

N° 415291

**Association nationale d'assistance
aux frontières pour les étrangers
et autres**

10ème et 9ème chambres réunies

Séance du 18 décembre 2017

Lecture du 28 décembre 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie Bretonneau, rapporteur public

La menace terroriste aigue qui pèse sur la France depuis le 13 novembre 2015 a conduit les pouvoirs publics à mobiliser, et même à inventer, un important arsenal de mesures de police, certaines relevant de l'état d'urgence, d'autres du droit commun. Le caractère très internationalisé de cette menace a conduit à accorder une vigilance particulière aux frontières, afin de prévenir le risque qu'elles se trouvent traversées par des individus dangereux, soit quittant la France pour se former au combat sur des théâtres extérieurs d'opérations terroristes, soit la rejoignant dans le but d'y perpétrer des attaques. Aussi a-t-on recouru, au nom de la protection du territoire national, à diverses mesures de police de portée transfrontalière, telles que les interdictions administratives de sortie du territoire (art. L. 224-1 du code de la sécurité intérieure) ou, symétriquement, les interdictions administratives du territoire (art. L. 214-1 et suivants). A ces mesures individuelles d'interdiction, ciblées sur des personnes estimées dangereuses, s'ajoutent des mesures de contrôle, qui portent aux libertés une atteinte nettement moins intense, mais plus généralisée. Au nombre de ces mesures figure le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, décidé le 13 novembre 2015 et périodiquement réitéré depuis – en dernier lieu par la décision attaquée, pour une durée courant du 1^{er} novembre 2017 au 30 avril 2018.

L'expression « frontières intérieures » fait référence aux frontières entre Etats membres de l'espace Schengen¹, où ces contrôles sont en principe bannis – c'est tout le principe – par l'article 22 du code frontières Schengen². Le dit code permet la réintroduction temporaire des contrôles, sous réserve d'exigences de procédure et de conditions de fond. Le litige présente donc une forte dimension européenne, qui colore tant les moyens d'annulation, dont certains sont délicats, que l'argumentation de défense, consistant à dire que vous n'êtes pas compétents pour en connaître.

Nous devons, avant de vous en dire plus sur la position des parties, vous mettre au clair sur la prise contentieuse qui les amène devant vous, et qui conditionne la réponse à apporter à bon nombre de questions.

¹ En l'occurrence, 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

² Tel est le surnom 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.

Les trois associations requérantes – l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (Anafé), le Groupe d'information et de soutien des immigrés (Gisti) et la Cimade – ont eu connaissance, par le biais d'une copie envoyée au « groupe frontières » par sa délégation française, de ce que, le 3 octobre 2017, le Gouvernement français a adressé au secrétaire général du Conseil de l'Union européenne une note l'informant de sa décision de rétablir le contrôle aux frontières pour la période que nous avons indiquée. Les requérantes vous ont alors saisis d'une demande d'annulation de la décision du Gouvernement français révélée par la note des autorités françaises. L'acte qui vous est matériellement déféré n'est donc pas la décision attaquée, qui n'a pas été formalisée en tant que telle, mais sa matérialisation. Pour autant, ce que vise le recours en excès de pouvoir est bien la décision non formalisée du gouvernement français et non sa transmission formelle aux autorités européennes.

Pour sembler original, ce type de prise contentieuse vous est familier, notamment dans le domaine des contrôles aux frontières. C'est de cette façon que vous avez été saisis de la décision de soumettre les ressortissants syriens à l'obligation d'être munis d'un visa de transit aéroportuaire dans une affaire *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et Groupe d'information et de soutien des immigrés* (CE, 18 juin 2014, n° 366307, T. p.) : même si elle a ensuite été matérialisée par un arrêté publié au Journal officiel, la décision était, au moment de l'introduction du recours, et au moment où le juge des référés avait accepté d'en connaître (JRCE, 15 février 2013, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et Groupe d'information et de soutien des immigrés*, n° 365709³), non formalisée et révélée seulement par sa notification à la Commission européenne. C'est également la façon dont vous vous êtes été saisis de la décision, parfaitement topique, de réintroduction de contrôles frontaliers entre la France et l'Espagne dans une affaire *Association Gurekin et coordination des comités de soutien aux prisonniers politiques basques* (CE, 30 juillet 2003, n° 237649, T. p.) : si votre décision passe ce point sous silence, les conclusions du Président Chauvaux expliquent que la mesure n'avait pas pris de forme matérielle et n'avait été révélée que par une annonce préfectorale et sa notification au Conseil de l'Union européenne. Dans les deux cas, vous êtes allés spontanément chercher la mesure de police dont vous admettez qu'elle ne soit pas formalisée derrière sa notification formelle aux instances européennes.

