

## CONSEIL D'ÉTAT

### SECTION DU CONTENTIEUX

#### OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES

- POUR :
1. L'ADDE (Avocats pour la défense des droits des étrangers) ;
  2. L'ANAFE (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers) ;
  3. L'ARCAT (Association de recherche, de communication et d'action pour l'accès aux traitements) ;
  4. La CIMADE (Comité inter-mouvements auprès des évacués) ;
  5. La FASTI (Fédération des associations de solidarités avec tou-te-s les immigré-e-s) ;
  6. Le GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s) ;
  7. La Ligue des droits de l'Homme ;
  8. Le paria ;
  9. Le SAF (Syndicat des avocats de France) ;
  10. SOS-Hépatites Fédération.

*SCP SPINOSI*

CONTRE : Le ministre de l'intérieur

Requête n° 450.285

I. Après l'arrêt en date du 21 septembre 2023 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne et en réponse aux observations déposées consécutivement par le ministre de l'intérieur, les associations et organisations exposantes entendent exposer les observations complémentaires suivantes.

### **Sur les implications de la décision préjudicielle**

II. En premier lieu, les exposantes tiennent d'emblée à rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne a apporté une réponse univoque à la question soumise par le Conseil d'Etat dans la présente affaire.

II-1 En effet, il convient de rappeler que, pour apprécier la conformité au droit de l'Union des dispositions de l'article L. 332-3 du CESEDA – en ce que la deuxième phrase de cet article, tel qu'issu de l'ordonnance contestée n° 2020-1733 du 16 décembre 2020, prévoit qu'une décision de refus d'entrée peut être prise, lors de vérifications effectuées à une frontière intérieure, en cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures –, le Conseil d'Etat a estimé que :

*« La question de savoir si, en cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III du règlement (UE) 2016/399, l'étranger en provenance directe du territoire d'un Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 qui se présente à un point de passage frontalier autorisé, fixe ou mobile, sans être en possession des documents permettant de justifier d'une autorisation d'entrée ou du droit de séjourner en France, peut se voir opposer une décision de refus d'entrée, lors des vérifications effectuées à cette frontière, sur le fondement de l'article 14 de ce règlement, sans que soit applicable la directive 2008/115/CE, est déterminante pour la solution du litige que doit trancher le Conseil d'Etat et présente une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne. »*

Dès lors, par une décision du 24 février 2022, le Conseil d'Etat a saisi la Cour de justice de la question suivante :

*« En cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III du*

*règlement (UE)2016/399, l'étranger en provenance directe du territoire d'un Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 peut-il se voir opposer une décision de refus d'entrée, lors des vérifications effectuées à cette frontière, sur le fondement de l'article 14 de ce règlement, sans que soit applicable la directive 2008/115/CE ? »*

**II-2** Par un arrêt en date du 21 septembre 2023, la Cour de justice a répondu que le règlement du 9 mars 2016 établissant le « code frontières Schengen » et la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 « *doivent être interprétés en ce sens que lorsqu'un État membre a réintroduit des contrôles à ses frontières intérieures, il peut adopter, à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers qui se présente à un point de passage frontalier autorisé situé sur son territoire et où s'exercent de tels contrôles, une décision de refus d'entrée, en vertu d'une application mutatis mutandis de l'article 14 de ce règlement, pour autant que les normes et les procédures communes prévues par cette directive soient appliquées à ce ressortissant en vue de son éloignement.* »

Partant, l'interprétation ainsi retenue par la Cour de justice règle définitivement la question de l'applicabilité de la directive retour à « *un ressortissant d'un pays tiers qui se présente à un point de passage frontalier autorisé* » situé sur le territoire de l'État membre « *et où s'exercent de tels contrôles* ».

En effet, par son précédent arrêt *Arib e.a.* du 19 mars 2019, la Cour avait déjà retenu que :

*« L'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, lu en combinaison avec l'article 32 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2016, concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à la situation d'un ressortissant de pays tiers, arrêté à proximité immédiate d'une frontière intérieure et en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre, même lorsque cet État membre a réintroduit, en vertu de l'article 25 de ce règlement, le*

*contrôle à cette frontière, en raison d'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure dudit État membre. » (CJUE, 19 mars 2019, Arib e.a. Aff. C-444/17).*

Autrement dit, il était déjà acquis que lorsqu'un Etat membre de l'Union a rétabli des contrôles à ses frontières intérieures, il ne peut pas prétendre échapper à l'application de la directive retour en invoquant l'exception prévue à l'article 2 de cette directive lorsqu'une personne en situation irrégulière est interpellée à proximité immédiate d'une de ses frontières intérieures.

C'est au demeurant ce que le ministre de l'intérieur avait lui-même admis dans son précédent mémoire du 18 octobre 2021 (pages 7 à 10), en faisant toutefois valoir qu'il convenait de distinguer les deux exceptions prévues à l'article 2 de la directive. Selon la lecture ministérielle, alors que la première exception concernait les refus d'entrée pris en application des dispositions du Code Schengen à l'égard d'une personne qui se présente au point de passage autorisé (PPA) d'une frontière terrestre, la seconde aurait au contraire concerné les refus d'entrée opposés à une personne qui a été interpellée à proximité immédiate de la frontière après l'avoir franchie illégalement.

Or, pour le ministre, si l'arrêt Arib avait réglé cette seconde situation, il n'avait « *pas pris formellement position sur le droit applicable* » dans le premier cas.

C'est à l'aune de cette objection que le Conseil d'État a posé la question préjudicielle qui a donné lieu à l'arrêt du 21 septembre 2023, aux termes duquel la Cour de justice retient que :

*« Le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2016, concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), et la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier,*

*doivent être interprétés en ce sens que :*

*lorsqu'un État membre a réintroduit des contrôles à ses frontières intérieures, il peut adopter, à l'égard d'un ressortissant d'un pays tiers qui se présente à un point de passage frontalier autorisé situé sur son territoire et où s'exercent de tels contrôles, une décision de refus d'entrée, en vertu d'une application mutatis mutandis de l'article 14 de ce règlement, **pour autant que les normes et les procédures communes prévues par cette directive soient appliquées à ce ressortissant en vue de son éloignement.** »*

Au regard de la réponse européenne apportée quant au droit applicable à « un ressortissant d'un pays tiers qui se présente à un point de passage frontalier autorisé », il est donc désormais acquis que la directive « Retour » doit recevoir application sans distinction quant aux lieux où la personne est interpellée – que ce soit à proximité immédiate de la frontière ou à un point de passage autorisé – et ce, à la seule exception du cas où le contrôle serait opéré à un point de passage autorisé qui ne serait pas situé sur le territoire national, hypothèse tout à fait exceptionnelle et résiduelle.

