

**N° 463850**  
**ANAFE et autres**

**10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 1<sup>er</sup> juillet 2022**  
**Décision du 27 juillet 2022**

## **CONCLUSIONS**

**M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public**

L'espace Schengen, qui est né en marge de la construction européenne avant d'y être importé, au point, selon la formule consacrée, de constituer l'une des plus grandes réalisations de l'intégration européenne, même si les limites de cet espace ne coïncident pas exactement avec celles de l'Union européenne, repose aujourd'hui sur les règles figurant dans le règlement du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, dit code frontières Schengen, qui a succédé au précédent code issu d'un règlement du 15 mars 2006.

En vertu de ce code, aussi bien dans sa version 2006 que 2016 (et comme auparavant selon la convention du 19 juin 1990 d'application des accords de Schengen), des contrôles sont opérés aux frontières extérieures de l'espace Schengen, consistant en la surveillance de ces frontières et des vérifications lors du franchissement des points de passage frontaliers. En contrepartie, 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.

En 2006, le code frontières Schengen prévoyait notamment la possibilité pour les Etats, en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, de réintroduire, exceptionnellement, le contrôle à ses frontières intérieures durant 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. Si la menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure se prolongeait au-delà de cette durée, l'État pouvait maintenir le contrôle aux frontières pour les mêmes raisons, en tenant compte d'éventuels éléments nouveaux, pour des périodes renouvelables de trente jours au plus chacune, mais sans limite de renouvellement.

Un règlement 1051/2013 du 22 octobre 2013 a modifié ce mécanisme de réintroduction du contrôle aux frontières intérieures. Le contrôle aux frontières intérieures peut être réintroduit pour des périodes de 30 jours ou plus et prolongé pour des nouvelles périodes de trente jours, mais dans la limite d'une durée totale de six mois. Ce n'est qu'en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures du fait de manquements graves persistants liés au contrôle aux frontières extérieures que les Etats peuvent, sur recommandation du Conseil statuant sur proposition de la Commission, réintroduire un contrôle aux frontières intérieures pour des périodes de six mois et dans la limite de deux ans.

Ces règles se retrouvent aujourd'hui dans le code frontières Schengen 2016 (articles 25 et s.). C'est sur le fondement de ces règles que la France et d'autres Etats ont ponctuellement réintroduit, depuis 2006, des contrôles aux frontières intérieures, en général pour des rencontres ou sommets politiques, des manifestations sportives ou des événements impliquant le rassemblement d'un grand nombre de personnes.

Dans la perspective de la 21<sup>ème</sup> conférence des Nations-Unies sur le changement climatique, la France avait ainsi notifié à la Commission une réintroduction du contrôle de ses frontières intérieures pour la période du 13 novembre au 13 décembre 2015. Les attaques terroristes qui ont frappé Paris et Saint-Denis ce même 13 novembre ont conduit la France à notifier à la Commission une nouvelle période de réintroduction du contrôle aux frontières intérieures. Les menaces terroristes, puis l'épidémie de Covid-19, ont conduit la France, comme d'autres Etats, à réintroduire le contrôle aux frontières intérieures de manière successive, en France pour des périodes de six mois chacune.

Depuis 2015<sup>1</sup>, vous aviez été saisis de deux demandes d'annulation de la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures, qui ne constitue pas un acte de gouvernement<sup>2</sup> et présente un caractère réglementaire<sup>3</sup>. Dans une décision du 28 décembre 2017 (préc.), vous avez jugé que le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2017 au 30 avril 2018 était justifié compte tenu de l'actualité de la menace terroriste notamment illustrée par la préparation et la réalisation des attentats survenus en août, septembre et octobre 2017, respectivement en Espagne, en Grande-Bretagne et en France et de l'évolution de la situation dans les zones de conflit armé en Irak et en Syrie. Puis, dans une décision du 16 octobre 2019<sup>4</sup>, vous avez validé le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures du 1<sup>er</sup> novembre 2018 au 30 avril 2019, toujours par l'actualité de la menace terroriste, notamment illustrée par la préparation et la réalisation d'attentats survenus en France et aux Pays-Bas, en mars, mai et août 2018, ainsi que par l'évolution de la situation dans les zones de conflit armé en Irak et en Syrie.

L'ANAFE, le GISTI, la CIMADE et la LDH vous demandent d'annuler la décision du Premier ministre de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures du 1<sup>er</sup> mai 2022 au 31 octobre 2022. Des associations et syndicats sont intervenus : vous pourrez admettre ces interventions à l'exception de celles du syndicat de la magistrature et du syndicat des avocats de France, syndicats professionnels qui invoquent la défense des droits et libertés de manière générale.

