



HAL
open science

FRONTEX: ENTRE COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE AU NIVEAU DES ÉTATS MEMBRES ET MÉTHODE COMMUNAUTAIRE

Theodoros Katsoufros

► **To cite this version:**

Theodoros Katsoufros. FRONTEX: ENTRE COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE AU NIVEAU DES ÉTATS MEMBRES ET MÉTHODE COMMUNAUTAIRE. Mosella : revue du Centre d'études géographiques de Metz, 2010, Actes du colloque Frontières et Aménagement, 32 (1-4). hal-03053237

HAL Id: hal-03053237

<https://hal.univ-lorraine.fr/hal-03053237>

Submitted on 10 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

FRONTEX: ENTRE COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE AU NIVEAU DES ÉTATS MEMBRES ET MÉTHODE COMMUNAUTAIRE

Theodoros KATSOUFROS

Fonctionnaire à la Cour de justice des Communautés européennes*

(N.B. ce texte n'engage que son auteur)

RÉSUMÉ :

FRONTEX: ENTRE COOPÉRATION INTERGOUVERNEMENTALE AU NIVEAU DES ÉTATS MEMBRES ET MÉTHODE COMMUNAUTAIRE

Avec la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures entre les États membres, on assiste à l'émergence d'une politique commune de gestion intégrée des frontières extérieures. Dans ce contexte, cette politique communautarisée est devenue une réalité et la création de l'agence européenne FRONTEX apporte une réponse adéquate aux défis posés par le phénomène de l'immigration clandestine que connaît actuellement l'UE. Ayant comme base juridique le règlement 2007/2004 du Conseil, modifié par le règlement 863/2007 du Conseil, FRONTEX est une institution trans-piliers dont la mission consiste à la coordination de la coopération opérationnelle entre les États membres. Le règlement FRONTEX constitue un développement de l'acquis Schengen. Si la responsabilité des contrôles aux frontières extérieures relève des États membres, FRONTEX se focalise sur la lutte contre l'immigration clandestine et le trafic des êtres humains, notamment aux frontières maritimes méridionales. C'est ainsi que les pouvoirs exécutifs de FRONTEX touchent directement au droit de la mer ainsi qu'aux libertés individuelles. En effet, dans plusieurs cas où les navires des États membres interceptent des immigrants en mer ou prennent des mesures de recherche et de sauvetage lors des opérations menées en commun dans des zones maritimes sous la souveraineté ou la juridiction des États membres ou en haute mer ou dans les eaux d'autres pays, le respect du principe de non refoulement implique des obligations imposées par les ordres juridiques international et communautaire. Le traitement des réfugiés et des immigrants interceptés en mer reste une question à répondre tant que les mesures prises au niveau national et/ou communautaire rendent difficile le plein respect des droits de l'homme et du régime juridique concernant l'identification des réfugiés. Ce rapport cherche à mettre en évidence le rôle et les limites des compétences de FRONTEX tout en gardant à l'esprit que la Convention sur le droit de la mer et les droits fondamentaux sont des sources principales de la gestion intégrée des frontières extérieures de l'UE. En conclusion, la création de l'agence européenne FRONTEX peut être qualifiée d'une étape importante et innovatrice vers la construction de cette politique communautaire concernant la gestion intégrée des frontières extérieures de l'UE.

Mots-clés : *FRONTEX, frontière maritime, immigrants clandestins, droit de la mer, droits fondamentaux, coopération intergouvernementale, compétences communautaires*

ABSTRACT:**FRONTEX: BETWEEN INTERGOVERNMENTAL COOPERATION AT THE STATE LEVEL AND THE COMMUNITY METHOD**

With the establishment of an area of freedom, security and justice without internal borders between the EU's member states, the issue of an external borders integrated management has become crucial. In this context, the field of external borders has experienced a progressive communitarisation, the creation of the European Agency FRONTEX bringing an adequate institutional response to the challenges posed by the phenomenon of illegal immigration through the common external borders. Based on Council Regulation No 2007/2004, as amended by Council Regulation No 863/2007, FRONTEX is an EU first pillar institutional mechanism aiming at the coordination of the operational cooperation between national border related forces. The FRONTEX regulation is considered to be a further development of the Schengen acquits. While the responsibility for the control of external borders still lies within the member states, FRONTEX is invested with a mission focused on tackling illegal immigration and trafficking in human beings, in particular in the very sensitive southern maritime borders which constitute one of the main targets addressed by the Agency. Thus, FRONTEX executive powers clearly impact on the Law of the Sea and individual freedoms matters. In fact, obligations flow from the respect of the principle of non-refoulement in many situations where member states' vessels implement interception or research and rescue measures when engaged in joint operations taking place within sea zones coming on the member states' sovereignty or jurisdiction or the high sea or within the waters of third countries. Within this framework, the treatment of refugees and immigrants who are intercepted on their way to the EU remains a question to be answered as far as measures taken at a national and/or Community level make full respect of human rights and a case-by-case assessment for refugee status difficult. This paper seeks to illustrate the role and limits of FRONTEX's competences while keeping in mind that the Law of the Sea Convention and Fundamental Rights are the core sources of any EU external borders management. In conclusion, the creation of the European Agency FRONTEX can surely be regarded as an important and innovative step towards the construction of an EU external borders integrated management policy.

Keywords: FRONTEX, maritime boundary, illegal immigration, Law of the Sea Convention, Fundamental Rights, intergovernmental cooperation, Community competence

ZUSAMMENFASSUNG:**FRONTEX : ZWISCHEN MULTILATERALER REGIERUNGSKOOPERATION UND GEMEINSCHAFTS-METHODE**

Mit der Schaffung eines Raums des freien Personen- und Warenverkehrs zwischen den EU-Mitgliedsstaaten sowie eines gemeinsamen Rechtsraums ist auch die Etablierung eines gemeinsamen und integrierten Managements der EU-Außengrenzen verbunden. In diesem Zusammenhang entstand die gemeinsame Grenzagentur FRONTEX, die sich vor allem dem Problem der illegalen Zuwanderung und des Menschenhandels widmet. Während die terrestrischen Außengrenzen von den jeweiligen Mitgliedsstaaten überwacht werden, konzentriert sich FRONTEX auf die maritimen Grenzen im Mittelmeer. Dabei berührt die Arbeit von FRONTEX etwa in der Frage des Umgangs mit Bootsflüchtlingen sowohl das Seerecht als auch individuelle Grundrechte und stellt einen Versuch dar, die verschiedenen internationalen und nationalen Rechtssysteme in einer gemeinsamen Grenzpolitik zu integrieren.

Schlüsselbegriffe: FRONTEX, maritimen Grenzen, illegale Zuwanderung, Seerecht, individuellen Grundrechte, multilateraler Regierungskooperation, Gemeinschaftskompetenz

Inscrire l'Agence européenne FRONTEX (ci-après: Agence ou FRONTEX) parmi les thèmes d'un colloque consacré aux frontières et à l'aménagement peut, de prime abord, paraître surprenant. Or, il n'en est rien, l'Agence, qui vise à coordonner la coopération opérationnelle entre les États membres de l'Union européenne (ci-après: Union ou UE) aux contrôles de leurs frontières extérieures, étant, d'une part, dotée de compétences directement liées à la notion de frontière, notamment maritime et, d'autre part, chargée de l'aménagement d'un espace à la destinée et aux intérêts communs qui ne sauraient être réalisés que par une planification concertée et l'harmonisation de l'action individuelle de chaque État membre.

Si l'UE ne possède pas de territoire qui lui soit propre, la question territoriale, posée en termes de territoire, frontière ou espace, est loin d'être étrangère au droit communautaire¹ et à la réalité des choses². La notion générique d'espace communautaire (voir infra point 4) implique son identification, celle-ci recouvrant en fait un éventail d'espaces fonctionnels (tel l'espace économique européen, l'espace Schengen ou l'espace audiovisuel européen), dont la multiplication est devenue monnaie courante. Mise à part la discussion portant sur leur définition³, ces espaces multiples sont également porteurs d'un concept communautaire d'aménagement qui comprend en soi un certain degré de planification ainsi que des mécanismes et des instruments opérationnels.