Il ressort ainsi du droit de l'Union, tel qu'interprété de façon univoque par la Cour de justice, qu'il ne saurait être question de tolérer la pratique par laquelle la police aux frontières achemine une personne interpellée en zone frontalière jusqu'à un point de passage autorisé, où une décision de refus d'entrée lui est notifiée sans considération du lieu d'interpellation.

**II-3** Surtout, les exigences du droit de l'Union qui résultent clairement de l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice confirment que les dispositions litigieuses de l'article L. 332-3 du CESEDA n'y sont pas conformes.

En effet, il convient de rappeler que ces dispositions, telles que modifiées par l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020, prévoient que :

*« La procédure prévue à l'article L. 332-2 est applicable à la décision de refus d'entrée prise à l'encontre de l'étranger en application de l'article 6 du règlement 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016. Elle est également applicable lors de vérifications effectuées à une frontière intérieure en cas de réintroduction*

*temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans les conditions prévues au chapitre II du titre III du même règlement ».*

Par ces dispositions, l'ordonnance a ainsi entendu réaffirmer l'application du régime du refus d'entrée en cas de rétablissement des contrôles aux frontières internes et, corrélativement, n'a absolument pas prévu l'application des dispositions prises pour la transposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 figurant aux livres VI et VII du CESEDA au profit de la personne qui fait l'objet d'une décision de refus d'entrée prise dans le cadre de vérifications effectuées à une frontière intérieure au titre de la réintroduction temporaire du contrôle.

Par conséquent, l'annulation de ces dispositions de l'article L. 332-3 du CESEDA s'impose indiscutablement, compte-tenu de leur non-conformité manifeste au droit de l'Union.

A titre subsidiaire, si d'aventure et par extraordinaire le Conseil d'Etat n'entendait pas annuler ces dispositions, il lui appartiendrait alors nécessairement – sauf à méconnaître frontalement les exigences du droit de l'Union – de procéder explicitement à leur interprétation neutralisante.

Et ce, afin d'indiquer de façon univoque que l'administration ne peut édicter un refus d'entrée, en application de l'article L. 332-3 du CESEDA que si et seulement si est respectée l'intégralité des normes et des procédures communes prévues par la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008.

A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que le principe de primauté du droit de l'Union « *impose ainsi, notamment, à tout juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union l'obligation d'assurer le plein effet des exigences de ce droit dans le litige dont il est saisi en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute réglementation ou pratique nationale qui est contraire à une disposition du droit de l'Union d'effet direct, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de cette réglementation ou pratique nationale par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* » (CJUE, 13 juillet 2023, *YP e.a. et M. M.*, Aff. C-615/20 et C-671/20, § 62).

Dans ces conditions, il importe que le Conseil d'Etat, en sa qualité de juridiction administrative suprême, réaffirme ces exigences et indique **explicitement** qu'il appartiendra à l'administration, notamment **sous le contrôle du juge administratif**, de respecter scrupuleusement les normes et procédures communes de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 en particulier lorsqu'elle édicte des refus d'entrée.

### **Sur la nouvelle argumentation en défense du ministre de l'intérieur**

**III. En second lieu**, postérieurement à l'arrêt de la Cour de justice et en marge de ses réponses aux questions factuelles posées aux fins d'une séance orale d'instruction, le ministre de l'intérieur a produit des observations supplémentaires.

Au sein de celles-ci, et de façon parfaitement inédite, le ministre développe une argumentation parfaitement nouvelle.

Et ce, manifestement dans l'espoir de faire perdurer les pratiques administratives à la frontière manifestement contraires aux normes et procédures communes de la directive « *Retour* ».

Autrement dit, le ministre de l'intérieur s'obstine à forger un raisonnement dont le seul objectif est de contourner les exigences européennes pourtant parfaitement rappelées par la Cour de justice.

Dans ces conditions, les exposantes entendent réfuter cette nouvelle thèse qui ne peut être suivie par le Conseil d'Etat, **sauf à violer frontalement le droit de l'Union et, à tout le moins, soulever de nouvelles questions préjudicielles** qu'il n'appartiendrait qu'à la Cour de justice de trancher en vertu de l'article 267 du TFUE.

En outre, et **pour la parfaite information du Conseil d'Etat**, les exposantes entendent verser deux documents annexes qui, chacun, permettent d'éclairer quant à l'impact des refus d'entrée aux frontières intérieures, tels qu'ils sont pratiqués en l'état actuel par l'administration.

Le premier document a déjà été produit devant la Cour de justice à l'occasion de la procédure préjudicielle (**Prod. 1**).

Le second constitue un ensemble documentaire destiné à répondre pleinement aux questions posées lors de la séance orale d’instruction (**Prod. 2**).

### *Sur le rétablissement des contrôles aux frontières*

**IV. D’une part**, le ministre de l’intérieur revient avec insistance sur l’importance qu’il accorde au rétablissement du contrôle aux frontières intérieures « *afin de prévenir les menaces nouvelles, en particulier dans le cadre de son action de lutte contre le terrorisme* », y compris pour une nouvelle période du 1<sup>er</sup> novembre 2023 au 30 avril 2024 (cf. les observations complémentaires du ministre, aux points 1 et 2, p. 5).

A ce sujet, les exposants tiennent à rappeler brièvement les éléments suivants.

**IV-1 D’abord**, un tel rétablissement des contrôles aux frontières n’est ni l’objet du présent litige ni de la question préjudicielle qui a été posée à la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE).

Et ce, quoiqu’en ait dit le ministre de l’intérieur au Sénat dans sa réponse à la question posée par Jean-Michel Arnaud, sénateur des Hautes-Alpes, au cours de la séance des questions d’actualité au gouvernement du 8 novembre 2023.

**IV-2 Ensuite**, et au demeurant, il convient de relever que la Cour de justice a elle-même déjà précisé le cadre de ces renouvellements dans un arrêt du 26 avril 2022 (CJUE, 26 avril 2022, *NW c. Landespolizeidirektion Steiermark et Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, aff. C-368/20 et C-369/20).

Aux termes de celui-ci, elle a retenu que le code frontières Schengen « *doit être interprété en ce sens qu’il 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, paragraphe 4, et qu’il n’existe pas de nouvelle menace qui justifierait de faire une nouvelle application des périodes prévues audit*



*article 25* » (CJUE, 26 avril 2022, *NW c. Landespolizeidirektion Steiermark et Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, aff. C-368/20 et C-369/20).

