

Paris, le 18 janvier 2024

Décision du Défenseur des droits n°2024-008

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu 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 ;

Vu 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 ;

Vu l'ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Vu la décision du 24 février 2022 du Conseil d'État, lequel saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, a sursis à statuer sur les conclusions dirigées contre l'article L. 332-3 du CESEDA jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur 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 État 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 ?* » ;

Vu l'arrêt *ADDE e.a.* de la CJUE du 21 septembre 2023 en réponse à la question préjudicielle ;

Saisie de plusieurs réclamations relatives à la question des franchissements de frontières intérieures depuis le rétablissement des contrôles en France et des procédures appliquées aux ressortissants d'États tiers, dont des mineurs non accompagnés, et à la suite de la décision n°2023-224 ;

Décide de présenter les observations complémentaires suivantes devant le Conseil d'État.

Claire HÉDON

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

I- Rappel des faits et procédure

1. Le Défenseur des droits a été saisi de plusieurs réclamations relatives à la question des franchissements de frontières intérieures depuis le rétablissement des contrôles en France et des procédures appliquées aux ressortissants d'États tiers, dont des mineurs non accompagnés, interpellés dans ce cadre, dans les départements frontaliers de X et Y. L'instruction de ces saisines a donné lieu à des déplacements et vérifications sur place des services du Défenseur des droits.
2. Le Conseil d'État a été saisi, par requêtes n°450285 et n°450288, d'un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).
3. Statuant au contentieux (section du contentieux, 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies), par décision du 24 février 2022, le Conseil d'État a sursis à statuer sur les conclusions dirigées contre l'article L. 332-3 du CESEDA jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) se soit prononcée sur 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 État 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 ?* ».
4. Le 28 avril 2022, au regard de ses travaux en cours, la Défenseure des droits a informé le Conseil d'État de son souhait de présenter des observations écrites dans les affaires précitées, conformément à l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
5. Le 10 juin 2022, la CJUE a invité le Défenseur des droits à déposer des observations écrites dans la procédure.
6. Par décision n°2022-147 du 30 juin 2022¹, la Défenseure des droits a présenté ses observations devant la CJUE. Elle était également représentée à l'audience du 19 janvier 2023.
7. Par un arrêt du 21 septembre 2023, la CJUE a répondu à la question préjudicielle et a dit pour droit que « *le code frontières Schengen et la directive 2008/115 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 code, pour autant que les normes et les procédures communes prévues par cette directive soient appliquées à ce ressortissant en vue de son éloignement* »².
8. Par décision n°2023-224, la Défenseure des droits a présenté ses observations devant le Conseil d'État.
9. Le 15 novembre 2023, la Défenseure des droits a été entendue dans le cadre de la séance orale d'instruction, par la 2^{ème} chambre de la section du contentieux du Conseil d'État.

¹ Défenseur des droits, déc. n°2022-147, 30 juin 2022

² CJUE, 4^e ch., 21 septembre 2023, n°C-143/22, ADDE e.a.

10. Le 22 décembre 2023, les associations requérantes ont transmis un mémoire complémentaire.
11. Le 16 janvier 2024, le ministère de l'intérieur a produit des observations en réplique. Le 16 janvier 2024, la chambre chargée de l'instruction du dossier a transmis ces éléments au Défenseur des droits en vue de recueillir ses observations.
12. C'est dans ce cadre que la Défenseure des droits soumet les observations complémentaires suivantes au Conseil d'État.

II- Observations

13. À titre liminaire, le Défenseur des droits rappelle que la CJUE a défini précisément les conditions de renouvellement des contrôles aux frontières intérieures dans un arrêt du 26 avril 2022³, soulignant le caractère exceptionnel de ce dernier et encadrant strictement les conditions pour y recourir, notamment la caractérisation de la notion de menace nouvelle. Sur ce point, le Défenseur des droits réitère ses constats quant au décalage entre le nombre de refus d'entrée basés sur des motifs liés au rétablissement des contrôles aux frontières intérieures et le nombre de refus d'entrées motivés par l'absence de documents de voyage.
14. Lors de la séance orale d'instruction et dans son mémoire complémentaire, le ministère de l'intérieur a présenté au Conseil d'État une argumentation selon laquelle les décisions de remise en application d'un accord bilatéral de réadmission, prévues par l'article 6§3 de la directive retour, ne sauraient être soumises à l'ensemble des garanties de la directive retour.
15. Le Défenseur des droits rappelle tout d'abord que l'hypothèse considérée des accords bilatéraux de réadmission ne concerne qu'une très faible partie des situations aux frontières intérieures⁴.
16. Par ailleurs, le Défenseur des droits ne souscrit pas à l'analyse développée par le ministère de l'intérieur. Il s'inquiète d'une telle interprétation du droit de l'Union européenne, en totale contradiction avec la jurisprudence de la CJUE, et qui tend à créer une nouvelle restriction du champ d'application de la directive retour.
17. Dans l'arrêt *Arib e.a.*, la grande chambre de la CJUE a dit pour droit « *qu'un ressortissant d'un pays tiers qui, à la suite de son entrée irrégulière sur le territoire d'un État membre, est présent sur ce territoire sans remplir les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence, se trouve, de ce fait, en séjour irrégulier, au sens de la directive 2008/115. Ce ressortissant relève, donc, conformément à l'article 2, paragraphe 1, de cette directive et sous réserve de l'article 2, paragraphe 2, de celle-ci, du champ d'application de ladite directive, sans que cette présence sur le territoire de l'État membre concerné soit soumise à une condition de durée minimale ou d'intention de rester sur ce territoire* »⁵.
18. Dans l'arrêt *ADDE e.a.* du 21 septembre 2023⁶, la Cour dit pour droit qu'il en va ainsi « *y compris lorsque ce ressortissant d'un pays tiers a été appréhendé à un point de passage frontalier, pour autant que ce point de passage frontalier se situe sur le territoire dudit État*

