



Né en 1964 en Allemagne, Jörg Gerkrath a effectué ses études de droit en France aux Universités de Montpellier I, Paris II et Strasbourg III où il a obtenu le doctorat en droit en 1996. Depuis septembre 2000 il est professeur agrégé de droit public des Facultés de Droit en France. En position de détachement de l'Université d'Avignon, il a rejoint l'Université du Luxembourg le 1er décembre 2006 sur une chaire de Professeur en droit européen.

Il a enseigné le droit européen aux Universités de Montpellier 1, Aix-Marseille III, Strasbourg III et à l'Université Chulalongkorn de Bangkok. Ses principaux domaines de recherche sont le droit de l'Union européenne, le droit constitutionnel, le droit public comparé et les droits fondamentaux. Il est l'auteur de l'ouvrage « L'Émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe », (Éditions de l'ULB, Bruxelles 1997) et de nombreux articles et contributions sur divers aspects du droit européen et constitutionnel.

Il a édité plusieurs ouvrages dédiés au droit constitutionnel luxembourgeois, dont, en dernier lieu, « La défense des droits et libertés au Grand-Duché de Luxembourg » (Larcier, Bruxelles 2020, 417 p.).

https://wwwfr.uni.lu/fdef/department_of_law/people/joerg_gerkrath

La réintroduction de contrôles aux frontières intérieures de l'UE pour lutter contre la pandémie : un moyen disproportionné, inefficace et illégal

Au mois de mars 2020, au cours de la première vague de la pandémie du COVID-19 (*Coronavirus SARS-CoV-2*) en Europe, plusieurs États membres, dont l'Allemagne fédérale, ont jugé bon de recourir au moyen de la réintroduction de contrôles aux frontières avec certains de leurs voisins, dont le Grand-Duché de Luxembourg. Cette réintroduction a alors été justifiée par l'urgence et la nécessité de contenir la propagation du virus. Pour qu'il n'y ait pas de malentendu ; il s'agissait là exclusivement de contrôles d'identité et de vérification des documents autorisant leurs titulaires à franchir les frontières et non pas de contrôles sanitaires permettant de détecter des porteurs du virus.

La présente contribution vise à établir, à l'aide de l'exemple des contrôles de la frontière germano-luxembourgeoise, que le recours à ce moyen extraordinaire ne résiste pas au test ni de son efficacité, ni de sa proportionnalité et encore moins de sa légalité. Dans la mesure où l'auteur a lui-même été victime de cette mesure extraordinaire, on lui pardonnera peut-être le caractère quelque peu militant des lignes qui suivent.

Le ministre allemand de l'Intérieur, Monsieur *Horst Seehofer*, qui a pris cette décision au nom de l'Allemagne, a certes invoqué le Code frontières de l'Union européenne (UE) en tant que base juridique de sa décision de réintroduire des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen, mais il doit être permis de douter qu'il a respecté la lettre et l'esprit de ce règlement.

Une analyse approfondie des dispositions de ce Code frontières (I.) montre en effet que la décision unilatérale prise par le ministre *Seehofer* a été prise arbitrairement (II.) et ne résiste pas au test de sa validité au regard du droit de l'Union (III.)

I. Le cadre juridique des contrôles aux frontières intérieures : Le Code frontières de l'UE

Le Code frontières de l'Union européenne, aussi connu sous le nom « Code frontières Schengen » (CFS), a été adopté en 2016.¹ Une version consolidée, datant du 11 juin 2019 et contenant les modifications y apportées, est disponible sur le site web de l'UE.²

Ce règlement a été adopté sur la base juridique de l'article 77, paragraphe 2, points b) et e) du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), qui prévoit précisément que « le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures portant sur (...) les contrôles auxquels sont soumises les personnes franchissant les frontières extérieures [et] l'absence de tout contrôle des personnes, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures ».