D'ailleurs, selon l'article 28 de ce code, le rétablissement des contrôles fondé sur ces dispositions ne peut être destiné qu'à prévenir une « *menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre* », à l'exclusion de toute autre finalité et ne peut notamment avoir pour objet de réguler les mouvements secondaires de ressortissants de pays tiers au sein de l'espace Schengen.

**IV-2 Enfin**, et en tout état de cause, il ressort des observations du ministre lui-même qu'un tel renouvellement persistant méconnaît les exigences du droit de l'Union.

En effet, les résultats des contrôles réalisés dans ce cadre revendiqués par la ministre (« *22 146 refus d'entrée, détection de plus de 40 000 fiches de recherche, et arrestation de 272 « passeurs » dans la seule période de mai à août 2023* ») révèlent que ces contrôles n'ont en rien permis de répondre à l'objectif « *d'identification des personnes pouvant présenter une menace grave à l'ordre public et à la sécurité intérieure* » que le ministre prétend leur assigner.

En réalité, ils attestent en revanche du détournement de ces opérations à des fins de contrôle général des mouvements migratoires totalement étrangères à l'objectif justifiant qu'un État membre puisse « *exceptionnellement réintroduire le contrôle aux frontières* » en application de l'article 25 du code frontières Schengen.

**En définitive**, donc, les éléments les plus essentiels de l'Etat de droit sont gravement atteints lorsque les mots perdent leur sens au point que le caractère nécessairement « *exceptionnel* » du rétablissement des contrôles autorisé par le code frontières Schengen est considéré comme étant encore satisfait à l'issue de huit années de rétablissements successifs de six mois en six mois.

***Sur la remise aux autorités de l'État membre de provenance  
« que la France entend privilégier dans le cadre du RCFI »***

**V. D'autre part**, dans l'espoir d'échapper à l'application de la directive « *Retour* » dans le cadre des contrôles effectués aux points de passage autorisés – malgré les termes clairs de l'arrêt européen du 21 septembre 2023 –, le ministre de l'intérieur s'emploie à développer une argumentation inédite à ce stade des débats.

Pour l'essentiel, la nouvelle thèse du ministre repose sur sa lecture, pour le moins personnelle, des dispositions de l'article 6 § 3 de la directive, lesquelles prévoient :

*« 3. Les États membres peuvent s'abstenir de prendre une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire si le ressortissant concerné d'un pays tiers est repris par un autre État membre en vertu d'accords ou d'arrangements bilatéraux existant à la date d'entrée en vigueur de la présente directive. Dans ce cas, l'État membre qui a repris le ressortissant concerné d'un pays tiers applique le paragraphe 1. »*

Selon le ministre, le recours à ce texte serait la solution « *que la France entend privilégier dans le cadre du RCFI, dès lors qu'elle bénéficie d'accords de réadmission, conclus et ratifiés avant 2009, avec tous les États membres* » (page 7 du mémoire du ministre).

**V-1** D'emblée, et à titre liminaire, il y a lieu de relever qu'en se concentrant exclusivement sur la situation particulière où la mise en œuvre d'accords de réadmission peut se substituer à l'exécution d'une décision de retour, une telle lecture ministérielle perd totalement de vue l'objet exact du présent recours.

En effet, la question de la conformité au droit de l'Union des dispositions litigieuses de l'article L 332-3 du CESEDA s'apprécie au regard de leur portée générale et non de l'application particulière que constitue la notification d'une décision de remise aux autorités de l'État membre de provenance, fut-ce la pratique « *que la France entend privilégier* ».

Il en va d'autant plus ainsi que l'application des accords de réadmission conclus par la France connaît de nombreuses exceptions prévues par ces accords eux-mêmes (cf. ainsi l'article 6 de l'accord de Chambéry), de sorte que les décisions de remise prises en application de ces accords ne sauraient couvrir toutes les hypothèses d'application de l'article L. 332-3 du CESEDA dans lesquelles sa conformité au droit de l'Union doit être évaluée.

**V-2** Plus fondamentalement encore, il convient surtout de souligner que le raisonnement aux termes duquel le ministre, après avoir été contraint d'admettre l'applicabilité de principe de la directive « *Retour* », tente d'en neutraliser tous les effets relève du pur artifice juridique et argumentatif.

En effet, le ministre prétend que, « *tout en s'inscrivant dans le cadre des normes et procédures communes établies par la directive* », une décision de remise aux autorités de l'État membre de provenance ne serait « *pas soumise aux règles qui s'appliquent aux décisions de retour* ».

Poussant à l'extrême le paradoxe intrinsèque à cette présentation le ministre en vient à soutenir que « *les considérants 42 et 43 de l'arrêt de la Cour, qui prescrivent l'application des articles 7, 8, 9 et 15 de la directive retour doivent dès lors être entendus comme devant s'imposer à l'État membre qui a accepté de reprendre l'étranger, conformément à l'article 6§3 de la directive retour, et, et non à l'État membre qui le lui a remis* » (cf. les observations complémentaires du ministre, p. 8).

Mais une telle argumentation ne saurait en aucun cas emporter la conviction, tant elle repose sur des prémisses juridiques erronées et radicalement contraires aux exigences du droit de l'Union européenne.

**VI. Premièrement**, à supposer même qu'il soit possible un instant – pour les seuls besoins de la démonstration – que l'édiction d'une décision de remise pourrait, « *par exception* » selon les mots du ministre de l'intérieur, se substituer à l'édiction d'une décision de retour, les conditions d'édiction et de mise en œuvre d'une décision de remise doivent néanmoins respecter les normes et les procédures communes prévues par la directive 2008/115.

**VI-1** Sans craindre le paradoxe qui consiste à admettre que la directive retour soit applicable tout en lui déniaient finalement le moindre effet, le ministre de l'intérieur soutient que « *les considérants 42 et 43 de l'arrêt de la Cour, qui prescrivent l'application des articles 7, 8, 9 et 15 de la directive retour doivent dès lors être entendus comme devant s'imposer à l'État membre qui a accepté de reprendre l'étranger, conformément à l'article 6§3 de la directive retour, et, et non à l'État membre qui le lui a remis* » (cf. les observations complémentaires du ministre, p. 8).