Si nous prenons le temps de vous préciser cela, c'est notamment parce qu'il nous semble que la ligne de défense principale du gouvernement, portée par la voix du ministre de l'intérieur, procède d'une mauvaise compréhension de votre façon de faire. Cette ligne de défense tient en une exception d'incompétence de la juridiction administrative, tirée de ce que la décision attaquée serait un acte de gouvernement. Vous savez que sont des actes de gouvernement les actes non détachables de la conduite des relations internationales. Le ministre soutient que la notification du rétablissement d'un contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen, qui s'inscrit dans le cadre d'un processus diplomatique de relations des Etats membres entre eux et avec les institutions européennes, n'est pas détachable de ces relations.

C'est tout à la fois exact et parfaitement inopérant. C'est exact parce que la notification aux instances européennes de la décision prise par un Etat membre de réintroduire temporairement le contrôle aux frontières intérieures, formalité prévue par l'article 27 du code

³ Il s'agit d'un référé liberté, mais les conclusions tendent à la suspension de la décision et l'ordonnance admet expressément son existence, révélée par la notification.

frontières Schengen, s'inscrit dans un processus diplomatique. Cette notification, qui est également faite aux autres Etats membres, doit permettre à la Commission où à ces derniers d'émettre un avis, et fait l'objet d'une consultation, le cas échéant sous forme de réunions conjointes entre les parties prenantes, afin notamment d'organiser si besoin une coopération mutuelle entre les États membres. De toute façon, diplomatique ou pas, elle n'est pas détachable de la procédure d'examen de la mesure par les instances européennes qui ne vous regarde pas directement. C'est pour des raisons similaires que vous avez décliné votre compétence⁴ pour connaître de la décision de notifier une aide d'Etat à la Commission européenne (CE, Assemblée, 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres (CNIVAO)*, n° 282920, p.). Mais c'est inopérant parce que l'objet du litige n'est pas la notification aux institutions européennes, mais la mesure de police qu'elle porte à la connaissance de ces institutions. La juridiction administrative est toujours compétente pour connaître de mesures de police, décidées pour des motifs d'ordre public sur le territoire national qui n'ont rien de diplomatiques, sans que la circonstance que ces mesures s'appliquent aux frontières nous semble pouvoir y changer quoi que ce soit.

D'ailleurs, votre jurisprudence est déjà fermement engagée dans ce sens. Dans le litige qui nous occupe, d'une part, le juge du référé suspension (JRCE, *Anafé*, n° 415289), qui a retenu un défaut d'urgence compte tenu de ce que vous vous prononceriez rapidement, a écarté l'exception d'incompétence pour les motifs que nous décrivions. Il n'exerçait certes qu'un contrôle de l'incompétence manifeste en l'état de l'instruction. Mais dans l'affaire *Gurekin* précitée, d'autre part, le président Chauvaux relevait déjà que : « Le rétablissement des contrôles aux frontières n'a pas été décidé pour des raisons liées aux relations diplomatiques entre la France et l'Espagne, mais en vue d'assurer le maintien de l'ordre public dans les rues de Bayonne. Par elle-même, la circonstance que la mesure ait été prise dans les conditions prévues par une convention internationale ne lui a pas conféré le caractère d'un acte de gouvernement ». Si la décision ne s'explique pas sur ce point, en l'absence d'exception d'incompétence, elle suit implicitement ce raisonnement en examinant la légalité de la mesure – il n'y a pas de « sans qu'il soit besoin » sur les questions de compétence de la juridiction administrative.

La juridiction administrative est donc compétente et, dès lors que la mesure revêt indiscutablement un caractère réglementaire, c'est à vous, en son sein, qu'il revient d'en connaître en premier ressort.

Nous n'en avons toutefois pas fini avec l'identification de l'objet précis du litige, car il faut encore répondre à un moyen, soulevé à titre hypothétique par les associations qui disent ne pouvoir exclure, faute de formalisation, que l'acte ait été pris par une autorité incompétente. Le fait que vous admettiez l'existence d'une décision non formalisée ne vous dispense pas de vérifier, même d'office, qu'elle a été compétemment prise (pour une annulation sur ce terrain, CE, Ass., 4 juin 1993, *Association des anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration*, n° 138672 138878 138952, p.). Dans ce cas, à l'exercice juridique consistant à déterminer l'autorité compétente pour prendre la décision s'ajoute simplement, pour vous, un exercice factuel de reconstitution, au vu des pièces du dossier, de l'identité de son auteur.