À propos de la construction européenne, en passant du marché commun au marché intérieur, l'UE s'est progressivement dotée d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Est d'abord né, sous forme conventionnelle⁴, l'acquis de Schengen⁵, intégré par la suite dans le premier pilier de l'Union⁶ (d'après la méthode dite communautaire). La gestion des frontières extérieures constitue la pierre angulaire de l'évolution de l'UE vers cet espace commun et l'une des composantes essentielles de la politique commune en matière de migration et d'asile. Or, cette politique progressivement communautarisée s'esquisse à la fois dans le sens de l'ouverture (libre circulation des personnes à l'intérieur de la Communauté)⁷ et de la fermeture (contrôle et surveillance des frontières extérieures)⁸. Selon l'article 61 du traité CE, le Conseil adopte à cet égard des mesures visant à assurer la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures d'accompagnement concernant les contrôles aux frontières extérieures. Entre les États qui font partie de la zone

¹ «En l'absence, dans le traité, de définition plus précise du territoire qui relève de la souveraineté de chaque État membre, il appartient à chacun des États membres de déterminer l'extension et les limites de ce territoire, en conformité avec les règles du droit international public» (arrêt de la Cour de justice du 29 mars 2007 dans l'affaire C-111/05, recueil de la jurisprudence de la Cour de justice, 2007, p. I-2697, point 54. La jurisprudence communautaire est également accessible en ligne: <http://www.curia.europa.eu>).

² Se reporter notamment à l'article de F. FINES «Quel territoire pour les États membres de la Communauté européenne dans un espace sans frontières intérieures?», *Annuaire de droit européen*, vol. 2 (2006), p. 9-30.

³ Vu que leurs champs d'application ne se recoupent pas forcément, il est permis de se demander si la Communauté européenne ne se caractériserait pas par sa «multiterritorialité», comme l'envisage F. FINES (op. cit., p. 25).

⁴ Devant l'impossibilité d'aboutir à un accord au sein de la Communauté européenne sur la suppression des contrôles frontaliers aux fins de la libre circulation des personnes, l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas ont décidé, en 1985, de créer entre eux un territoire sans frontières, l'espace Schengen, qui s'est peu à peu étendu à tous les États membres (à l'exception du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni), ainsi qu'à trois États tiers (l'Islande, la Norvège et la Suisse).

⁵ Pour la définition de l'acquis de Schengen, voir décision 1999/435/CE du Conseil, du 20 mai 1999 (JOCE L 176 de 1999, p. 1).

⁶ Un protocole, annexé au traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1er mai 1999 (ci-après: traité CE), a permis l'intégration des avancées apportées par Schengen dans l'UE. Ainsi, Schengen ayant rejoint le cadre juridique et institutionnel de l'Union, il est désormais soumis à un contrôle parlementaire et juridictionnel (voir infra note n° 27 à propos de l'affaire C-77/05).

⁷ Comme une Union sans cesse plus étroite se bâtit à partir du développement des échanges et des liens intracommunautaires, et donc transfrontaliers, les territoires des États membres deviennent des espaces ouverts, et non plus fermés ou clos sur eux-mêmes, faisant l'objet d'un décloisonnement territorial (voir F. FINES, op. cit., p. 13 et 14).

⁸ Voir en ce sens, J.-L. DEWOST, «L'application territoriale du droit communautaire: disparition et résurgence de la notion de frontière» dans *La Frontière. Actes du XIIIème colloque de la société française pour le droit international*, Paris, éditions Pedone, 1980, p. 253-267.

Schengen, les frontières se réduisent en de simples limites administratives que les personnes franchissent sans contrôle⁹. En revanche, les frontières extérieures de l'UE ayant gardé leur vocation initiale, le renforcement des contrôles pour les ressortissants des pays tiers qui franchissent les frontières communes en devient une condition nécessaire et préalable.

Avec la communautarisation rampante de la gestion des frontières extérieures de l'Union et la création de FRONTEX en 2004, on assiste à l'émergence d'un nouvel espace fonctionnel à forte dimension maritime, circonscrit selon l'action qui s'y développe et dont l'aménagement relèverait, en fonction du degré de communautarisation, de la compétence communautaire. Ainsi, sur la base des principes de solidarité, de confiance mutuelle et de coresponsabilité entre les États membres, des mesures dites de «première génération», interdépendantes et inséparables les unes des autres, axées sur a) un corpus commun de législation (par une consolidation des textes dans le code frontières Schengen), b) un mécanisme commun de coordination et de coopération opérationnelle (par la création de FRONTEX) et c) un partage équitable des charges y afférentes entre les États membres et la Communauté (par la création d'un Fonds de solidarité), ont été adoptées pendant la période 2004-2007. S'agissant d'un processus dynamique à mettre en œuvre par étapes, d'autres mesures de «seconde génération» sont élaborées, l'accent étant mis sur la gestion des frontières maritimes méridionales, dans le contexte plus large du livre vert sur la future politique maritime de l'UE¹⁰. Ces mesures doivent reposer en particulier sur le droit international (droit de la mer et droit maritime), dans le respect des droits fondamentaux.

En effet, l'observation empirique des faits et des tendances migratoires montre que la voie maritime est, depuis plusieurs années, très convoitée et fragilisée. L'UE se trouve de plus en plus confrontée à des difficultés majeures dues à la nature du phénomène des flux migratoires qui se déplacent, par rapport aux mesures préventives ou répressives ciblées que l'Union est amenée à planifier, sur d'autres tronçons de l'espace maritime commun. Organiser et réaliser des opérations de contrôle et de surveillance permanentes aux frontières maritimes devient ainsi un impératif¹¹. Malgré les réticences des États membres à appliquer la méthode communautaire et à s'entendre sur la façon de procéder dans un domaine tellement sensible et aussi proche de la souveraineté que celui des frontières maritimes, c'est le travail d'équipe et les synergies créées entre eux qui déterminent au fond le succès des opérations conjointes de recherche, d'interception, de sauvetage ou encore des procédures d'identification des illégaux en mer.

L'action de l'Agence, située entre la méthode communautaire et la coopération intergouvernementale¹² et centrée, notamment, sur l'immigration «clandestine» par mer, s'avère être un problème «interétatique», «transfrontalier» et/ou «transnational» par excellence¹³. Ses activités vont de pair avec un «aménagement» spatial concerté qui

⁹ À juste titre, M. COMELLI, E. GRECO et N. TOCCI soulignent: «*European integration has been about free circulation between Member States, and thus about loosening intra-Community borders*» («*From Boundary to Borderland: Transforming the Meaning of Borders through the European Neighbourhood Policy*», *European Foreign Affairs Review*, 2007, p. 203-218, p. 205).

¹⁰ Livre vert, Vers une politique maritime de l'Union: une vision européenne des océans et des mers [Commission européenne, document COM (2006) 275 final du 7.6.2006].

¹¹ L'étude de faisabilité intitulée «MEDSEA», présentée par FRONTEX le 14 juillet 2006 et partiellement publiée, sous forme de résumé, comme annexe 8 du document de travail «*Examining the creation of a European Border Surveillance System (EUROSUR)*» de la Commission européenne [SEC (2008) 151 du 13.2.2008], souligne la nécessité de créer un réseau de patrouilles côtières permanentes aux frontières extérieures méridionales.

¹² Il n'y a pas lieu de s'étonner du système inter- ou trans-piliers, la construction communautaire, à rebours du principe d'exclusivité, aboutissant à la superposition des pouvoirs communautaire et étatiques sur un même espace.

¹³ O. TAMBOU établit la distinction entre a) espaces interétatiques regroupant plusieurs États tiers voisins et l'ensemble ou certains États membres (comme l'espace euroméditerranéen), b) espaces transnationaux regroupant des régions de plusieurs États tiers voisins (comme le volet externe de l'initiative communautaire Interreg), et c) espaces transfrontaliers visant la coopération entre entités voisines de part et d'autre de la frontière interne ou externe de l'UE [«L'aménagement aux frontières externes de l'Union européenne» dans *Les instruments juridiques de l'aménagement du territoire de l'Union européenne* (sous la direction de D. CHARLES-LE BIHAN), Rennes, éditions PUR, 2004, p. 111-132, notamment p. 113 et s.]

garantisse un niveau élevé et uniforme de contrôle et de surveillance. La mission coordinatrice de FRONTEX concerne en réalité la rationalisation des activités que les États membres mènent dans les eaux relevant de leur souveraineté ou de leur juridiction ainsi que dans les eaux internationales, et porte sur la convergence des systèmes nationaux, dans le respect de la légalité tant internationale que communautaire. En définitive, il y a lieu, selon cette même logique d'espaces fonctionnels, de faire état, sur la base de nos développements, d'un concept émergent d'espace FRONTEX comportant un sous-espace maritime¹⁴, dont une branche importante serait la frontière maritime méridionale.