Autrement dit, non seulement l'État membre requis se verrait déléguer l'obligation d'édicter une décision de retour vers un pays tiers. Mais en outre, l'édition et l'exécution de la décision de remise à cet État membre requis échapperaient elles-mêmes totalement aux normes et procédures communes prévues par la directive – y compris celles relatives au départ volontaire, à l'éloignement (que l'article 3 de la directive définit comme « *le transfert physique hors de l'État membre* ») ainsi que celles relatives à la rétention – lesquelles se verraient ainsi entièrement neutralisées.

Et ce, en dépit des termes clairs de l'arrêt du 21 septembre 2023 (considérants 41 à 43).

Au demeurant, le ministre ne s'explique pas sur le sort qu'il entend réserver aux autres dispositions de la directive et notamment à celles des articles 10 (Retour et éloignement des mineurs non accompagnés), 12, 13 et 14 (garanties procédurales).

**VI-2** Quoi qu'il en soit, cette tentative d'échapper indistinctement à l'ensemble des contraintes découlant des normes et procédures prévues la directive contredit frontalement l'arrêt *Affum* par lequel la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que :

« *Contrairement à ce que soutient le gouvernement français, l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115 ne saurait être interprété en ce sens qu'il édicte une exception au champ d'application de cette directive, qui s'ajouterait à celles énoncées à l'article 2, paragraphe 2, de celle-ci et qui permettrait aux États membres de soustraire aux normes et aux procédures communes de retour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier lorsque ceux-ci sont repris, en*

application d'un accord ou d'un arrangement existant à la date d'entrée en vigueur de ladite directive, par un État membre autre que celui dans lequel ils ont été appréhendés » (CJUE, 7 juin 2016, Affum n° C-47/15, § 82).

A cet égard, la Cour avait été particulièrement claire :

« 83 En effet, ainsi que le font valoir, en substance, toutes les autres parties ayant présenté des observations dans la présente procédure et ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 75 et 76 de ses conclusions, une interprétation en ce sens irait à l'encontre du libellé dudit article 6 ainsi que de l'économie et de la finalité de la directive 2008/115.

84 À cet égard, il importe de constater qu'il ressort du libellé de l'article 6, paragraphes 1 et 3, de la directive 2008/115 que l'exception prévue à cet article 6, paragraphe 3, concerne uniquement l'obligation de l'État membre, sur le territoire duquel se trouve le ressortissant en question, d'adopter une décision de retour à son encontre et ainsi de se charger de son éloignement, cette obligation incombant alors, ainsi que le précise la seconde phrase dudit article 6, paragraphe 3, à l'État membre qui a repris ce ressortissant.

86 Partant, force est de constater que, selon les termes et l'économie de la directive 2008/115, la situation d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier, qui est repris, en application d'un accord ou d'un arrangement au sens de l'article 6, paragraphe 3, de celle-ci, par un État membre autre que celui dans lequel il a été appréhendé, reste régie par cette directive et que l'État membre qui décide de remettre celui-ci à un autre État membre en application de cette disposition agit dans le cadre des normes et des procédures communes établies par ladite directive » (Ibid.).

Ainsi est-il clairement établi que **la mobilisation des dispositions de l'article 6 § 3 de la directive n'autorise nullement l'État membre qui en fait usage à soustraire les ressortissants de pays tiers qui sont repris en application d'un accord de réadmission aux normes et procédures de la directive « Retour », si ce n'est, exclusivement, l'obligation d'édicter une décision de retour vers un pays tiers.**

**VI-3** En réalité l'argumentation du ministre vise surtout, sinon exclusivement, à échapper aux contraintes découlant de l'article 15 de la directive fixant le cadre et les conditions de la privation de liberté susceptible d'être imposée au ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier dans l'attente de son « *transfert physique hors de l'État membre* » (Art. 3, 5) de la directive) lorsqu'il existe un risque de fuite.

En atteste ainsi nettement l'insistance avec laquelle le ministre revendique l'intérêt de prendre des décisions de refus d'entrée préalablement à des décisions de remise.

Et ce, alors qu'une telle décision de refus d'entrée est, de son propre aveu, « *non nécessaire pour l'éloignement à proprement parler puisqu'en théorie la décision de remise pourrait se suffire* » (cf. les observations complémentaires du ministre, p. 8).

Pour justifier de cette utilité, le ministre soutient ainsi que « *le refus d'entrée étant exécutoire d'office conformément à l'article L 333-1, permet d'intercepter l'étranger et de s'assurer de son maintien dans ses services de police, le temps d'organiser sa remise ...* » (*Ibid.*).

Cependant, et d'une part, l'édition d'une décision de refus d'entrée n'a jamais constitué un moyen « *d'intercepter* » une personne.

D'autre part, cette formule lapidaire contient en elle-même l'aveu que, contrairement à ce que le ministre a toujours prétendu, l'enfermement des personnes en attente de remise ne vise en rien à les « *mettre à l'abri* » mais bien à les maintenir par la contrainte à la disposition de l'autorité administrative, autrement dit cette mesure vise à les priver de liberté afin de les retenir.

Mais une telle présentation – pour le moins opportuniste en ce que le ministre s'autorise une lecture partielle et partielle des textes européens pour en éluder toutes les contraintes et exigences – se heurte à des obstacles incontournables.

**VII. Deuxièmement**, en effet, l'application cumulée des régimes du refus d'entrée et de la remise ne sauraient dispenser l'administration d'appliquer le régime de la rétention, imposé par la directive retour, pour assurer l'exécution des décisions d'éloignement.

**VII-1** La simple lecture des textes de droit interne s’oppose au principe même d’une application cumulée du régime du refus d’entrée et de la remise en application d’un accord de réadmission.

L’article L. 621-1 du CESEDA dispose en effet que :

*« Par dérogation au refus d’entrée à la frontière prévu à l’article L. 332-1, à la décision portant obligation de quitter le territoire français prévue à l’article L. 611-1 et à la mise en œuvre des décisions prises par un autre État prévue à l’article L. 615-1, l’étranger peut être remis, en application des conventions internationales ou du droit de l’Union européenne, aux autorités compétentes d’un autre État, lorsqu’il se trouve dans l’un des cas prévus aux articles L. 621-2 à L. 621-7 ».*

Autrement dit la remise de l’article L. 621-1 a été conçue comme une solution alternative au refus d’entrée à la frontière prévu à l’article L. 332-1 – comme elle est également une solution alternative à la décision de retour que constitue une OQTF – de sorte que **leur application cumulative est exclue par construction.**

**VII-2** Mais à supposer même que – là encore pour les seuls besoins de la démonstration – il soit possible un instant de suivre le ministre lorsqu’il affirme que l’édiction d’une décision de refus d’entrée resterait possible comme préalable à l’édiction d’une décision de remise et présenterait à cet égard une utilité quelconque, une telle situation ne saurait en tout cas soustraire la personne qui en fait l’objet – et dont la remise aux autorités de l’État membre requis est différée dans l’attente de la réalisation des formalités propres à l’exécution de cette décision de remise – à l’application des dispositions prises pour la transposition de l’article 15 de la directive « Retour ».