Ce recours comporte un moyen principal tiré de ce que la décision française méconnaît l'article 25 tel qu'il a été interprété par la Cour de justice dans son arrêt du 26 avril 2022 rendu dans les affaires NW c. Autriche (C-368/20 et C-369/20).

---

<sup>1</sup> Auparavant, v. 30 juillet 2003, Association Gurekin et coordination des comités de soutien aux prisonniers politiques basques, n° 237649, T.

<sup>2</sup> 28 décembre 2017, ANAFE et autres, n°415291, Rec. p. 400

<sup>3</sup> 30 juillet 2003, préc.

<sup>4</sup> 16 octobre 2019, ANAFE et Gisti, n°425936.

Dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit que l'article 25 du code frontières Schengen s'oppose à la réintroduction temporaire par un État membre du contrôle aux frontières intérieures fondée sur les articles 25 et 27 de ce code lorsque la durée de celle-ci dépasse la durée totale maximale de six mois, fixée à cet article 25, et qu'il n'existe pas de nouvelle menace qui justifierait de faire une nouvelle application de cet article 25.

Pour la cour, la période d'une durée totale maximale de six mois prévue à l'article 25, paragraphe 4, du code frontières Schengen pour la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures est impérative, de telle sorte que son dépassement entraîne nécessairement l'incompatibilité avec ce code de tout contrôle aux frontières intérieures réintroduit au titre des articles 25 et 27 de celui-ci après l'écoulement de cette période (§ 78). Cette limitation de durée traduit le caractère temporaire de la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures afin de garantir le caractère exceptionnel de ces mesures et le respect du principe de proportionnalité (§ 59).

La cour précise bien que la persistance de la menace initialement identifiée, même appréciée au regard d'éléments nouveaux, ou d'une réévaluation de la nécessité et de la proportionnalité du contrôle mis en place pour répondre à celle-ci, ne permet pas de justifier la réintroduction de ce contrôle au-delà de la période d'une durée maximale de six mois. En effet, une telle interprétation reviendrait à permettre, en pratique, la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures en raison d'une même menace pour une durée illimitée (§ 66).

Toutefois, la Cour de justice indique qu'une telle période d'une durée totale maximale de six mois peut être appliquée de nouveau dans le cas et uniquement dans le cas où l'État membre concerné est en mesure de démontrer l'existence d'une nouvelle menace grave affectant son ordre public ou sa sécurité intérieure (§ 79).

La Cour explique que c'est par rapport aux « circonstances [...] à l'origine de la nécessité de réintroduire le contrôle aux frontières intérieures » et aux « événements qui constituent une menace grave » pour l'ordre public ou la sécurité intérieure de l'État membre concerné que doit être appréciée la question de savoir si la menace à laquelle est confronté l'État membre demeure la même ou bien s'il s'agit d'une nouvelle menace permettant à cet État membre de poursuivre, directement après la fin de la période de six mois, les contrôles aux frontières intérieures de manière à ainsi faire face à cette nouvelle menace (§§ 80 et 81).

Trois séries de remarques, avant d'aborder les moyens de la requête :

Les premières concernent l'arrêt de la Cour de justice. Il a été rendu sur conclusions contraires de l'avocat général, Henrik Saugmandsgaard Øe, pour qui, et afin d'éviter des résultats inacceptables, voire absurdes, l'article 25 du code frontières Schengen devait être interprété en ce sens que, dans le cas où, à l'expiration de la durée de six mois prévue au paragraphe 4 de cet article, un État membre est toujours confronté à une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, il ne s'oppose pas, quel que soit le degré de similarité de la menace grave avec la menace grave précédente, à une nouvelle application successive de l'article 25, paragraphe 1, de ce code, pour autant que tous les critères prévus par ledit code soient remplis, en particulier celui de la proportionnalité.

La Cour n'a pas suivi cette proposition. Elle s'en est tenue à la volonté du législateur de l'Union, qui a estimé qu'une période de six mois était suffisante pour que l'État membre concerné adopte, le cas échéant en coopération avec d'autres États membres, des mesures permettant de faire face à la menace grave pour son ordre public ou sa sécurité intérieure, tout en préservant, après cette période de six mois, le principe de libre circulation (§ 77).

Mais son arrêt témoigne aussi d'une recherche d'un équilibre entre la volonté du législateur de l'Union et la prise en compte des préoccupations des États, dont c'est la responsabilité, de garantir l'ordre public et la sécurité sur leur territoire le cas échéant en continuant, lorsque c'est nécessaire, d'exercer un contrôle aux frontières intérieures si la menace à laquelle ils sont confrontés présente un caractère nouveau et qu'ils n'ont donc pas pu mettre à profit, pour cette menace, la précédente période de six mois au plus pour prendre les mesures adaptées.