1. - LES PRÉMICES DE LA CRÉATION DE FRONTEX

1.1. - L'agencification institutionnelle de l'UE

Depuis quelques années, le recours aux agences européennes fait partie du mode de fonctionnement de l'UE¹⁵. On assiste à une véritable agencification du système de gouvernance et de pratique institutionnelle de l'Union et de la Communauté européennes, qui compte actuellement pas moins de 29 agences appartenant à la catégorie appelée «de régulation»¹⁶. FRONTEX s'inscrit, avec d'autres agences relevant de l'espace liberté, sécurité et justice¹⁷, dans cette même catégorie. Une agence européenne de régulation peut être définie comme une entité juridique autonome créée par le législateur communautaire pour participer à la régulation d'un secteur à l'échelle européenne et à la mise en œuvre d'une politique communautaire¹⁸, financée, en grande partie, par le budget de l'UE. Chaque agence est fondée sur un règlement sectoriel différent et son mandat est déterminé dans sa propre base juridique. Quant à la politique maritime communautaire, elle est administrée par quatre agences sectorielles: FRONTEX, l'Agence européenne de sécurité maritime, l'Agence communautaire de contrôle des pêches et l'Agence européenne de défense. Dotées de missions dans les domaines touchant la mer, elles pourraient apparaître comme des précurseurs d'une coordination plus étendue et structurée dans le cadre de cette politique maritime, dont l'étape suivante serait la création d'une entité transpiliers à même de coordonner efficacement des opérations maritimes de maintien de l'ordre et de faire face aux nouvelles menaces venant de la mer.

¹⁴ Si la tendance semble être à la création d'un espace maritime commun de l'Union européenne, régi par des règles communes (livre vert précité, supra note n° 10, p. 45), on trouve l'ébauche d'un sous-espace maritime dans le document de travail de la Commission précité (voir supra note n° 11), dans le cadre du système européen de surveillance, qui donne une définition communautaire des eaux maritimes qui devraient être couvertes par le système, à savoir les eaux côtières, paradoxalement «*not based on any legal definition of sea areas*», et la haute mer (p. 79 et 80 du document).

¹⁵ Pour une analyse exhaustive du phénomène, voir l'ouvrage collectif *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm of European Governance* (sous la direction de D. GERARDIN, R. MUÑOZ et N. PETIT), Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005.

¹⁶ Voir la communication de la Commission COM (2008) 135 final du 11.3.2008, p. 3, note en bas de page n° 1.

¹⁷ Aux côtés de l'Agence européenne pour la reconstruction (EAR), de l'Agence communautaire pour le contrôle des pêches (CFCA), de l'Organe de coopération judiciaire européenne (EUROJUST), de l'Office européen de police (EUROPOL) et du Collège européen de police (CEPOL), selon le document COM (2008) 135 final susmentionné, p. 8.

¹⁸ Voir la communication de la Commission COM (2006) 724 final du 4.12.2006, p. 4.

1.2. - La genèse de FRONTEX

Les bases d'une politique commune en matière de gestion intégrée des frontières extérieures de l'UE ont été mises en place avec l'apparition de FRONTEX¹⁹. Dans une communication du 7 mai 2002 intitulée «Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne»²⁰, la Commission européenne avait préconisé l'instauration d'un mécanisme commun de concertation et de coopération opérationnelle. Les réticences de certains États membres ont amené le Conseil à adopter une approche plus prudente dans son «Plan pour la gestion intégrée des frontières extérieures», avec la création d'une instance commune des praticiens des frontières extérieures chargée de la gestion de la coopération opérationnelle²¹. En 2003, la présidence grecque a conclu, en se fondant sur un rapport d'évaluation²², que l'absence d'un mécanisme de surveillance se faisait cruellement sentir et a donc appelé à examiner la nécessité d'une nouvelle structure institutionnelle de coordination. Sur invitation du Conseil européen de Thessalonique²³, la Commission a soumis une proposition de règlement portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures²⁴. Le 26 octobre 2004, le Conseil a adopté le règlement 2007/2004 portant création de l'Agence²⁵. FRONTEX est devenu opérationnel en 2005. Bien que les missions qui lui ont été confiées ne fassent que reprendre pour l'essentiel celles dévolues à l'instance commune, il est certain que FRONTEX représente un pas décisif sur la voie de la gestion intégrée des frontières extérieures²⁶.

2. - LA COMMUNAUTARISATION DE LA GESTION DES FRONTIÈRES EXTÉRIEURES PAR LA CRÉATION DE FRONTEX

2.1. - La communautarisation de la base juridique du règlement FRONTEX

FRONTEX a été créé sur la base juridique des articles 62 et 66 du traité CE. Il est, en conséquence, soumis au contrôle juridictionnel du juge communautaire²⁷. Le règlement

¹⁹ Pour une vue d'ensemble du cadre juridique de l'Agence, voir A. FISCHER-LESCANO et T. TOHIDIPUR, «Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2007, vol. 67, n° 4, p. 1219-1276.

²⁰ Communication de la Commission du 7 mai 2002, document COM (2002) 233 final, p. 14.

²¹ Document 10019/02 du Conseil du 14 juin 2002.

²² Rapport sur la mise en œuvre des programmes, des centres ad hoc, des projets pilotes et des opérations conjointes, document 10058/1/03 REV 1 FRONT 70 COMIX 354, du 11 juin 2003, non publié.

²³ Considérant qu'il était dans l'intérêt commun de l'ensemble des États membres de l'UE d'instaurer une gestion plus efficace de leurs frontières extérieures, le Conseil a invité la Commission à examiner s'il était «nécessaire de créer de nouveaux mécanismes institutionnels, y compris la création éventuelle d'une structure opérationnelle communautaire» (Conseil européen de Thessalonique, 19 et 20 juin 2003, conclusions de la présidence, document 11638/03, points 12 et 14).

²⁴ Document COM (2003) 687 final du 11.11.2003.

²⁵ Publié dans le JOUE L 349 de 2004, p. 1.

²⁶ Dans son rapport d'information déposé devant la délégation de l'Assemblée nationale française, sur la création de l'Agence, le député T. Mariani a fait état d'une «avancée bien venue» (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i1477.asp>).

²⁷ Suite à un recours que le Royaume-Uni a formé contre le Conseil pour le refus de ce dernier d'autoriser l'État membre requérant à participer à l'adoption du règlement FRONTEX au motif qu'il constituait une mesure de développement de l'acquis de Schengen auquel cet État membre ne faisait pas partie, la Cour de justice a dit (arrêt du 18 décembre 2007 dans l'affaire C-77/05) que, dès lors que le Royaume-Uni n'a pas souscrit à cet acquis, c'est à bon droit que le Conseil lui a refusé le droit de participer à l'adoption du règlement. La question au cœur de l'arrêt porte sur le degré d'engagement des États dans le cadre de l'acquis de Schengen. À la base du raisonnement du juge communautaire, le

portant création de FRONTEX est considéré comme constituant un développement de l'acquis de Schengen (voir le vingt-cinquième considérant du règlement FRONTEX ainsi que l'arrêt dans l'affaire C-77/05). FRONTEX, en tant qu'organisme communautaire doté de la personnalité juridique, jouit d'une autonomie juridique, administrative et financière (voir le quatorzième considérant ainsi que l'article 15 du règlement 2007/2004).

2.2. - La communautarisation de l'objectif et des tâches de FRONTEX

L'objectif principal de FRONTEX est d'améliorer la gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union (voir article 1 § 1 du règlement FRONTEX).

Quant à ses tâches, en ce qui concerne ses relations avec les États membres, si la responsabilité du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures incombe à tous les États membres (en vertu du troisième pilier, à savoir la coopération intergouvernementale), il n'en reste pas moins que ceux-ci s'abstiennent de toute activité susceptible de compromettre le fonctionnement de l'Agence ou la réalisation de ses objectifs et l'informent des activités opérationnelles menées en dehors du cadre communautaire, FRONTEX disposant de la sorte d'un droit de regard (voir article 2 § 2, deuxième alinéa, du même règlement). Pour ce qui est des activités trans-piliers, l'Agence coordonne la coopération opérationnelle entre les États membres en la matière et leur prête assistance pour la formation des gardes-frontières nationaux (voir article 2 § 1 du même règlement). Elle les assiste aussi lorsqu'ils sont confrontés à des situations exigeant un appui opérationnel et technique renforcé (voir article 8 du même règlement). Elle coordonne en outre la coopération opérationnelle entre États membres en matière d'éloignement de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans leur territoire (voir article 9 du même règlement). En matière d'opérations conjointes et de projets pilotes, FRONTEX prépare des analyses des risques à la fois générales et spécifiques afin d'évaluer l'immigration clandestine au niveau de la Communauté ou localement (voir article 4 du même règlement). FRONTEX établit et gère un inventaire centralisé des équipements techniques de contrôle et de surveillance appartenant aux États membres que ceux-ci sont prêts à mettre volontairement et temporairement à la disposition d'autres États membres qui en auraient fait la demande (voir article 7 du même règlement). Enfin, FRONTEX peut prendre les mesures nécessaires pour faciliter l'échange avec les États membres d'informations qui lui sont utiles pour l'exécution de ses tâches (voir article 11 du même règlement).