Plus précisément, ces personnes demeurent dans le champ d’application du régime de la rétention régi par les dispositions du titre IV du livre VII du CESEDA.

**VII-2.1** En effet, il résulte de l’arrêt de la Cour de justice en date du 21 septembre 2023 que l’article 15 de la directive fait partie intégrante

des normes et procédures communes au regard desquelles l'État membre concerné a l'obligation de « *veiller à ce que les conséquences d'une telle application, mutatis mutandis, des dispositions [relatives aux refus d'entrée] n'aboutissent pas à [les] méconnaître* » (§ 43).

Au demeurant, le ministre peut d'autant moins prétendre écarter l'application du régime de la rétention, dans l'attente de l'exécution d'une décision de remise, en recourant à l'artifice d'un refus d'entrée assorti d'une prétendue « *mise à l'abri* » – dont il admet qu'elle poursuit en réalité le but d'assurer la rétention de l'intéressé (cf. *supra*) – que les dispositions combinées des articles L. 731-1, 4° et L. 741-1 du CESEDA, pris pour la transposition de la directive, prévoient expressément le recours à la rétention pour assurer l'exécution des décisions de remise aux autorités d'un autre Etat en application de l'article L. 621-1 du même code.

A ce cadre légal de la privation de liberté en vue de l'exécution d'une décision de remise peut en outre s'ajouter celui de la garde à vue, dans l'hypothèse où la personne est susceptible d'être poursuivie pour entrée irrégulière sur le territoire, ou encore celui de la retenue pour vérification du droit au séjour dans l'hypothèse où l'irrégularité de son séjour en France ne serait pas directement établie à l'issue des contrôles opérés au « *point de passage autorisé* ».

Ces régimes de privation de liberté, clairement encadrés sous le contrôle de l'autorité judiciaire et garantissant les droits des personnes retenues doivent dorénavant, et sans plus tarder, se substituer aux expédients assortissant les décisions de refus d'entrée massivement appliqués en violation de la directive « *Retour* », dont la CJUE a maintenant et définitivement dit pour droit qu'elle doit recevoir application, en toutes hypothèses, en cas de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures.

**VII-3** Si d'aventure le Conseil d'Etat ne devait pas suivre une telle analyse selon laquelle les normes et procédures communes prévues par la directive « *Retour* » demeurent applicables – à la seule exception de l'obligation d'édicter une décision de retour vers un pays tiers – aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier même lorsqu'ils sont repris « *en vertu d'accords ou d'arrangements bilatéraux* » au sens de l'article 6 § 3 de cette directive, il serait alors manifeste qu'il existerait



une véritable et inédite difficulté d'interprétation du droit de l'Union européenne.

Dans cette circonstance, qui révélerait alors un risque manifeste voire flagrant de remise en cause de la jurisprudence univoque de la Cour de justice – en particulier dans son arrêt *Affum* du 7 juin 2016 –, le Conseil d'Etat ne pourrait **en aucun cas** faire l'économie d'un nouveau renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne.

**VII-3.1** En effet, il n'est pas inutile de rappeler qu'aux termes des stipulations de l'article 267 du TFUE :

*« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :*

*[...] b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.*

*[...] Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. ».*

**VII-3.2** S'agissant de la question préjudicielle en interprétation d'une norme européenne, la CJUE juge avec constance que « *lorsqu'il n'existe aucun recours juridictionnel de droit interne contre la décision d'une juridiction nationale, cette dernière est, en principe, tenue de saisir la Cour, conformément à l'article 267, troisième alinéa, TFUE, dès lors qu'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union est soulevée devant elle* » (v. not. : CJUE, 9 septembre 2015, *Ferreira da Silva e Brito e.a.*, aff. C-160/14, § 37 ; –, 15 mars 2017, *Lucio Cesare Aquino*, aff. C-3/16, § 31 ; –, 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement*, aff. C-379/15, § 47 ; –, 18 juillet 2013, *Consiglio nazionale dei geologi et Autorità garante della concorrenza e del mercato*, aff. C-136/12, § 25 ; –, 6 octobre 1982, *Cilfit e.a.*, aff. C-283/81, § 21).

La Cour de Luxembourg a précisé que « *l'obligation de saisine prévue à cette disposition a notamment pour but de prévenir que s'établisse,*

**dans un État membre quelconque, une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit de l'Union [...] »** (CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c. France*, aff. C-416/17, § 109 ; v. égal. : CJUE, 15 mars 2017, *Lucio Cesare Aquino*, aff. C-3/16, § 32 ; –, 15 septembre 2005, *Intermodal Transports*, C-495/03, § 29).

En outre, il convient de rappeler que, dans un arrêt du 6 octobre 2021, la Cour de Luxembourg a affirmé que l'absence de doute raisonnable quant à l'interprétation d'une disposition de droit de l'Union « *doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit de l'Union, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence au sein de l'Union* » (CJUE, 6 octobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi et Catania Multiservizi*, aff. C-561/19, § 41).

La Cour de justice de l'Union européenne en a ainsi expressément déduit que « lorsque l'existence de lignes de jurisprudence divergentes – au sein des juridictions d'un État membre ou d'États membres différents – relatives à l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union applicable au litige au principal est portée à la connaissance de la juridiction statuant en dernier ressort, celle-ci doit être particulièrement vigilante dans son appréciation relative à une éventuelle absence de doute raisonnable quant à l'interprétation correcte de la disposition en cause » (*Ibid.*, § 49).

**VII-3.3** Or au cas présent, l'existence d'un **doute sérieux** sur l'interprétation et la portée de normes européennes serait manifeste, s'il était envisagé de retenir la thèse – inédite à ce stade des débats devant le Conseil d'Etat mais déjà évoquée par le Gouvernement, **en vain**, devant la Cour de justice à l'occasion de l'affaire « *Affum* » – selon laquelle le recours à l'article 6 § 3 de la directive « *Retour* » pourraient prétendument conduire à exclure les normes et procédures communes prévues par cette directive « *Retour* ».