⁴ Alors que le commissaire du gouvernement plaidait pour distinguer « acte de gouvernement », ce que la décision n'était pas selon lui, et acte non détachable de la procédure d'examen par la Commission européenne, ce qu'il était, le fichage de la décision reprenant la seconde formule, retenue par la décision, se range malgré tout dans la rubrique « acte de gouvernement »...

Pour ce qui est de l'exercice juridique, la question est tranchée par le précédent *Gurekin* précité. Il est fiché sur ce point que l'autorité compétente pour prendre la décision de rétablir temporairement le contrôle aux frontières intérieures de la zone Schengen est le Premier ministre⁵, au titre de son pouvoir de police générale. Pour ce qui est de la reconstitution d'espèce, il ressort des pièces du dossier que la mesure, préparée par le ministre de l'intérieur qui en endosse aujourd'hui la défense, a *in fine* été prise par le Premier ministre, associé à la démarche dans des conditions lui ayant permis d'exercer sur elle son pouvoir de décision. Nous le tirons à titre principal du document versé au dossier pour attester de l'existence de la décision, à savoir la fameuse notification adressée aux institutions européennes. Il s'agit en effet d'un document émanant du secrétariat général aux affaires européennes, service du Premier ministre, dont le mode de fonctionnement est interministériel et dont ne peuvent par construction sortir que des décisions ayant fait l'objet d'un arbitrage favorable du Premier ministre qui a le dernier mot. Le reste du dossier atteste de ce que l'élaboration a bien suivi le circuit interministériel. C'est précisément en raison de la présence au dossier de documents similaires – réserve faite de ce que le SGAE s'appelait alors encore SGCI – que vous avez estimé, dans le précédent *Gurekin*, que la décision de rétablissement des contrôles aux frontières avait été prise par le Premier ministre, pour écarter le moyen tiré de ce qu'elle aurait été prise par une autorité incompétente.

Il est temps d'en venir à l'examen de la légalité interne de cette mesure réglementaire nationale de police décidée par le Premier ministre. La circonstance qu'elle est été prise à l'échelle nationale n'empêche pas qu'elle soit notamment régie par des règles européennes et ce sont ces règles qu'invoquent les requérants pour vous convaincre de son illégalité. Il faut donc vous les présenter.

Le chapitre II du code frontières Schengen est consacré à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures. L'article 25 fixe le cadre général pour la réintroduction d'un tel contrôle, en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un Etat membre. Il précise que ce contrôle n'est réintroduit qu'en dernier recours, pour des motifs de fond et selon une procédure que les articles 26 et 27 ont pour objet respectif de fixer. Il fixe également, nous y reviendrons, la durée maximale de ce rétablissement. Les articles 28 et 29 instaurent des procédures spécifiques de rétablissement des contrôles, soit lorsqu'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un Etat membre exige une action immédiate (art. 28), soit, cette fois à l'initiative du Conseil de l'Union, en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures (art. 29). La mesure litigieuse s'inscrit dans le cadre général posé par l'article 25 et doit donc obéir aux règles posées par les articles 25 à 27. Les requérants soutiennent que la mesure est disproportionnée dans son principe, ce qui revient à violer l'article 26, que sa durée méconnaît l'encadrement prévu par l'article 25, et que la procédure de l'article 27 n'a pas été respectée.

Nous prenons les questions dans cet ordre car, si le principe même du rétablissement d'un contrôle était disproportionné, alors les autres questions perdraient tout objet. Cela permet en outre d'exposer les motifs pour lesquels la mesure a été prise.

⁵ Là encore, nous n'avons pas trouvé quoi que ce soit qui, dans le passage de la convention du 19 juin 1990 d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 au code frontières Schengen, soit de nature à infirmer le raisonnement.

Bien entendu, le motif qui sous-tend l'adoption de la mesure est la nécessité de prévenir le risque d'attentats terroristes sur le sol français. Ce risque terroriste est notamment illustré, à la date de la mesure attaquée, par les attentats survenus en août à Barcelone et Cambrils, en septembre et octobre à Londres, à Paris et, juste avant la mesure, à la gare Saint-Charles de Marseille. Ces attentats ont notamment pour caractéristique que leurs auteurs avaient, avant de les perpétrer, circulé entre Etats membres de l'espace Schengen à des fins de repérage sous de fausses identités. Il est en outre renforcé par l'évolution de la situation dans les zones de guerre en Irak et en Syrie – on pense en particulier à la chute de Raqqa et de Mossoul, dont la conséquence attendue est le retour de combattants dangereux sur le territoire français.