La gestion des flux de migration vers l'Europe ne pouvant pas se percevoir uniquement à travers de mesures répressives sur le territoire maritime de l'Union, cette politique implique également une action préventive associant des partenaires extérieurs, puisque le «théâtre» des opérations FRONTEX se construit aussi par rapport à ces derniers²⁸. Cela signifie pour la Communauté européenne intervenir en aval, au-delà de ses frontières extérieures, dans le but de prévenir le passage de ces mêmes frontières par des migrants non désirés. À cette fin, l'article 14 du règlement FRONTEX dispose que l'Agence peut coopérer avec les pays tiers et les organisations internationales concernées (Haut commissariat aux réfugiés des Nations unies, Organisation internationale pour les migrations) dans le cadre d'accords de travail. En vertu de l'article 13 du règlement FRONTEX, l'Agence facilite la coopération opérationnelle entre les États membres et les pays tiers concernés.

Les tâches de FRONTEX ont été étendues au cours des trois années qui se sont écoulées depuis sa création. Le règlement dit RABIT²⁹, en modifiant le règlement FRONTEX, marque

règlement constitue en réalité un développement de cet acquis communautarisé. Par sa prise de position, la Cour de justice se porte garante de l'intégrité et de la cohérence des mesures visant à la coopération renforcée pour la mise en œuvre des contrôles aux frontières extérieures, dont la légalité est soumise à sa juridiction.

²⁸ M. LAHLOU parle de l'externalisation de la gestion des flux migratoires au-delà des frontières extérieures de l'Europe [«Externalisation, politiques migratoires au sud et état de droit» dans *Mondialisation, migration et droits de l'homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté* (sous la direction de M.-C. CALOZ-TSCHOPP et P. DASEN), Bruxelles, éditions Bruylant, 2007, vol. I, p. 611-646, p. 615 et s.]

²⁹ Règlement 863/2007, du 11 juillet 2007, instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement FRONTEX (JOUE L 199 de 2007, p. 30).

une nouvelle étape vers la gestion intégrée des frontières extérieures. Il établit un mécanisme visant à fournir, pour une durée limitée, une assistance opérationnelle rapide, sous la forme d'équipes d'intervention rapide aux frontières, à un État membre demandeur en cas d'arrivée d'un grand nombre de ressortissants de pays tiers tendant d'entrer clandestinement sur son territoire (voir article premier du règlement RABIT). L'idée de venir en aide aux États membres confrontés à des situations de crise est une manifestation de la solidarité européenne. Ainsi, chaque État membre devrait mettre à la disposition de FRONTEX un certain nombre de gardes-frontières en vue de constituer une sorte de réserve, au sein de laquelle FRONTEX pourrait puiser du personnel. FRONTEX détermine la composition des équipes d'intervention rapide (voir article 4 du règlement RABIT). En 2007, FRONTEX s'est connecté à l'ICONet, réseau sécurisé, afin de pouvoir échanger des informations avec les États membres concernant les analyses de risques, la préparation d'opérations conjointes et les retours. Un inventaire central des équipements techniques disponibles (CRATE) a été créé, comme le prévoit l'article 7 du règlement FRONTEX. À l'heure actuelle, la base CRATE n'est qu'un dossier virtuel qui aidera FRONTEX à mieux planifier ses opérations, les États membres étant ceux qui décident d'utiliser ou non les moyens figurant sur cette liste. Il est vrai qu'il s'agit le plus souvent de moyens très onéreux que l'Agence n'est pas en mesure d'acheter. C'est la raison pour laquelle FRONTEX a conclu, avec la majorité des États membres, des accords techniques sur les conditions d'utilisation de l'équipement mis à sa disposition³⁰.

2.3. - La communautarisation du financement de FRONTEX

L'importance grandissante de l'Agence se ressent à la fois en termes de budget et de personnel. Ses ressources financières, de 6 millions d'euros en 2005 et de 16 millions en 2007, sont passées à presque 35 millions en 2007 et il est prévu de les augmenter à 70 millions euros pour 2008. Parallèlement, son personnel a quasiment doublé en deux ans. Aujourd'hui, elle emploie environ 150 personnes. La création d'un fonds européen pour les frontières extérieures dans le cadre du programme «Solidarité et gestion des flux migratoires» traduit l'expression du principe de solidarité par des aides financières accordées aux États membres qui appliquent les dispositions de Schengen concernant les frontières extérieures³¹.

3. - LA NOTION DES FRONTIÈRES MARITIMES DE L'UE

Si la frontière terrestre est une notion relativement simple, la frontière maritime, elle, est beaucoup plus fluide, parce que moins directement liée au territoire qui a pour corollaire la pleine souveraineté étatique. On peut soutenir valablement que la frontière maritime indique la limite en deçà de laquelle l'État côtier exerce ses compétences échelonnées, fragmentées, encore que substantielles, et où d'autres compétences que les siennes peuvent être exercées par des États tiers³².

Sur le plan communautaire, aux difficultés de définir avec précision un territoire maritime ou des eaux communautaires s'ajoutent celles concernant la répartition des compétences pour les activités menées en mer. Il a été justement soutenu que, sous l'appellation générale d'espace(s) maritime(s) communautaire(s) «se dissimule une infinie variété de zones

³⁰ Voir intervention orale du commissaire J. BARROT devant le Parlement européen lors de sa session du 17 juin 2008 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20080617>).

³¹ Décision 574/2007/CE, du 23 mai 2007, portant création du fonds (JOUE L 144 de 2007, p. 22).

³² Voir Y. van der MENSBRUGGHE, «Les frontières maritimes de la CEE (observations à propos de la directive 84/631 sur les transferts transfrontaliers de déchets dangereux)», Revue du Marché Commun, n° 328, juin 1989, p. 360-373, p. 362.

maritimes, diverses à la fois dans leur nature et leur étendue»³³. Si la nouvelle formule «espace maritime commun de l'Union» tend à accréditer l'idée que l'Union a vocation à engendrer une zone maritime qu'il lui serait propre, dans l'état actuel des choses, il conviendrait de prendre cette expression comme signifiant que la future politique maritime intégrée pourrait d'abord se traduire par la communautarisation des espaces maritimes des États membres à travers une forme de mise en commun aux fins de la sécurité, de la sûreté et de la sauvegarde maritimes³⁴. L'idée de base consiste à faire des espaces nationaux tronqués des espaces liés, ce qui entraîne forcément la mise en place d'une certaine organisation et d'une coordination des acteurs en présence, autrement dit la gouvernance de cet espace maritime commun³⁵.

En effet, le champ d'application du droit communautaire, tant primaire que dérivé, en matière des frontières extérieures ne saurait, en principe, englober que les espaces maritimes où les États membres exercent leur souveraineté ou leur juridiction en tant que composants de l'espace maritime commun. Dès 1976, l'arrêt Kramer³⁶ a confirmé la doctrine selon laquelle les activités relevant de la compétence exclusive de la Communauté ou de la compétence partagée entre celle-ci et ses États membres, sont régies par le droit communautaire, quel que soit l'espace maritime considéré. Le droit de la mer constitue une très bonne illustration de l'application de la méthode communautaire à ce domaine particulier de l'action communautaire (voir infra point 6.1). FRONTEX, dont la mission consiste notamment à la régulation des mers, forme une interface avec les États membres en matière maritime.

4. - FRONTEX ET LES FRONTIÈRES MARITIMES DE L'UE

Pour ce qui concerne les frontières maritimes européennes, l'UE a, en moins de trois ans, intégré douze nouveaux pays et compte actuellement un peu plus de 80.000 kilomètres de côtes³⁷. À l'heure actuelle, elle est bordée de deux océans et de quatre mers: l'océan Atlantique et l'océan Arctique, la mer Baltique, la mer du Nord, la mer Méditerranée et la Mer Noire, frontières qui s'avèrent les plus sensibles en termes de pression migratoire³⁸, d'où l'intérêt qui leur est porté³⁹. Pour mieux identifier l'espace maritime commun sous

³³ Selon le professeur J.-P. QUÉNEUDEC, «la portée spatiale du droit communautaire ne s'étend pas exclusivement aux activités qui s'exercent sur le territoire stricto sensu de chaque État membre, mais elle englobe également le prolongement maritime de chaque territoire étatique» («À propos des espaces maritimes communautaires» dans Perspectives du droit international et européen - Recueil d'Études à la mémoire de Gilbert APOLLIS, Paris, éditions Pedone, 1992, p. 247-251, p. 247 et 251).

³⁴ Toujours selon le professeur QUÉNEUDEC, d'après ses conclusions générales sur les perspectives du projet maritime européen [voir l'ouvrage collectif L'Union européenne et la mer. Vers une politique maritime de l'Union européenne? (sous la direction de A. CUDENNEC et G. GUÉGUEN-HALLOUET), Paris, éditions Pedone, 2007], formulées 15 ans après les premières réflexions susmentionnées.