A tous égards, donc, le Conseil d'Etat ne pourra – sans méconnaître **de façon flagrante** aussi bien les normes européennes de fond, dont la directive « *Retour* », que les obligations tirées de l'article 267 TFUE – suivre l'interprétation proposée de façon opportuniste par le ministre de l'intérieur sans saisir préalablement la Cour de justice d'une question préjudicielle libellée en ces termes :

*« Les dispositions de la directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et le règlement n° 2016/399 du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) doivent-elles être interprétées – à l'instar de ce qui a été jugé par la Cour de justice dans son arrêt Affum du 7 juin 2016 (Aff. C-47/15) – comme s'opposant à ce que l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115 permette de soustraire du champ d'application de cette directive, en particulier de l'ensemble des normes et procédures communes de retour – à la seule exception de l'obligation d'édicter une décision de retour vers un pays tiers – les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier lorsque, au sens de cet article 6 § 3, ceux-ci sont repris, en application d'un accord ou d'un arrangement existant à la date d'entrée en vigueur de cette directive, par un État membre autre que celui dans lequel ils ont été appréhendés ? ».*

Ou toute autre formulation qu'il souhaitera lui substituer.

**VIII. Troisièmement**, il importe de relever que les constats de la Défenseure des droits confirment, s'il en était besoin, que non seulement les conditions dans lesquelles les personnes en attente d'exécution des décisions de refus d'entrée sont maintenues à la disposition des forces de l'ordre attestent de l'exercice d'une coercition aboutissant à leur complète privation de liberté.

Mais en outre, ces conditions s'avèrent absolument impropres à *« garantir le respect de leurs droits fondamentaux et de leur dignité »*.

En effet, les constats de la Défenseure des droits condamnent définitivement le *« régime »* de la prétendue *« mise à l'abri »*, a fortiori dans le cadre de l'exécution de décisions de remise en application d'accords de réadmission.

A cet égard, il convient de rappeler que dans sa décision en date du 23 avril 2021, le juge des référés du Conseil d'Etat avait admis que *« des locaux où sont maintenus à titre provisoire des étrangers qui font*

*l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire avant leur remise aux autorités italiennes ... au statut qualifié de « sui generis », ... ne sont pas prévus par un texte » (CE, 23 avril 2021, n° 450.879 et 450.987).*

Il a ensuite considéré que :

*« Ces locaux répondent cependant à un triple objectif, d'une part, de « mise à l'abri » des personnes étrangères dépourvues de lieux d'accueil afin de garantir le respect de leurs droits fondamentaux et de leur dignité dans l'attente d'un réacheminement vers le poste frontière italien le plus proche, d'autre part, de préservation de l'ordre public aux abords de la frontière et, enfin, de mise en place d'une politique efficace d'éloignement » (Ibid.).*

Or, chacun de ces objectifs doit aujourd'hui être reconsidéré à la lumière de l'arrêt européen du 21 septembre 2023, dont il résulte sans ambiguïté que ces locaux et des personnes qui y sont retenues relèvent du champ d'application des normes et procédures communes prévues par la directive « *Retour* » et, singulièrement, du régime de la rétention.

En effet, comme le ministre l'a reconnu dans son dernier mémoire, l'objectif de mise à l'abri de l'étranger interpellé à un point de passage autorisé est en réalité secondaire, si ce n'est totalement subalterne au regard de l'objectif, manifestement prioritaire, « de s'assurer de son maintien dans ses services de police, le temps d'organiser » [jusqu'à aujourd'hui l'exécution de la décision de refus d'entrée et, dorénavant] sa remise ... ».

**VIII-1** Aux termes de ses observations devant le Conseil d'État en application de l'article 33 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, la Défenseuse des droits, « *réitérant les observations précédemment adressées à la CJUE concernant le département des Hautes-Alpes, soumet au Conseil d'État, en complément, ses constats quant aux pratiques observées à la frontière franco-italienne dans le département des Alpes-Maritimes, à l'occasion d'une vérification sur place réalisée du 10 au 13 avril 2023 et dont il a été dressé procès-verbal* » (Décision n° 2023-224 datée du 30 octobre 2023).

La description (point 30, pages 6 et 7 de la décision n° 2023-224) des locaux du poste de la police aux frontières (PAF) de Menton, visités à l'occasion de cette vérification sur place, (portes verrouillées de l'extérieur par la police, cour intérieure surmontée d'un filet anti-fuite, fenêtres occultées et condamnées par des barreaux extérieurs, vidéosurveillance permanente, etc.) révèle leur caractère manifestement carcéral.

**VIII-2** Quant à la durée du maintien forcé dans ces locaux de privation de liberté, elle atteste non seulement de ce que l'objectif de maintien à la disposition des services de police l'emporte sur celui de la « *mise à l'abri* ».

Mais aussi que cette durée excède très largement la durée admissible d'une privation de liberté hors de tout cadre légal, fût-ce aux seules fins d'une « *mise à disposition* » des autorités de police italiennes : « *pour la journée du 20 mars 2023, le film d'activité indique que plusieurs personnes ont été présentées au poste de la PAF le matin et ont été retenues plus de 8 heures (de 7h40 à 16h15) pour une remise aux autorités italiennes. Les 7 et 8 mars 2023, des personnes ont été retenues la nuit, plus de 14 heures (de 19h40 à 11h30 ; de 22h55 à 13h50), et les 17 février et 13 mars 2023, plus de 18 heures (respectivement de 13h30 à 7h45, vers 23h jusqu'à 18h)* » (Décision n° 2023-224, note 21, page 6).

On notera à cet égard, que les constats de la Défenseure des droits concernent des durées de maintien destinées à assurer l'exécution de décisions de refus d'entrée, lesquelles peuvent être exécutées d'office et sans formalité ainsi que le précise l'article L. 333-1 du CESEDA.

Or, l'exécution de décisions de remise en application d'accords de réadmission – que le ministre entend désormais privilégier faute de pouvoir exécuter directement les refus d'entrée – impose l'accomplissement de formalités plus substantielles, nécessitant d'y consacrer un temps nécessairement plus long.

Il résulte en effet des dispositions de l'article L. 722-10 du CESEDA relatives à l'exécution des décisions de remise que « la remise effective de l'étranger ne peut intervenir avant que celui-ci ait été mis en mesure

*de présenter des observations et d'avertir ou de faire avertir son consulat, un conseil ou toute personne de son choix ».*

Il va sans dire que ces formalités et garanties ne sauraient être mises en œuvre dans des délais compatibles avec un maintien des personnes concernées sous contrainte hors de tout cadre légal.