³ CJUE, grande chambre, 26 avril 2022, n°C-368/20 et C-369/20, *NW contre Landespolizeidirektion Steiermark et Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*

⁴ Les accords bilatéraux de réadmission prévoient en effet de nombreuses conditions quant aux ressortissants de pays tiers pouvant être réadmis.

⁵ CJUE, grande chambre, 19 mars 2019, n°C-444/17, *Arib e.a.*, §§ 37 et 39

⁶ CJUE, 4^e ch., *ADDE e.a.*, *Op. cit.*, §31.

membre. À cet égard, il convient, en effet, de relever qu'une personne peut être entrée sur le territoire d'un État membre avant même d'avoir franchi un point de passage frontalier »⁷.

19. Dans cet arrêt, la Cour précise alors que le code frontières Schengen (CFS) et la directive 2008/115 (directive retour) 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 code, pour autant que les normes et les procédures communes prévues par cette directive soient appliquées à ce ressortissant en vue de son éloignement* ».

20. Ces arrêts *Arib* et *ADDE* doivent être lus de manière combinée avec l'arrêt *Affum* concernant l'application de l'article 6§3 de la directive.

21. Dans l'arrêt *Affum* du 7 juin 2016⁸, la Cour a rappelé que « *contrairement à ce que [soutenait] le gouvernement français, l'article 6 § 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 §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* » ; 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. 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. Cette constatation est corroborée par l'économie de la directive 2008/115, ladite exception ne faisant précisément pas partie des dérogations au champ d'application de cette directive qui, elles, sont expressément prévues à l'article 2, paragraphe 2, de celle-ci. 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. »

22. La Cour suivait alors les conclusions de l'avocat général Szpunar qui précisait qu'un « *État membre qui se prévaut de l'article 6 §3 de la directive 2008/115 reste lié par les autres dispositions de cette directive et est tenu d'assurer le plein effet utile de la directive. La jurisprudence de la Cour relative aux dispositions de cette directive, et en particulier à la privation de liberté des personnes, demeure applicable* »⁹.

23. Dès lors, l'argumentation du ministère de l'intérieur méconnaît le droit de l'Union européenne tel qu'interprété par la CJUE. D'une part, il ressort clairement de la jurisprudence

⁷ CJUE, 4^e ch., *ADDE e.a.*, *Op. cit.*, § 32.

⁸ CJUE, grande chambre, 7 juin 2016, n°C-47/15, *Affum*, §§ 82 à 86.

⁹ Conclusions de M. Szpunar, avocat général près la CJUE, grande chambre, n°C-47/15, *Affum*, §75.

de la CJUE que le champ d'application de la directive retour est défini expressément par l'article 2 et que l'application ou l'interprétation de l'article 6§3 de ladite directive ne saurait donc étendre ou restreindre celui-ci. L'article 6§3 de la directive permet seulement et simplement à l'État membre de ne pas édicter de décision de retour, par exception à l'article 6§1 de la directive. D'autre part, il ressort de la lecture combinée des arrêts *Affum*, *Arib* et *ADDE* que la décision de remise d'un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière et interpellé à une frontière intérieure sur laquelle ont été rétablis des contrôles, constitue une mesure prévue par la directive retour pour mettre fin au séjour irrégulier du ressortissant et est une étape préparatoire à l'éloignement de celui-ci¹⁰ du territoire de l'Union. L'État membre concerné, à l'origine de cette décision de remise, reste donc lié par les autres dispositions de cette directive qu'il doit alors respecter dans leur intégralité.

24. Toute autre interprétation viderait de leur substance les arrêts de la Cour et les dispositions de la directive retour puisqu'elle conduirait à soustraire les personnes interpellées aux frontières intérieures des garanties de la directive retour, et donc pérenniserait les pratiques actuelles.

25. La Défenseure des droits considère que l'interprétation posée dans l'arrêt *Affum* conduit à écarter l'argumentation proposée par le ministère de l'intérieur.

26. La Défenseure des droits observe enfin que les débats relatifs à la question particulière des réadmissions dans le cadre d'accords bilatéraux, illustrent à nouveau les lacunes dans la rédaction du CESEDA, dont notamment l'article L. 332-3 du CESEDA, et son incompatibilité avec les exigences du droit de l'Union européenne rappelées par l'arrêt *ADDE*.

27. Telles sont les observations que je sou mets à l'appréciation du Conseil d'État.

Claire HÉDON

¹⁰ CJUE, grande chambre, 7 juin 2016, n°C-47/15, *Affum*, §87.