³⁵ Au sujet des frontières, voir l'ouvrage collectif Après les frontières, avec la frontière. Nouvelles dynamiques transfrontalières en Europe (sous la direction de A.-L. AMILHAT-SZARY et M.-C. FOURNY), éditions de l'Aube, 2006.

³⁶ Affaires 3, 4 et 6/76, arrêt du 14 juillet 1976 (recueil de la jurisprudence de la Cour de justice, 1976, p. 1279).

³⁷ Dont 34.109 kilomètres de frontières maritimes méridionales, la Grèce arrivant en tête avec 13.676 kilomètres, y compris les côtes de quelque trois mille formations insulaires grecques en mer Égée (voir l'excellent rapport du European Union Committee, House of Lords, FRONTEX: *The EU external borders agency, Report with Evidence*, London, The Stationery Office, mars 2008, 66 p., p. 17, accessible en ligne:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldecom/60/60.pdf>

³⁸ Voir J.-F. VALYNSELE, «L'Union européenne à 27: vers une dégradation de l'espace Schengen ?», 2007 (accessible en ligne: <http://www.diploweb.com/forum/schengen07061.htm>).

³⁹ Dans une communication intitulée «Renforcer la gestion de la frontière maritime méridionale de l'Union européenne» [document COM (2006)733 final du 30.11.2006, p. 3] et adressée au Conseil, la Commission souligne que «la pression de l'immigration clandestine sur les États membres de l'Union situés dans les régions méditerranéenne et atlantique a atteint un niveau sans précédent, requérant une action immédiate et déterminée tant au niveau national qu'europpéen, afin de préserver le système Schengen et de prévenir des tragédies, comme celles dont sont victimes nombre d'immigrants clandestins alors qu'ils tentent d'atteindre les côtes de l'Union européenne».

l'angle de FRONTEX, il convient d'établir ses limites⁴⁰. Ainsi, selon l'article 12 du règlement RABIT, on entend par «frontières extérieures des États membres» les frontières terrestres et maritimes de ces derniers auxquels s'appliquent les dispositions du droit communautaire relatives à leur franchissement par les personnes. Le règlement Fonds donne, à son tour, la définition du terme «frontières maritimes extérieures». D'après son article 14 § 6, point b, il s'agit de la limite extérieure de la mer territoriale des États membres, telle que définie conformément à la Convention sur le droit de la mer (voir infra point 6.1), étant entendu que, lorsque des opérations régulières à longue distance sont nécessaires pour empêcher l'immigration ou l'entrée illégale, cette définition correspond à la limite extérieures des zones de menace élevée. Il conviendrait alors de renforcer le contrôle sur une frontière «virtuelle» en amont, ce qui consiste à anticiper les actions de contrôle et de lutte dans l'arc des pays de transit ou de départ.

Avant la création de FRONTEX, la Commission avait été mandatée, dès 2002, pour faire faire une étude de faisabilité relative au contrôle des frontières maritimes et recommander des mesures portant sur la réduction de la perméabilité desdites frontières à l'immigration illégale⁴¹. D'après cette étude, la Méditerranée est la porte d'entrée principale de l'immigration illégale par voie maritime en Europe⁴². En 2003, le Conseil européen de Thessalonique avait souligné, concernant «la question complexe et sensible des contrôles aux frontières maritimes», l'importance d'assurer la continuité et la cohérence de l'action communautaire dans ce domaine.

Une fois devenue opérationnelle, l'Agence a connu des débuts prometteurs en matière d'immigration clandestine aux frontières maritimes de l'Union, l'accent ayant été mis sur l'immigration en Méditerranée et dans le sud de l'Europe⁴³. Le phénomène du trafic de migrants par voie maritime conduit l'Union à enregistrer chaque année des drames et des pertes en vies humaines. Certes, le problème ne se pose pas dans les mêmes termes pour tous les États membres. Il n'empêche que la porosité des côtes de l'UE doit mobiliser l'Europe dans son ensemble. Ce problème devient, pour ainsi dire, une priorité absolue résultant d'une responsabilité partagée entre les États membres situés en première ligne (Espagne, France, Grèce, Italie, Malte) et les autres qui risquent de voir ces immigrants s'établir chez eux⁴⁴. À cette fin, FRONTEX a réalisé l'étude de faisabilité MEDSEA, susmentionnée, sur un système de surveillance de la Méditerranée et un réseau de patrouilles maritimes permanentes, ainsi qu'une étude sur la mise en place d'un système européen capable de couvrir l'ensemble de la frontière maritime de l'Union et en particulier la Méditerranée⁴⁵. Sur le fondement de cette deuxième étude, la Commission européenne a préparé un document relatif à un système européen de surveillance des frontières, axé dans un premier temps sur les frontières extérieures méridionales et orientales de l'UE⁴⁶.

⁴⁰ D. ROMESTANT, «La création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération aux frontières extérieures des États membres: une contribution à la sécurisation de l'espace commun», ERA-Forum, 2005, vol. 6, n° 2, p. 282-292, p. 282.

⁴¹ Rapport intitulé «Étude de faisabilité relative au contrôle des frontières maritimes de l'Union européenne» réalisé par la société CIVIPOL (document du Conseil FRONT 102-11490/1/03 REV 1 du 19.9.2003).

⁴² Ibid., p. 44.

⁴³ Dans une lettre commune de huit chefs d'État ou de gouvernement adressée, le 24 septembre 2006, au président de la Commission européenne, l'accent a été mis sur la frontière maritime méridionale de l'UE (accessible en ligne: <http://www.elysee.fr/root/bank/print/61182.htm>).

⁴⁴ Cf. A. BELLAYER-ROILLE, «Vers un rôle accru de l'Union européenne dans la lutte contre les trafics illicites en mer? Exemples des trafics de migrants et de stupéfiants» dans L'Union européenne et la mer, op. cit., p. 385-404, p. 397.

⁴⁵ Il s'agit de l'étude relative à la faisabilité technique de la mise en place d'un système européen de surveillance (BORTEC), présentée par FRONTEX le 12 janvier 2007 et partiellement publiée, sous forme de résumé, comme annexe 7 du document de travail précité à la note n° 11.

⁴⁶ «Examen de la création d'un système européen de surveillance des frontières (EUROSUR)», document COM (2008) 68 final du 13.2.2008.

Grâce à cet encadrement d'actions, plusieurs expériences ponctuelles ont vu le jour aux frontières maritimes du sud de l'UE. FRONTEX a été chargé de gérer des patrouilles communes et de coordonner d'autres opérations au large des côtes de pays africains et en Méditerranée pendant les années 2006 et 2007: Poséidon pour la surveillance de la frontière gréco-turque et des eaux de l'Est de la Méditerranée, Nautilus pour l'identification de migrants à Malte et pour une opération conjointe dans les eaux entre la Sicile et la Libye, enfin Hera I, II et III pour l'identification de migrants aux îles Canaries, la détermination de leurs pays d'origine et la mise en place de patrouilles conjointes avec les autorités sénégalaises et mauritaniennes afin d'empêcher les embarcations de quitter les côtes africaines. Le lancement, le 24 mai 2007, du projet baptisé « Réseau de patrouilles européen » (EPN) a eu pour but de synchroniser les mesures prises par les États membres, et ceci en deux phases. La première phase consistera à planifier et à coordonner les activités des patrouilles côtières nationales au moyen de la création de points de contact dans chacun des États membres avec le soutien de FRONTEX. Cela devrait notamment permettre d'éviter le chevauchement des actions dans des zones voisines et le gaspillage de dépenses, tout en facilitant le partage d'informations opérationnelles. La seconde phase verra la création de centres nationaux de coordination destinés à assurer les activités permanentes de l'EPN en pleine mer dirigées par FRONTEX. L'Agence travaille avec les États membres concernés (Chypre, Espagne, France, Grèce, Italie, Malte, Portugal et Slovénie), sur une base régionale, les patrouilles étant cantonnées dans des zones proches des côtes de ces États membres. Une prochaine étape sera l'insertion de l'EPN dans le futur système européen de surveillance.

Dans ses conclusions du 18 septembre 2007 sur le «renforcement de la frontière maritime méridionale de l'UE», le Conseil invite les États membres et FRONTEX à recenser et à mettre en œuvre des mesures relatives à des patrouilles maritimes à la frontière extérieure méridionale, ainsi que les États membres, la Commission et FRONTEX à achever en priorité l'examen du droit de la mer pour les aspects qui ont trait aux opérations communes de FRONTEX. La création d'un système européen de surveillance centré sur les frontières maritimes méridionales de l'UE permettrait l'interconnexion et la rationalisation des systèmes et mécanismes existants au niveau des États membres dans un environnement commun de partage d'informations couvrant la Méditerranée et la Mer Noire.