Les secondes remarques portent sur l'incidence de cet arrêt sur votre jurisprudence. Dans vos décisions de 2017 et 2019, vous aviez jugé que si l'article 25 limite la durée maximale de la réintroduction d'un contrôle aux frontières intérieures à six mois, il ne fait pas obstacle, en cas de nouvelle menace ou de menace renouvelée pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, à la mise en place à nouveau d'un contrôle aux frontières pour une autre période d'une durée maximale de 6 mois. L'arrêt de la Cour doit vous conduire à amender la moitié de cette appréciation : la nouvelle menace à l'ordre public ou à la sécurité intérieure permet de décider, même après une précédente période de six mois, de rétablir le contrôle aux frontières, tandis que la même menace, qui se renouvelle au-delà de six mois, ne le permet pas.

Les dernières remarques sont d'ordre prospectives. L'état du droit, tel qu'il a été interprété par la Cour de justice et qu'il convient d'appliquer au présent recours, est appelé à évoluer dans le cadre de la réforme du code frontières Schengen qui est en cours de discussion.

Dans la proposition de la Commission du 14 décembre 2021 (COM (2021) 891 final), il est prévu (articles 25, 25 bis nouveaux), que lorsqu'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure est prévisible dans un État<sup>5</sup>, le contrôle aux frontières intérieures peut être réintroduit pour une période n'excédant pas six mois et que lorsque la menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure persiste au-delà de cette période, l'État membre peut prolonger le contrôle aux frontières intérieures pour des périodes renouvelables n'excédant pas six mois<sup>6</sup>. La durée maximale du contrôle aux frontières intérieures n'excède alors pas deux ans.

---

<sup>5</sup> Il est explicitement prévu que sont notamment réputés créer une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure : (a) les activités liées au terrorisme ou à la criminalité organisée ; (b) les urgences de santé publique de grande ampleur ; (c) une situation caractérisée par des déplacements massifs non autorisés de ressortissants de pays tiers entre les États membres, mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures ; (d) les événements internationaux de grande ampleur ou de haut niveau, tels que des événements sportifs, commerciaux ou politiques.

<sup>6</sup> La menace qui persiste est réputée exister lorsque la justification présentée par l'État membre pour prolonger le contrôle aux frontières repose sur la constatation que la même menace qui avait justifié la réintroduction initiale du contrôle aux frontières existe toujours.

Le 9 juin dernier, le Conseil de l'Union européenne a conservé cet équilibre, tout en renforçant le rôle de la Commission et en mettant à la charge des Etats des obligations de justifications plus fortes (9937/22).

Venons-en aux moyens de la requête.

Les associations requérantes soutiennent que la décision attaquée a pour effet de prolonger la réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures pour une durée largement supérieure à la durée totale maximale de six mois prévue à l'article 25 du code frontières Schengen car les motifs justifiant une telle prolongation sont en tous points identiques à ceux ayant justifié les précédentes prolongations et ne reposent pas sur une menace nouvelle.

A s'en tenir, comme le fait la requête, au tableau des notifications qui figure sur le site de la Commission européenne, et qui dans sa dernière version en comporte 334 depuis octobre 2006, c'est exact : il est mentionné, tant pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2021 au 31 avril 2022 que pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2022 au 31 octobre 2022, « menace terroriste continue », « mouvements secondaires », « Coronavirus COVID-19 ».

Mais ce tableau n'a qu'une valeur d'information et il est totalement insuffisant pour comparer les motifs du rétablissement du contrôle aux frontières intérieures.

En effet, la Cour de justice n'a pas jugé que des menaces de même nature, d'une même catégorie, ne pouvaient pas justifier un nouveau rétablissement des contrôles. Elle a ainsi jugé :

« 80. S'agissant des conditions dans lesquelles il est possible de considérer qu'une menace donnée est nouvelle par rapport à une menace ayant précédemment justifié la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures, sur le fondement de l'article 25 du code frontières Schengen, il convient d'observer que, lorsque l'État membre concerné notifie aux autres États membres et à la Commission son intention de réintroduire le contrôle à des frontières intérieures de l'Union, l'article 27, paragraphe 1, de ce code fait référence, notamment, aux « circonstances [...] à l'origine de la nécessité de réintroduire le contrôle aux frontières intérieures » et aux « événements qui constituent une menace grave » pour l'ordre public ou la sécurité intérieure de l'État membre concerné. De même, l'article 27, paragraphe 5, dudit code fait référence aux « événements qui sont à l'origine de la réintroduction du contrôle aux frontières ».