Le principe étant de la sorte défini comme l'absence de contrôles aux frontières intérieures, le CFS autorise néanmoins quelques dérogations temporaires à ce principe. Les articles 25 et 28 CFS méritent à cet égard une attention particulière dans la situation examinée.

L'article 25 pose le cadre général des réintroductions temporaires de contrôle aux frontières, pour autant qu'elles soient nécessaires pour faire face à des événements prévisibles qui menacent gravement l'ordre public ou la sécurité intérieure.

La Cour de justice de l'UE (CJUE) a eu l'occasion à préciser que « l'article 25 du Code frontières Schengen autorise, à titre exceptionnel et dans certaines conditions, un État membre à réintroduire temporairement un contrôle aux frontières sur tous les tronçons ou certains tronçons spécifiques de ses frontières intérieures en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure de cet État membre. Selon l'article 32 de ce code, lorsqu'un contrôle aux frontières intérieures est réintroduit, les dispositions

1 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), JOUE, L 77 du 23.3.2016, pp. 1–52.

2 <https://eur-lex.europa.eu>

pertinentes dudit code relatives aux frontières extérieures s'appliquent mutatis mutandis ».³ La réintroduction de tels contrôles par un État membre est donc possible, mais soumise à des conditions précises et non pas laissée à sa discrétion.

L'article 28 prévoit une procédure spécifique dans les cas nécessitant une action immédiate. Il introduit dès lors un régime partiellement spécifique pour les situations imprévues ou imprévisibles où « une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre exige une action immédiate ».

Les deux dispositions sont de nature complémentaire, mais diffèrent en ce qui concerne la procédure de rétablissement des contrôles. Ainsi, une notification préalable de la réintroduction prévue aux autres États membres et à la Commission est requise en vertu de l'article 2, paragraphe 2, de l'article 25, tandis qu'en vertu de l'article 28, la réintroduction et la notification doivent être simultanées. La durée maximale des contrôles et de leur prolongation est également différente, à savoir six mois au titre de l'art. 25 CFS et deux mois pour les cas nécessitant une action immédiate.

Dans les deux cas, les mesures adoptées unilatéralement par les autorités nationales doivent respecter les principes de nécessité et de proportionnalité - notamment en termes de durée et de portée territoriale - et doivent être spécifiquement motivées.

L'article 26 CFS définit en effet des critères stricts pour la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures.

Certes, conformément à l'article 25 ou à l'article 28, paragraphe 1 du CFS, la décision de recourir à la réintroduction temporaire du contrôle à une ou plusieurs de ses frontières intérieures ou sur des tronçons de celles-ci ou encore celle de prolonger ladite réintroduction appartient à chaque État membre. Mais elle ne doit être prise qu'en « dernier recours ».

L'article 26 précise en outre que l'État membre « évalue la mesure dans laquelle cette réintroduction est susceptible de remédier correctement à la menace pour l'ordre

3 CJUE, 19 mars 2019, Préfet des Pyrénées-Orientales contre Abdelaziz Arib, aff. C-444/17, ECLI:EU:C:2019:220, point 49.

public ou la sécurité intérieure ». Bien que cela n'est pas dit explicitement, il s'entend que cette évaluation doit précéder la décision. Autrement l'article 26 ne pourrait produire son effet utile. Par ailleurs il est évident que l'emploi du verbe « évaluer » au présent signifie que l'État membre doit évaluer cela.

De même, il y est rendu obligatoire que cet État membre « évalue la proportionnalité de la mesure par rapport à cette menace ». Lors de cette évaluation, l'État membre doit tenir compte, tant de « l'incidence probable de toute menace pour son ordre public ou sa sécurité intérieure » que de « l'incidence probable d'une telle mesure sur la libre circulation des personnes au sein de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures ».