5. - FRONTEX ET LE DROIT APPLICABLE À SES ACTIVITÉS EN MER

Le concept de gestion intégrée des frontières fait une large place aux opérations conjointes en mer, dont la coordination implique le respect de règles communes⁴⁷. Le phénomène des migrations clandestines par voie maritime, qu'il s'agisse de tentatives individuelles ou de l'organisation du passage d'immigrants par des trafiquants, est difficile à appréhender de manière précise pour la simple raison que le statut des migrants clandestins se situe à l'articulation de plusieurs branches de droit, à savoir le droit de la mer (tant coutumier que conventionnel), le droit international maritime ainsi que le droit des transports maritimes d'un côté, et le droit international des migrations, les droits de l'homme ainsi que le droit des réfugiés de l'autre, bien qu'aucune de ces branches n'embrasse à elle seule l'ensemble des problèmes complexes qui se posent⁴⁸. En ce qui concerne plus particulièrement le droit de la mer et les droits fondamentaux, ces deux ordres juridiques sont imbriqués⁴⁹ de façon à se succéder en alternance dans un processus constant d'interopérabilité⁵⁰.

⁴⁷ Cf. F. VASSALO PALEOLOGO, «Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, n° 3, p. 13-33, p. 20 et s.

⁴⁸ Un document de travail des services de la Commission européenne répertorie les instruments de droit international pertinents en matière d'immigration clandestine par voie maritime [document SEC (2007) 691 du 15.5.2007].

⁴⁹ Dans ses conclusions sur la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (2873ème session du Conseil Justice et Affaires Intérieures qui s'est tenue à Luxembourg les 5 et 6 juin 2008), le Conseil invite FRONTEX à envisager d'organiser des sessions de formation destinées aux États membres et aux pays tiers, qui porteraient notamment sur le droit de la mer et les droits fondamentaux. Le professeur B. OXMAN aborde ce sujet en

5.1. - FRONTEX sous l'angle du droit de la mer

Une stratégie communautaire de protection des espaces maritimes placés sous la souveraineté ou la juridiction des États membres doit obéir avant tout au droit de la mer, dont relève en principe la question de l'interception en mer. La Convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1982 (ci-après: la Convention), entrée en vigueur en 1994, codifie en grande partie le droit existant. Elle a été approuvée au nom de la Communauté par la décision 98/392/CE du Conseil, du 23 mars 1998⁵¹. Elle a également été ratifiée par tous les États membres. Du point de vue du droit communautaire, la Convention, étant un accord mixte, lie les institutions communautaires et les États membres (voir article 300 du traité CE). Ses dispositions, lorsqu'elles sont du ressort de la Communauté, font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire, ayant le même statut que les accords purement communautaires⁵².

Le cadre juridique en matière de contrôle et de surveillance des frontières maritimes de l'UE dépend de l'endroit où les opérations y relatives ont lieu. L'immigrant par voie maritime se voit obligé de traverser des zones maritimes relevant de plusieurs États et soumises à des statuts divers: haute mer, zone économique exclusive, zone contiguë, mer territoriale, eaux intérieures⁵³. L'État membre, comme tout État côtier, est doté de compétences graduelles allant d'une pleine souveraineté sur sa mer territoriale à la primauté de la loi de l'État «du pavillon» (pays dans lequel le navire est immatriculé) en haute mer⁵⁴. Cela étant, le droit de la mer se focalise sur le régime juridique des espaces marins⁵⁵ et n'offre de solutions adéquates ni pour venir au secours des personnes en détresse en mer ni au traitement des immigrants clandestins après leur sauvetage en mer, si ce n'est de manière exceptionnelle à propos du transport d'esclaves ou de la traite des êtres humains. D'ailleurs, son objectif étant essentiellement de faciliter les communications à travers un système le plus libéral possible, il n'y a pas non plus de règles sur la manière dont un navire est intercepté et sur la question de savoir qui en porte la responsabilité⁵⁶. Les instruments internationaux relatifs aux droits fondamentaux interviennent alors pour remplir partiellement ce vide juridique (voir infra point 6.2).

mettant l'accent sur la contribution du droit de la mer au développement des droits de l'homme («*Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea*», Columbia Journal of Transnational Law, 1997, vol. 36, p. 399-429, spécialement p. 400, 421 et s.

⁵⁰ Pour plus d'informations, voir R. GOY, «Le régime international des migrants illicites par voie de mer», Annuaire du droit de la mer, 2002 (tome VII), p. 249-301 ; T. SCOVAZZI, «*La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*», Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2003, n° 4, p. 48-60; A. CALIGIURI, «La lutte contre l'immigration clandestine par mer: problèmes liés à l'exercice de la juridiction par les États côtiers» dans L'Europe et la mer (pêche, navigation et environnement marin) (sous la direction de R. CASADO RAIGÓN), Bruxelles, éditions Bruylant, 2005, p. 419-439.

⁵¹ JOCE L 179, p. 1.

⁵² Arrêt de la Cour de justice du 30 mai 2006 dans l'affaire C-459/03, Commission contre Irlande (usine MOX), points 81 à 84. Selon la Cour, la question de savoir si une disposition d'un accord mixte relève de la compétence de la Communauté concerne l'attribution et, dès lors, l'existence même de cette compétence, et non sa nature exclusive ou partagée (ibid., point 93).

⁵³ Une liste des zones maritimes des États côtiers, y compris les États membres, est accessible en ligne: http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/table_summary_of_claims.pdf.

⁵⁴ Le sujet de l'implication de l'UE en matière d'immigration clandestine par mer a été abordé de façon circonstanciée par A. BELLAYER-ROILLE, op. cit.

⁵⁵ Le juge communautaire constate que la Convention a pour objectif principal de codifier, de préciser et de développer des règles de droit international général relatives à la coopération pacifique entre États (arrêt de la Cour de justice du 3 juin 2008 dans l'affaire C-308/05, points 55 et s.).

⁵⁶ Voir J. RIJPMAN et M. CREMONA, *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*, European University Institute Working Papers, Law, n° 2007/1, 24 p. (accessible en ligne: http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6690/1/LAW_2007_01.pdf), p. 22 et 23 Dans son article intitulé «L'interception des réfugiés en mer: un régime juridique aux confins de la normativité», Lex Electronica, vol 12, n° 3, hiver 2008 (accessible en ligne : <http://www.lex-electronica.org/articles/v12-3/barsalou.pdf>), O. BARSALOU fait remarquer notamment que la politique d'interception en mer des navires transportant des migrants soulève de nombreuses controverses depuis plusieurs années

En ce qui concerne les eaux intérieures et la mer territoriale, zones dans lesquelles est exercée une pleine souveraineté étatique, deux règles sont applicables aux interceptions en mer. La première est celle du passage inoffensif, qui demeure une prérogative de l'État côtier car, pour être inoffensif, le passage d'un navire ne doit pas porter atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de ce même État côtier (voir article 19 de la Convention). Or, l'immigration clandestine pourrait être considérée comme une violation du passage inoffensif⁵⁷. La seconde règle concerne l'accès à un port et le droit de refuge en cas de détresse. Cette détermination relève des autorités portuaires et étatiques, les ports faisant partie des eaux intérieures (voir article 25 § 2 de la Convention)⁵⁸. Par ailleurs, dans sa zone contiguë, l'État côtier peut exercer le contrôle nécessaire en vue de prévenir les infractions à sa législation douanière, fiscale, sanitaire ou d'immigration (voir article 33 de la Convention). Cette situation peut, toutefois, entrer en contradiction avec les obligations internationales des États, notamment l'article 33 de la Convention de Genève de 1951, relative au statut des réfugiés, disposition qui se réfère au principe de non-refoulement (voir infra point 6.2 et note n° 63).

Si la Convention reconnaît à l'État côtier le droit d'exercer sa juridiction pénale à bord d'un navire étranger traversant sa mer territoriale dans le but d'une arrestation, lorsque cette mesure est nécessaire à la répression d'un trafic illicite (voir article 27 de la Convention), il en va différemment en haute mer. Selon l'article 92 de la Convention, en l'absence de disposition conventionnelle contraire, la seule opération possible en haute mer à l'encontre d'un navire privé étranger, sans avoir à obtenir l'autorisation de l'État du pavillon, est la reconnaissance ou l'enquête de pavillon. Seules les hypothèses mentionnées à l'article 110 de la Convention autoriseraient le droit de visite et d'inspection. Bien que le trafic de migrants n'y figure pas expressément, il est prévu qu'un navire de guerre qui croise, en haute mer, un navire étranger, pourra l'arraisonner s'il y a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire est sans nationalité, ce qui est le cas des frêles embarcations utilisées par les trafiquants de clandestins. Au-delà de ces cas de figure, la Convention se révèle globalement mal adaptée à la répression de la recrudescence des trafics maritimes. Face à l'insuffisance de la Convention, les Nations unies ont adopté, en décembre 2000, le Protocole de Palerme contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer⁵⁹, qui, d'une part, dispose que les États parties coopèrent dans toute la mesure possible en vue de prévenir et réprimer le trafic illicite de migrants par mer, conformément au droit de la mer (voir article 7 du Protocole), et, d'autre part, prévoit la possibilité pour tout État partie de prendre en mer, en recourant si nécessaire à la force, et après autorisation de l'État du pavillon, les mesures appropriées à l'encontre d'un bâtiment suspecté de se livrer à de telles activités (voir article 8 du Protocole). C'est bel et bien une avancée majeure, le Protocole remédiant à cette lacune, ne serait-ce qu'au niveau conventionnel.

