

La fermeture des frontières de l'Union pour motifs de santé publique : la recherche d'une approche coordonnée.

Luc Leboeuf

Introduction

La propagation de la COVID-19 (« le virus ») a conduit de nombreux États membres de l'Union européenne à ordonner la fermeture partielle de leurs frontières, entre autres mesures destinées à contrôler l'épidémie. Face à l'urgence sanitaire, ces fermetures de frontières ont initialement été adoptées dans la précipitation avec peu, voire pas, de coordination préalable au niveau européen. En réaction, diverses initiatives ont été entreprises par les institutions européennes afin d'encadrer les réponses nationales et de préserver l'intégrité de l'espace Schengen.

Ces initiatives ont inclus, dans un premier temps, la fermeture quasi-totale de la frontière extérieure de l'Union², l'adoption de lignes directrices destinées à encadrer la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures par les États membres³, et l'édiction d'orientations pratiques pour guider la mise en œuvre de l'acquis en matière d'asile et d'immigration dans le respect des prescrits sanitaires⁴. Elles ont, ensuite, été complétées par une recommandation du Conseil fixant les seuils de contamination à partir desquels les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation, dans l'objectif de favoriser l'émergence d'une approche coordonnée des restrictions à la liberté de circulation au sein de l'Union⁵.

¹ Directeur d'un groupe de recherches (*Forschungsgruppenleiter*) au sein du département de droit et d'anthropologie de l'institut Max Planck d'anthropologie sociale, chargé de cours invité à la faculté de droit de l'université catholique de Louvain. La présente analyse ne comprend pas les développements ultérieurs au 30 janvier 2021. Il s'agit d'une version mise à jour de l'étude intitulée « La protection de la santé publique et la fermeture des frontières de l'Union. La crise sanitaire, révélatrice des dynamiques de gestion de l'espace Schengen ? », publiée dans la *R.A.E.* n° 2020/1 et qui incluait les développements jusqu'au 31 mai 2020.

² COM(2020)115final, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil. COVID-19 : restriction temporaire des déplacements non essentiels vers l'UE*, 16 mars 2020 ; Conclusions du président du Conseil européen faisant suite à la vidéoconférence sur le COVID-19 tenue avec les membres du Conseil européen, 17 mars 2020, www.consilium.europa.eu (consulté le 28 mai 2020).

³ Lignes directrices C(2020)1753final relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, *J.O.*, n° C 86I, 16 mars 2020, p. 1. Ces lignes directrices générales sont complétées par d'autres précisant les modalités applicables à certains secteurs de transport spécifiques, voy. C(2020)1897final, *J.O.*, n° C 96I, 24 mars 2020, p. 1 (réseau transeuropéen de transport) ; C(2020)2010final, *J.O.*, n° C 100I, 27 mars 2020, p. 1 (fret aérien) ; C(2020)3100final, *J.O.*, n° C 119, 14 avril 2020 (transport maritime, en ce compris les passagers et les marins). Voy. aussi les lignes directrices adoptées relativement à la libre circulation des travailleurs, en vue notamment de permettre aux travailleurs saisonniers de participer aux récoltes : C(2020)2051final, *J.O.*, n° C 102I, 30 mars 2020, p. 12.

⁴ C(2020)2516final, *COVID-19: orientations relatives à la mise en œuvre des dispositions pertinentes de l'UE régissant les procédures d'asile et de retour et à la réinstallation*, *J.O.*, n° C 126, 17 avril 2020, p. 12.

⁵ Recommandation (UE) 2020/1475 du Conseil du 13 octobre 2020 relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de COVID-19, *J.O.*, n° L337, 14 octobre 2020, p. 3.

Ce chapitre analyse ces développements, en les replaçant dans leur contexte réglementaire et jurisprudentiel européen. Une première partie revient sur les mesures adoptées, qu'elle confronte au cadre juridique existant (1). Elle analyse comment les institutions européennes ont tenté de guider l'opérationnalisation, par les États membres, de l'exigence générale de proportionnalité des contrôles aux frontières telle que consacrée par le Code frontières Schengen notamment⁶. Une seconde partie s'essaye à identifier ce que la réaction des institutions européennes à la crise sanitaire révèle des dynamiques institutionnelles de l'espace Schengen (2). Il y est argumenté que les développements survenus au niveau européen illustrent l'emphase grandissante placée par la Commission sur le principe de solidarité pour encadrer la mise en œuvre de l'acquis⁷, sans que le contenu et les implications de ce principe ne soient clairement définis sur le plan juridique ni ne fassent l'objet d'un consensus politique.

1. La fermeture des frontières pour motifs de santé publique

La menace pour la santé publique peut fonder un refus d'entrée non seulement à l'encontre de tout ressortissant de pays tiers⁸, mais également des citoyens européens et résidents de longue durée qui bénéficient de la liberté de circulation⁹. Les motifs de santé publique font l'objet d'une définition uniforme dans le Code frontières Schengen, la directive liberté de circulation et la directive résidents de longue durée. Ils y sont définis comme s'appliquant à toute personne atteinte d'une maladie « potentiellement épidémique », telle qu'identifiée par l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.), ou encore « d'autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des nationaux »¹⁰.

Il ne fait aucun doute que la COVID-19 fait partie des maladies visées par ces dispositions, ce d'autant plus que l'O.M.S. a classifié le virus parmi les « urgences de santé publique de portée internationale » au sens du règlement sanitaire international¹¹. De plus, si la santé

⁶ 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), *J.O.*, n° L 77, 23 mars 2016, p. 1.

⁷ Art. 80 T.F.U.E.

