

**SPINOSI & SUREAU**  
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat  
et à la Cour de cassation  
16 Boulevard Raspail  
75007 PARIS

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE**

**REFERE SUSPENSION**  
**(Article L. 521-1 du code de justice administrative)**

**OBSERVATIONS COMPLEMENTAIRES**

**POUR :**           1/ **ANAFE (Association Nationale d'Assistance  
aux Frontières pour les Étrangers)**

**2/ Médecins du monde**

*SCP SPINOSI & SUREAU*

**CONTRE :**        Le préfet des Hautes-Alpes

**Sur la requête n° 2009054**

**I.** Dans le prolongement de la requête en référé et pour la parfaite information du juge des référés du tribunal administratif de Marseille en vue de l'audience du 7 décembre 2020, les exposantes entendent verser aux débats la demande initiale des associations (**Prod. 1**) ainsi que la décision rendue par le Conseil d'Etat le 27 novembre 2020 (**Prod. 2**).

**II.** Par cette décision, le Conseil d'Etat a statué sur le recours en annulation initié contre le décret n° 2018-1159 du 14 décembre 2018 pris pour l'application de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière et au traitement de la demande d'asile.

Or, en ce qui concerne l'article 2 du décret litigieux relatif aux décisions de refus d'entrée prises à l'égard des étrangers qui viennent d'entrer sur le territoire en provenance directe d'un Etat partie à la convention de Schengen, le Conseil d'Etat a jugé que :

*« 3. Les dispositions de l'article 2 du décret attaqué ont inséré dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile un article R. 213-1-1, pris pour l'application de l'article L. 213-3-1 du même code, lequel dispose : " En cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures prévue au chapitre II du titre III 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), les décisions mentionnées à l'article L. 213-2 peuvent être prises à l'égard de l'étranger qui, en provenance directe du territoire d'un Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre sans y être autorisé et a été contrôlé dans une zone comprise entre cette frontière et une ligne tracée à dix kilomètres en deçà. Les modalités de ces contrôles sont définies par décret en Conseil d'Etat " .*

*4. Le a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier permet aux Etats membres de ne pas appliquer les dispositions de cette directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision*

de refus d'entrée conformément à l'article 13 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), ou arrêtés ou interceptés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière **extérieure** d'un Etat membre. **Telles qu'interprétées par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2019, Arib e.a. (C-444/17), ces dispositions ne sont pas applicables aux franchissements des frontières intérieures d'un Etat membre lorsque celui-ci a réintroduit le contrôle à ces frontières en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen.** Il suit de là que les associations requérantes sont fondées à soutenir que en ce qu'il permet d'opposer un refus d'entrée à un étranger qui a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre **alors que lui sont applicables les dispositions, relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prises pour la transposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008,** les dispositions de l'article L. 213-3-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont incompatibles avec les objectifs de celle-ci et à demander l'annulation de l'article 2 du décret attaqué, pris pour l'application de ces dispositions législatives. » (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178).

En d'autres termes, la directive 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 » (dite directive « retour ») s'applique aux frontières intérieures même en cas de « réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ».

Il en résulte nécessairement que c'est en méconnaissance de ces exigences du droit de l'Union que le législateur a exclu que les règles de la directive « retour » bénéficient à un étranger qui se présente à la frontière intérieure et se voit opposé un refus d'entrée.

En effet, comme le souligne M. Guillaume Odinet dans ses conclusions :

« La requête soutient que l'article L. 213-3-1 méconnaît les règles de la directive « retour », puisqu'il exclut l'application de la procédure de retour définie par cette directive – qui inclut notamment un recours suspensif (art. 13) et un encadrement strict des possibilités de

placement en rétention (art. 15) – aux étrangers en situation irrégulière sur le territoire auxquels il s'applique.