L'article 27 énonce un certain nombre de précisions quant à la procédure de réintroduction temporaire des contrôles frontaliers et notamment quant à la notification préalable de cette intention aux autres États membres et à la Commission. Sur la base des informations contenues dans la notification, cette dernière sera alors en mesure d'examiner à son tour la nécessité et la proportionnalité de la réintroduction prévue du contrôle aux frontières intérieures. Si elle estime qu'une consultation sur certains aspects de la notification est appropriée, elle émet un avis en ce sens. Ces règles s'appliquent *mutatis mutandis* à une réintroduction immédiate de contrôles en vertu de la procédure spécifique prévue par l'article 28.

II. La réintroduction arbitraire des contrôles par le gouvernement allemand

Le site web du gouvernement allemand indique très laconiquement que : « Les contrôles aux frontières intérieures avec l'Autriche, la Suisse, la France, le Luxembourg et le Danemark seront effectués par la police fédérale à partir du 16 mars 2020. Le ministre fédéral de l'Intérieur Seehofer a ordonné cette réintroduction de contrôles frontaliers temporaires sur la base du code des frontières Schengen le

15 mars 2020. La Commission européenne et les ministres de l'Intérieur de l'Union européenne ont été informés de l'ordonnance dans une lettre dite de notification ».⁴

Il ressort par ailleurs d'une réponse écrite du ministère fédéral de l'Intérieur (BMI) à une demande émanant d'un particulier que : « L'injonction et la notification au niveau de l'UE de la réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures Schengen de l'Allemagne avec l'Autriche, la Suisse, la France, le Luxembourg et le Danemark ainsi qu'avec l'Italie et l'Espagne ont eu lieu respectivement le 16 mars 2020 et le 19 mars 2020 sur la base de l'article 28 du règlement (UE) 2016/399 ("Code frontières Schengen"). Il s'agit d'un règlement directement applicable dans les différents États Schengen, c'est-à-dire également en Allemagne, et donc aussi de la base juridique nécessaire ».⁵

On peut se réjouir que le BMI se réfère au caractère directement applicable de ce règlement et au fait que la base juridique de la décision ministérielle se trouve bel et bien dans ce texte. Il est néanmoins regrettable qu'aucune communication publique n'a été faite quant au respect des critères énoncés par les articles 26, 27 et 28 CFS. Il est donc difficile de savoir si les évaluations obligatoires prévues par l'article 26 CFS ont bien été effectuées. Qu'il s'agit là bien d'obligations juridiques ne peut faire aucun doute. Un règlement de l'UE est en effet non seulement « directement applicable », mais aussi de « portée générale » et « obligatoire en tous ses éléments ».⁶ On peut espérer que le service juridique du BMI soit au courant de cet état des choses qui ne date pas d'hier.

La décision ministérielle rétablissant les contrôles frontaliers n'a fait l'objet d'aucune publication au Journal officiel (*Bundesanzeiger*). Mais puisque, pendant la réintroduction temporaire des contrôles, la frontière terrestre avec les pays voisins concernés ne pouvait être franchie qu'à certains points de passage frontaliers, ceux-ci ont été publiés dans le Journal officiel fédéral le 3 avril 2020.⁷ La police fédérale

4 Cf. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/kontrollen-an-den-grenzen-1730742>, traduit de l'Allemand par l'auteur.

5 <https://fragdenstaat.de/anfrage/grenzkontrollen-2/>, traduit de l'Allemand par l'auteur.

6 Article 288 TFUE.

7 Bekanntmachung der Notifizierung der Grenzübergangsstellen im Rahmen der vorübergehend wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen an den Landgrenzen zu Dänemark, Luxembourg, Frankreich, Schweiz und Österreich“, 24.03.2020, BAnz AT 03.04.2020 B1.

avait alors rappelé que le franchissement de la frontière n'est autorisé qu'aux points de passage frontaliers désignés et agréés à cet effet.

Du 16 mars jusqu'au 15 mai 2020 seul neuf sur les vingt postes frontières de la frontière germano-luxembourgeoise étaient ouverts à la circulation. Ceci a occasionné de fortes gênes pour la population de la Grande-Région et notamment celle vivant dans des villes et villages limitrophes.