⁸ Art. 6, §1^{er}, e) et 8, §3, a), vi), du code frontières Schengen.

⁹ Art. 45, §3, T.F.U.E. ; art. 8, §2, al. 3, du code frontières Schengen ; art. 27 et 29 de la 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, *J.O.*, n° L 158, 30 avril 2004, p. 77 ; art. 19 de la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *J.O.*, n° L 16, 23 janvier 2004, p. 44.

¹⁰ Art. 24 de la directive 2004/38/CE ; art. 18 de la directive 2003/109/CE.

¹¹ O.M.S., *Déclaration sur la deuxième réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international (2005) concernant la flambée de nouveau coronavirus 2019 (2019-nCoV)*, 20 janvier 2020, www.who.int/fr/news-room (consulté le 21 mai 2020). Les « urgences de santé publique de portée internationale » (« USPPPI ») sont définies par le règlement sanitaire international comme « un événement extraordinaire dont il est déterminé, comme prévu dans le présent Règlement, i) qu'il constitue un risque pour la santé publique dans d'autres États en raison du risque de propagation internationale de maladies ; et ii) qu'il

publique ne figure pas parmi les motifs justifiant la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures, il peut être raisonnablement admis que l'épidémie implique « une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure » au sens du Code frontières Schengen¹². En raison de son ampleur inédite, l'épidémie menace un intérêt fondamental pour la société des États membres, à savoir la santé de leurs citoyens, de même que leur organisation sociale.

Le caractère généralisé des mesures adoptées, appliquées au-delà des seules personnes diagnostiquées porteuses du virus et conduisant à une fermeture quasi-totale des frontières extérieures et intérieures de l'Union, a toutefois pour effet d'interroger le cadre juridique existant, en particulier l'exigence de proportionnalité stricte qu'il consacre¹³. Après une brève présentation des mesures adoptées (1.1.), la manière dont elles opérationnalisent l'exigence de proportionnalité dans un contexte inédit est analysée (1.2.).

1.1. La recherche d'une approche européenne coordonnée

Début mars, divers États membres de l'Union européenne ou associés à l'espace Schengen ont annoncé des mesures de fermeture de leurs frontières avec d'autres États membres, dans une tentative de limiter la propagation du virus. L'Autriche a été la première à notifier à la Commission européenne un rétablissement des contrôles à sa frontière avec l'Italie, dès le 11 mars. Des mesures similaires ont été adoptées par de nombreux autres États membres ou associés dans les jours qui ont suivis, alors que l'ensemble de la population européenne était rapidement soumis à des mesures de confinement plus ou moins strictes¹⁴.

Certains contrôles aux frontières intérieures ont été introduits immédiatement et sans notification préalable de la Commission, en application de la procédure prévue par le Code frontières Schengen lorsqu'une action urgente est requise¹⁵. D'autres l'ont été après notification préalable des autres États membres et de la Commission, conformément à la procédure prévue par le Code frontières Schengen en cas de « menace prévisible »¹⁶. La

peut requérir une action internationale coordonnée » (article 1er, §1er, du règlement sanitaire international, 3^{ème} ed., 2005).

¹² Art. 25 du Code frontières Schengen. En ce sens, voy. également S. MONTANO, « 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*, 25 avril 2020, www.europeanpapers.eu (consulté le 30 mai 2020).

¹³ Voy. également A. BOUVERESSE, « La libre circulation des personnes à l'épreuve de la COVID-19 : *extremis malis extrema remedia* ? » in D. RITLÉNG (coord.), « Dossier. L'Union européenne face à la crise de Covid-19 », *R.T.D.eur.*, 2020, n° 3, p. 509.

¹⁴ Voy. la liste communiquée par la Commission européenne et régulièrement mise à jour, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control_en (consulté le 12 janvier 2021). Il est probable que, dans les premiers jours de l'épidémie, d'autres mesures de fermeture des frontières ont également été mises en œuvre de manière *ad hoc* par divers acteurs étatiques locaux, sans application des procédures prévues par le Code frontières Schengen (en ce sens, voy. D. THYM, « Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal », *EU Migration Law Blog* et *Verfassungsblog*, 18 Mars 2020, www.eumigrationlawblog.eu et www.verfassungsblog.de, consultés le 21 mai 2020).

¹⁵ Art. 25 du Code frontières Schengen.

¹⁶ Art. 24 du Code frontières Schengen.

durée des mesures adoptées a varié d'un État membre à l'autre, la plupart optant pour une réintroduction d'une durée courte en usant de la procédure d'urgence, suivie d'une prolongation selon la procédure ordinaire, applicable aux « menaces prévisibles »¹⁷. Les mesures adoptées ont également varié au gré de l'évolution de l'épidémie, avec diverses levées durant l'été 2020 et réintroductions dès l'automne 2020¹⁸.

En réponse à l'appel formulé par le Conseil européen du 10 mars¹⁹, la Commission européenne, qui dispose de la compétence d'émettre un avis sur les mesures de fermeture des frontières intérieures, a formulé diverses lignes directrices²⁰. Adoptées le 16 mars, ces lignes directrices ont pour objectif de garantir une certaine cohérence des mesures prises en précisant les exigences découlant du droit de l'Union, dont la proportionnalité et la non-discrimination. En octobre 2020 et suivant une proposition de la Commission²¹, le Conseil complète ces lignes directrices à l'aide d'une recommandation, qui établit des critères communs pour cartographier les zones à risque²². L'objectif est d'aboutir à une approche dite « coordonnée », et non « commune », puisque les États membres conservent leur marge d'appréciation pour adopter et définir les restrictions les plus appropriées, mais ne peuvent envisager ces dernières que lorsque les seuils identifiés dans la recommandation du Conseil sont atteints²³.