Le caractère adapté de la mesure à ce motif n'est pas contesté. Sont en revanche contestés sa nécessité et son caractère proportionné à la finalité – au sens du troisième temps de votre contrôle de proportionnalité (sur la théorisation des trois temps du contrôle de proportionnalité, v. CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n°s 317827 317952 318013 318051, p., précisant CE, 9 mai 1933, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, n°s 17413 17520, p. 541). La formalisation de l'exigence de proportionnalité à laquelle procède l'article 26 ne doit pas vous conduire à modifier cette grille de contrôle, qu'elle ne fait préciser en imposant que les contrôles ne soient rétablis qu'en dernier recours (condition de nécessité) et que l'incidence probable de la menace contrebalance l'incidence probable du rétablissement des contrôles sur la libre circulation des personnes (proportionnalité).

S'agissant de la nécessité, les requérantes soutiennent, d'une part, que le contrôle aux frontières n'est pas efficace et, d'autre part, qu'il ne l'est en tout état de cause pas plus que des mesures moins attentatoires aux libertés d'efficacité équivalente. Elles visent en particulier les zones de contrôles qui, en vertu de l'article 78-2 du code de procédure pénale dans sa rédaction issue de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017, exactement contemporaine de la mesure attaquée, peuvent être mises en place dans des bandes de 20 km à partir des frontières terrestres de la France avec les Etats Schengen, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ouverts au trafic international.

La thèse de l'inefficacité ne saurait vous convaincre : les rapports des commissions d'enquête du Sénat et de l'Assemblée cités en défense⁶ relèvent par exemple que les contrôles à la frontière opérés à l'aéroport Roissy-Charles-de-Gaulle ont permis d'identifier 55 personnes recherchées, dont huit faisaient l'objet d'une fiche S entre le 1^{er} janvier et le 16 février 2017.

La thèse de l'inefficacité marginale par rapport aux mesures moins attentatoires met le doigt dans une brèche de la position du Gouvernement, qui a, lors des travaux préparatoires de la loi du 30 octobre 2017, justifié la nouvelle version de l'article 78-2 par la perspective de la fin des contrôles aux frontières, laissant donc entendre qu'elle permettrait de suppléer efficacement ces contrôles.

Pourtant, l'examen de l'article 78-2 suffit à nous convaincre que les deux types de mesures n'ont pas la même efficacité. C'est d'ailleurs par construction impossible, puisque dans le cadre d'un fonctionnement normal de l'espace Schengen, l'article 23 du code

⁶ Rapport n° 484 du Sénat, 29 mars 2017, M. François-Noël Buffet, Circuler en sécurité en Europe : renforcer Schengen. ; Rapport n° 3398 de l'Assemblée, 20 janvier 2016, Dominique Raimbourg.

frontières Schengen interdit la mise en place de mesures d'effet équivalent aux contrôles, sous le contrôle scrupuleux de la CJUE (v. son arrêt fondateur *Melki et Abdeli* du 22 juin 2010, ou encore son arrêt *Adil* du 19 juillet 2012). De fait, sur le fondement de l'article 78-2, les contrôles d'identité ne peuvent être pratiqués que pour une durée n'excédant pas douze heures consécutives dans un même lieu et, surtout, ne peut pas consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones concernées. Or les rapports parlementaires précités mettent au jour un risque systémique de franchissement des frontières intérieures par des groupes terroristes qui ne saurait s'accommoder de contrôles si ponctuels. En outre, là où le contrôle aux frontières permet de bloquer les individus dangereux en amont de l'entrée sur le territoire, tel n'est pas le cas des contrôles de l'article 78-2, qui se déroulent sur ce dernier. Dans sa recommandation du 12 mai 2017 relative à des contrôles de police proportionnés et à la coopération policière dans l'espace Schengen⁷, la Commission prend la recherche de suspects à la suite d'un attentat terroriste comme exemple d'objectif que de simples contrôles de police ne permettent pas d'atteindre et pour lequel les contrôles aux frontières sont seuls efficaces (§12).

Bref, l'intervention de la loi du 30 octobre 2017 permettra sans doute de renoncer aux contrôles aux frontières au vu d'un allègement de la menace moindre que celui qu'il aurait fallu attendre avant son intervention. Pour autant, elle ne permet pas une réponse au niveau de menace actuel de façon aussi efficace que le contrôle aux frontières. Nous pensons donc remplie la condition de nécessité.

S'agissant de la proportionnalité, il faut tout de même remettre en perspective, au regard de l'acuité de la menace que nous avons décrite et de sa nature, qui rend impérieux le devoir de d'y parer de la façon la plus efficace possible, la maigreur de l'atteinte portée aux libertés publiques par le rétablissement des contrôles qui ne modifie en rien la substance du droit au séjour et ne complique que modérément le passage des frontières.