L'organisation des contrôles avait été confiée à la police fédérale (Bundespolizei). Des policiers lourdement armés, venant le plus souvent d'autres États fédérés allemands (Bundesländer), que ceux de la Grande-Région, ont été déployés jour et nuit aux points de passage demeurés ouverts. Les travailleurs frontaliers avaient besoin d'un certificat de leur employeurs pour passer la frontière. Un modèle de tel certificat avait été mis en ligne par le gouvernement luxembourgeois dès le 16 mars. Un autre modèle avait été mis en ligne par la police fédérale.

Dans un Communiqué de presse du 17 avril 2020 le ministre des Affaires étrangères et européennes, *Jean Asselborn*, a pu se réjouir de l'ouverture de deux nouveaux points de passage frontaliers avec l'Allemagne, à savoir Remich et Bollendorf. Cette décision a été rendue possible après une rencontre entre le ministre *Asselborn* et *Hans-Georg Engelke*, secrétaire d'État au ministère fédéral de l'Intérieur, de la construction et des Affaires intérieures.⁸

Initialement, au 20 mars, les points de passage frontaliers entre l'Allemagne et le Luxembourg, sauf sept, furent en effet fermés. La frontière n'était plus praticable qu'aux points suivants : Echternach, Grevenmacher, Mesenich (A1), Wasserbillig, Wormeldange, Schengen (autoroute et route nationale). Le Luxembourg a alors fait campagne à différents niveaux pour l'ouverture de postes frontières supplémentaires. Grâce à des contacts diplomatiques intensifs et à la coopération avec les autorités douanières luxembourgeoises, un accord a été conclu avec le gouvernement allemand, selon lequel 50 douaniers luxembourgeois devaient apporter leur soutien à la police fédérale allemande. Le vendredi 20 mars, les premiers officiers ont pris leurs fonctions, garantissant ainsi l'ouverture des points de passage de Dasburg et Vianden. Le 25 mars, le ministre *Asselborn* avait en outre adressé une lettre au ministre fédéral

8 https://gouvernement.lu/de/actualites/toutes_actualites/communiques/2020/04-avril/17-oeffnung-grenzen.html

de l'Intérieur *Horst Seehofer* pour attirer l'attention sur la situation difficile dans la zone frontalière.

Le ministre *Seehofer*, peu conscient de la situation dans la Grande-Région, semblait considérer que la décision de procéder à la réintroduction immédiate des contrôles aux frontières intérieures de l'UE constitue une décision souveraine de chaque État membre. On ne peut partager ce point de vue.

Autorisée par l'article 28 CFF, une telle décision est soumise au respect des conditions énoncées aux articles 25 à 28 CFS. Ce n'est pas l'exercice d'une compétence souveraine, mais l'exercice d'un droit exceptionnel que le CFS reconnaît aux États membres tout en posant le principe de l'absence des contrôles.

La réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) constitue l'un des objectifs majeurs de l'Union. Conformément à l'article 3 (2) du traité sur l'Union européenne (TUE), l'Union offre en effet à ses citoyens « un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène ».

Il s'agit d'un domaine de compétence partagée entre l'Union et ses États membres en vertu de l'article 4 TFUE. S'agissant plus précisément des contrôles aux frontières, l'article 77 (1) TFUE attribue en outre très explicitement à l'Union la compétence de développer une politique visant « à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures ».

De surcroît, il découle, des termes de l'article 2 TFUE que « lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ».

Par conséquent, les États membres ne peuvent prétendre d'exercer un pouvoir souverain lorsqu'ils réintroduisent des contrôles aux frontières intérieures. Il s'agit là d'une compétence qui leur est seulement reconnue en vertu et selon les règles précises du CFS.

III. L'appréciation de la validité de la décision de réintroduire les contrôles

Comme il sera démontré ci-après, on ne partage guère l'avis exprimé en doctrine selon lequel « d'un point de vue juridique, les réintroductions temporaires basées sur l'épidémie de COVID-19 ne sont guère contestables ».⁹

Bien au contraire !