Dans le contexte communautaire, un État membre X devrait être obligé d'intervenir contre un navire faisant usage du droit de passage inoffensif dans sa mer territoriale avec l'intention de débarquer des immigrants illégaux dans un autre État membre Y, et ceci dans le cadre de l'article 16 du code frontières Schengen (coopération entre les États membres). En effet, bien que non explicitement établie, une telle obligation peut être interprétée comme découlant de la politique communautaire de franchissement des frontières extérieures et l'établissement d'un espace sans frontières intérieures⁶⁰. Dans le même esprit, l'UE, comme l'y invite le livre vert, pourrait aussi instaurer entre États membres un droit d'intervention général et réciproque sur les navires européens, quelle que soit la zone

⁵⁷ A. CALIGIURI, op. cit., p. 421.

⁵⁸ R. BARNES, «*Refugee Law at Sea*», International and Comparative Law Quarterly, 2004, vol. 53, p. 47-77, p. 57 et suivantes.

⁵⁹ L'ensemble des 27 États membres sont signataires du Protocole et 22 l'ont ratifié à ce jour. La Communauté y est aussi partie contractante, l'ayant approuvé par la décision 2006/616/CE du Conseil, du 24 juillet 2006 (JOUE L 262 de 2006, p. 24).

⁶⁰ Document de travail de la Commission, précité (voir supra note n° 48, p. 3, point 2.1.3).

maritime d'intervention⁶¹. Un bon *modus operandi* de l'interception des navires qui transportent, ou que l'on soupçonne de transporter, des immigrants clandestins à destination de l'UE renforcerait l'efficacité des opérations conjointes visant à prévenir et à réorienter le flux arrivant par la mer. Par ailleurs, dans ses relations extérieures, l'UE dispose de moyens de pression sur les États avec lesquels elle entretient des relations de coopération au développement, une suspension ou une réduction du soutien financier pouvant être infligée à ceux qui refuseraient le principe d'intervention sur les navires arborant leur pavillon.

Cela étant, le pouvoir de réglementer reconnu en faveur de l'État côtier doit être combiné avec l'obligation d'assistance, question abordée au point suivant.

5.2. - FRONTEX et les droits fondamentaux

Si, sous l'angle du droit de la mer, la question majeure est celle de l'interception en mer, la protection des droits des immigrants clandestins en est une autre. Elle se pose en termes de sauvetage en mer. Le statut juridique du «clandestin» résulte de l'ensemble des droits humains dont il doit pouvoir bénéficier⁶². Toutes les règles doivent être appliquées sans porter atteinte aux obligations découlant du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme, y compris notamment l'interdiction de refoulement⁶³. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), à laquelle tous les États membres sont parties et dont l'Union s'inspire, reconnaît que la dignité humaine est inviolable (voir l'article premier de la convention) et que toute personne a droit à la vie (voir article 2 de la convention). La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, texte qui consacre le socle de l'état de droit sur lequel se construit l'Union, reprend les mêmes dispositions à la lettre. Il n'y a aucun doute que les droits de l'homme doivent être pleinement protégés au sein de l'Union. Tant le règlement FRONTEX que le code frontières Schengen s'engagent expressément dans la même voie. Selon le vingt-deuxième considérant du règlement FRONTEX, les droits fondamentaux sont respectés et les principes reconnus par le traité et réaffirmés par la charte des droits fondamentaux observés. Le code précise même qu'il s'applique sans préjudice des droits des réfugiés et des personnes demandant une protection internationale (voir article 3, point b, du code)⁶⁴. Or, l'un des principaux obstacles à la bonne gestion des afflux et du trafic de migrants consiste dans le fait que l'immigration clandestine qui pénètre par la frontière maritime méridionale de l'UE est mixte, composée à la fois d'immigrants n'ayant pas besoin de protection particulière et de réfugiés devant bénéficier d'une protection internationale. Des difficultés apparaissent ainsi quant à la définition du statut des immigrants, de leur qualité de demandeurs d'asile, de réfugiés ou de simples migrants économiques ou mixtes, les droits fondamentaux de cette dernière catégorie de personnes

⁶¹ Voir livre vert (supra note n° 10, p. 48): «Pour relever les nouveaux défis qui se présentent, il est nécessaire de parfaire le système juridique applicable aux mers et aux océans fondé sur la Convention». Il est ainsi proposé d'explorer les mécanismes permettant de déroger au principe de la juridiction exclusive des États du pavillon sur leurs navires. À titre d'exemple, la délégation ou l'autorisation mutuelles de pouvoirs de contrôle contribueraient à une lutte plus efficace contre le trafic d'êtres humains, plusieurs États membres ayant déjà conclu avec des pays tiers des accords bilatéraux en matière d'arraisonnement (ibid., p. 49).

⁶² Cf. M. CHEMILLIER-GENDREAU, «Un régime juridique pour l'immigration clandestine» dans *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, précité, vol. II, p. 319-341, p. 327 et 328.

⁶³ Comme le souligne N. RONZITTI, «*An asylum seeker cannot be expelled or returned "in any manner whatsoever" to a country where his life is in danger. This right is conferred only on refugees and not on migrants*» [«*Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea*» dans *Liber amicorum judge Shigeru ODA* (sous la direction de N. ANDO, E. MCWHINNEY, R. WOLFRUM et B. BAKER RÖBEN), The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 1271-1286, p. 1275]. Tous les États membres sont tenus de respecter, face aux personnes sauvées ou interceptées en mer, le principe de non-refoulement qui découle de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: cf. document de travail de la Commission, précité (voir supra note n° 48, p. 3, point 2.1, et p. 6, point 2.4.5).

⁶⁴ Voir la réponse du Conseil à la question parlementaire E-5405/2006 («Contrôle aux frontières, asile et protection»).

étant également touchés de manière directe⁶⁵. La question des boat people est le triste exemple d'un phénomène cyclique qui se manifeste depuis des années, notamment en Méditerranée, mais qui relève essentiellement d'une gestion humanitaire des crises et non d'une menace directe pour la sécurité des pays européens⁶⁶.

Étant donné le caractère interétatique et transnational de l'immigration, il serait impossible de conserver une approche purement nationale et fragmentée. Si le traité de Maastricht a institutionnalisé la coopération intergouvernementale en matière de justice et d'affaires intérieures, le traité d'Amsterdam a levé les obstacles à la communautarisation et a fait passer les questions liées au droit d'asile, à l'expulsion et à la liberté de circulation du troisième au premier pilier. L'asile étant communautarisé, la réponse de l'UE au problème d'immigration clandestine doit être bien ciblée. Selon la pratique communautaire, une distinction doit être faite entre les migrants en tant que victimes et les réseaux du crime organisé, et ceci par une décriminalisation de l'immigration clandestine et une action concertée contre les réseaux des trafiquants. Les États membres doivent, de leur côté, lorsqu'ils prennent des mesures d'interception et de sauvetage en mer à l'égard de ces migrants, procéder rapidement à leur identification, ainsi qu'à l'évaluation adéquate et au traitement correct de chaque cas individuel, de manière à faire des obligations en matière de protection découlant de l'acquis communautaire, du droit international des réfugiés et des droits fondamentaux un élément central de la gestion des frontières extérieures.

D'autre part, le devoir de porter de secours aux personnes en détresse en mer est l'une des plus anciennes règles du droit international coutumier⁶⁷ qui lie aussi bien la Communauté européenne que les États membres⁶⁸. Le droit international impose une obligation de secours et d'assistance aux personnes et aux navires se trouvant dans une situation de péril en mer. Cette assistance doit être prêtée quels que soient la nationalité, le statut ou les circonstances dans lesquelles les personnes sont trouvées. Il n'y a pas d'exception prévue pour les immigrants clandestins⁶⁹. La Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes (SAR) de 1979 prévoit une coopération à l'échelle internationale pour la coordination des opérations de recherche et de sauvetage ainsi que l'établissement, à cette fin, de régions SAR indépendamment de la délimitation des zones maritimes. De son côté, la Convention de 1982 et la Convention de Londres sur le sauvetage de la vie humaine en mer de 1974 (SOLAS)⁷⁰ contiennent, toutes les deux, certaines obligations concernant le sauvetage de la vie humaine en mer. Ainsi, le capitaine d'un navire est tenu de respecter et de venir en aide aux passagers et aux appareils en perdition ou en danger n'importe où en mer, de prendre des initiatives rapides pour procéder à leur sauvetage et de n'entreprendre aucune action susceptible de mettre en péril des vies humaines, à condition de ne faire courir des risques à son propre bateau, son équipage ou ses passagers [voir articles 94 § 4 point c) et 98 de la Convention], quoique la notion de détresse puisse parfois être contestée.