Outre ces mesures visant à coordonner les fermetures des frontières intérieures, d'autres visent à restreindre temporairement les déplacements vers l'Union. Sur proposition de la Commission, le Conseil européen du 17 mars 2020 prohibe tout déplacement non essentiel vers l'Union²⁴. Seuls les citoyens européens et étrangers résidant légalement sur le territoire européen conservent leur droit d'y retourner²⁵. Les voyageurs avec « une fonction ou un besoin essentiel », comme le personnel diplomatique et médical, les travailleurs frontaliers ou encore les demandeurs d'asile, et les passagers en transit sont exempts de ces mesures²⁶. Cette fermeture partielle, mais étendue, des frontières extérieures a été prolongée à diverses reprises après évaluation positive de son impact²⁷. A l'été 2020, divers critères communs ont

¹⁷ Art. 26 du Code frontières Schengen.

¹⁸ C. DUMBRAVA, « Towards a common EU approach to lifting coronavirus-related restrictions on freedom of movement », *Briefing of the European Parliament Research Service*, doc. PE 659.368, 2020, www.europarl.europa.eu (consulté le 12 janvier 2021).

¹⁹ Conclusions du président du Conseil européen faisant suite à la vidéoconférence sur le COVID-19, 10 mars 2020, www.consilium.europa.eu (consulté le 21 mai 2020).

²⁰ Lignes directrices C(2020)1753final.

²¹ COM(2020)499final, *Proposition de Recommandation du Conseil relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de COVID-19*.

²² Recommandation (UE) 2020/1475.

²³ *Ibid.*, cons. 13.

²⁴ COM(2020)115final ; Conclusions du président du Conseil européen du 17 mars 2020, *op. cit.*

²⁵ *Ibid.*, p. 2.

²⁶ *Ibid.*, p. 2.

²⁷ COM(2020)148final, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil concernant l'évaluation de l'application de la restriction temporaire des déplacements non essentiels vers l'UE*, 8 avril 2020. L'évaluation constate, par exemple, que les mesures adoptées ont eu pour conséquence que « le trafic de passagers a été quasiment réduit à zéro, les vols restants étant principalement limités aux vols

A paraître dans: Dubout, Edouard; Picod, Fabrice (Eds.) *Coronavirus et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier

été adoptés en vue de lever progressivement ces restrictions, en fonction de l'évolution de la situation sanitaire dans les pays tiers²⁸.

Les mesures de fermeture des frontières intérieures et extérieures ont, par ailleurs, des implications majeures sur la mise en œuvre de l'acquis en matière d'asile et d'immigration, lesquelles ont notamment été documentées par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁹. Dans un premier temps, plusieurs États membres ont suspendu la mise en œuvre des décisions de transferts de demandeurs d'asile adoptées en application du règlement Dublin, tandis que les décisions de retour adoptées à l'encontre d'étrangers en séjour irrégulier ne peuvent pas toujours être exécutées³⁰. Bien que la fermeture des frontières extérieures de l'Union prévoie explicitement ne pas concerner « les personnes ayant besoin d'une protection internationale ou pour d'autres motifs humanitaires »³¹, les demandeurs d'asile sont confrontés à des obstacles pratiques supplémentaires pour accéder à une protection effective. Les procédures d'asile ont parfois fait l'objet de suspension dans les premiers temps de l'épidémie. L'accès au territoire européen a été rendu plus difficile, avec la réduction drastique des moyens de transports disponibles et, dans certains cas, la suspension des missions de sauvetage en mer et des programmes de réinstallation³².

Pour cette raison, divers acteurs de la société civile et organisations internationales, dont le Haut-commissariat pour les réfugiés des Nations-Unies, ont appelé à l'adoption de mesures spécifiques pour les réfugiés et les migrants, rappelant que tout demandeur d'asile bénéficie du principe de non-refoulement et ne peut se voir refuser l'entrée sur le territoire européen sans examen préalable de sa demande³³. La Commission LIBE du Parlement européen a

de fret et aux vols de rapatriement ». Voy. aussi COM(2020)222final, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil concernant la deuxième évaluation de l'application de la restriction temporaire des déplacements non essentiels vers l'UE*, 8 mai 2020.

²⁸ Recommandation (UE) 2020/912 du Conseil du 30 juin 2020 concernant la restriction temporaire des déplacements non essentiels vers l'UE et la possible levée de cette restriction, *J.O.*, n° L 208, 1^{er} juillet 2020, p. 1.

²⁹ FRA, *Migration: Key Fundamental Rights Concerns, Quarterly Bulletin, 1.1.2020 to 31.3.2020*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020 et FRA, *Coronavirus Pandemic in the EU. Fundamental Rights Implications, Bulletin 1, 1 February to 20 March 2020*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020, www.fra.europa.eu (consulté le 21 mai 2020). Voy. aussi A. RADJENOVIC, « Tackling the coronavirus outbreak: Impact on asylum-seekers in the EU », *Briefing of the European Parliament Research Service, doc. PE 649.390*, 2020, www.europarl.europa.eu (consulté le 21 mai 2020).

³⁰ FRA, *Migration: Key Fundamental Rights Concerns, op. cit.*, p. 10.

³¹ COM(2020)115final, *op. cit.*, p. 3.