Le CFS souligne le fait que, le principe étant l'absence de contrôles aux frontières intérieures, la réintroduction de tels contrôles doit rester exceptionnelle. Afin de garantir cela, il énumère un certain nombre de conditions qui doivent être respectées lorsqu'un État membre envisage de réintroduire des contrôles. Il est donc primordial que toute réintroduction de contrôles soit : exceptionnelle, limitée dans le temps et justifiée par l'existence dûment démontrée d'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure de cet État membre.

Il est dès lors très surprenant d'observer que la Commission européenne, investie pourtant du rôle primordial de gardienne du respect du droit de l'Union, ait réagi, aux décisions de plusieurs États membres de réintroduire des contrôles, par une Communication des plus conciliantes. Par cette communication, adoptée le 16 mars 2020 et intitulée « Lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels », elle semble valider *a posteriori* la fermeture des frontières intérieures.¹⁰

Elle indique assez banalement au point 18 que « les États membres peuvent réintroduire des contrôles frontaliers temporaires aux frontières intérieures si cela se justifie pour des raisons d'ordre public ou de sécurité intérieure. Dans une situation extrêmement critique, un État membre peut déterminer la nécessité de réintroduire des contrôles aux frontières en réaction au risque posé par une maladie contagieuse.

9 Voir pourtant en ce sens Stefano Montaldo, The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste, European Papers, 04.11.2020, <https://www.europeanpapers.eu>, p. 5., traduit de l'Anglais par l'auteur.

10 Commission UE, Lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, JOUE n° C 86 I, 16 mars 2020, p. 1. Voir aussi Frédérique Berrod, L'Union européenne et la COVID-19 ou le réarmement des frontières, Europe, novembre 2020, pp. 4-9.

Les États membres doivent notifier la réintroduction des contrôles aux frontières conformément au Code frontières Schengen ».

Est-ce pour autant que les contrôles aux frontières intérieures, introduites pour répondre à une urgence sanitaire, doivent être considérés comme légitimes, comme on peut le lire dans la doctrine ?¹¹ On ne le pense pas. À aucun moment la Commission ne semble avoir procédé à un contrôle véritable du caractère nécessaire et justifié et donc de la légalité des différentes décisions nationales de réintroduction des contrôles aux frontières. Pour ce faire, elle aurait dû, à notre avis, procéder à un contrôle en six étapes.

Il aurait été judicieux en effet d'apprécier individuellement la nécessité et la proportionnalité de ces décisions (A.), de vérifier leur caractère adéquat (B.), de contrôler le respect des conditions formelles (C.), de tenir compte des restrictions qui résultent de ces mesures pour la libre circulation des personnes (D.), d'évaluer la durée acceptable des contrôles (E.) et d'envisager en dernier lieu l'opportunité d'introduire des recours en manquement à l'encontre des États membres n'ayant pas respecté ces conditions (F.).

On effectuera ce contrôle ci-après à titre exemplaire pour ce qui concerne la réintroduction des contrôles à la frontière germano-luxembourgeoise.

A. L'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de la réintroduction des contrôles

Le préambule du CFS souligne à juste titre en son alinéa 24 qu'il « convient d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de la mesure visant à réintroduire un contrôle aux frontières intérieures à l'aune de la menace pesant sur l'ordre public ou la sécurité intérieure qui est à l'origine de la nécessité de réintroduire ledit contrôle ».

Il faut donc s'interroger tant sur la nécessité que sur la proportionnalité de la décision ministérielle allemande du 15 mars 2020. Certes, la Communication de la Commission du 16 mars semble refléter l'opinion que la réintroduction des contrôles fut justifiée eu égard aux risques émanant de la pandémie. Elle n'a cependant aucune valeur juridique contraignante. Elle ne reflète que la position générale de cette seule

11 Voir Frédérique Berrod, op. cit., p. 5.

institution et rien n'indique que cette position fut retenue après un examen approfondi de la légalité des décisions nationales.