**VIII-3** S'agissant enfin des conditions matérielles de maintien des personnes ainsi privées de liberté à la disposition de la police, on ajoutera que non seulement ce régime carcéral est antinomique de la notion même de mise à l'abri.

Mais en outre, l'objectif de garantir, par ce moyen, le respect des droits fondamentaux et de la dignité des exilés – fut-ce contre leur gré – est démenti par les constats de la Défenseure des droits, qui révèlent au contraire des violations manifestes de ces principes :

*"Au regard de l'agencement des zones de mise à l'abri et de l'absence de jauge, les personnes interpellées, dont des mineurs, sont contraintes de dormir sur le sol et sans matelas ni couverture. ... ces personnes ne disposaient pas de l'assistance juridique et administrative d'associations, d'un accès aux avocats et qu'aucun affichage sur ces questions n'existait ... Les seules possibilités pour se reposer ou dormir sont de disposer d'un matelas, en nombre manifestement insuffisant, de s'allonger sur un banc étroit en métal ou à même le sol. Le 11 avril 2023, à 6h45, le Défenseur des droits a constaté au sein du local de mise à l'abri intérieur la présence de 13 personnes ayant passé la nuit : un couple, des mineurs et plusieurs femmes seules, dont une avec un enfant en bas âge. L'enfant et une autre personne dormaient au sol sur des matelas d'appoint plastifiés. ... Dans l'espace de mise à l'abri extérieur, entre 15 et 25 personnes étaient présentes dans ces locaux. Plusieurs personnes dormaient lors de la visite. Dans l'un des locaux, un homme est assis sur un banc et 3 personnes dorment à même le sol entre les 2 bancs, dans la largeur. Dans un autre local, 4 personnes dorment au sol, accolées les unes aux autres sur une couverture qui semble être un bien personnel..."*

Au regard de ces constats, qui corroborent et réitèrent ceux que faisait déjà la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté en septembre 2018, aux termes de son rapport de visite des locaux de la

police aux frontières de Menton, il ne paraît définitivement plus possible de réitérer la justification de ces privations de liberté tenant à la volonté d'assurer le respect des droits fondamentaux et de la dignité des exilés.

**IX. Quatrièmement**, l'application de la directive est enfin de nature à préserver l'exercice du droit d'asile, dont les exigences sont frontalement méconnues par les pratiques de la police aux frontières dans le cadre des notifications de refus d'entrée.

**IX-1** Aux termes de ses observations devant la Cour de justice à l'occasion de la question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat dans la présente affaire, la Défenseure des droits relevait déjà :

*« 32. Durant sa mission d'observation à la frontière franco-italienne en février 2022, les autorités compétentes ont indiqué à la Défenseure des droits que les personnes interpellées aux frontières intérieures, non admises en France et donc faisant l'objet d'un refus d'entrée, ne pouvaient pas déposer de demande d'asile en France. Leur demande n'est pas examinée.*

*33. La Défenseure des droits a constaté que les registres de la zone de « mise à l'abri » de Montgenèvre (infra) ne faisaient aucune mention de la question de l'asile alors qu'il en ressort que les personnes interpellées étaient de nationalité afghane, iranienne, pakistanaise.*

*34. La préfecture des Hautes-Alpes a répondu que « l'étranger faisant l'objet d'un refus d'entrée à la frontière franco-italienne est réputé être en Italie dès l'adoption de cette décision » et donc « est réputé n'être jamais entré sur le territoire français ». Elle a ajouté « que dans une telle configuration, l'intéressé dispose de la possibilité de déposer une demande d'asile en Italie dans des conditions qui sont pleinement compatibles avec la Convention de Genève ».*

*35. La Défenseure des droits estime que l'absence de prise en compte des demandes d'asile et le non-enregistrement de celles-ci constituent une violation du droit d'asile des personnes interpellées aux frontières intérieures. Selon l'avis de la Défenseure des droits, le fait que les personnes interpellées à proximité de la frontière intérieure viennent*

*d'un autre État membre n'autorise pas les services de police aux frontières à refuser de prendre en considération les demandes d'asile »* (Défenseure des droits, Déc. n° 2022-147 du 30 juin 2022).

Aux termes de ses observations devant le Conseil d'État, la Défenseure des droits souligné à nouveau :

*« À l'instar des constats réalisés dans les Hautes-Alpes, le Défenseur des droits est particulièrement préoccupé par la situation des demandeurs d'asile interpellés à la frontière intérieure dans les Alpes-Maritimes, au regard de l'absence de prise en compte des demandes d'asile à la frontière et le non-enregistrement de celles-ci, y compris lorsque les personnes concernées manifestent expressément leur volonté de demander l'asile lors de l'interpellation. Selon l'avis de la Défenseure des droits, le fait que les personnes interpellées à proximité de la frontière intérieure ou au niveau d'un PPA viennent d'un autre État membre, n'autorise pas les services de police aux frontières à refuser de prendre en considération ces demandes, au regard du principe de non-refoulement rappelé par la Cour dans son arrêt ADDE e.a. »* (Défenseure des droits, Déc. du n° 2023-224 du 30 octobre 2023).

Ces constatations, qui corroborent celles des associations qui défendent les droits des personnes exilées à la frontière franco-italienne, confirment que le recours à des décisions de refus d'entrée expéditives et leur mise en œuvre en dehors de tout cadre légal contribuent à des violations massives du droit d'asile et notamment du principe de non-refoulement.

**IX-2** Or, non seulement ces pratiques se sont développées en violation manifeste des dispositions de l'article L. 332-1 du CESEDA, aux termes desquelles :

*« L'étranger qui ne satisfait pas aux conditions d'admission prévues au titre I peut faire l'objet d'une décision de refus d'entrée, sans préjudice des dispositions particulières relatives au droit d'asile et à la protection internationale ».*

**IX-2** Mais au surplus, le régime d'asile européen commun – et notamment le règlement « Dublin » (n° 604/2013) ou encore les



directives « *Procédures* » (n° 2013/32) et « *Accueil* » (n° 2013/33) sont applicables à la frontière (cf. CE, 8 juillet 2020, n° 440.756).