³² FRA, *Migration: Key Fundamental Rights Concerns, op. cit.*, pp. 3 et 4. Voy. aussi ECRE, *COVID-19 Measures related to asylum and migration across Europe, Information Sheet*, 8 avril 2020, www.ecre.org (consulté le 30 mai 2020).

³³ H.C.R., *Practical Recommendations and Good Practice to Address Protection Concerns in the Context of the COVID-19 Pandemic*, 9 avril 2020, www.unhcr.org (consulté le 21 mai 2020). Voy. aussi les principes développés et signés par de nombreux académiques et experts spécialisés en droit de l'immigration, réunis sous l'égide du Zolberg Institute on Migration and Mobility (Zolberg Institute on Migration and Mobility, *Human mobility and human rights in the COVID-19 pandemic: Principles of protection for migrants, refugees, and other displaced persons*, www.zolberginstitute.org, consulté le 28 mai 2020) ; FRA and Council of Europe, *Fundamental rights of refugees, asylum applicants and migrants at the European borders*, Joint Note, 2020,

également exprimé cette préoccupation³⁴. Le 17 avril 2020, la Commission européenne a donc édicté des orientations relatives à la mise en œuvre de la politique commune d'asile et d'immigration³⁵. Ces orientations, réalisées avec le soutien des agences européennes compétentes, à savoir le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) et l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex), donnent diverses indications pratiques aux États membres pour assurer la continuité de la mise en œuvre de l'acquis européen en la matière, tout en respectant les mesures sanitaires. Elles garantissent, notamment, la possibilité pour les demandeurs d'asile d'introduire leur demande, le cas échéant selon des modalités différentes permettant de prévenir la propagation du virus, comme par le biais d'un enregistrement en ligne³⁶.

Les lignes directrices et orientations adoptées par la Commission, de même que la recommandation du Conseil, ont en commun de se référer abondamment au principe de proportionnalité, qu'elles tentent de concrétiser. L'exercice a supposé d'innover, l'Union et ses États membres n'ayant jamais été confrontés à une épidémie d'une telle ampleur et leurs institutions ne pouvant pas se reposer sur un ensemble de procédures et outils développés lors de crises antérieures. Pour incertain qu'il soit, l'environnement juridique n'est pas pour autant vierge. Divers principes ont été développés par le passé, afin d'encadrer l'adoption de décisions de refus d'entrée par les États membres et la réintroduction temporaire de contrôles aux frontières intérieures de l'Union. Ces principes sont examinés ci-après.

1.2. L'exigence de proportionnalité

Hormis quelques discussions relatives aux citoyens européens atteints du VIH au début des années 2000³⁷, l'invocation de la santé publique comme motif de refus d'entrée n'avait guère fait l'objet de controverses majeures. La Cour de justice n'a jamais été appelée à se prononcer sur la question par voie préjudicielle, et la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas rendu d'arrêts majeurs en la matière. Si la protection de la santé publique a fait l'objet de débats devant la Cour de justice, c'est plutôt en tant que restriction à la libre circulation des marchandises³⁸, où la Cour reconnaît l'existence d'une certaine marge d'appréciation nationale³⁹.

www.fra.europa.eu (consulté le 30 mai 2020) ; J. MCADAM, « A Watching Brief on the Impacts of COVID-19 on the World's Displaced People », *I.J.R.L.*, 2020, vol. 32, n° 2, p. 364 ; V. CHETAIL, « Crisis Without Borders: What Does International Law Say About Border Closure in the Context of Covid-19? » in I. GOLDNER LANG (coord.), « Migration in the Time of COVID-19: Comparative Law and Policy Responses », *Frontiers*, décembre 2020, <https://doi.org/10.3389/fpos.2020.606307> (consulté le 15 janvier 2021).

³⁴ Résolution du Parlement européen du 17 avril 2020 sur une action coordonnée de l'Union pour combattre la pandémie de COVID-19 et ses conséquences, 2020/2616(RSP), 17 avril 2020, point 50.

³⁵ C(2020)2516final.

³⁶ *Ibid.*, p. 14. Les conditions d'accueil doivent également être adaptées pour respecter les mesures sanitaires.

³⁷ J.-Y. CARLIER, *La libre circulation des personnes vivant avec le VIH/SIDA*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000.

³⁸ Art. 36 T.F.U.E.

³⁹ Voy. notamment C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV*, aff. C-322/01, *EU:C:2003:664*, point 103 : « Selon une jurisprudence constante, la santé et la vie des personnes occupent le

L'ordre public et la sécurité publique, qui sont d'autres motifs de refus d'entrée figurant aux côtés de la santé publique dans les textes pertinents, ont donné lieu à une jurisprudence abondante⁴⁰. Mais les enseignements précis de cette jurisprudence ne sont pas aisément transposables en tant que tels aux décisions fondées sur la santé publique. Il y est, en effet, principalement question de décisions mettant fin au séjour d'un étranger, alors que la santé publique est essentiellement envisagée comme un motif de refus d'entrée par les textes pertinents⁴¹. La protection contre l'éloignement telle que consacrée par la directive liberté de circulation se réfère, d'ailleurs, explicitement à l'ordre public et à la sécurité publique, mais omet la santé publique⁴².

Une exigence générale d'agir dans le respect du principe de proportionnalité peut, toutefois, se déduire du cadre juridique applicable. Cette exigence de proportionnalité est encore plus stricte lorsqu'il s'agit de réintroduire des contrôles aux frontières intérieures. En pareil cas, une procédure spécifique visant à garantir le caractère exceptionnel et limité dans le temps des contrôles doit être respectée⁴³. Le Code frontières exige que la fermeture des frontières intérieures soit aussi brève que possible et soit n'exécède pas 30 jours renouvelables, soit corresponde à la durée de la menace, lorsque cette dernière est prévisible⁴⁴. Il insiste également, dans ses considérants, sur le fait que « la portée et la durée de toute réintroduction temporaire de telles mesures devraient être limitées au strict minimum nécessaire pour répondre à une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure »⁴⁵.