Quant à la nécessité ...

Le fait que la décision allemande du 15 mars réintroduit des contrôles à la frontière germano-luxembourgeoise sans faire de même aux frontières germano-Belge et germano-Néerlandaise, alors que les données épidémiologiques étaient similaires dans ces deux pays limitrophes, laisse quelque peu perplexe. Cette différence de traitement était due à des tractations politiciennes au sein de l'Union des partis conservateurs. Le puissant ministre-président de la Rhénanie du Nord – Westphalie, *Armin Laschet* (CDU), avait obtenu cette faveur de la part du ministre *Seehofer* (CSU) suite à ses pressions politiques.

Cette disparité montre à suffisance que la nécessité des contrôles fut toute relative et que la justification liée au risque de propagation du virus ne tenait pas la route, pour ainsi dire.

Quant à la proportionnalité ...

Pour savoir si le critère de la proportionnalité fut respecté, il faut rechercher s'il n'y avait pas de mesures moins contraignantes permettant d'atteindre l'objectif poursuivi ou du moins affiché. On pourrait, certes, faire l'économie du contrôle du respect de ce critère, étant donné que la nécessité des contrôles fait clairement défaut. Il reste, que pris isolément, la décision allemande peut encore passer pour être proportionnelle en principe, dans la mesure où la fermeture des 'petits' points de passage frontaliers et la réintroduction des contrôles n'avaient pas empêché les travailleurs frontaliers de circuler. Cela ne signifie cependant pas pour autant qu'il ne soit pas possible que dans un cas précis l'impossibilité pour une personne de franchir la frontière germano-luxembourgeoise ne puisse être jugée comme disproportionnée en ce qu'elle constituait, par exemple, une ingérence disproportionnée dans la vie familiale normale des membres d'une famille résidants des deux côtés de la frontière.

B. Le caractère adéquat de la réintroduction des contrôles

S'agissant de mesures nationales qui constituent des restrictions (entraves) à la libre circulation des personnes, la CJUE applique depuis longtemps un test de leur

admissibilité qui est basé sur le respect de quatre critères.¹² De telles entraves doivent en effet être non-discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général, adéquates et proportionnées. Alors que le CFS n'évoque explicitement qu'une évaluation de la nécessité et de la proportionnalité, il paraît très vraisemblable que la Cour ne négligera pas pour autant le critère de l'adéquation. Elle vérifiera ainsi si la mesure litigieuse était 'propre' ou 'adéquat' pour atteindre l'objectif recherché.

Il faut alors se demander si des contrôles frontaliers effectués par des policiers fédéraux lourdement armés empêchent le virus de se propager et de contenir ainsi la pandémie. La réponse ne peut être que négative.

Ayant subi moi-même ces contrôles pendant deux mois je peux attester du fait qu'aucun test sanitaire n'a été effectué lors de ces contrôles. Les policiers se bornaient à vérifier les documents d'identité et les attestations délivrées aux travailleurs frontaliers par leurs employeurs.

L'introduction de contrôles aux frontières n'a pas empêché le virus de circuler. Cela n'a jamais été l'objectif. Il s'agissait davantage d'un moyen pour les autorités publiques de montrer au public qu'elles agissent. Cela relevait du pur actionnisme politique. Les exceptions admises au bénéfice des travailleurs frontaliers, au nombre d'environ 50.000, et au bénéfice des transporteurs de marchandises montrent par ailleurs que des flux non négligeables de personnes passaient encore tous les jours à travers la frontière.

Lors de la deuxième vague de la pandémie, tous les acteurs allemands ont par ailleurs d'emblée exclu un nouveau recours au contrôle des frontières qui s'est avéré inefficace et inutile.

