sup>er</sup> novembre, n'a pas non plus été respecté. Si l'attentat de Marseille survenu le 1<sup>er</sup> octobre est mentionné dans la note, il l'est au même titre que les précédents attentats qui témoignent d'un niveau de menace terroriste élevé sur le territoire. Cette menace est par ailleurs qualifiée de « durablement élevée » ou de « prégnante » dans la note. L'ensemble des mesures prises révèlent que la menace justifiant la réintroduction était anticipée plus d'un mois avant la prolongation des contrôles aux frontières intérieures au-delà du 1<sup>e</sup> novembre : les événements à l'origine de la réintroduction des contrôles étaient largement prévisibles puisque c'est même l'argument principal du gouvernement français qui fait état d'une menace terroriste « permanente » en France depuis plusieurs années.

En ne respectant pas la procédure prévue par l'article 27 du CFS le gouvernement a entaché la décision critiquée, d'un doute sérieux sur sa légalité.

## CONCLUSIONS

### Par ces motifs,

et tout autre à produire, déduire ou suppléer au besoin d'office, les associations requérantes concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'État de :

- suspendre les dispositions de la décision critiquée ;
- donner injonction aux ministres intéressés de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'absence de contrôles frontaliers aux frontières intérieures de l'espace

Schengen à partir du 1<sup>er</sup> novembre ;

- de mettre à la charge de l'État la somme de 2 000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Pour l'ensemble des requérantes

Le 26 octobre 2017

Le Président de l'ANAFÉ,

Alexandre MOREAU

## **ANNEXE : LISTE DES PIÈCES PRODUITES, sous réserve de productions ultérieures**

**Pièce jointe n° 1** : note des autorités françaises au secrétaire général du Conseil de l'Union européenne du 3 octobre 2017

**Pièce jointe n° 2** : requête en annulation de ce jour

**Pièce jointe n° 3** : statuts et délibération du bureau de l'Anafé

**Pièce jointe n° 4** : statuts et délibération du bureau du Gisti

**Pièce jointe n° 5** : statuts et délibération du bureau de La Cimade

**Pièce jointe n° 6** : extrait du rapport d'Amnesty International de février 2017 (p. 1-4)

**Pièce jointe n° 7** : extrait de la note d'analyse de l'Anafé de mai 2017 (p. 1, 13-18)