En conclusion, s'il est légitime que l'UE renforce la lutte contre l'immigration clandestine, elle doit le faire en garantissant le traitement humain des migrants.

⁶⁵ Pour plus d'informations, voir G. BASTID-BURDEAU, «Migrations clandestines et droit de la mer» dans *La mer et son droit*-Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec, Paris, éditions Pedone, 2003, p. 57-66, p. 58.

⁶⁶ Cf. M. PUGH, *L'Europe et ses boat people: la coopération maritime en Méditerranée*, publication de l'Institut d'études de sécurité, série Cahiers de Chaillot, n° 41, Paris, 2000.

⁶⁷ Voir B. OXMAN, *op. cit.*, p. 414 et 415, et R. BARNES, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁸ Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, «les règles du droit coutumier international [...] lient les institutions de la Communauté et font partie de l'ordre juridique communautaire» [arrêt de la Cour de justice du 16 juin 1998 dans l'affaire C-162/96 (Racke), recueil de la jurisprudence, 1998, p. I-3655, point 46]. Par conséquent, «les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect [de ce] droit» [arrêt de la Cour de justice du 24 novembre 1992 dans l'affaire C-286/90 (Poulsen), recueil de la jurisprudence, 1992, p. I-6019, point 10], y compris des dispositions des conventions internationales dans la mesure où elles codifient des règles coutumières consacrées par le droit international général (arrêt de la Cour de justice du 3 juin 2008, précité, point 51)

⁶⁹ Document de travail de la Commission, précité (voir supra note n° 48, p. 4, point 2.3.1).

⁷⁰ Tous les États membres sont parties contractantes à SOLAS.

6. - BILAN ET PERSPECTIVES

Les compétences de FRONTEX se sont considérablement élargies depuis sa création afin qu'il puisse répondre plus efficacement à son rôle de coordinateur, de contrôleur et de formateur.

Sur le plan des réalisations, dans son rapport «sur l'évaluation et le développement futur de FRONTEX»⁷¹, la Commission résume les faits en précisant que FRONTEX a mené cinq opérations maritimes conjointes en 2006 et quatre en 2007. Sept États membres ont pris part aux dites opérations, qui ont eu un coût sensiblement plus élevé (2,7 millions d'euros en moyenne) que celui des opérations aux frontières terrestres ou aériennes. Les actions de formation des gardes-frontières, 97 au total, ont permis une certaine harmonisation par l'établissement d'un tronc commun de formation. Faisant état des conclusions d'une conférence ministérielle organisée par la présidence slovène, le ministre D. Mate a, dans un discours prononcé le 27 mars 2008, affirmé que FRONTEX avait mené à bon terme sa phase initiale⁷². Dans ses conclusions précitées, le Conseil reconnaît le rôle actif que l'Agence joue dans la mise en œuvre de la gestion intégrée des frontières au sein de l'Union et rappelle qu'il faut la doter des ressources nécessaires pour lui permettre d'atteindre pleinement ses objectifs⁷³.

Au niveau de recommandations, la Commission propose d'engager un débat sur la nécessité de revoir l'ensemble du cadre juridique applicable aux opérations coordonnées par FRONTEX et de lui confier, le cas échéant, de nouvelles compétences en matière douanière (voir point 3 du rapport). Par ailleurs, dans le contexte de la politique maritime intégrée de l'Union, FRONTEX est censé contribuer significativement à l'efficacité accrue de la coopération transfrontalière et intersectorielle entre les autorités et les agences de l'UE associées aux activités offshore (voir point 28 du rapport), tout en insistant sur la nécessité d'optimiser la contribution de l'Agence à la gestion des frontières de l'Union et notamment de la frontière maritime méridionale (voir points 40 et 42 du rapport). Plus concrètement, la Commission recommande la création des bureaux spécialisés dans les États membres prévue par l'article 16 du règlement FRONTEX, la priorité devant être accordée à l'ouverture d'un bureau qui serait chargé de la frontière maritime méridionale (voir point 13 du rapport). La Commission estime que FRONTEX devrait organiser des sessions de formation spécialisée concernant la réglementation européenne et internationale en matière, notamment, le droit de la mer et les droits fondamentaux, afin de parvenir au respect intégral de ces normes et à une approche cohérente des cas nécessitant une coordination des recherches et des secours (voir point 15 du rapport). Il conviendrait aussi, selon la Commission, de confier à FRONTEX la gestion du réseau ICONet.

D'autre part, dans ses conclusions de juin 2008, le Conseil européen réaffirme que des progrès rapides doivent être réalisés en vue du développement de FRONTEX, y compris par le renforcement de la coopération opérationnelle, dans le cadre de la stratégie de gestion intégrée des frontières⁷⁴. Il serait enfin pertinent d'approfondir la réflexion sur la création de centres régionaux de coordination des activités dans certaines zones à haut risque, notamment sur la frontière maritime sud⁷⁵.

⁷¹ Document COM (2008) 67 final du 13.2.2008, sous forme de communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions.

⁷² En ligne: http://www.eu2008.si/fr/News_and_Documents/Speeches_Interviews/March/0327.

⁷³ Voir supra note n° 49, point 1 des conclusions.

⁷⁴ Conclusions de la présidence du Conseil, Bruxelles 19 et 20 juin 2008 (document du Conseil 11018/08, accessible en ligne: http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?lang=FR).

⁷⁵ Voir discours précité du ministre slovène.

Malgré les critiques, parfois sévères, formulées surtout de la part des ONG, concernant les responsabilités et la légitimité de l'Agence⁷⁶, on ne peut que constater que FRONTEX a contribué de manière significative et efficace au contrôle des frontières extérieures de l'UE, bien qu'il soit prématuré de dresser un bilan général ou définitif du travail qu'il a réalisé jusqu'à présent. L'Agence n'existe que depuis peu et ses performances doivent encore faire l'objet d'une évaluation complète et indépendante au courant de l'année 2008. Si FRONTEX ne connaît à l'heure actuelle de la sécurité des frontières que sous l'angle de la gestion des flux migratoires et de la lutte contre l'immigration clandestine, cette évaluation devrait permettre l'extension de ses activités opérationnelles, notamment les opérations de sauvetage en mer, ainsi que d'envisager l'opportunité de lui confier d'autres aspects de la gestion des frontières, en particulier la coopération douanière. D'ici-là, elle peut certainement apporter une réelle valeur ajoutée en matière d'affaires communes, telle la gestion des frontières extérieures. Quoique la participation des États membres aux opérations faisant appel à des patrouilles maritimes demeure modeste, les attentes sont grandes à l'égard de FRONTEX au sein des institutions communautaires, de ces mêmes États membres et du grand public⁷⁷.

Il reste à voir si l'Agence s'affirmera dans son rôle institutionnel s'agissant de la formation progressive de ce nouvel espace dont elle assume la responsabilité de coordination ou si, en revanche, elle donnera naissance à de nouvelles bureaucraties dont le pilotage ne serait pas facile. Appelé à agir dans un cadre juridique peu certain tout comme à innover dans un environnement opaque où les États membres continuent à protéger jalousement leur souveraineté, FRONTEX doit naviguer entre la méthode communautaire et la coopération intergouvernementale, entre la solidarité communautaire et les clivages nationaux, et ceci dans la recherche d'un équilibre basé sur le respect, d'une part, du droit de la mer et, d'autre part, de la dignité et de la vie humaines. L'enjeu est d'envergure car, si les frontières intérieures s'effacent pour faire place à un espace d'intégration, les frontières extérieures restent, elles, un espace de coopération, FRONTEX constituant une passerelle indispensable entre elles. En effet, dans une Europe dépourvue de frontières intérieures, les États membres et l'UE doivent agir sur la base d'une vision commune. Il s'agit là d'un préalable pour lutter contre l'immigration clandestine tout en continuant à défendre les valeurs universelles comme la protection des réfugiés, le respect de la dignité humaine et la tolérance.

⁷⁶ Les critiques visent à éviter que FRONTEX ne se transforme purement et simplement en agence d'expulsion des ressortissants des pays tiers résidant illégalement sur le territoire des États membres.

⁷⁷ Point 12 du rapport de la Commission, précité.