C. Les conditions de forme

Les conditions de forme à respecter lors d'une décision nationale de réintroduire immédiatement des contrôles aux frontières intérieures résultent d'une lecture combinée des articles 27 et 28 CFS. Lorsqu'un État membre réintroduit

12 Voir notamment CJUE, 30 novembre 1995, Gebhard, aff. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, point 37.
« Il résulte toutefois de la jurisprudence de la Cour que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'ailent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir arrêt du 31 mars 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32) ».

immédiatement le contrôle à ses frontières intérieures, il doit en effet notifier ce fait « simultanément aux autres États membres et à la Commission ». Par ailleurs, il doit communiquer les informations visées à l'article 27 (1), y compris les raisons qui justifient le recours à la procédure spéciale de l'article 28.

La notification peut donc « exceptionnellement » être concomitante à la réintroduction des contrôles « lorsqu'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre exige une action immédiate » de celui-ci. On soulignera ,qu'en vertu du CFS, cette possibilité constitue une exception au ‘droit’ de l’État membre de réintroduire des contrôles, qui lui-même ne doit être exercé qu’exceptionnellement. Il s’ensuit que la justification exigée par l’article 28 va bien au-delà de la justification requise en vertu de l’article 25.

En tout état de cause on pourrait arguer que le devoir de coopération loyale entre États membres et institutions de l’Union, qui pèse sur les États membres en vertu de l’article 4 (3) TUE, s’applique en la matière et devrait conduire les gouvernements à procéder à une notification préalable et aussi précoce que possible afin de permettre aux pays voisins de s’adapter à la situation.

Par ailleurs on peut se demander si cette notification, qui n'est adressée qu'à la seule Commission et aux autres États membres ne devrait pas faire l'objet d'une publication permettant par la suite de pour pouvoir apprécier le respect des conditions prévues au CFS pour permettre un contrôle juridictionnel effectif au sens des articles 19 TUE et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (CDFUE). Il s’agit après tout d’une mesure qui apporte une restriction importante à la libre circulation des personnes garantie par les traités et la Charte.

D. La restriction à la libre circulation des citoyens de l’Union

Selon l’alinéa 27 du préambule du CFS « conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne, toute dérogation au principe fondamental de la libre circulation des personnes doit être interprétée de manière restrictive et la notion d’ordre public suppose l’existence d’une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant l’un des intérêts fondamentaux de la société ».

On conçoit volontiers que la notion d’ordre public peut inclure celle de santé publique. D’autres textes du droit de l’Union se réfèrent ainsi au triptyque de l’ordre, de la sécurité et de la santé publics.

Malgré les tentatives de coordination de la Commission européenne, de nombreux gouvernements de l'UE, dont le gouvernement allemand, ont décidé de leur propre chef d'interdire massivement l'entrée sur leur territoire et de contrôler leurs frontières. Toutes ces mesures représentent de graves atteintes aux droits des citoyens de l'UE. Elles interfèrent avec la liberté de circulation des travailleurs en vertu de l'article 45 TFUE, avec la liberté de circulation des citoyens de l'Union en vertu de l'article 21 TFUE et avec l'interdiction de discrimination figurant à l'article 18 TFUE.¹³

Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, le recours à la notion d'ordre public présuppose en tout état de cause l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un des intérêts fondamentaux de la société (considérant 27 du code des frontières). La directive 2004/38 relative à la libre circulation des citoyens de l'Union européenne codifie en son article 29 les règles s'appliquant aux États membres lorsqu'ils veulent prendre des mesures restrictives justifiées par des menaces pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique.¹⁴

Ces règles résultent notamment de la jurisprudence de la Cour qui doit s'appliquer également dans le cadre du CFS. Il est plus que douteux que la Cour juge que la décision allemande du 15 mars 2020 respecte les conditions que la Cour a formulées à l'égard de la possibilité de restreindre les libertés de circulation pour les besoins de l'ordre public. Sera-t-elle plus souple lorsqu'un État invoque une menace grave à la santé publique ? Est-ce que les États peuvent invoquer en ce domaine une marge d'appréciation plus grande ? Rien n'est moins sûr.