Dans ces conditions, l'article 26 ne nous semble pas méconnu.

La question de l'article 25 est plus délicate. Elle porte non plus sur le principe, mais sur la durée de la mesure. Compte tenu de la menace que nous avons décrite, la durée de six mois prévue n'est pas disproportionnée en soi. Reste à savoir si elle entre dans les plafonds fixés par le code frontières Schengen.

L'article 25 fixe les plafonds en ces termes : l'Etat membre peut réintroduire le contrôle aux frontières pendant une période limitée d'une durée maximale de trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est **supérieure** à trente jours ; lorsque la menace persiste au-delà de la durée initialement prévue, l'Etat membre peut prolonger le contrôle à ses frontières intérieures - en reprenant alors le processus d'information institutionnelle - pour des personnes renouvelables ne dépassant pas trente jours ; par ailleurs, la durée totale de la réintroduction du contrôle, prolongations comprises, ne peut excéder six mois.

Les requérantes soutiennent, non sans force, d'une part, que le Gouvernement français ne pouvait réintroduire d'emblée le contrôle pour une durée de six mois, d'autre part, que dans la mesure où la mesure de réintroduction attaquée fait suite à neuf réintroductions ou prolongations consécutives, avec pour effet que les contrôles ont été rétablis de façon

⁷ Recommandation (UE) 2017/820.

permanente depuis le 13 novembre 2015, la durée maximale de six mois autorisée est dépassée depuis longtemps.

Nous ne sommes pas trop émue par le rétablissement « en un coup » pour une durée de six mois. Certes, la rédaction des textes est en ce sens qu'en principe, la réintroduction est décidée par tranches de trente jours dans un plafond de six mois. Toutefois, cette même rédaction, qui n'est pas d'une limpidité exemplaire, prévoit explicitement l'hypothèse d'un prolongement décidé d'emblée pour plus de trente jours lorsqu'il est d'ores et déjà acquis que la durée prévisible de la menace excède ce plafond. Or aucune durée maximale initiale n'est prévue pour un tel cas de figure – si ce n'est la limite des six mois.

Compte tenu de cette rédaction, et si on laisse de côté le cas particulier de menaces liées à un événement très ponctuel, nous comprenons le texte comme distinguant deux hypothèses. Soit – première hypothèse – la durée de la menace est totalement imprévisible, en ce sens que l'imprévisibilité porte y compris sur la question de savoir si elle va ou non se prolonger dans le temps : dans ce cas, le principe de proportionnalité commande de calibrer la mesure au plus juste, quitte à la prolonger ensuite. Le calibrage étant délicat, et la tentation de viser large étant forte, le texte prend le soin de fixer un plafond objectif de trente jours. Son respect permet, en contraignant le Gouvernement à prendre, au-delà, une mesure de prolongation, que le juge national et les institutions et Etats membres, qui par construction n'avaient pas été à même de se faire une idée précise du risque que la menace se prolonge au-delà de trente jours lors du rétablissement des contrôles, soient périodiquement ressaisis de la question aux fins de vérifier le respect du principe de proportionnalité. Soit – seconde hypothèse – il est d'emblée prévisible que la menace sera de longue durée, même s'il est impossible d'en prédire l'échéance. Dans ce cas, les éléments étant d'emblée apportés quant à la nécessité d'un rétablissement d'une durée longue, il est d'emblée possible de saturer le plafond de six mois.

Plus délicate est la question de savoir si et dans quelles conditions il est possible de prendre une nouvelle mesure de rétablissement des contrôles aux frontières une fois passé un premier délai de six mois. Il est incontestable que, lorsqu'il dispose que la durée totale de la réintroduction, prolongations comprises, ne peut excéder six mois, le texte de l'article 25 semble en première lecture fermer la porte à toute mesure passé ce délai. C'est donc avec une force de conviction réelle que les requérantes soutiennent que méconnaît l'article 25 le choix de la France d'enchaîner les mesures de rétablissement des contrôles alors que le délai maximal de six mois à compter du premier rétablissement est expiré depuis le 13 mai 2016. Même si l'hésitation est permise, ce n'est toutefois pas, finalement, l'interprétation que nous retenons.