81. Dès lors, c'est toujours par rapport à ces circonstances et événements que doit être appréciée la question de savoir si, à l'issue de la période maximale de six mois visée à l'article 25, paragraphe 4, du code frontières Schengen, la menace à laquelle est confronté l'État membre demeure la même ou bien s'il s'agit d'une nouvelle menace permettant à cet État membre de poursuivre, directement après la fin de cette période de six mois, les contrôles aux frontières intérieures de manière à ainsi faire face à cette nouvelle menace. Dans ces conditions, il doit être constaté que, ainsi que la Commission le soutient en substance, l'apparition d'une nouvelle menace, qui est distincte de celle initialement identifiée, est susceptible de justifier, sous réserve du respect des autres conditions applicables, une nouvelle

application des périodes prévues à l'article 25 de ce code pour la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures ».

C'est toujours, dit la cour, par rapport à des circonstances et des événements que doit donc s'apprécier la nouveauté de la menace justifiant le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures (mais pas des éléments nouveaux de la menace initialement notifiée, § 66). Nous comprenons la référence à ces circonstances et ces événements comme visant les caractéristiques de la menace, c'est-à-dire son objet, sa localisation, ses auteurs ou encore ses cibles potentielles.

Vous avez au dossier la notification des autorités françaises à la Commission européenne pour la précédente période, ce qui vous permet de comparer avec celle en litige. Le ministre vous a en outre fourni des explications sur les motifs figurant dans la notification.

La notification de septembre 2021 reposait sur la menace terroriste, en premier lieu, en se fondant :

- sur l'ouverture du procès des attentats du 13 septembre, qui devait initialement durer jusqu'au mois de mars 2022 et qui constitue une période qui, comme l'avait montré celle du procès de l'attentat contre Charlie Hebdo, expose la France à un risque d'attaque terroriste plus important ;
- sur la prise de pouvoir des talibans en Afghanistan, qui accroît le risque de retour ou d'arrivée en France de combattants terroristes ;
- sur la situation, instable, dans le nord-est de la Syrie, région en provenance de laquelle des combattants étrangers sont susceptibles de rejoindre la France ;
- sur la propagande djihadistes qui, en réaction à des publications dans le journal Charlie Hebdo, incite à commettre des attaques terroristes en France.

La notification de septembre 2021 reposait également sur la nécessité de prendre les mesures nécessaires pour contenir l'épidémie de Covid19 et plus particulièrement le variant Delta, devenu majoritaire dans les pays européens, tandis que la campagne de vaccination avait atteint un plafond avec un taux de couverture de l'ordre de 80 %.

En avril 2022, la nouvelle notification de la France à la Commission repose toujours, en premier lieu, sur le risque terroriste :

Certaines circonstances ne sont plus évoquées, c'est le cas des conséquences de l'arrivée au pouvoir en Afghanistan des talibans et de la diffusion de la propagande djihadiste visant la France. Le ministre se prévaut de cette propagande dans son mémoire en défense, mais elle ne figure pas dans la notification et, en tout état de cause, sont cités des faits postérieurs à la notification, ces faits n'apparaissent pas fondamentalement différents, et donc nouveaux, et ils constituent au demeurant un élément de contexte et non un événement en soi susceptible de justifier, de manière autonome, le rétablissement du contrôle aux frontières intérieures.

La notification se fonde en revanche, cette fois, sur le verdict du procès des attentats du 13 novembre, le calendrier initial du procès ayant été modifié. Le déroulement de ce procès n'est pas un événement nouveau, mais vous pourrez considérer que le report de son verdict, lequel constitue une étape particulièrement sensible, constitue une circonstance qui peut légalement

être prise en compte par les autorités françaises au titre de l'article 25 du code frontières Schengen. Il n'est toutefois pas justifié par le ministre, mais il est vrai qu'un moyen en ce sens n'est pas soulevé, que cet événement nécessite un rétablissement du contrôle aux frontières intérieures d'une durée de six mois.

Est à nouveau invoquée l'instabilité dans la zone nord de la Syrie, ainsi qu'en Irak. Mais un événement précis est mis en exergue par le ministre : l'attaque de la prison d'Hassaké (Nord-Est syrien) par des commandos de l'État islamique le 20 janvier 2022, qui a permis la libération, selon les estimations, de plusieurs centaines de combattants terroristes qui y étaient prisonniers. Cette attaque n'est pas explicitement mentionnée dans la notification, mais celle-ci se réfère à la réunion du Conseil de sécurité des Nations-Unies du 9 février (il s'agit en réalité du 7 février, CS/14789) où le Conseil évoque cet événement, comme il l'avait fait quelques jours auparavant, le 27 janvier (CS/14780). Les fortes préoccupations de la communauté internationale après cette attaque, qui révèle la mobilisation et la capacité actuelle d'intervention de Daech, doivent vous conduire à la regarder comme un événement nouveau de la menace terroriste.