E. La durée des mesures litigieuses

S'agissant de la réintroduction immédiate des contrôles sur la base de l'article 28 CFS celui-ci prévoit une durée initiale ne dépassant pas 10 jours. Il permet toutefois aux paragraphes 3 et 4 des prolongations dont la durée totale ne peut dépasser deux mois. Lorsque l'État membre souhaite prolonger sa décision, il doit tenir compte d'éventuels éléments nouveaux.

13 Voir aussi Aude Bouveresse, La libre circulation des personnes à l'épreuve du COVID-19 : extremis malis extrema remedia, RTDE 2020, pp. 509-530.

14 Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JOUE L 158, 30.4.2004, p. 77–123.

S'agissant des contrôles à la frontière germano-luxembourgeoise, on peut constater que suites à de nombreuses interventions auprès du ministre Seehofer, ce dernier a décidé de lever les contrôles le 15 mai 2020. Le même jour cela a été célébré lors d'une rencontre des ministres des Affaires étrangères Asselborn et Maas sur le pont frontalier de Remich.

La durée totale permise n'a donc pas été dépassée. Il reste que la décision initiale et les prolongations adoptées ont méconnu la lettre et l'esprit du CFS. Il est de ce fait regrettable que la Commission européenne n'ait pas saisi l'occasion pour introduire un recours en manquement permettant ainsi à la Cour de justice d'apporter certaines précisions sur la lecture des articles 25 à 28 du CFS.

F. L'occasion manquée d'un recours en manquement

Le respect des conditions énumérées aux articles 25 à 28 CFS par les États membres est susceptible d'un contrôle par la CJUE. Celle-ci ne pourra cependant se prononcer qu'à la condition d'être saisie. Dans le cas présent une telle saisine aurait dû émaner de la Commission européenne. En tant que gardienne de la légalité, celle-ci aurait dû introduire une procédure en manquement à l'encontre de l'Allemagne fédérale.

La confrontation de la décision allemande du 15 mars 2020 avec les conditions strictes du CFS fait en effet pour le moins apparaître des doutes très sérieux sur sa conformité au droit de l'UE. Ceci n'a pas pu échapper aux juristes de la Commission ni au gouvernement luxembourgeois. Alors pourquoi n'y a-t-il pas eu un recours en manquement assorti le cas échéant d'une demande de mesures provisoires par voie de référé devant la CJUE ?

Contactés par voie de courriel, les ministères de la Justice et celui des Affaires étrangères du Grand-Duché ont fait savoir que le gouvernement luxembourgeois ne souhaitait pas lui-même introduire un recours en manquement contre l'État voisin. Cela était compréhensible. Des démarches diplomatiques furent préférées.

L'auteur de ces lignes est néanmoins convaincu que la Cour de justice aurait été très sensible aux arguments tirés de la violation des principes de nécessité et des règles du CFS. Les restrictions à la libre circulation des personnes qui résultaient de la décision allemande n'étaient manifestement pas justifiées par des besoins d'ordre public ou de santé publique. Les mesures imposées ne furent dès lors ni adéquates, ni justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général ni proportionnées au but poursuivi.

L'inaction regrettable de la Commission présidée par *Ursula von der Leyen* risque de ternir son image de gardienne de la légalité dans l'Union européenne. S'étant déjà abstenu d'introduire un recours en manquement contre l'Allemagne fédérale suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) du 5 mai 2020 dans lequel celle-ci a ouvertement cherché le conflit avec la CJUE,¹⁵ la Commission doit se garder d'apparaître comme étant trop timide pour agir contre le pays d'origine de sa présidente.

15 Thomas Klein, Tickende Zeitbombe. Ein Urteil des deutschen Verfassungsgerichts wirft existentielle Fragen für die Europäische Union auf, Luxemburger Wort, 17 juin 2020, p. 16 avec un interview de l'auteur de cette contribution.