Il nous semble en effet que rapportée l'objet de l'article 25 – qui est d'éviter une suspension indéfinie de la liberté de circulation sans contrôle dans l'espace Schengen – une lecture à ce point mécanique aurait, pour le coup, quelque chose de disproportionné. Prenons le cas d'école d'un Etat qui aurait saturé la durée de rétablissement de six mois à l'occasion d'une menace donnée. Et imaginons que cet Etat soit l'objet, le jour de l'expiration du délai, une menace transfrontalière grave d'une toute autre nature que les contrôles aux frontières seraient susceptibles de parer. Compte tenu de l'atteinte limitée aux droits des personnes circulant dans l'espace Schengen que représente un rétablissement des contrôles, par rapport à la gravité de la menace pesant, en l'absence de contrôles, sur leur propre sécurité, il semblerait déraisonnable d'opposer à cet Etat que son quota de contrôle est désormais épuisé. Partant du même constat, la Commission européenne a elle-même pris le soin d'expliquer

qu'il ne convenait pas de retenir une lecture si littérale de l'article 25. Dans sa recommandation 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, elle affirme ainsi, après avoir évoqué la possibilité d'un rétablissement des contrôles pour une durée de six mois, qu'en outre, « une nouvelle menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure entraîne une nouvelle application des règles (et, partant, un nouveau calcul de la durée de réintroduction du contrôle) ». Compte tenu de cette prise de position explicite, nous pensons que vous pouvez prendre sur vous de retenir également cette lecture de l'article 25, tout aussi compatible avec sa lettre que celle plus stricte que proposent les requérantes, et qui permet, en cas de renouvellement de la menace, d'enchaîner des suspensions de six mois.

Mais même avec cette lecture, la conformité de la mesure attaquée à l'article 25 n'est pas totalement acquise, car il reste à déterminer ce qui constitue une « nouvelle menace » permettant une nouvelle computation des délais. Les requérantes estiment que sous couvert de nouvelle menace, la France ne fait que tirer sur le même risque terroriste au-delà du délai de six mois qui lui est applicable.

Là encore, l'argument s'entend – il serait vain de nier la continuité du risque terroriste qui menace la France et ses voisins depuis plus de deux ans. Il serait tout aussi vain, cependant, de nier qu'au cours de cette période, la menace terroriste s'est constamment renouvelée. Au gré des évolutions géopolitiques, susceptibles d'entraîner l'arrivée sur le territoire de nouvelles vagues d'individus dangereux, et des nouveaux attentats, multipliant les suspects à intercepter et témoignant d'un étoffement et d'une multiplication des réseaux, la menace terroriste, sans avoir profondément changé de nature, a conservé un degré aigu d'actualité. Il ne s'agit donc pas d'une menace stagnante qui, sans avoir disparu, continuerait de procéder d'un même événement fondateur désormais éloigné. Il s'agit d'une menace évolutive revêtant, au vu d'événements récents, un caractère renouvelé. Face à un tel type de menace, il nous semble que la bonne façon de faire pour savoir si un nouveau rétablissement au titre de l'article 25 est possible est de raisonner, ce qui est d'ailleurs logique s'agissant d'une mesure de police par nature tournée vers l'avenir et non comptable du passé, en termes d'actualité du risque à la date où cette mesure est envisagée. Si aucun fait récent n'est venu matérialiser le risque à cette date, alors nous croyons impossible de rétablir les contrôles pour une nouvelle durée de six mois au seul motif qu'il est fort probable que ce risque ne soit pas totalement dissipé. Si, en revanche, des éléments récents témoignent d'une actualité aigüe de la menace terroriste, nous croyons artificiel d'estimer un nouveau rétablissement impossible au seul motif que cette menace entretient un rapport de parenté avec celle qui avait justifié une mesure équivalente six mois auparavant. Nous pensons donc qu'il faut reconnaître le caractère de nouvelle menace à une menace terroriste renouvelée.

Les requérantes font valoir qu'une telle lecture n'est pas possible, car elle priverait d'objet la modification du code frontière Schengen dont la Commission a enclenché le processus par une proposition du 27 septembre 2017. Il est exact que, prenant acte de ce qu'elle décrit comme une inadaptation des règles pour faire face aux menaces terroristes transfrontalières et aux mouvements secondaires de migrants en situation irrégulière, la Commission a recommandé un allongement des délais de rétablissement des contrôles, faisant passer les seuils de trente jours et six mois à six mois et un an, voire deux. En contrepartie, les obligations d'information de la Commission et des Etats membres seraient renforcées, par une obligation d'étude comparative poussée de l'utilité de la mesure par rapport aux mesures moins attentatoires envisageable et de bilan périodique des résultats des contrôles. Qu'une

modification des textes soit nécessaire pour permettre un allongement des contrôles est pour les requérantes la preuve qu'en l'état, ils ne peuvent excéder six mois.