Les lignes directrices adoptées par la Commission européenne donnent des indications utiles sur certaines des exigences concrètes résultant du principe de proportionnalité en temps de crise sanitaire. Premièrement, les fermetures de frontières ne peuvent pas être opposées aux citoyens et étrangers qui souhaitent rentrer dans leur pays de résidence. Selon la Commission, « les États membres ont toujours l'obligation d'admettre leurs propres citoyens

premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 T.C.E. (actuellement art. 36 T.F.U.E. *ndla*), et il appartient aux États membres, dans les limites imposées par le traité, de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection ».

⁴⁰ Voy. notamment C.J.C.E., 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. C-30/77, *EU:C:1977:172* ; C.J.C.E., 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, aff. C-482/01 et C-493/01, *EU:C:2004:262* ; C.J.U.E., 13 septembre 2016, *C.S.*, aff. C-304/14, *EU:C:2016:674* ; C.E.D.H., 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, req. n° 46410/99. La jurisprudence la Cour de justice a été codifiée par l'article 28, §1^{er}, de la directive 2004/38.

⁴¹ En ce sens, voy. également J.-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 88, n° 56. La directive libre circulation précise que « la survenance de maladies après une période de trois mois suivant l'arrivée ne peut justifier l'éloignement du territoire » (art. 29, §3, de la directive 2004/38/CE). La directive résidents de longue durée prévoit que le motif de santé publique ne peut pas justifier le retrait du titre de séjour délivré par le second État membre d'accueil au résident de longue durée (art. 18, §3, de la directive 2003/109/CE).

⁴² Art. 28, §1^{er}, de la directive 2004/38/CE.

⁴³ Art. 25 et s. du Code frontières Schengen.

⁴⁴ Art. 23 du Code frontières Schengen.

⁴⁵ Considérant 22 du Code frontières Schengen. Voy. aussi l'article 25, §2, du Code frontières Schengen, selon lequel « le contrôle aux frontières intérieures n'est réintroduit qu'en dernier recours ».

et résidents, comme de faciliter le transit des autres citoyens et résidents de l'Union qui rentrent chez eux »⁴⁶. Il y va du respect de l'interdiction des discriminations sur le fondement de la nationalité, telle que consacrée par la Charte et le Traité, laquelle implique que les États membres ne peuvent pas interdire à leurs résidents de nationalité étrangère de revenir sur leur territoire⁴⁷. Deuxièmement, les fermetures de frontière ne peuvent pas menacer la libre circulation des biens, services et marchandises. Cette exigence, formulée afin de garantir les chaînes d'approvisionnement, rappelle le lien intime qui unit la liberté de circulation et le commerce⁴⁸. D'un point de vue historique, si la liberté de circulation a été développée en Europe, c'est en effet d'abord et avant tout pour faciliter la libre circulation des biens et des services. Troisièmement, les fermetures de frontières ne peuvent pas être mises en œuvre d'une manière qui a pour effet de favoriser la propagation du virus, et partant de contrecarrer l'objectif qu'elles se sont fixées. Cela se traduit, dans les recommandations, par l'exigence de prendre adéquatement en charge toute personne malade se présentant à la frontière et de mettre en place les procédures adéquates pour informer les personnes et assurer le respect des mesures de sécurité sanitaire, comme la distanciation physique.

L'identification de ce qu'est une mesure de fermeture des frontières proportionnée eu égard à l'objectif de protection de la santé publique ne va pas de soi. Le Conseil européen et la Commission s'étaient, d'ailleurs, montrés réticents dans un premier temps à organiser la fermeture généralisée des frontières de l'Union, rappelant que leur efficacité dans la lutte contre l'épidémie n'est pas établie⁴⁹. L'argument n'est pas sans fondements scientifiques et conforme aux recommandations de l'O.M.S. : ce n'est pas tant la fermeture pure et simple de la frontière, que l'identification et la prise en charge médicale adéquate de toute personne malade s'y présentant, qui permettent de prévenir la propagation de l'épidémie⁵⁰. Les institutions européennes se sont, toutefois, ravisées face à la propagation fulgurante du virus et à la multiplication des mesures de contrôles aux frontières intérieures adoptées par les États membres. Cette évolution est, en elle-même, révélatrice des tensions et dynamiques institutionnelles qui sous-tendent l'espace Schengen, et sont explorées ci-après.

⁴⁶ Lignes directrices C(2020)1753final, *op. cit.*

⁴⁷ Art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 18 T.F.U.E.

⁴⁸ Sur la relation entre Schengen et les objectifs économiques liés au développement du marché unique, voy. G. CORNELISSE, « Reinstatement of internal border controls in the Schengen area. Conflict, symbolism and institutional dynamics » in S. CARRERA, D. CURTIN et A. GEDDES, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, EUI, 2020, p. 81.

⁴⁹ Communiqué de presse du 12 mars 2020, *Déclaration du président Charles Michel et de la présidente Ursula von der Leyen, avec le soutien de la présidence croate, sur l'interdiction de pénétrer sur le territoire américain dans le contexte du COVID-19*, www.consilium.europa.eu (consulté le 31 mai 2020). Voy. aussi C. HRUSCHKA, « The pandemic kills also the European solidarity », *EU Migration Law Blog*, 20 mars 2020, www.eumigrationlawblog.eu (consulté le 31 mai 2020).