*Il est clair, en effet, que le régime du refus d'entrée, prévu au livre II du CESEDA, ne respecte pas l'ensemble des garanties de la procédure de retour définie par la directive «retour». Il se fonde pour cela sur le a) de l'article 2 de cette directive, qui permet aux États membres de décider de ne pas appliquer la directive aux ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'une décision de refus d'entrée sur le territoire des États membres conformément au code frontières Schengen ou qui sont arrêtés à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure d'un État membre et ne sont pas autorisés à y séjourner.*

*Cette exception à l'application de la directive retour ne s'étend pas, cependant, aux étrangers qui franchissent irrégulièrement une frontière intérieure [mot souligné par le rapporteur public], même lorsque l'État membre concerné a réintroduit, en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen, le contrôle à cette frontière. C'est en substance ce qu'a jugé la Cour de justice de l'Union, en grande chambre, dans l'arrêt Arib du 19 mars 2019 (C-444/17). La Cour a constaté, certes, que l'article 32 du code frontières Schengen énonce qu'en cas de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, les dispositions pertinentes relatives aux frontières extérieures [trois mots soulignés par le rapporteur public] s'appliquent *mutatis mutandis*. Mais, après avoir notamment relevé que la dérogation à la procédure de retour prévue par le a) de l'article 2 de la directive pour les refus d'entrée visait à permettre d'éloigner plus rapidement des étrangers vers une destination aisément déterminable – ce qui n'est vrai que lorsqu'ils proviennent directement d'un État tiers et franchissent une frontière extérieure – elle a jugé que les ressortissants de pays tiers franchissant une frontière intérieure n'étaient pas dans le champ de la dérogation du a) de l'article 2 de la directive retour, même lorsque l'État membre a réintroduit le contrôle à cette frontière. En somme, et pour reprendre le titre du communiqué de presse de la Cour, « une frontière intérieure d'un État membre sur laquelle des contrôles ont été rétablis ne peut être assimilée à une frontière extérieure au sens de la directive retour ».*

*Il résulte assez directement de cet arrêt que le législateur ne pouvait user de la dérogation prévue au a) de l'article 2 de la directive retour pour étendre l'application du régime du refus d'entrée du livre II du CESEDA – et ainsi restreindre celle du régime de l'éloignement de son*

*livre V – aux étrangers ayant franchi irrégulièrement une frontière intérieure et contrôlés à cette occasion. L'article L. 213-3-1 du code, issu de la loi du 10 septembre 2018, est ainsi contraire à la directive ; et l'article R. 213-3-1, créé par l'article 2 du décret attaqué, pris sur son fondement, est en conséquence illégal et doit être annulé» (Conclusions de M. Guillaume Odinet sur l'affaire n° 428.178).*

**III.** Dans ces conditions, il est incontestable que l'ensemble des règles et garanties prévues par la directive « *retour* » du 16 décembre 2008 s'appliquent pleinement à la frontière entre la France et l'Italie, laquelle constitue une « *frontière intérieure* » en dépit du rétablissement temporaire des contrôles.

Dans ces conditions, l'ensemble des ressortissants étrangers présents dans cette zone relèvent du champ d'application des règles de la directive « *retour* ».

Il en est tout particulièrement ainsi concernant le régime de la rétention, dans la mesure où l'ensemble des pratiques privatives de liberté des ressortissants étrangers sont nécessairement susceptibles d'être régies par les exigences des articles 15 à 18 de la directive « *retour* ».

En ce sens, et à titre d'illustration, il n'est d'ailleurs pas inutile de relever que c'est notamment en considération de ce constat que le juge des référés du tribunal administratif de Nice – saisi d'un recours similaire au présent litige – a récemment décidé de suspendre la décision du préfet des Alpes-Maritimes portant refus d'accès des associations dans les locaux de la police aux frontières à Menton (**Prod. 3**).

En effet, le juge des référés a estimé que « *le moyen tiré de l'application des dispositions prises pour la transposition de la directive n°2008/115 CE du 16 décembre 2008 aux mesures de « maintien » des personnes retenues dans ces locaux dits de « mise à l'abri » de Menton et notamment aux conditions d'accès des associations à ces locaux, est en l'état de l'instruction susceptible de créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée* ».

**AU BENEFICE DE CES OBSERVATIONS  
COMPLEMENTAIRES**, les associations exposantes persistent  
fermement dans leurs conclusions précédentes.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU  
SCP d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

**Production :**

- 1) Demande d'accès des associations aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre
- 2) CE, 27 novembre 2020, n° 428.178
- 3) Tribunal administratif de Nice, Ord. Ref. 30 novembre 2020, n° 2004690