La lecture que nous proposons n'aboutit toutefois pas à une souplesse équivalente à celle de la proposition de texte. Dans le système actuel tel que nous l'interprétons en effet, il n'est jamais possible d'aboutir par un même acte à un rétablissement des contrôles pour plus de six mois, de sorte que tous les six mois au moins, une clause de rendez-vous est prise les institutions européennes qui oblige l'administration à réexaminer l'état de la menace et à reprendre une décision susceptible d'être soumise à un contrôle juridictionnel. Dans la proposition de règlement émise par la commission, c'est la possibilité de prendre d'emblée une mesure de suspension plus longue, moyennant des modalités de contrôle renforcée, qui sera ouverte. Si le mouvement de réforme engagé par la Commission et le constat dont il part d'un besoin de souplesse donne l'élan nécessaire pour retenir des textes la lecture la plus flexible, nous ne croyons donc pas faire pour autant rétroagir la législation à venir.

Nous proposons donc de juger, d'une part, que compte tenu des éléments nouveaux d'actualité de la menace qu'il invoquait, le Gouvernement français pouvait, le 3 octobre 2017, envisager un nouveau rétablissement des contrôles malgré la durée cumulée des mesures précédentes, d'autre part, qu'il pouvait d'emblée le prévoir pour la durée maximale de six mois, dès lors qu'il était d'emblée prévisible qu'il s'agissait d'une menace durable.

Si vous trouviez cette lecture trop incertaine, l'alternative serait à nos yeux d'interroger la CJUE par une question préjudicielle. Compte tenu de ce qu'elle pourrait difficilement y répondre avant l'expiration de la mesure, et que son interprétation des textes existants aurait peu d'intérêt compte tenu leur refonte imminente, nous estimons préférable que vous preniez sur vous de retenir la lecture que nous vous proposons.

Les requérantes se plaignent enfin d'une méconnaissance de l'article 27 du code frontières Schengen, qui prévoit que « 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. » En l'espèce, la réintroduction étant prévue au 1^{er} novembre 2017, une notification le 4 octobre était nécessaire pour respecter le délai de quatre semaines. Le ministre se borne à faire valoir que la note figurant au dossier a été envoyée le 3 octobre, ce qui est un peu court, le délai trouvant sans doute à se compter, s'agissant d'une exigence de notification, à compter de la réception effective. Pour autant, nous pensons devoir écarter le moyen.

Nous nourrissons, à titre principal, des doutes sur son opérance.

En principe, les à-côtés d'un acte, en particulier ses modalités de notification, sont, en raison de leur caractère extrinsèque, sans incidence sur sa légalité intrinsèque. Vous avez consacré une exception remarquable à ce principe, en droit de l'Union européenne, en matière d'aides d'Etat (CE, 2 juin 1993, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, p. 165). Mais nous croyons que cette exception n'est pas transposable hors de ce champ très particulier.

En matière d'aides d'Etat, d'abord, la formalité de notification des aides nouvelles à la Commission européenne emporte d'importants effets de droit. Dans ce domaine hautement communautarisé (première différence avec le dispositif Schengen), la Commission dispose d'un pouvoir de blocage par le biais de la notification : si elle estime que le projet notifié n'est pas compatible avec le marché commun, elle est alors tenue d'engager une procédure de « mesures utiles » à l'encontre de l'Etat membre, qui ne peut mettre à exécution le projet notifié avant l'aboutissement de cette procédure. Rien de tel pour le contrôle aux frontières, la Commission ne pouvant y faire directement obstacle et ayant, outre la possibilité de saisir la CJUE comme en tout autre domaine, un simple pouvoir de recommandation.

En matière d'aides d'Etat surtout, vous êtes tenus par une jurisprudence très explicite de la CJUE aux termes de laquelle « les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables qui sont en mesure de se prévaloir de la méconnaissance de [l'obligation de notification et de *standstill*] que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide, que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition » (CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et syndicat national des négociants et transformateurs de saumons*, aff. C-354/90). A ce titre, les juridictions nationales doivent annuler les actes instaurant des aides en méconnaissance de cette procédure, indépendamment de toute appréciation sur la compatibilité avec le marché commun de l'aide en cause (CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, aff. C-39/94). Comme le résume Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur *CNIVAO*, la CJUE a instauré un partage des tâches dans lequel elle a le monopole du contrôle de la légalité interne des aides et confie au juge national le contrôle de sa légalité externe au regard des règles de notification.