⁵⁰ O.M.S., *Updated WHO Recommendations for International Traffic in Relation to COVID-19 outbreak*, 29 février 2020, www.who.int (consulté le 31 mai 2020).

2. La gestion de l'espace Schengen face aux crises : entre souveraineté, confiance mutuelle et solidarité

Les crises ont souvent pour effet de révéler les dynamiques sous-jacentes à tout système de gouvernement. Il n'en va pas autrement de la crise sanitaire, qui met en lumière les diverses tensions institutionnelles traversant l'espace Schengen. Depuis plusieurs années, et singulièrement la « crise des réfugiés » de l'été 2015, les épisodes de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures de l'Union par les États membres se sont multipliés. La sauvegarde de l'intégrité de l'espace Schengen a fait l'objet de nombreux débats et préoccupations au sein des institutions européennes, alors que diverses mesures étaient adoptées pour tenter de garantir le climat de confiance mutuelle nécessaire à l'absence de contrôles aux frontières intérieures.

Les caractéristiques de ces mesures sont explorées ci-après, en confrontant les mesures déployées lors de la « crise des réfugiés » à celles adoptées en réponse à la crise sanitaire. Il est démontré une évolution dans la nature des réformes entreprises au niveau européen. Alors que, dans un premier temps, elles ont essentiellement consisté à développer l'acquis au travers de l'harmonisation législative en matière d'asile et d'immigration, l'attention s'est ensuite portée sur l'adoption d'outils divers et variés visant à garantir une mise en œuvre solidaire de l'acquis (2.1.). Cette tendance semble confirmée par le contenu des lignes directrices adoptées par la Commission suite à la crise sanitaire, qui se réfèrent à l'impératif de mettre en œuvre les mesures de fermeture des frontières dans un esprit de solidarité⁵¹.

Il est argumenté, ensuite, que les mesures prises suite à la crise sanitaire pourraient s'analyser comme s'approchant d'un mode de gouvernance dit « expérimental »⁵² (2.2.). En effet, les lignes directrices, non contraignantes, invitent à une mise en œuvre solidaire de l'acquis, qu'il revient aux États membres de mettre concrètement en œuvre. Les analyser sous l'angle de la « gouvernance expérimentale » présente alors l'avantage de mettre en lumière la marge d'appréciation dont disposent les États membres lorsqu'il s'agit de réintroduire des contrôles aux frontières intérieures, de même que la nécessité de prévoir des mécanismes d'évaluation et de contrôle adéquats.

2.1. De l'harmonisation législative à la mise en œuvre solidaire de l'acquis

Aux origines de l'espace Schengen, l'harmonisation législative a pu apparaître comme l'outil privilégié pour garantir le climat de confiance mutuelle nécessaire à l'abolition des contrôles aux frontières intérieures. Les conditions d'entrée dans l'espace Schengen ont été

⁵¹ Lignes directrices C(2020)1753final : « La mise en œuvre des politiques de l'Union en matière de contrôle des personnes et des marchandises doit être régie par le principe de la solidarité entre les États membres ».

⁵² Sur la notion de gouvernance expérimentale (« *experimentalist governance* »), voy. C. SABEL et J. ZEITLIN, « Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture », *European Law Journal*, 2008, pp. 271-327 ; C. SABEL et J. ZEITLIN, « Experimentalist Governance » in D. LEVI-FAUR, *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, O.U.P., 2012.

harmonisées par le biais du Code frontières Schengen et du Code des visas⁵³, tandis qu'un système européen commun d'asile a été adopté pour prévenir les mouvements secondaires de demandeurs d'asile. Cela a paru suffire, la possibilité de réintroduire des contrôles aux frontières intérieures n'ayant, initialement, fait l'objet que d'applications ponctuelles et relativement peu controversées⁵⁴. Ce n'est que ces dix dernières années que des tensions fortes sont apparues, suite à divers épisodes de pic dans les flux migratoires vers l'Europe et alors que la migration a commencé à occuper l'avant-scène politique et médiatique.

Au début des années 2010, la France a fait valoir sa préoccupation face à l'augmentation significative des flux migratoires vers l'Italie, qui a résulté du « printemps arabe ». Des contrôles ont alors été réintroduits à la frontière franco-italienne, afin de prévenir des mouvements secondaires de migrants vers le territoire français⁵⁵. Cet épisode a démontré que les États membres entendent conserver une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de réintroduire des contrôles à leurs frontières intérieures. Le Code frontières Schengen a alors été modifié pour encadrer cette marge d'appréciation autant que possible, en admettant explicitement la possibilité de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures en cas de « manquement grave lié au contrôle des frontières extérieures », et en soumettant l'usage de pareille exception à une décision préalable du Conseil⁵⁶. Durant la même période, une refonte du système européen commun d'asile a également eu lieu afin d'apporter diverses précisions aux textes existants, sans qu'il n'y ait de relation de cause à effet directe avec la réintroduction temporaire des contrôles entre la France et l'Italie.

Ces réformes n'ont pas suffi pour prévenir la résurgence des contrôles aux frontières intérieures. Les difficultés des États membres situés aux frontières extérieures de l'Union pour faire face à l'augmentation des demandes d'asile durant la « crise des réfugiés » de 2015 ont ravivé la peur de mouvements secondaires, dans un contexte juridique où la possibilité de mettre en œuvre le règlement Dublin pour renvoyer les demandeurs d'asile vers l'État membre de première entrée était devenue incertaine⁵⁷. Les contrôles aux frontières intérieures se sont alors multipliés sur l'ensemble du territoire européen. La Commission européenne a répondu en tentant d'approfondir l'harmonisation législative en matière

⁵³ Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), *J.O.*, n° L 243, 15 septembre 2009, pp. 1–58.