Il en est d'abord ainsi des dispositions de l'article 8 de la directive « *Procédures* » n° 2013/32 :

*« S'il existe des éléments donnant à penser que des ressortissants de pays tiers ou des apatrides placés en rétention dans des centres de rétention ou présents à des points de passage frontaliers, y compris les zones de transit aux frontières extérieures, peuvent souhaiter présenter une demande de protection internationale, les États membres leur fournissent des informations sur la possibilité de le faire. Dans ces centres de rétention et points de passage, les États membres prennent des dispositions en matière d'interprétation dans la mesure nécessaire pour faciliter l'accès à la procédure d'asile. »*

Ces exigences ont été transposées à l'article R. 521-4 du CESEDA, lequel dispose :

*« Lorsque l'étranger se présente en personne auprès de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, des services de police ou de gendarmerie ou de l'administration pénitentiaire, en vue de demander l'asile, il est orienté vers l'autorité compétente.*

*Il en est de même lorsque l'étranger a introduit directement sa demande auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, sans que sa demande ait été préalablement enregistrée par le préfet compétent.*

*Ces autorités fournissent à l'étranger les informations utiles en vue de l'enregistrement de sa demande d'asile et dispensent pour cela la formation adéquate à leurs personnels.* ».

Cette information est inexistante aux points de passage autorisés et les policiers aux frontières n'ont pas reçu la formation adéquate.

Là encore, les rares demandes d'asile qui ont été enregistrées aux points de passage autorisés sont celles où existe une zone d'attente, comme à Modane.

Ce qui atteste que, partout ailleurs, l'information prévue par la directive et la réglementation n'est pas fournie. Et plus largement encore, que le ministre et son administration entendent s'affranchir des contraintes des procédures de prise ou de reprise en charge prévues par le règlement « *Dublin* » ou, plus généralement, de la procédure d'asile.

De ce point de vue encore, l'application des normes et procédures communes prévues par la directive retour, imposée par l'arrêt du 21 septembre 2023, est de nature à mettre fin à ces pratiques dès lors, notamment, que les conditions d'enregistrement et d'instruction des demandes d'asile en rétention sont strictement encadrées par les dispositions des articles L. 754-1 à L. 754-8 et R. 754-1 à R. 754-20 du CESEDA.

***Sur les situations dans lesquelles la directive retour resterait inapplicable***

**X. Enfin**, dans ses observations, le ministre fait valoir que lorsque le point de passage se trouve sur le territoire de l'Etat membre frontalier, comme aux tunnels autoroutiers du Fréjus et du Mont-Blanc ou dans les gares se trouvant en territoire suisse, un simple refus d'entrée peut être pris, à charge pour cet État d'appliquer la directive « *Retour* ».

Ces situations très particulières et statistiquement résiduelles n'appellent pas d'observations particulières.

En effet, d'une part, elles s'inscrivent dans le cadre des dispositions du code frontière Schengen (article 14 relatif aux refus d'entrée) aux termes desquelles « *Les gardes-frontières veillent à ce qu'un ressortissant de pays tiers ayant fait l'objet d'une décision de refus d'entrée ne pénètre pas sur le territoire de l'État membre concerné* ».

D'autre part, l'arrêt du 21 septembre 2023 impose le respect des normes et procédures communes prévues par la directive retour « *lorsque [le] point de passage frontalier est situé sur le territoire de l'État membre concerné* ».

La deuxième hypothèse évoquée est celle d'un étranger acheminé par une compagnie ferroviaire ou terrestre en provenance directe d'un pays tiers, le ministre considérant que « *les autorités françaises pourront se*

*borner à prononcer un refus d'entrée afin d'obliger la compagnie de transport à réacheminer ce dernier s'il ne respecte pas les conditions d'entrée sur le territoire* ».

Or, à cet égard, il y a lieu de relever que l'application d'un texte ne se justifie qu'au regard de la réunion des conditions légales et matérielles qu'il précise et ne peut en aucun cas, à l'inverse, être commandée par l'avantage pratique ou financier qu'y voit l'administration.

Par ailleurs, le raisonnement du ministre ne vaut que s'agissant de personnes en provenance directe d'un pays tiers, puisque l'arrêt du 21 septembre 2023 impose expressément la solution symétriquement opposée s'agissant des personnes en provenance « *d'un État membre partageant une frontière intérieure avec un État membre ayant réintroduit des contrôles à ses frontières intérieures* » (§ 33 de l'arrêt précité).

Enfin, les arrivées de personnes étrangères en provenance directe de pays tiers par voie terrestre restent également statistiquement résiduelles.

Si ces différentes situations sont donc hors du champ des prescriptions résultant de l'arrêt du 21 septembre 2023, elles confortent en revanche la nécessité d'annuler les dispositions de l'article L 332-3 du CESEDA afin de mettre un terme à la méconnaissance manifeste des exigences du droit de l'Union, telles qu'elles ont été clairement exposées par la Cour de justice.

En effet, faute de distinguer les situations dans lesquelles les refus d'entrée doivent être notifiés dans le respect des textes pris pour la transposition de la directive 2008/115 de celles dans lesquelles ils peuvent l'être sans que s'appliquent ces dispositions de droit interne, non seulement la contrariété au droit de l'Union des dispositions de l'article L 332-3 du CESEDA persistera.

Mais en outre, et corrélativement, ses dispositions souffriront d'incompétence négative et elles ne pourront satisfaire aux exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

**PAR CES MOTIFS**, les exposantes persistent dans les conclusions de leurs précédentes écritures et, en considération de l'argumentation inédite à ce stade des débats du ministre de l'intérieur, concluent également à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **A toutes fins utiles, SAISIR** la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante :

*« Les dispositions de la directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et le règlement n° 2016/399 du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) doivent-elles être interprétées – à l'instar de ce qui a été jugé par la Cour de justice dans son arrêt Affum du 7 juin 2016 (Aff. C-47/15) – comme s'opposant à ce que l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2008/115 permette de soustraire du champ d'application de cette directive, en particulier de l'ensemble des normes et procédures communes de retour – à la seule exception de l'obligation d'édicter une décision de retour vers un pays tiers – les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier lorsque, au sens de cet article 6 § 3, ceux-ci sont repris, en application d'un accord ou d'un arrangement existant à la date d'entrée en vigueur de cette directive, par un État membre autre que celui dans lequel ils ont été appréhendés ? ».*

Ou toute autre formulation qu'il souhaitera lui substituer.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI

SCP d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

**Productions :**

- 1) ANAFE, « Les conséquences de la procédure de refus d'entrée aux frontières intérieures terrestres, dans le cadre du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures », Document de contextualisation, mai 2022 ;
- 2) Eléments documentaires en réponses aux questions posées lors de la séance orale d'instruction, décembre 2023.