Or la CJUE n'a pas étendu cette exigence d'incorporation du respect de la notification dans la légalité hors du champ des aides d'Etat. Bien au contraire, elle juge, par exemple, que si le droit de l'Union impose aux États membres l'obligation de communiquer à la Commission les mesures de protection renforcées qu'ils entendent établir en matière d'environnement, il ne subordonne pas la mise en œuvre des mesures envisagées à l'accord ou à la non-opposition de la Commission (CJUE, C- 22/10 du 21 juillet 2011), ce dont il se déduit que la notification préalable n'est pas une condition de légalité de l'acte. Vous avez appliqué cette jurisprudence en matière environnementale (CE, 13 février 2012, *Union des industries de la fertilisation*, n° 33188). Vous l'avez surtout transposée au rétablissement des visas de transit aéroportuaires par la décision *Anafé* précitée, qui juge que « la circonstance que la décision [de les rétablir] n'a pas été notifiée à la Commission avant son entrée en vigueur, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 3 du règlement (CE) n° 810/2009 du 13 juillet 2009, est (...) sans incidence sur la légalité de cette décision ». Cette solution d'inopérance ayant été rendue dans un domaine très proche du nôtre, à propos d'une obligation de notification de portée similaire, au demeurant dans un cas où était alléguée une méconnaissance du principe même de la notification préalable et pas comme ici un problème purement procédural de délai, nous ne voyons pas de raison de ne pas la transposer.

A titre subsidiaire, le moyen manque très vraisemblablement en fait, les pièces du dossier attestant avec certitude que le Secrétaire général du Conseil, qui a été informé en même temps que la Commission, a reçu la lettre des autorités françaises le 4 octobre 2017. Compte tenu du caractère simultané des envois et des localisations respectives du Conseil et de la Commission, il y a fort à parier que les réceptions ont été synchronisées. Il reste que

pour retenir ce terrain, il faudrait consentir un petit effort de reconstruction des faits, d'autant moins souhaitable qu'il nous semble superflu.

Bien sûr, le raisonnement d'inopérance vaut *a fortiori*, pour le cas où vous regarderiez l'argumentation en réplique sur ce point comme un moyen autonome, à propos de la méconnaissance alléguée du code des relations entre le public et l'administration du fait de l'absence de publicité de l'acte, une telle méconnaissance entraînant son inopposabilité, pas son illégalité.

Restent deux derniers moyens qui doivent être écartés.

Les requérantes soutiennent que le rétablissement des contrôles porte atteinte au droit d'asile, dans la mesure où il rend plus difficile l'entrée sur le territoire et, par voie de conséquence, le dépôt d'une demande. Nous concevons qu'il est plus confortable pour les étrangers en situation irrégulière souhaitant demander l'asile en France de s'introduire d'abord sur le territoire pour y former leur demande dans le délai qu'ils souhaitent. Il est pour autant inatteignable d'estimer que la mesure porte atteinte au droit d'asile. D'une part parce qu'elle ne concerne que les frontières intérieures de l'espace Schengen, et ne saisit donc par construction que des personnes en provenance d'un Etat membre dans lequel elles ont pu déposer une demande d'asile. D'autre part, parce que le rétablissement des contrôles ne change rien aux règles selon lesquelles une personne souhaitant présenter une demande d'asile ne peut se voir refuser l'accès au territoire français que dans des cas particuliers (demande d'asile à la frontière manifestement infondée, demande relevant d'un autre Etat Schengen, mesures d'interdiction ou menace pour l'ordre public), le placement en rétention n'empêchant notamment pas de présenter une telle demande (article L. 556-1 du CESEDA sur les demandes d'asile en rétention). Que le rétablissement des contrôles rende plus effective la mise en œuvre des dispositions légales en matière d'entrée sur le territoire ne saurait sérieusement lui être reproché, sauf pour les requérantes à se plaindre que soit rendue plus difficile l'immigration irrégulière, propos qui ne nous paraît guère audible dans le prétoire d'un juge. Et si les requérantes signalent des contrôles abusifs, la pathologie ne saurait disqualifier la norme et la solution à d'éventuels abus réside dans leur contestation – car toutes les mesures individuelles en cause sont prises sous le contrôle du juge.

Enfin, le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi. La seule circonstance que la mesure, prise pour lutter contre le terrorisme, ait pour effet collatéral un meilleur contrôle de l'immigration irrégulière ne saurait démontrer qu'elle a pour objectif principal caché la maîtrise des flux migratoires. On voit d'ailleurs mal pourquoi, si tel était son unique objectif, le Gouvernement prendrait la peine de le dissimuler, alors que dans le même temps, plusieurs Etats membres ont obtenu le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures pour un motif de lutte contre l'immigration irrégulière, avec l'aval du Conseil et sur le fondement de l'article 29 du code frontières Schengen, dans le cadre duquel les conditions de durée sont moins strictement encadrées.

PCMNC – Rejet.