⁵⁴ Voy. K. GROENENDIJK, « Reinstatement of Controls at the Internal Borders of Europe: Why and Against Whom? », *E.L.J.*, 2004, p. 159. Les mesures de contrôles aux frontières internes ont, par exemple, été justifiées par l'objectif de garantir la sécurité lors de l'organisation de compétitions sportives majeures, comme l'Euro de football organisé par la Belgique et les Pays-Bas en 2000.

⁵⁵ R. ZAIOTTI, « The Italo-French Row over Schengen, Critical Junctures, and the Future of Europe's Border Regime », *Journal of Borderlands Studies*, 2013, p. 339 ; Y. PASCOUAU, « Schengen et la solidarité : le fragile équilibre entre confiance et méfiance mutuelles », *Notre Europe, Policy Paper 55*, 2012.

⁵⁶ Règlement (UE) n° 1051/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, *J.O.*, n° L 295, 6 novembre 2013, p. 1. Voy. désormais les art. 29 et 30 du Code frontières Schengen, qui a fait l'objet d'une refonte en 2016.

⁵⁷ Suite, notamment, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voy. entre autres Cour eur. D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30969/09 ; H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *C.D.E.*, 2014, p. 521).

A paraître dans: Dubout, Edouard; Picod, Fabrice (Eds.) *Coronavirus et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier

d'asile par une nouvelle refonte du système européen commun d'asile. Cette proposition s'est, toutefois, heurtée aux désaccords entre les États membres, et n'a pas encore été suivie d'effets.

D'autres solutions ont alors été envisagées, dont le renforcement des capacités des États membres situés aux frontières extérieures de l'Union conformément au principe d'une mise en œuvre solidaire de l'acquis en matière d'asile et d'immigration, tel que consacré par le Traité⁵⁸. Frontex a vu ses moyens et son champ d'action élargi⁵⁹, et des programmes de relocalisation des demandeurs d'asile ont été adoptés pour décharger temporairement les systèmes d'asile grecs et italiens, particulièrement impactés⁶⁰. Leur mise en œuvre ne s'est pas réalisée sans heurts, certains États membres du groupe de Visegrad ayant refusé de s'y conformer après en avoir contesté en vain la légalité devant la Cour de justice⁶¹. Mais la situation s'est apaisée, permettant le retour à un fonctionnement relativement apaisé de l'espace Schengen⁶².

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la crise sanitaire. L'Union ne bénéficiant que d'une compétence d'appui en matière de santé⁶³, l'harmonisation des normes nationales justifiant les mesures de confinement ne figure pas parmi les options immédiatement envisageables. Face à l'urgence, le choix de la Commission et du Conseil s'est donc porté sur l'adoption de lignes directrices et d'une recommandation. Non contraignantes, ces dernières précisent le principe général de proportionnalité devant présider aux contrôles aux frontières intérieures, selon les modalités présentées ci-avant.

Ces modalités, en ce qu'elles veillent à ce que les intérêts de chaque État membre soient préservés et invitent à la coordination entre les États membres, peuvent également se lire

⁵⁸ Art. 80 T.F.U.E. Voy. aussi P. BERTHELET, « Les conséquences des crises migratoires de 2011 et de 2015, une solidarité européenne encore très imparfaite », *C.D.E.*, 2018, p. 395 ; D. THYM et L. TSOURDI, « Les dimensions constitutionnelle et opérationnelle de la solidarité dans les politiques d'asile et de contrôle des frontières » in R. COMAN, L. FROMONT et A. WEYEMBERGH (dir.), *Les solidarités européennes : entre enjeux, tensions et reconfigurations*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 35. Diverses mesures ont également été adoptées afin de diminuer les flux de demandeurs d'asile en amont, dont la controversée déclaration entre l'Union européenne et la Turquie.

⁵⁹ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624, *J.O.*, n° L295, 14 novembre 2019, p. 1.

⁶⁰ Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015, *J.O.*, n° L 248, 24 septembre 2015, p. 80 et décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015, *J.O.*, n° L 239, 15 septembre 2015, p. 145.

⁶¹ C.J.U.E., 6 septembre 2017, *République Slovaque et Hongrie c. Conseil*, aff. jointes C-643/15 et C-647/15, *EU:C:2017:631*, obs. J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2018, p. 104, nos 30-32 ; H. LABAYLE in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2017. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 611 ; F. VAN DER MENSBRUGGHE, « Crise migratoire : entre solidarité et minimalisme », *Rev. Dr. Ulg*, 2018, p.121. Voy. aussi C.J.U.E., 2 avril 2020, *Commission c. Pologne, Hongrie et République tchèque*, aff. jointes C-715/17, C-718/17 et C-719/17, *EU:C:2020:257*.

⁶² COM(2016)120final, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil. Revenir à l'esprit de Schengen - Feuille de route*, 4 mars 2016.

⁶³ Art. 168 T.F.U.E.

comme une concrétisation de l'exigence d'une mise en œuvre solidaire de l'acquis, rappelée dès le premier paragraphe des lignes directrices de la Commission⁶⁴. Le principe de solidarité est donc, à nouveau, avancé face à la réintroduction de contrôles aux frontières intérieures. Les implications potentielles de cette approche sur les évolutions futures de l'espace Schengen sont abordées ci-après.