Est aussi invoquée, dans la notification, l'expansion de l'influence de l'Etat islamique en Afrique centrale et orientale. L'ensemble des délégations participant à la réunion précitée du Conseil de sécurité des Nations Unies, qui examinait le quatorzième rapport du Secrétaire général sur les menaces contre la paix et la sécurité internationales résultant d'actes de terrorisme, ont « souligné avec inquiétude l'expansion de Daech en Afrique ». Là aussi, vous pourrez considérer qu'il s'agit, dans les évolutions du risque terroriste en France, d'un événement nouveau.

Pris ensemble, ces circonstances et ces événements peuvent être regardés comme à l'origine d'une menace qui présente un caractère nouveau.

Les requérantes, qui soutiennent seulement que ces éléments ne permettent pas de caractériser une menace nouvelle, ne remettent pas en cause l'intérêt et l'efficacité des contrôles aux frontières intérieures. En revanche, le gouvernement, dans la notification en litige, comme il l'a fait dans celles qui ont précédé, explique que ces contrôles, sur la période précédente, ont permis le prononcé de 52 027 refus d'entrée et la détection de 34 160 fiches de signalement dans les systèmes nationaux et européens, près d'un tiers concernant des individus signalés pour des motifs de menace à l'ordre public ou la sécurité intérieure.

En outre, le gouvernement indique, et ce n'est pas factuellement remis en cause, que les autorités françaises sont particulièrement attentives à ce que les contrôles aux frontières intérieures n'entravent pas la circulation des personnes et des marchandises plus que le strict nécessaire et prennent toutes les dispositions pour que l'incidence de ces contrôles sur la fluidité du trafic soit limitée.

Dans ces conditions, compte-tenu de l'ensemble de ces éléments, nous considérons que la décision de rétablir le contrôle aux frontières intérieures n'est pas, pour ces premiers motifs, entachée d'illégalité.

La notification de la France à la Commission repose, en second lieu, sur le risque sanitaire : il est fait état du variant Omicron et du taux d'incidence du virus.

Nous ne vous proposons pas de considérer que tout nouveau variant constitue une circonstance nouvelle, ce serait excessivement formaliste. Il faut, il nous semble, pour tenir compte d'un nouveau variant, apprécier ses conséquences sur la capacité des autorités à contenir la propagation du virus, et donc en particulier sa contagiosité et sa résistance aux vaccins jusqu'alors utilisés. Il faut aussi prendre en considération l'ensemble des mesures prises au niveau interne pour endiguer la propagation du virus.

En l'espèce, le variant Omicron est globalement d'une moindre gravité, car il provoque moins de formes sévères de la maladie, même si des décès dont ce variant est à l'origine demeurent. En revanche Omicron, qui était devenu majoritaire en France en mars 2022, a un taux de croissance jusqu'à 3,7 fois plus élevé que Delta, lié à une transmissibilité très supérieure et une baisse significative de l'efficacité de la réponse immunitaire après vaccination ou après infection.

En outre, la France a maintenu l'obligation, pour tous les voyageurs en provenance de l'espace européen ne disposant pas d'un justificatif attestant d'un schéma vaccinal complet ou d'un certificat de rétablissement au Covid-19, de présenter le résultat négatif d'un test PCR (72 heures) ou antigénique (48 heures). L'efficacité de ces mesures sanitaires implique que des contrôles soient opérés.

En se fondant sur ces circonstances, le gouvernement a bien justifié d'une menace sanitaire nouvelle, justifiant également la décision de rétablir le contrôle aux frontières intérieures.

Enfin, le gouvernement, dans son mémoire, se réfère aussi aux conséquences de la situation en Ukraine en terme de flux de population vers l'espace Schengen, que ce soit au titre de la lutte contre la criminalité organisée et sur un plan sanitaire. Mais dans la notification à la Commission européenne, il n'était fait état de ces circonstances que comme un point d'attention particulier dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle aux frontières, mais non comme un motif justifiant le rétablissement de ce contrôle. Nous ne les retenons donc pas.

Mais, pour les motifs précédemment mentionnés, vous pourrez écarter le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 25 du code frontières Schengen.

PCMNC au rejet de la requête.