2.2. Les contrôles aux frontières intérieures, instruments de gestion des crises ?

La crise sanitaire confirme la tendance des États membres à réintroduire des contrôles à leurs frontières intérieures en temps de crise. Il y va, certainement, du caractère hautement symbolique des frontières, que les États membres mobilisent pour affirmer leur souveraineté dans une tentative de rassurer leur population sur leurs capacités à la protéger⁶⁵. Mais il y va aussi de la nature spécifique de la construction européenne. Il revient aux États membres de mettre en œuvre l'acquis en matière d'asile et d'immigration, ce qui peut susciter une réintroduction des contrôles aux frontières intérieures en cas de défaillances à la frontière extérieure, comme ce fut le cas lors de la « crise des réfugiés ». Il revient également aux États membres d'adopter les mesures nécessaires à la protection de la santé, domaine dans lequel l'Union ne dispose que d'une compétence d'appui. Il n'est dès lors pas étonnant que les États membres aient adopté des mesures diverses pour lutter contre le virus, en imposant un confinement plus ou moins strict et étendu, ce qui a en retour participé à justifier l'introduction de contrôles aux frontières intérieures.

Face à cela, l'adoption de lignes directrices peut se lire comme un exemple du caractère « expérimental » de la gouvernance européenne. Le concept de « gouvernance expérimentale » a été développé pour qualifier la gouvernance par l'Union dans divers domaines, notamment en matière environnementale⁶⁶. La « gouvernance expérimentale » a été définie comme un mode de gouvernement favorisant l'édiction d'objectifs généraux qu'il revient aux autorités locales de mettre en œuvre en les adaptant aux spécificités du contexte dans lequel elles opèrent. Ces autorités doivent, ensuite, rendre des comptes et leurs résultats concrets seront évalués en les comparant avec ceux obtenus par d'autres autorités locales.

Appliquer la notion de « gouvernance expérimentale » pour décrire les développements au sein de l'espace Schengen présente un double avantage. Premièrement, cela met en lumière la marge d'appréciation dont disposent les États membres lorsqu'il s'agit de réintroduire des contrôles aux frontières intérieures. Loin d'être nécessairement problématique, la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures apparaît alors comme partie intégrante de l'arsenal de mesures à disposition des États membres et de l'Union pour réagir

⁶⁴ Le Parlement européen fait également abondamment référence au principe de solidarité dans sa résolution appelant à une gestion européenne coordonnée de la crise sanitaire (Résolution 2020/2616, RSP, du Parlement européen du 17 avril 2020 sur une action coordonnée de l'Union pour combattre la pandémie de COVID-19 et ses conséquences, en particulier les points 3 à 5).

⁶⁵ En ce sens, voy. notamment D. THYM, *op. cit.*

⁶⁶ C. SABEL et J. ZEITLIN, *op. cit.*

adéquatement face aux crises. Deuxièmement, cela souligne la nécessité d'adopter des indicateurs et mécanismes de contrôle, permettant d'évaluer la manière dont les objectifs généraux fixés par les institutions lorsqu'ils s'agit de mettre en œuvre les contrôles aux frontières, dont la solidarité, ont effectivement été mis en œuvre par les États membres.

Il reste à espérer que, lorsque la propagation du virus sera sous contrôle, pareille évaluation aura lieu. Elle pourrait alors participer à préciser l'exigence d'une mise en œuvre solidaire de l'acquis, qui demeure vague et controversée à ce stade⁶⁷. À l'inverse des lignes directrices de la Commission, la recommandation du Conseil s'abstient, d'ailleurs, de toute référence explicite au principe de solidarité.

3. Conclusion

La crise sanitaire a conduit les États membres à adopter des mesures inédites, en ce compris la réintroduction de contrôles aux frontières intérieures de l'Union. En réaction, et afin de garantir une certaine cohérence de l'action européenne, des lignes directrices ont été adoptées par la Commission européenne. Non contraignantes, ces dernières ont en commun de guider la mise en œuvre de l'acquis Schengen, en apportant des précisions permettant d'opérationnaliser l'exigence de proportionnalité face à la crise sanitaire. Elles se réfèrent, pour cela, à l'exigence générale d'une mise en œuvre solidaire de l'acquis.

Ce faisant, les lignes directrices paraissent confirmer les dynamiques institutionnelles de l'espace Schengen, telles qu'elles transparaissent déjà des suites de la « crise des réfugiés ». Les États membres sont soucieux de garder une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de réintroduire des contrôles à leurs frontières. Les institutions européennes cherchent à encadrer cette marge d'appréciation au-delà de l'exigence de proportionnalité stricte telle que consacrée par les dispositions pertinentes du Code frontières Schengen, en faisant appel au principe d'une mise en œuvre solidaire de l'acquis. Les pourtours exacts et concrets de ce qu'implique une mise en œuvre solidaire de l'acquis demeurent, toutefois, encore à préciser. Lorsqu'il a ultérieurement adopté une recommandation fixant les seuils de contaminations à partir desquels les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation, le Conseil s'est d'ailleurs gardé de toute référence explicite du principe de solidarité. On peut y lire, sans doute, une expression supplémentaire des controverses relatives à son contenu et implications concrètes.

⁶⁷ Le principe de solidarité a, par exemple, été invoqué pour appeler à la relocalisation de demandeurs d'asile de Grèce vers d'autres États membres, au motif que les conditions de vie particulièrement difficiles dans les camps grecs y favoriseraient la circulation du virus (L. TSOURDI, « COVID-19, Asylum in the EU, and the Great Expectations of Solidarity », *I.J.R.L.*, 2020, vol. 32, n° 2, p. 374).